

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

OCTÁVIO AUGUSTO FONSECA RIBEIRO

**AUDIÊNCIA DE GARANTIA (OU DE “CUSTÓDIA”) E O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: perspectivas e desafios em direção ao processo penal
constitucional, convencional e humanitário**

São Luís
2016

OCTÁVIO AUGUSTO FONSECA RIBEIRO

**AUDIÊNCIA DE GARANTIA (OU DE “CUSTÓDIA”) E O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: perspectivas e desafios em direção ao processo penal
constitucional, convencional e humanitário**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Luciana Ferreira Portela de
Sousa

São Luís

2016

Ribeiro, Octávio Augusto Fonseca

Audiência de garantia (ou de “custódia”) e o ordenamento jurídico brasileiro: perspectivas e desafios em direção ao processo penal constitucional, convencional e humanitário / Octávio Augusto Fonseca Ribeiro. – São Luís, 2016.

109f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

Orientadora: Prof^a Luciana Ferreira Portela de Sousa

1. Direitos humanos. 2. Garantia de direitos. I. Título

CDU 342.7(100)

OCTÁVIO AUGUSTO FONSECA RIBEIRO

**AUDIÊNCIA DE GARANTIA (OU DE “CUSTÓDIA”) E O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: perspectivas e desafios em direção ao processo penal
constitucional, convencional e humanitário**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma. Luciana Ferreira Portela de Sousa (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Aos meus pais, Seu Tônico e Dona Nilce, pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pelo dom da vida.

Ao meu velho pai, meu poeta, Seu Tônico, pelo exemplo de honestidade e fé que me proporciona todos os dias e por ter assumido o compromisso de se dedicar de corpo e alma à concretização deste sonho. Espero um dia poder retribuir todo o sacrifício feito por mim, papai.

A minha mãe Nilce, pela dedicação, amor, zelo e pelos inúmeros sacrifícios feitos ao lado do meu pai.

A minha linda Suzana, pela paciência, pelo amor, pelo suporte e por ter sido meu ombro amigo ao final desta caminhada.

A minha orientadora, Professora Luciana Ferreira Portela de Sousa, por ter me estimulado a dar o melhor de mim, seja por meio de palavras de incentivo (“você pode fazer melhor!”), seja pelas palavras de conforto nos momentos de ansiedade (“seja firme!”), razões estas que me levam a tê-la como verdadeiro exemplo de docência da Universidade Federal do Maranhão.

A Carol Valinhas, Yuri Costa e Gioliano Damasceno, pela experiência profissional que me proporcionaram na DPU/MA.

Aos amigos Cosmo Sobral, Cleópas Isaías, Adriano Damasceno e Caio Paiva, pelo diálogo durante a realização desta pesquisa.

Aos colegas de Curso Brunna Renata, Fernanda Freitas, Nathália Chaves, Lia Raquel, que fizeram desta jornada um pouco menos dolorosa.

Enfim, a todos aqueles que contribuíram para a realização deste sonho.

“[...]quem se perdeu pelo caminho precisa de ajuda, e não de desprezo; toda vida fracassada é uma perda para a humanidade. Por isso mesmo, o Estado, a sociedade e o Direito devem funcionar de modo a permitir que cada seja o que melhor possa ser.”

Luís Roberto Barroso

RESUMO

O presente estudo aborda, como tema central, a garantia de apresentação, sem demora, da pessoa presa ao juiz. Prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos ratificados pelo Brasil, tal garantia não está expressamente prevista no Código de Processo Penal pátrio. Com o intuito de suprir tal omissão, surgiram diversas iniciativas, destacando-se o PLS nº 554/2011 e o “Projeto Audiência de Custódia”, este último resultante da iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Justiça, Tribunal de Justiça de São Paulo e Ministério da Justiça. Dentre as justificativas para a necessária implementação das audiências de custódia, tem-se dito que, ao proporcionar o célere contato entre o preso e o juiz, a medida, além de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, permite o imediato controle judicial da prisão, contribuindo para o respeito à integridade física e psíquica do preso, a aplicação racional das medidas cautelares, a redução do encarceramento provisório etc. Contudo, a audiência de custódia tem sido alvo de inúmeros debates no cenário nacional, havendo posicionamentos contrários e a favor dela. A partir deste cenário, o presente estudo objetivou analisar as perspectivas e os desafios que a implementação da audiência de custódia tende a enfrentar para que, no afã de cumprir as finalidades que ela se propõe, o processo penal brasileiro seja, de fato, aplicado à luz das garantias constitucionais e dos direitos humanos. Para tanto, de início foi abordada a normativa constitucional protetora da liberdade de locomoção frente ao poder punitivo do Estado e, em seguida, a proteção internacional dos direitos humanos. Por fim, analisou-se o conceito da audiência de custódia, propondo-se, com base em seu conteúdo e suas finalidades, a designação “audiência de garantia”, encerrando o estudo com os debates atuais em torno de sua implementação no Brasil. Constatou-se que, apesar dos inúmeros benefícios que a adoção do instituto trará, existem entraves para que suas finalidades se concretizem, como dificuldades estruturais relacionadas à sua operacionalização. Entretanto, tais fatores não devem obstar as iniciativas que objetivam inserção da audiência de custódia no Brasil, devendo-se primar pelo diálogo conjunto no sentido do aprimoramento da medida.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Audiência de garantia. Garantias constitucionais. Direitos humanos. Processo penal brasileiro.

ABSTRACT

This study addresses, as its central theme, the guarantee presentation, without delay, the attached to judge person. Provided for in the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights, both ratified by Brazil, such a guarantee is not expressly provided for in the Criminal Procedure Code parental rights. In order to meet this omission, there were several initiatives, highlighting the PLS nº 554/2011 and the "*Project Custody Hearing*", the latter resulting from the joint initiative of the National Council of Justice, Court of São Paulo and Ministry Justice. Among the reasons for the necessary implementation of the custody hearings, has been said that to provide rapid contact between the prisoner and the judge, measure, and adjust the Brazilian criminal proceedings to the "*International Human Rights Treaties*", allows immediate judicial control of the prison, contributing to respect for the physical and psychological integrity of the prisoner, the rational application of the precautionary measures, the reduction of the provisional imprisonment etc. However, the custody hearing has been the subject of numerous debates on the national scene, having contrary positions and in favor of it. From this scenario, tangle, this study aimed to analyze the prospects and challenges that the implementation of the custody hearing tends to face so that, in their eagerness to fulfill the purposes for which it proposes, the Brazilian criminal procedure is, in fact, applied to light of constitutional guarantees and human rights. Therefore, at first been approached protective constitutional rules of freedom of mobility across the punitive power of the state and then the international protection of human rights. Finally, we analyzed the concept of custody hearing, suggesting, based on its contents and purposes, the "Warranty audience " designation, closing the study with current debates around its implementation in Brazil. So, was found that, despite the numerous benefits that the adoption of the institute will bring, there are obstacles to its goals are realized as structural difficulties related to its operation. However, these factors shouldn't prevent initiatives aimed insertion of the custody hearing in Brazil, having to prioritize the joint dialogue in the sense of the measure improvement.

Keywords: Custody Hearing. Warranty audience. Constitutional guarantees. Human rights. Brazilian criminal proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLA

| | |
|------------|--|
| Art./Arts. | Artigo/Artigos |
| APF | Auto de Prisão em Flagrante |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ACP | Ação Civil Pública |
| CADH | Convenção Americana de Direitos Humanos |
| CIDH | Comissão Interamericana de Direitos Humanos |
| CF | Constituição Federal |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CPP | Código de Processo Penal |
| DPU | Defensoria Pública da União |
| LEP | Lei de Execução Penal |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PIDCP | Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos |
| PL | Projeto de Lei |
| PLS | Projeto de Lei do Senado |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TJ/MA | Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão |
| TJ/SP | Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | LIBERDADE E PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 13 |
| 2.1 | Constituição e processo penal | 15 |
| 2.1.1 | Liberdade de locomoção e sua tutela constitucional | 18 |
| 2.1.2 | Princípios do processo penal | 20 |
| 2.1.3 | Direitos constitucionais do preso | 24 |
| 2.2 | Prisão no processo penal brasileiro | 26 |
| 2.2.1 | Prisão em flagrante | 30 |
| 2.2.2 | Prisão temporária | 33 |
| 2.2.3 | Prisão preventiva | 35 |
| 3 | A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 39 |
| 3.1 | Direitos humanos: conceito, evolução, fundamento, características e conteúdo | 39 |
| 3.2 | Internacionalização dos direitos humanos | 43 |
| 3.3 | Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos | 46 |
| 3.3.1 | Sistema Global | 48 |
| 3.3.1.1 | Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 | 48 |
| 3.3.2 | Sistema Regional Interamericano | 50 |
| 3.3.2.1 | Convenção Americana de Direitos Humanos | 51 |
| 3.3.2.2 | Comissão Interamericana de Direitos Humanos | 52 |
| 3.3.2.3 | Corte Interamericana de Direitos Humanos | 54 |
| 3.4 | Hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil | 56 |
| 4 | AUDIÊNCIA DE GARANTIA (OU DE “CUSTÓDIA”?) E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO | 60 |
| 4.1 | Conceito e previsão normativa | 61 |
| 4.2 | Finalidades e conteúdo | 64 |
| 4.2.1 | Audiência de “custódia”? | 67 |
| 4.3 | Implementação da audiência de garantia no Brasil | 70 |
| 4.3.1 | Iniciativas do Poder Legislativo | 71 |
| 4.3.2 | Iniciativas do Poder Judiciário | 77 |

| | |
|--|------------|
| 4.3.2.1 O Provimento nº 24/2014 do TJ/MA | 77 |
| 4.3.2.2 O Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJ/SP | 80 |
| 4.3.3 Ação Civil Pública da DPU/AM e ADPF nº 347 | 82 |
| 4.4 Debates atuais sobre a inserção da audiência de garantia no processo penal brasileiro | 84 |
| 4.4.1 Aspectos controvertidos | 84 |
| 4.4.2 Perspectivas e desafios | 91 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 95 |
| REFERÊNCIAS | 97 |
| ANEXOS | 104 |
| ANEXOS A - RELATÓRIO AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA- UNIDADE DE MONITORAMENTO CARCERÁRIO DO TJ/MA- JANEIRO DE 2016..... | 105 |

1 INTRODUÇÃO

Tema bastante discutido atualmente, a audiência de custódia, consubstanciada na apresentação, sem demora, da pessoa presa ao juiz, é garantia prevista em dois Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, a saber, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Contudo, o Código de Processo Penal não prevê de forma expressa tal garantia, o que motivou diversas iniciativas visando sua inserção no Brasil.

A adoção da medida tem sido justificada como base na necessidade de se adequar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além da necessidade de se combater o excesso de encarceramento, coibir abusos e torturas por parte de agentes policiais, bem como permitir um controle imediato da prisão.

Tem-se, em suma, que a audiência de custódia serviria para advento de um paradigma humanizante do processo penal, ancorado tanto na Constituição Federal de 1988, quanto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Dito isto, o presente estudo objetiva analisar se, de fato, o advento do instituto potencializará o respeito aos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição e aos direitos humanos consagrados nos diplomas internacionais, partindo-se da seguinte problemática: quais serão as perspectivas e os desafios que a audiência de garantia enfrentará no intento de viabilizar o chamado processo penal constitucional, convencional e humanitário?

A abordagem realizada valeu-se do método dedutivo e, como técnicas de pesquisa, a bibliográfica, resultante do estudo de livros e artigos científicos, e a documental, por meio do estudo de Leis, Tratados Internacionais e atos normativos, todos relacionados ao tema central deste estudo.

Inicia-se o estudo com a análise dos fenômenos da liberdade e da prisão para, em seguida, abordar os princípios processuais penais insculpidos na Constituição Federal de 1988 como limites ao poder punitivo Estatal. Neste sentido, será abordado o conteúdo dos princípios da dignidade da pessoa humana, presunção da inocência, devido processo legal, duração razoável do processo, etc., defendendo-se que o processo penal necessariamente deve passar por uma filtragem constitucional. Depois, será abordada a sistemática da prisão prevista no Código de Processo Penal Brasileiro, para que se visualize qual panorama a audiência de custódia se propõe a mudar.

Em seguida, parte-se da análise dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, nos quais a garantia da apresentação do preso em juízo está prevista. Em seguida,

proceder-se-á à análise do status normativo da CADH e do PIDCP no Brasil, concluindo-se que estão situados em patamar supralegal.

Finalizando o estudo, aborda-se especificamente a chamada audiência de custódia, por meio da análise do seu conceito, previsão normativa, conteúdo e finalidades, à luz dos quais se propõe a adoção da designação “audiência de garantia”, contida no título do presente trabalho. Além do estudo do instituto, serão abordadas as iniciativas relacionadas a sua implementação no Brasil, consubstanciadas tanto em diversos Projetos de Lei, a exemplo do PLS nº 554/2011, quanto nas iniciativas do Poder Judiciário, abordando-se brevemente o Provimento nº24/2014 do TJ/MA e o Provimento Conjunto nº 03/TJ/SP. Em seguida, serão analisados aspectos controvertidos, como o prazo para apresentação do preso, a autoridade competente para presidir a audiência e os limites cognitivos a serem respeitados durante a oitiva do preso. Por fim, ainda no que tange implementação da audiência de custódia, serão expostos os debates atuais em torno da efetivação do instituto, buscando-se elencar quais serão as perspectivas e os desafios que a audiência de garantia enfrentará.

2 LIBERDADE E PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de se iniciar o estudo do tema a ser discutido, deve-se partir da abordagem (ainda) necessária de dois fenômenos que, não raro, são protagonistas de tensões no ordenamento jurídico penal pátrio, quais sejam: a liberdade e a prisão. Ademais, cumpre justificar a ordem em que tais vocábulos foram alocados no título deste capítulo. No cotidiano acadêmico e forense, é comum deparar-se com manuais de processo penal¹ que adotam a ordem “prisão e liberdade”. Todavia, no presente estudo, preferiu-se inverter a ordem em que estas palavras são postas à vista, objetivando-se reforçar uma premissa fundamental no Estado Democrático de Direito: a liberdade é a regra; a prisão, a exceção. Não é outra a lição de Casara (2014, p.47), senão a de que:

No Estado Democrático de Direito, modelo marcado tanto pelo controle do poder quanto pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais, **impõe-se privilegiar a liberdade do indivíduo durante o procedimento de persecução penal** (procedimento tendente à aplicação de uma resposta estatal aos desvios etiquetados de criminosos) até o esgotamento de todos os recursos cabíveis de eventual condenação, o que veda a antecipação da punição e torna excepcional o encarceramento cautelar (a prisão de natureza processual) (grifo nosso).

Nesta senda, faz-se necessário compreender, ainda que de forma tangencial, o processo de surgimento do chamado *ius puniendi*, por meio do qual o Estado, valendo-se de mecanismos como a prisão, passou a restringir a liberdade individual daqueles que viessem a praticar condutas consideradas criminosas. Veja-se.

Nos primórdios das civilizações, a satisfação de determinada pretensão se dava por meio das próprias forças e instrumentos de que os indivíduos dispunham; a repressão aos desvios de conduta ocorria por meio da *vingança privada*. Imperava o regime de *autotutela*, inexistindo Estado suficientemente forte, dotado de legitimidade, soberania e autoridade, muito menos leis impostas por órgãos estatais aos indivíduos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.27). Aos poucos, percebeu-se que a *vingança privada* e a *autotutela* afastavam o ideal de justiça ao reproduzir um regime de “justiçamento” onde somente os mais fortes sobreviveriam, surgindo daí a necessidade da convivência harmoniosa entre os homens. Para tanto, foi necessário que o Estado assumisse o papel de protagonista, intervindo na *liberdade selvagem* dos indivíduos por meio normas de conduta que visavam à solução de conflitos, a convivência em sociedade e a manutenção da segurança coletiva.

Beccaria (2012, p.17) explica que tal processo iniciou-se quando os homens, cansados de viver em constante beligerância e de gozar de uma liberdade inútil – por ser de

¹ Por todos, Nucci (2014)

conservação incerta –, uniram-se em sociedade, sob condições impostas por leis, sacrificando parte de sua liberdade para que a outra parte dela pudesse ser gozada de forma tranquila e segura. A soma das parcelas de liberdades abdicadas por cada um resultaria na soberania da nação; o soberano seria aquele que, à luz das leis, ficaria encarregado do *depósito das liberdades*. O autor adverte que era necessário proteger tal *depósito* contra a ameaça dos particulares, sempre tendentes ao despotismo, pois existia o risco destes resgatarem a parcela de liberdade abdicada, bem como de usurparem a liberdade alheia. O mecanismo de proteção escolhido fora o estabelecimento de um conjunto de penas – ou sanções – impostas àqueles que infringissem as leis estabelecidas.

Daí em diante, dotado de autoridade e legitimidade, o Estado, no âmbito penal, passou a titularizar com exclusividade o direito (ou poder-dever) de punir, o chamado *ius puniendi*, em contraposição ao *ius libertatis*. Molina, Bianchini e Gomes (2010 apud Greco, 2015, p.2-3) ensinam que:

A autoafirmação do Estado Moderno como máxima instância política frente às restantes instituições sociais foi produto de um lento processo histórico paralelo ao da concentração do *ius puniendi* em suas mãos[...] (grifo do autor).

Delineado este breve contexto, não é difícil vislumbrar duas faces da liberdade que, embora distintas, não se anulam: a liberdade inerente e/ou própria de cada homem enquanto um direito intrínseco de sua condição humana e a liberdade reciprocamente limitada, protegida no âmbito do Estado, para convivência harmoniosa em sociedade. Assim, liberdade e a sua limitação constituem verso e reverso da mesma moeda; só se pode ser verdadeiramente livre se a liberdade não for absoluta; se assim não fosse, a lei do mais forte prevaleceria, cerceando arbitrariamente o direito do mais fraco (GRECO, 2015, p.58). Daí a máxima de que: “a liberdade de cada um termina quando começa a liberdade do outro” (CASARA, 2014, p.21).

Para tanto, o advento do Estado de direito estruturou-se no binômio *liberdade e legalidade*, expressamente previsto desde o artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Constituição francesa de 1795, em seu artigo 7º: “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que esta não ordena” (FERRAJOLLI, 2014, p.72-73). Por isso, não há dúvidas de que “a lei é uma das fontes de ingerência na liberdade das pessoas. Aliás, o princípio da legalidade pauta a ameaça estatal à liberdade”[...] (CASARA, 2014, p.26). Ao lado da lei, tem-se o surgimento do direito, como mecanismo de controle da atividade estatal e limitação do poder em favor da sociedade, ou seja, “o direito é a força submetida a leis para proveito da maioria” (BECCARIA, 2012, p.18).

Poder-se-ia abordar neste estudo as diversas concepções² da palavra “liberdade”.

Para Dirley da Cunha Jr, o direito à liberdade consiste:

[...]na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. Isto é, consiste num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade. Entre nós, compreende: a) a liberdade de ação; b) a liberdade de locomoção; c) a liberdade de opinião ou pensamento; d) a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e) a liberdade de informação; f) a liberdade de consciência e crença; g) a liberdade de reunião; h) a liberdade de associação e i) a liberdade de opção profissional (CUNHA JR, 2012, p.702).

Ao longo deste estudo, porém, dar-se-á ênfase ao estudo da chamada *liberdade ambulatória, liberdade de ir, vir e permanecer, ou liberdade de locomoção*, tendo em vista que, ao menos de forma imediata, é sobre ela que o uso da força Estatal tende a se manifestar por meio da prisão. Assim, “[...] falar em prisão, em qualquer modalidade, é enfrentar a exceção da liberdade ambulatória, a mais facilmente perceptível faceta do direito à liberdade[...]” (BARROS, 2013, p.2).

Contudo, há que esclarecer que no Estado Democrático de Direito, a tutela da liberdade de locomoção não pode – nem deve – ser malferida em nome da famigerada *eficácia da persecução penal* e ao arrepio dos direitos fundamentais. É forçoso que se supere a ideia de um processo penal enclausurado em suas próprias regras, autoritário e de resquícios inquisitivos; há que se primar pela sua inafastável tutela constitucional, enxergando o processo penal sob a ótica de uma *“leitura constitucional”*, fundamental à efetivação das garantias constitucionais (LOPES JR, 2013, p.59). Imprescindível, portanto:

[...]interpretar-se o processo penal sobretudo com a utilização do método denominado *processo constitucional*, onde as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto magno, acabando o processo por adquirir uma feição para além da técnica, muito mais politizada e sem dúvida com um outro compromisso ético (CHOUKR, 1999, p.62).

É neste caminho que o presente estudo seguirá.

2.1 Constituição e processo penal

Viu-se que, por meio de seu poder-dever de punir, o Estado passou a limitar e restringir a liberdade individual como forma de proteger a sociedade dos impulsos individualistas e das paixões dos particulares que a compunham. A par disto, é fundamental que se aprofunde este estudo a partir do seguinte questionamento: como e de que forma seria possível proteger a sociedade contra o uso desmedido do *ius puniendi*?

² Cf. Bobbio (1996), Alexy (2008).

Valendo-se do direito – conjunto de princípios e normas do ordenamento jurídico que disciplina a vida em sociedade – o Estado passou a exercer sua função jurisdicional por meio do *processo*, servindo este como mecanismo ou instrumento de sua atuação; no âmbito penal, a jurisdição passou a ser exercida por meio do chamado *processo penal*. Contudo, conforme aponta Fernandes³ (2007, p.17), da evolução do relacionamento entre indivíduo e Estado, surgiu também a necessidade de normas garantidoras dos direitos fundamentais do homem, como contraposição ao forte e intervencionista poder estatal. Para tanto, os países injetaram em suas Constituições regras de evidente conotação garantista, as quais impõem ao Estado e à própria sociedade a obediência aos direitos individuais. Não por acaso, Prado (2005, p.81-82) ensina que:

a relação entre a Constituição e o Processo Penal, antes de ser ditada pelo fato de pertencerem ambos os ramos jurídicos ao campo do Direito Público, e sem desconsiderar a primazia constitucional na superposição das normas jurídicas influenciando decisivamente na demarcação do âmbito de legitimidade, validade e eficácia das leis, **decorre da constatação de que, na essência, Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes** (grifo nosso).

Desta feita, reconhecendo a supremacia das constituições e a máxima efetividade dos direitos fundamentais como postulados de interpretação, o ordenamento jurídico abriu-se a uma nova leitura – pluralista e democrática – de seus fundamentos, tornando a Constituição Federal instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito (ZANOTTI, 2015, p.33). Neste, o Direito Processual Penal não deve ter como único referencial as regras postas nos Códigos e Leis processuais penais, nem como único objetivo a realização do direito penal material, mas sim a realização da Justiça, desde que concretize os direitos fundamentais, as regras e os princípios consagrados na Constituição, delimitando, assim, a legítima área de atuação estatal. Daí falar-se em Direito Processual Penal Constitucional. (GUIMARÃES, 2014, p.26-27).

Dito de outra forma, tem-se que, para que haja Justiça legítima, o processo penal não deve ser encarado apenas como instrumento de aplicação da pena, mas sim como “um dique ante o abuso de poder, o exercício arbitrário do monopólio da jurisdição ou do direito de punir do Estado”(WEDY, 2013, p.47).Nesta senda, vale citar as lições de Lopes Jr (2013, p.79), para quem o processo deve ser lido principalmente como instrumento à serviço da realização

³ O autor também menciona que “ além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo” (FERNANDES, 2007,p.17).Tais declarações vem a ser os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, a serem abordados no próximo capítulo deste estudo.

do projeto democrático, de modo que a Constituição constitua e oriente a sua instrumentalidade. Neste sentido, o autor sublinha que:

[...]Desde logo, não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que (m) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência. [...]A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: **é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais**. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, **mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional** (LOPES JR, 2013, p.78-81, grifo nosso).

No Brasil, o liame entre processo e Constituição é evidenciado na positivação constitucional de Direitos e Garantias Fundamentais de índole processual, tais como os previstos nos artigos 5º *caput* e incisos II, XXXIV, XXXV, LIII, LIV, LV e LXXVII, 93, incisos IX e X, 133 e 134, todos da Constituição Federal (SANTOS JÚNIOR, 2013, p.40). No mesmo sentido, Bonavides (2004, p.46) ensina que:

Com o Direito Judiciário Penal a relação é manifesta quando a Constituição protege a liberdade individual contra o abuso de poder, a prisão ou detenção ilegal, regula o *habeas corpus*, assegura aos acusados ampla defesa e faz contraditória a instrução criminal (v. art. 5º, III, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII).

Consequentemente, tem-se que:

[...] o processo penal, quanto aos princípios que o regem presentes na Carta Política de 1988, se caracteriza como um direito constitucional aplicado, na medida em que é o meio para a efetivação da garantia de proteção aos direitos do acusado frente ao Estado, no exercício de seu poder de investigar, acusar e punir (MONTEIRO, 2012, p.202).

Desta forma, o diálogo entre o Texto Constitucional e o processo penal é fundamental à efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, sobretudo quando da interpretação e aplicação de diplomas processuais que, em sua essência, ainda guardem elementos inquisitivos ou autoritários. O atual Código de Processo Penal Brasileiro possui esta herança, daí ser imprescindível sua leitura à luz Constituição. Explica-se.

A história ensina que em 1937, sob a égide da chamada Constituição Polaca – inspirada no modelo fascista polonês, inaugurava-se o regime político denominado de Estado Novo (1937-1945), sob o comando de Getúlio Vargas. Em 1941, era sancionado o Decreto-Lei nº 3.689/41, o velho e ainda vigente Código de Processo Penal Brasileiro, que entrara em vigor em janeiro do ano seguinte. Tal diploma fora inspirado no *Código Rocco* Italiano, datado de 1930, editado sob a égide da ditadura fascista de Mussolini. O diploma italiano contemplava dispositivos sabidamente autoritários e de caráter inquisitivo. Por óbvio, o diploma processual pátrio não ficou imune a tais influências. De sua Exposição de Motivos, extrai-se, in verbis:

II- De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de

maior **eficiência e energia** da ação repressiva do Estado contra os que delinquem[...] **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum**[...]Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código[...] (grifo nosso).

É fato que com passar dos anos, após inúmeras reformas parciais, tal rigorismo do CPP de 41 foi abrandado, mas também é verdade que sua forma ainda sobrevive incompatível com a mentalidade jurídica inaugurada com a Constituição de 1988(SCANDELARI, 2010, 177-184). O Direito e o Processo penal pátrios não acompanharam a evolução democrática promovida pela redemocratização do país em 1988, o que causa um inegável *déficit hermenêutico*. Conforme fora exposto, o Código de Processo Penal pátrio, originariamente, fora editado sob a égide de outra ordem constitucional e ideológica, incompatível o desenho político criminal da contemporaneidade. Tal deficiência hermenêutico-constitucional é revelada, dentre outros aspectos, pela ausência de uma cultura democrática no direito (baixa constitucionalidade) e pela desvalorização ao modelo eminentemente acusatório da Constituição Federal em detrimento da manutenção de uma mentalidade inquisitória (ROSA, 2015, p.55). Daí a importância de se discutir a chamada audiência de custódia como possível medida tendente a mudar a realidade do sistema de justiça criminal brasileiro. Realidade esta que, segundo Machado (2016, p.8):

A realidade do sistema de justiça criminal brasileiro tornou-se uma verdadeira contradição, inclusive em nível normativo. Isso porque a estrutura do Código é absolutamente incompatível com o modelo constitucional e, pior, não passamos pela devida constitucionalização do direito processual penal. **A prática do processo penal continua sendo, na maior parte dos casos, flagrante manifestação de um sistema inquisitório sem qualquer filtragem de constitucionalidade ou convencionalidade** (grifo nosso).

Enquanto as mudanças estruturais não ocorrem, é imprescindível que se discutam as propostas que miram em direção à efetiva constitucionalização do processo penal, de modo que tal tarefa seja meta constante, na busca do que, neste trabalho, denomina-se de processo penal constitucional, uma vez que “[...] a Constituição representa, em toda a sua substancialidade, o ‘topos hermenêutico que conformara a interpretação jurídica do restante do sistema’ (STRECK, 2014, apud MACHADO, 2015, p.43). Neste interim, dado que o presente estudo aborda, dentre outros aspectos, a persecução penal, é imperioso, pois, partir-se do estudo da tutela constitucional da liberdade de locomoção.

2.1.1 Liberdade de locomoção e sua tutela constitucional

Dando o tom da importância que a liberdade desempenha para a concepção democrática de Estado, a CF/88, em seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, inclui, no *caput* do seu artigo 5º, o direito à liberdade como um dos direitos fundamentais da atual ordem constitucional ao dispor, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade[...] (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

Casara (2014, p.27) esclarece que “[...]na realidade, a Constituição da República assegura diversos direitos de liberdade, tais como a de pensamento, consciência, crença, atividade intelectual, artística, etc.)”. Apoiado nas lições de Sarlet (2012, p.429), o autor ensina que, por tal motivo, a Constituição Federal é, sobretudo, uma “constituição de liberdade”, pois o texto constitucional seguiu a tradição do constitucionalismo pátrio ao contemplar não só um rol de direitos especiais de liberdade (liberdade de expressão, de manifestação, etc.), mas também um “direito geral de liberdade”.

Para Steinmetz (2013, p.164) o direito à liberdade de locomoção, um dos direitos especiais de liberdade, constitui a mais evidente manifestação da “liberdade geral de ação”⁴; por isso, a ausência de sua de institucionalização e garantia prejudica de forma grave o “direito fundamental geral de liberdade” previsto no já citado *caput* do artigo 5º da CF/88. Nesta, a liberdade de locomoção está expressamente prevista no art.5º, XV, *in verbis*: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988, não paginado).

A nota da fundamentalidade de tal direito é evidente, uma vez constitui pressuposto para a concreta realização de outros direitos de liberdade igualmente fundamentais previstos na CF/88, tais como o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art.5º, XV) e de qualquer atividade econômica (art.170, parágrafo único), o direito de reunião e de associação (art.5º, XVI e XVII), dentre outros. Além disso, a liberdade de ir e vir é pressuposto para exercício de direitos políticos (direitos de participação tais como o previsto no art.14, *caput*, § 1º da CF), bem como para a fruição de direitos prestacionais (acesso aos estabelecimentos de ensino, hospitais, etc.) (STEINMETZ, 2013, p.166).

A par disso, o texto constitucional regula as diversas ingerências estatais na liberdade ambulatoria, desde as mais brandas, às mais severas. Cite-se, por exemplo, a proibição constitucional de que os entes estatais estabeleçam, por meio de tributos interestaduais ou

⁴ Segundo Alexy (2008 apud Steinmetz, 2013, p.164) “a liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer”.

municipais, limitações ao tráfego de pessoas ou bens, ressaltando-se a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público. No âmbito penal, o diploma constitucional condiciona a privação da liberdade à existência de lei (artigo 5º, XLVI, a), bem como à existência do devido processo legal (artigo.5º, LIV). Mais adiante, estabelece que ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada, ressalvados os casos de transgressão militar ou crimes propriamente militares definidos em lei (STEINMETZ, 2013, p.166).

Para os casos de ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção, causados por ilegalidade ou abuso de poder, a Constituição (art.5º, LXVIII e LXXVII) prevê o *habeas corpus*, ação específica e gratuita garantidora do direito à liberdade ambulatoria (STEINMETZ, 2013, p.171).

Contudo, o direito à liberdade de locomoção não é absoluto. Cunha Jr (2012, p.703-704) adverte que ele deverá ceder sempre que for necessário preservar a ordem pública ou paz social, abaladas com a prática de crimes, como já visto, ou até mesmo ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional, hipótese na qual admite-se a decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio, a depender do caso concreto (arts. 136 e 137).

2.1.2 Princípios do processo penal

Nesta fase do presente trabalho, serão abordados alguns mandamentos constitucionais e legais que devem orientar a atividade estatal no âmbito da persecução penal, dando-se ênfase aos primeiros, uma vez que é a partir da Constituição – núcleo essencial do ordenamento jurídico – que o microsistema processual penal deve se legitimar. Não por acaso, Badaró (2015, p.33) sublinha que a Constituição de 1988:

[...] foi pródiga em estabelecer uma série de princípios do processo e, em especial, do processo penal. Esse corpo principiológico da CR apresenta o modelo constitucional de processo brasileiro, podendo-se falar em um “devido processo constitucional”.

Sem qualquer pretensão de esgotar a abordagem principiológica⁵, parte-se do estudo dos princípios constitucionais, imprescindíveis ao fomento do processo penal constitucional. Para Nucci (2014, p.60) os *princípios da dignidade humana e do devido processo legal* são os mais relevantes para a garantia dos direitos humanos, por serem

⁵ Por opção didática, não foram abordados todos os princípios elencados pela doutrina, mas tão somente os que, por ora, são necessários a uma compreensão geral do objeto de estudo. Alguns princípios como proporcionalidade, provisoriedade, provisionalidade, excepcionalidade e duração razoável do processo serão abordados no tópico relativo às prisões cautelares.

“princípios regentes”, isto é, coordenam o sistema de princípios. O *princípio da dignidade da pessoa humana*, constitui o “epicentro axiológico da ordem constitucional” (SARMENTO, 2002, p.59-60). Extrai-se tal conclusão do art.1º, inciso III, da CF/88, que contempla a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Constitui, pois, fundamento de todo o ordenamento e das garantias constitucionais do processo penal (ABADE, 2014, 27).

Este princípio fora positivado na maioria das Constituições dos Estados considerados democráticos. Desde o pensamento clássico, concebe-se a dignidade humana como valor inerente e qualificador da pessoa, constituindo qualidade irrenunciável da condição humana a ser respeitada, promovida e protegida. Não por acaso, é tido como o princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa. (NICOLITT, 2015, p.30). Nessa esteira, sua conceituação mais adequada revela-o como:

[..]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 mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p.60, grifo do autor).

Na persecução penal, a resposta estatal ao crime, enquanto resposta restritiva ao direito fundamental da liberdade de locomoção, deve obediência à dignidade da pessoa humana. O que se almeja é o combate à coisificação do ser humano, seja a vítima, seja o acusado, de modo que haja compatibilização entre os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos (sujeitos de direitos). Desta feita, em que pese a hediondez ou a desumanidade do injusto culpável, todos merecem o respeito à sua dignidade.

O artigo 5º, inciso LIV da CF/88 dispõe, in verbis que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL,1988, não paginado).

A origem do princípio do *devido processo legal* - do inglês *due processo of law* – remonta à Magna Carta do rei João Sem Terra, datada de 1215. Como já dito, ao lado da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal constitui princípio regente do processo penal, tendo como primado o processo regularmente desenvolvido, obediente aos ditames legais do ordenamento jurídico e regulador do conflito entre *ius puniendi* e *ius libertatis*. Dito de outra forma, significa o processo obediente às “regras do jogo”, para que se tenha a legítima e válida persecução penal. Na esfera criminal, costuma-se denomina-lo de *devido processo penal* (TUCCI, 2004, p.67).

Nicolitt (2015, p.38) alerta que “desde sua remonta origem o devido processo já se mostrava como um princípio complexo, ou um verdadeiro conjunto de princípios”. Isto significa que, em sendo observado o devido processo legal, os demais princípios também o serão. Desse modo, o devido processo alberga uma série de outros princípios, tais como o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência, a publicidade a motivação das decisões etc. (TUCCI, 1993, apud NICOLITT, 2015, p.40). Consequentemente, irradia sobre todo o sistema processual, relacionando-se com cada fase do processo e com os outros princípios incidentes (MARCÃO, 2014, p.55).

Um destes é o da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no art.5º, LVII da CF/88, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL,1988, não paginado). Dele advém duas regras, quais sejam, a regra probatória e a regra de tratamento.

Por força da primeira, cabe à acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não o contrário. Caso não se consiga afastar a presunção de não culpabilidade do imputado e em havendo dúvida razoável quanto a prática da conduta que lhe atribuída, este deve ser absolvido, desdobrando-se daí *o princípio do in dubio reo*. Já a regra de tratamento significa que, enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado, o Estado está impedido de tratar o imputado como se não fosse inocente. Dito isto, aparentemente haveria certa incompatibilidade⁶ entre a presunção de inocência e a prisão cautelar. Contudo, entende-se ambas se compatibilizam na medida em que a própria Constituição (art. 5º, LXI) permite a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal antes sentença condenatória transitada em julgado, desde que a medida não perca seu caráter excepcional e seja necessária no caso concreto (LIMA, 2015, p.44-46).

Nicolitt (2015, p.48-49) defende a existência de uma terceira face do princípio da presunção de inocência, a *regra de garantia*. Esta é violada na atividade acusatória ou probatória quando as regras do ordenamento jurídico não são observadas estritamente. Desse modo, a presunção de inocência também está assentada no *princípio da vedação de provas obtidas por meios ilícitos* (art.5º, LVI, CF/88) (GOMES, 1998 apud NICOLITT, 2015, p.49, grifo nosso).

⁶ A propósito, a Súmula n º 09 do STJ enuncia que: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Contudo, Badaró (2015, p.820) aduz que o STJ vem fazendo uma releitura de tal súmula, somente admitindo a prisão para apelar quando ela seja necessária, isto é, tenha natureza cautelar: RHC 17.371/PE, HC 17208/CE, RHC 9.745/PR. No mesmo sentido posicionou-se o STF (HC 83.592/RJ).”

O art. 5º, LV, da CF/88 entabula, de uma vez só, os *princípios do contraditório e da ampla defesa*. O primeiro relaciona-se com o direito de cognição, por ambas as partes, de cada um dos termos e atos do processo, de modo que possam manifestar-se contrariamente a tais atos e termos, isto é, para cada ação, uma reação (ABADE, 2014, p.35). Em tema de prisão cautelar, tem-se que a regra durante muito tempo fora a do contraditório diferido ou postergado, cuja a finalidade é não frustrar a efetivação da prisão cautelar, única medida cautelar pessoal até então prevista no CPP. Com a nova redação do art.283, § 3º do CPP, ampliou-se o rol de medidas cautelares, de modo que agora tem-se como regra o contraditório imediato, sendo o diferido a exceção, assegurado nos casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida. Relacionado ao princípio do contraditório, tem-se o princípio da ampla defesa, o qual:

[...]garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação (LIMA, 2015, p.51).

Em que pese a recíproca relação entre tais princípios, cumpre esclarecer, porém, que ambos não se confundem, pois:

[...] embora ligados, é possível violar o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa[...]. Deixar de comunicar um determinado ato processual ao acusador, ou impedir-lhe a reação a determinada prova ou alegação de defesa, embora não represente violação ao direito de defesa, certamente violará o princípio do contraditório. O contraditório manifesta-se em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu (BADARÓ, 2015, p.53).

Dada a complexidade do princípio da ampla defesa, este pode ser dividido: em *direito à defesa técnica* – exercido pelo profissional com capacidade postulatória – e o *direito de autodefesa* – exercido pelo próprio acusado, sendo que este subdivide-se em: a) *direito de presença* – exercido com o comparecimento em audiência; b) *direito de audiência* – direito facultativo do acusado de ser ouvido pelo juiz, exercido principalmente no interrogatório; c) *direito de postular pessoalmente* – consiste na possibilidade de recorrer pessoalmente (art.577, *caput*, CPP), interpor habeas corpus ou revisão criminal (art.623, CPP) (BADARÓ, 2015, p.54).

Em suma, a ampla defesa significa concessão ao réu – parte mais fraca do processo – do direito de utilizar dos mais variados métodos de defesa à imputação que lhe é imposta, como compensação ao forte aparato Estatal que garante a persecução criminal (NUCCI, 2014, p.63). Contudo, o inverso não ocorre, isto é, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, advindo daí o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou da imunidade à autoacusação, decorrente do direito fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII), bem como dos já citados princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5ºLVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) (NUCCI, 2014, p.62).

No concerne à atuação do Estado, tem-se, dentre outros, os princípios da publicidade e do juiz natural. Caso venha a praticar determinado crime, o acusado tem o direito de saber previamente a autoridade que irá processá-lo e julgá-lo, de acordo com as regras de competência fixadas em lei. Este é o conteúdo do princípio do juiz natural, o qual tem a finalidade de garantir a imparcialidade e independência do julgador. Em que pese não estar previsto expressamente na Constituição de 1988, o princípio em questão revela-se tanto pela vedação de tribunal de exceção (art. 5º, XXVII, CF/88) quanto pelo direito ao juiz competente previamente determinado por lei (art.5º, LIII, CF/88) (LIMA, 2015, p.69-70).

Pelo princípio da publicidade (arts. 5º, LX e XXXIII, e 93, IX, CF) os atos processuais devem ser realizados de forma pública, com acesso a qualquer pessoa. Todavia, é excepcionado quando a defesa da intimidade e o interesse social exigirem (art.5º, inciso LX, CF/88), bem como na hipótese do art. 792, § 1º, do CPP, caso “da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem”. Assim, pode-se visualizar a existência da publicidade geral – aquela que não comporta exceções, sendo os atos e autos processuais acessíveis qualquer pessoa – e publicidade específica – a qual só permite o acesso aos atos e atos processuais ao Ministério Público ou pelo advogado das partes (NUCCI, 2014, p.905). Ao lado da publicidade, o art.93, IX, da CF/88 prevê a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade. Este é o *princípio da motivação*, o qual:

[...] (i) concretiza o contraditório, ao dar ciência e transparência às partes da fundamentação para o exercício dos recursos; (ii) permite que os próprios órgãos judiciais que deverão apreciar a impugnação possam avaliar corretamente a decisão; e (iii) assegura, à comunidade, que o Estado age com respeito às leis e à Constituição, expondo suas razões jurídicas (e não meramente a vontade do julgador) para a decisão tomada (ABADE, 2014, p.38).

A compreensão do processo penal à luz constituição impõe que se faça o estudo não só dos direitos e garantias individuais a serem obedecidos nas fases investigativa e processual, mas principalmente no cárcere propriamente dito, quando a pena se concretiza na esfera do infrator. Muitos destes direitos já foram analisados no presente tópico, sob a forma de princípios, de modo que a seguir serão tratados os demais.

2.1.3 Direitos constitucionais do preso

A Constituição de 1988 consagra o direito à vida no *caput* do seu artigo 5º, o qual faz parte do Capítulo I “Dos Deveres e Direitos Individuais e Coletivos”, este contido no Título II relativo aos “Direitos e Garantias fundamentais”. Não por acaso, Cunha Jr (2012, p.696)

ensina que o direito à vida constitui o “mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.” Conforme foi visto em linhas anteriores, com a prática de determinada conduta delituosa, o Estado, valendo-se de seu aparato persecutório, e desde que respeitado o devido processo legal, está legitimado a restringir a liberdade ambulatoria do infrator. Contudo, dada a primazia da dignidade da pessoa humana, a restrição imposta por meio da privação de liberdade do preso jamais deve eliminar o seu direito à vida, sendo papel do Estado protegê-lo.

Potencializando o devido respeito à vida, os incisos III e XLIX do artigo 5º da CF/88 prescrevem, respectivamente, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988, não paginado). Tais direitos, pois, devem ser concretamente garantidos aos presos sob a custódia do Estado, protegendo-os da precariedade e más condições sanitárias e de segurança do sistema penitenciário brasileiro, bem como das constantes ameaças de outros apenados (LEHFELD, 2013, p.256-257).

Para tanto, as políticas públicas e mecanismos de tutela dos direitos fundamentais deve distribuídas igualitariamente para todos os presos, advindo daí incidência do princípio da igualdade, elencado no art.5º, caput, I, da CF/88. Tal princípio não desconsidera o fato de que no ambiente prisional existem desigualdades sociais, raciais e de gênero, o que justifica tratamentos diferenciados, a exemplo do artigo 5º, XLVIII, da CF/88, que determina cumprimento de pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Outro exemplo é o direito das mães presidiárias de permanecerem com seus filhos durante a amamentação, conforme artigo 5º, L, da CF/88. Vale também citar o direito à assistência jurídica integral e gratuita, garantido àqueles que demonstrarem não possuir condições financeiras de arcar com honorários advocatícios e custas processuais sem prejuízo do orçamento de sua família (LEHFELD, 2013, p.258-271).

Ainda no texto constitucional, é assegurado o direito à individualização da pena, de modo que esta não deverá atingir terceiro, mas tão somente a pessoa do condenado, podendo, contudo, “a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5º XLV, CF/88) (BRASIL, 1988, não paginado). Em seguida, a Constituição estabelece que as penas serão de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, sendo vedadas as penas de trabalhos forçados, as penas cruéis, bem como a pena de morte e a de banimento(art.5º, XLVII, alíneas a,b,c,d,e) (LEHFELD, 2013, p.264-265).

Contudo, Lehfeld (2013, p.267) alerta que nos casos de guerra declarada, é possível ocorrer a pena de morte, conforme preceitua art.84, XIX, CF/88. Quanto à pena de banimento, sua proibição não impede a possibilidade de extradição de brasileiro naturalizado em caso de crime comum praticado, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (art.5º, LI, CF/88).

Por fim, tem-se o direito à retroatividade da lei, desde que benéfica, conforme art.5º, XL, da CF/88. Segundo Lehfeld (2013, p.262) o próprio Código Penal prevê a *abolitio criminis* em seu artigo 2º, ao estabelecer que : “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considera crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”, além do que, em seu parágrafo único, consta que “ a lei posterior, que, de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” .Contudo, o autor alerta que

(a) a retroatividade da lei penal mais benigna tem aplicação não só na fase processual, mas também em relação à eficácia da coisa julgada; (b) aplica-se o princípio da retroatividade da *lex mitior* inclusive na execução da pena e , conseqüentemente, a todos os seus incidentes, como as substituições de pena e livramento condicional, sendo o juiz de execuções penais a autoridade competente para sua aplicação; (c) não se autoriza, pelo princípio em tela, a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para dali extrair-se uma terceira que mais beneficie o réu; (d) para os efeitos de retroatividade benéfica, em caso de lei penal em branco, deve ser considerada a disciplina administrativa. Neste sentido, em sendo mais favorável ao agente a alteração por parte de autoridade administrativa, o complemento deve retroagir, sendo vedada em sentido contrário;(e) a *lex mitior* tem extra-atividade, qual seja, poderá ser ultra-ativa aplicando-se a fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo que haja sua posterior revogação, desde que a lei revogadora seja mais severa; ou retroativa, no caso de revogar a *lex gravior* e vigente à época dos fatos praticados pelo agente (MORAES, 2011, apud LEHFELD, 2013, p.263).

2.2 Prisão no processo penal brasileiro

Badaró (2015, p.952) ensina que, do ponto de vista prático e fático não existem grandes diferenças entre a prisão cautelar e a prisão-pena, a não ser os locais distintos⁷ de encarceramento, de modo que não se pode confundir as duas, pois os fundamentos e as hipóteses que as autorizam são distintos. Pois bem. Com a recente edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, ampliou-se a incidência da dita “audiência de custódia” para os casos de prisão decorrente de sentença penal condenatória (prisão-pena), conforme será abordado em tópico oportuno. Contudo, ao menos por ora, para fins de estudo da prisão, abordar-se-á tão

⁷ Segundo dados do Infopen/2014, “apesar de mais da metade das unidades constarem originalmente como destinadas ao recolhimento de presos provisórios, 84% delas também abrigam condenados”. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em :<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2015

somente a modalidade prisão sem-pena, uma vez que ainda não existem estudos consolidados sobre a relação entre e audiência de custódia e “prisão definitiva”⁸. Entende-se que esta opção metodológica não prejudicará a compreensão do tema de estudo, afinal:

“[...]a partir da perspectiva do indivíduo que é posto no cárcere, bem como ao se analisar o direito que é afastado pela imposição da prisão (o direito à liberdade de locomoção) **não há diferença substancial entre a prisão-pena e a prisão cautelar** (MAIER, 2011, apud CASARA, 2014, p.45, grifo nosso).

No Código de Processo Penal em vigor, a prisão cautelar está elencada dentre as medidas cautelares de natureza pessoal. Badaró (2015, p.951) ensina que, em tese, existiam as seguintes espécies de prisões cautelares no processo penal brasileiro: a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, a decorrente de sentença condenatória recorrível e a decorrente de pronúncia. O autor anota que, com o advento da Lei nº 11.689/2008, a prisão decorrente de pronúncia foi extinta, pois com a referida lei não há mais necessidade do acusado ser preso como efeito automático da pronúncia. Já a Lei nº 11.719/2008, ao revogar o artigo 594 do CPP e diante parágrafo único (atual § 1º do artigo 387 do mesmo diploma legal), acabou extinguindo a prisão para apelar, subsistindo no processo penal brasileiro as outras três modalidades de prisão cautelar, as quais costumam ser chamadas de prisões processuais ou “prisões provisórias”, em contraposição à prisão “definitiva”.

Mais tarde, com o advento da Lei nº 12.403/2011, restaram como modalidades autônomas de prisão cautelar somente a prisão preventiva e a temporária, pois a prisão em flagrante tornou-se apenas medida efêmera, sem capacidade de subsistir autonomamente, isto é, um momento pré-jurisdicional da prisão preventiva e da prisão temporária, passando-se a tratá-la como prisão precautelada (BADARÓ, 2015, p.952). Além disso, conforme ensina Santos (2015a, p.412), a referida lei inaugurou o tratamento multipolar das cautelares pessoais, ao extinguir a chamada *bipolaridade prisão/liberdade provisória*. Isto porque:

[...]com a nova redação do art. 319 do CPP, são previstas 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de forma isolada ou cumulativa, como vínculos da liberdade provisória (CPP, art. 321), ou, ainda, de forma autônoma à prisão, sendo que o art.320 do CPP também passou a prever a possibilidade de retenção do passaporte quando for imposta ao acusado a proibição de se ausentar do país (LIMA, 2015, p.807).

⁸ Em que pese o caráter didático da utilização, pela doutrina e por alguns diplomas legais, dos termos “prisão provisória”, “prisão definitiva”, “liberdade provisória” (este, inclusive, contido na CF/88), entende-se que os mesmos não se mostram adequados. É pleonástico falar-se em “prisão provisória”, uma vez que toda prisão é provisória, do que resulta também ser inadequado o termo “prisão definitiva” e, conseqüentemente, “liberdade provisória”. Oportuno a lição de Oliveira (2014, p.894) para quem: [...] “O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A liberdade é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória.”

Para Casara (2014, p.68-69) as ditas “prisões provisórias” tem como pressupostos o *fumus commissi delicti* (presente em todas as espécies de prisão provisória) e o *periculum libertatis* (presente nas prisões de natureza cautelar). O *fumus commissi delicti* exige que a prisão provisória só seja imposta contra quem pesem indícios consistentes da prática de determinada conduta delituosa. Já o *periculum libertatis* relaciona-se com a finalidade cautelar da custódia, de modo que encarceramento só é legítimo caso a liberdade do imputado coloque em risco a eficácia prática do processo de conhecimento ou da execução penal.

Ademais, a adoção de qualquer medida cautelar de natureza pessoal acarreta restrição à liberdade ambulatoria, seja de forma mais intensa (prisão preventiva e temporária), seja com menor intensidade (medidas diversas da prisão, art. 319 do CPP) (LIMA, 2015, p.809). O mesmo acontece com a prisão em flagrante, em que pese seu caráter precautelar. Assim, a aplicação de qualquer dessas medidas deve ser feita à luz de alguns princípios. Muitos deles já foram abordados em tópicos anteriores, como o princípio da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa; por isso adiante serão analisados suscintamente alguns princípios que guardam íntima relação com âmbito precautelar e cautelar do processo penal.

Dentre os princípios concernentes à atuação do estado, Guilherme Nucci cita o *princípio da estrita legalidade da prisão cautelar*, que impõe o estrito cumprimento de uma série requisitos previstos na CF/88 para que a prisão seja legalmente efetuada:

[...] a) “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” (art. 5.º, LXI, CF); b) “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5.º, LXII, CF); c) “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5.º, LXIII, CF); d) “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (art. 5.º, LXIV, CF); e) “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5.º, LXV, CF); f) “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5.º, LXVI, CF); g) “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5.º, LVIII, CF) (NUCCI, 2014, p.79).

Vale citar também os princípios da *excepcionalidade*, da *provisionalidade* e da *provisoriedade*. O primeiro parte do pressuposto de que a restrição da liberdade só ocorrerá de maneira excepcional. Assim, por representarem restrições aos direitos fundamentais, consequentemente as medidas cautelares também se regem pela excepcionalidade, dentre elas, as prisões cautelares, as quais só podem ser decretadas diante da insuficiência das demais medidas cautelares, conforme art.282, §6º, CPP. Além disso, a manutenção de determinada medida cautelar ocorrerá somente enquanto for mantida a situação fática que a autorizou, permitindo-se, pois, tanto a sua substituição, como sua revogação, advindo daí o princípio da

provisionalidade. Por fim, apesar da Lei 12.403/2011 não estabelecer limites temporais para as medidas cautelares, as mesmas devem ser temporalmente limitadas, sendo este o conteúdo do *princípio da provisoriedade* (NICOLITT, 2015, 56-57).

O Código de Processo Penal contempla um rol taxativo de medidas cautelares, impedindo o chamado poder geral de cautela do juiz, em obediência ao princípio do devido processo legal. Por isso, fala-se em taxatividade das medidas cautelares. Ademais, conforme aponta Wedy (2013, p.74), com o advento da Lei 12.403/11, a ideia de proibição de excesso fora reforçada no processo penal brasileiro, especialmente quanto as cautelares pessoais, conforme se vê no art.282, incisos I e II do CPP, o qual evidencia adoção do chamado princípio da proporcionalidade.

O princípio em questão é formado por três subprincípios a serem aplicados de forma sucessiva e cumulativa, quais sejam: a) adequação – impõe a obrigatoriedade de um juízo de verificação quanto a relação meio-fim, isto é, cabe analisar se a medida cautelar escolhida se adequa ao fim desejado; b) necessidade ou exigibilidade – por meio do qual se analisa se a medida cautelar é imprescindível ao fim a que ela se destina, sendo violada a necessidade quando verificada a possibilidade de se contar com outra medida menos lesiva capaz de satisfazer o objetivo que fundamenta a medida questionada. Assim, a medida final a ser adotada deve ser a menos gravosa dentre outras (princípio da menor ingerência possível); c) proporcionalidade em sentido estrito – sopesamento entre os danos causados e as vantagens obtidas durante a escolha da medida cautelar a ser imposta (CASARA, 2014, p.62-64).

Dito isto, percebe-se que há uma íntima relação entre proporcionalidade e o princípio da duração razoável da prisão cautelar. Casara (2014, p.67-68) aponta que “ a força normativa do princípio da proporcionalidade condiciona a disciplina da prisão provisória (“prisão sem condenação”) em diversas maneiras”. Quais sejam:

[...] Em primeiro lugar, impede, como já visto, a imposição ou manutenção do encarceramento sempre que existir medida menos gravosa que afaste o risco processual (*periculum*). Segundo: a prisão provisória, após a mera cognição sumária, não pode ser aplicada nas hipóteses em que, após a cognição exauriente (encerrado o processo), não se admitirá a imposição de pena privativa de liberdade. **Por fim, a proporcionalidade limita a duração da prisão provisória, que não poderá durar mais tempo do que aquele previsto em abstrato para a pena correspondente ao delito que se imputa ao custodiado** (CASARA, 2014, p.67, grifo nosso).

Feitas estas considerações parte-se agora para o estudo das chamadas “prisões provisórias”. Não se pretende desenvolver um estudo exaustivo⁹ das medidas prisionais

⁹ Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 895-1026.

precautelares e cautelares, razão pela qual serão abordados tão somente os aspectos considerados mais relevantes para a compreensão do tema objeto de estudo.

2.2.1 Prisão em flagrante

O artigo 301 do CPP estabelece que “ qualquer do povo *poderá* e as autoridades policiais e seus agentes *deverão* prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL,1941, não paginado, grifo nosso). Segundo Rangel (2011, p.974), a expressão *flagrante delito* deve ser entendida a partir do significado do termo “flagrante”, o qual advém do verbo *flagrare*, que significa queimar, estar em chamas, incandescente, de modo que flagrante delito significa delito patente, visível, irrecusável quanto a sua ocorrência. Ademais, a leitura do artigo citado revela que, além de não haver necessidade ordem judicial, dependendo de quem efetue a prisão em flagrante, ter-se-á: a) flagrante facultativo, quando efetuada por qualquer pessoa (“poderá”); b) flagrante obrigatório, quando efetuada por autoridades policiais e seus agentes (“deverão”), sendo mitigada tal obrigação, segundo aponta Lima (2015, p.901), nos casos de ação controlada e flagrante prorrogado¹⁰ ou retardado. Em seguida, o art.302 do CPP estabelece:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

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

As hipóteses dos incisos I e II costumam ser classificadas pela doutrina como *flagrante próprio*, enquanto os incisos III e IV são denominados, respectivamente, *flagrante impróprio (ou quase flagrante)* e *flagrante presumido*. Há certa controvérsia doutrinária quanto equivalência entre as expressões “logo após” (inciso III) e “logo depois” (inciso IV). Para Rangel (2011, p.754), a interpretação sistemática do art.302 do CPP revela:

[...]uma escala decrescente de imediatidade. Ou seja, começa com o fogo ardendo (*está cometendo a infração penal*), passa para uma diminuição da chama (*acaba de cometê-la*), depois para a perseguição direcionada pela fumaça deixada pela infração penal (*é perseguido logo após...*) e, por último, termina com o encontro das cinzas ocasionadas pela infração penal (*é encontrado logo depois...*). Portanto, a expressão logo após tem uma relação de imediatidade maior, mais célere, do que a expressão logo depois.

¹⁰ Para o estudo das demais espécies de flagrante, bem como da prisão em flagrante nas várias espécies de crime, conferir: LIMA, op.cit, 2015, p.901-910.

Em sentido contrário, Badaró (2015, p.962) entende que, quanto ao lapso temporal, as hipóteses de flagrante delito previstas nos incisos III e IV do art.302 do CPP são equivalentes, não existindo, do ponto de vista cronológico, diferença de conteúdo entre as expressões “logo” após e “logo depois”; ambas exigem relação de imediatidade, isto é, imediatamente após o cometimento do delito. Tal pensamento, segundo Santos (2015a, p.241) é coerente e sintonizado com a “instrumentalidade garantista do Processo Penal”, já que o sistema constitucional deve almejar a máxima efetividade dos direitos fundamentais do imputado, pois impõe-se que qualquer restrição a tais direitos seja interpretada restritivamente.

Lima (2015, p.896-897) ensina que o flagrante possui quatro momentos distintos: captura, condução coercitiva, lavratura do auto de prisão em flagrante e recolhimento à prisão. O autor explica que inicialmente ocorre a captura do agente em estado de flagrância (ar.302 do CPP), evitando-se que este dê continuidade ao ato delituoso. Depois, o agente é conduzido de forma coercitiva à autoridade policial para que as providencias legais sejam tomadas. Em seguida, tem-se lavratura do auto de prisão em flagrante (APF), onde serão registrados os elementos sensíveis do momento da infração, auxiliando na preservação de elementos de prova da infração cometida. Por último tem-se a detenção, por meio da qual o agente é posto no cárcere, sendo desnecessária caso seja cabível a concessão de fiança pela autoridade policial, isto é, nos casos de infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não supere a 4 anos (art.322, CPP). Vinte e quatro horas após a captura, deverá ser entregue nota de culpa ao preso.

Dito isto, é fundamental que se analise os prazos relativos à prisão em flagrante. Primeiro, quanto a comunicação da prisão, esta não se confunde com a com a remessa do auto de prisão em flagrante ao juiz; são atos distintos (BADARÓ, 2015, p.970). O art.306 do CPP estabelece que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao MP e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Em relação ao termo “imediatamente”¹¹, Lima (2015, p. 887) entende que tão logo a liberdade de locomoção seja cerceada, deverá ocorrer a comunicação da prisão.

O CPP não prevê expressamente o prazo para que a autoridade formalize o auto de prisão em flagrante. Porém, o art. 306 § 1º dispõe que a remessa do APF ao juiz, bem como cópia à Defensoria pública, caso o autuado não informe o nome do seu advogado, deverá ocorrer em 24 horas da prisão, leia-se, prisão-captura. Logo, já que a autoridade policial dispõe de 24 horas a contar da captura para remeter o APF ao juiz, conclui-se que no mesmo prazo o

¹¹ Comentando o art.306 do CPP, Nicolitt (2015, p.78) aduz que “[...]o legislador interpretou o termo imediatamente como sendo no máximo em 24 horas, uma vez que caput fala em “imediatamente” e no parágrafo, para situações que praticamente se equivalem, fixa 24 horas. ”

APF deve estar devidamente formalizado. Ao recebê-lo, o juiz deverá analisá-lo, com base no artigo 310 do CPP. Porém, o CPP também não estipula prazo para que o juiz analise os autos de prisão e flagrante e emita sua decisão.

Para Santos (2015a, p.294) esta análise deve ocorrer em até 48 horas após a formalização do APF, por interpretação sistemática dos arts.306 § 1º e 322, par. único, ambos do CPP, este último por analogia. No mesmo sentido, (BARROS; MACHADO, 2011, p.75) ensinam que:

Ao receber o APFD o juiz tem o prazo de 48 horas para decidir entre as três opções do art.310 do CPP, mais a do art.282, § 6º do CPP. Esse prazo se dá a partir da leitura do art.322, parágrafo único, do CPP. **Isso porque, se o juiz tem 48 horas para decidir sobre concessão da fiança, logo, como a própria fiança é uma das modalidades de medida cautelar pessoal (ar.319, VIII, do CPP), quando o juiz recebe o APFD ele possui 48 horas a partir daquele momento para decidir. Desse modo o acautelamento do conduzido poderá perdurar até o período máximo de 72 horas sem a decisão do juiz (24 do envio do APFD mais 48 para a decisão do juiz)** (grifo nosso).

Com base no art.310 do CPP, ao analisar o APF, o juiz deve proferir decisão fundamentada, sendo que: 1) verificando que a prisão é ilegal, deverá relaxá-la, em obediência ao mandamento constitucional do art.5º, LXV, da CF/88 (inciso I do art.310, CPP); 2) em sendo legal a prisão e verificado risco processual que pode ser afastado sem a conversão da prisão em preventiva, o juiz deverá impor uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão (inciso II do art.310, CPP, *a contrario sensu*); 3) porém, caso a prisão seja legal e necessária, isto é, imprescindível para afastar o risco processual, o juiz converterá a prisão em flagrante em preventiva¹² (inciso II do art. 310, CPP); 4) sendo a prisão legal, mas inexistindo risco processual, o acusado deve ser posto em liberdade (inciso III do art.310, CPP) (CASARA, 2014, p. 79).

À vista da atual sistemática da prisão em flagrante acima exposta, vale tecer algumas considerações. Conforme foi visto, a própria ideia de flagrante, advinda do verbo *flagrare* (queimar, estar em chamas, incandescente) faz com que o termo flagrante delito, inevitavelmente, relacione-se com a ideia de delito visível e evidente. Porém, Casara (2014, p.72), alerta para o fato de que ideia de evidência afronta a concepção democrática do processo penal, pois este existe para “ constringer ‘evidencias’ e desestabilizar ‘certezas’, certo, então, que a velha definição de flagrante como ‘certeza visual do delito’ não mais se sustenta a luz do

¹² Lima(2015, p.923-924) entende que apesar do art.310, II, do CPP mencionar apenas a conversão em preventiva, é plenamente possível a conversão em prisão temporária, desde que: “[...]a) demonstrada a imprescindibilidade da prisão do agente para assegurar as investigações; b) a infração penal deve ser crime hediondo ou equiparado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º) ou um dos crimes listados no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89; c) requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial postulando a conversão do flagrante em temporária; d) demonstração da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.”

devido processo legal. ”. Outro aspecto tem a ver como o termo “nota de culpa” adotado pelo Código de Processo Penal. Esclarecendo seu conteúdo, Nicolitt (2015, p.81) aduz que a nota de culpa “ nada mais é do que a ciência que se dá ao preso sobre o motivo de sua prisão, o nome do condutor e das testemunhas, ou seja, é o instrumento pelo qual se cumpre o disposto no art.5º, LXIV, da CF/1988”. Porém, Santos, (2013, p.86) alerta que o termo adotado pelo CPP revela-se inadequado, uma vez que:

[...] a simultaneidade paradoxal de uma significação “garantista” (conteúdo) e antigarantista (terminologia empregada), isto é, um ranço inquisitorial, uma ambivalência de cunho axiológico diametralmente oposto, que continua sobrevivendo ao ar renovado da atual conjuntura democrática de um Estado Constitucional de Direito.

Ademais, percebe-se que o atual Código de Processo Penal não prevê expressamente que a pessoa presa em flagrante delito seja apresentada à autoridade judicial, omissão esta que será melhor trabalhada no último capítulo deste estudo, momento no qual espera-se que a investigação ora posta esteja suficientemente amadurecida para discutir a chamada “audiência de custódia”.

Por fim, calha anotar que a prisão preventiva há de ser sempre a última e a mais extrema e excepcional medida a ser tomada pelo julgador, conforme será visto adiante.

2.2.2 Prisão temporária

Esta modalidade de prisão cautelar, diferentemente das demais, está disciplinada em legislação processual própria, qual seja, a Lei nº 7.960/89. Wedy (2013, p.105) aponta que seu objeto é o mesmo das outras prisões cautelares, isto é, a garantia do normal desenvolvimento do processo (especificamente, o normal desenvolvimento do inquérito policial), indispensável à investigação preliminar, garantindo a eficácia da aplicação do *ius puniendi* no futuro.

As hipóteses de cabimento da prisão temporária estão previstas no artigo 1º da Lei nº 7.960/89. Há controvérsia quanto a cumulatividade ou não de tais requisitos para que seja decretada a prisão. Segundo Lima (2015, p.975-976) a corrente majoritária , representada, dentre outros, por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes filho e Antonio Scarance Fernandes, posiciona-se no sentido de que a prisão temporária será decretada se for imprescindível para o inquérito policial ou se o indiciado não tiver residência fixa (inciso I) ou não fornecer elementos necessário ao esclarecimento de sua identidade (inciso II), mas desde

que pelo menos uma destas hipóteses seja cumulada com a de fundadas razões de autoria ou participação nos crimes listados no inciso III ¹³.

Dando continuidade, o art.2º da lei da prisão temporária determina que esta só poderá ser postulada durante a investigação preliminar, seja pelo *parquet*, seja pelo delegado de polícia; nesta última hipótese, o membro do Ministério Público deverá ser ouvido antes da decretação pelo juiz. Desta forma, a prisão temporária não poderá ser decretada *ex officio*. Recebendo o requerimento ou a representação, o juiz dispõe de 24 horas para, fundamentadamente, proferir sua decisão. Tanto antes, como depois desta decisão, o juiz *poderá* ¹⁴de ofício ou a requerimento do *parquet* ou do advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito. Decretada a prisão temporária, será expedido, em duas vias, mandado judicial, sendo uma via entregue ao indiciado como nota de culpa. Somente após a expedição do respectivo mandado judicial, a prisão poderá ser executada, momento no qual o preso será informado dos direitos previstos no art.5º da CF/88 (SANTOS, 2015a, p.431-432).

Conforme o art.2º da Lei nº 7.960/89, a duração da prisão temporária é limitada a 5 dias, prorrogáveis por igual período uma única vez, se demonstrada sua extrema necessidade. No caso de crime hediondo ou equiparado, vale a regra contida no art.2º, § 4º, da Lei nº8.072/90, sendo o prazo 30 dias prorrogáveis uma única vez por igual período, se demonstrada absoluta necessidade (OLIVEIRA, 2014, p.545). Ademais, ensina Casara (2014, p.88) que:

Encerrado o prazo fixado para a prisão temporária, o imputado deverá ser posto imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva. Ou seja, encerrado o prazo da temporária e/ou oferecida a denúncia, se o Ministério público vislumbrar que subsiste a necessidade da prisão cautelar, deve requerer a decretação da preventiva em desfavor do imputado.

Por fim, vale lembrar que o art. 3º da lei em análise determina expressamente que “os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.” (BRASIL,1989, não paginado); tal regra também é prevista no artigo 300 do CPP, bem como no artigo art.84 da LEP, recentemente alterado pela Lei nº 13.167/15.

Superada a análise dos dispositivos atinentes à Lei nº 7.960/89, vale trazer à baila dois aspectos polêmicos relacionados a tal diploma legal. Segundo Santos (2015a, p.430) o primeiro ponto tem a ver com o fato de que prisão temporária constituiria verdadeira *prisão para averiguação*, pois quase exclusivamente se destina a interrogar alguém para que se

¹³ A prisão temporária também é cabível na hipótese de crime hediondo e equiparado, conforme o artigo 2º, § 4, da Lei nº 8.072/90.

¹⁴ Com a audiência de custódia, pretende-se dar caráter obrigatório à apresentação da pessoa presa ao Juiz.

obtenha indícios de autoria, ou seja, por meio dela primeiro se prende e depois se investiga, quando deveria ser o contrário, se estritamente necessário. O segundo ponto refere-se a um possível vício original de inconstitucionalidade formal da Lei nº 7.960/89.

Quanto ao primeiro aspecto, Lima (2015.p.973) sustenta que a prisão temporária fora criada com o objetivo de por fim à prisão para averiguações, esta sim, ilegal, de modo que ambas não se confundem, pois:

[...] a prisão temporária é modalidade de prisão para investigação, porque parte de um fato criminoso, delimitado no tempo e no espaço, para uma pessoa certa e determinada. Ao contrário, a prisão para averiguações desenha-se sob um ponto de vista absolutamente diferente, eis que por meio dela as autoridades prendem, aleatoriamente, pessoas, para depois descobrir crimes que não estavam sequer investigando ou para apurar crimes nos quais essas pessoas nem ao menos figuravam como suspeitas, caracterizando o que vulgarmente se conhece como “operação arrastão”[...] (RIBEIRO, 1994 apud LIMA,2015, p.973).

Quanto ao segundo aspecto polêmico, Lima (2015, p.973-974) explica que este tem a ver com o fato de que a Lei nº 7.960/89 resultou da conversão da Medida Provisória nº 111/89, o que caracteriza vício formal de inconstitucionalidade relacionado à iniciativa da matéria, pois conforme o art.22, I, da CF/88, compete privativamente à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre Processo Penal e Direito Penal, e não ao executivo. Segundo o autor, este aspecto fora suscitado pela OAB, que ajuizou a ADI nº162 no STF. Contudo, por 8 votos a 2, a ação foi prejudicada, pois o STF manifestou-se pela perda do objeto, por considerar que a Lei nº 7.960/89 não foi originada da conversão da Medida Provisória nº 111/89.Por fim, autor complementa que, visando impedir que fato semelhante ocorresse mais uma vez, a Emenda Constitucional nº 32/2001 passou a dar nova redação ao art. 62 da CF/88, ao vedar a edição de medidas provisória em tema de direito penal, processual penal e processual civil.

2.2.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva constitui a principal modalidade de prisão cautelar prevista no Código de Processo Penal Brasileiro. No que tange à iniciativa e os pressupostos para sua decretação, Lima (2015, p.934-935) aduz que:

De acordo com a nova redação do art. 311 do CPP, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Ao dispor que a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício, se no curso da ação penal, conclui-se, a contrario sensu, que referida medida cautelar não poderá ser decretada de ofício na fase investigatória[...] Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, para além da demonstração do *fumus commissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução

criminal ou garantia de aplicação da lei penal), também passa a ser necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão.

O que se denomina de *fumus commissi delicti* constitui os chamados *pressupostos positivos* para a decretação da prisão preventiva: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Quanto ao primeiro, isto é, a materialidade delitiva, é preciso que haja prova de que o fato existiu. Quanto a autoria, não se exige que o juiz tenha certeza, bastando a existência de elementos probatórios que possibilitem, no momento da decisão, afirmar a existência de indício suficiente, ou seja, probabilidade de autoria, ressaltando-se que a expressão indício do art. 312 do CPP fora utilizada no sentido de prova semiplena de autoria (BADARÓ, 2015, p.974-976).

No que tange ao *periculum libertatis*, ensina Nicolitt (2015, p.94) que tanto a doutrina quanto os tribunais costumam associar ordem pública com a ideia de periculosidade do agente, necessidade de proteção do meio social ou credibilidade da justiça diante da gravidade e repercussão do crime, enquanto que “ordem econômica”, segundo Lima (2015, p.942) é associada com o a ideia de risco de reiteração criminosa em crimes que atentem contra livre exercício atividade econômica, abuso do poder econômico (CF, art. 173, § 4º) etc.

De sua banda, a conveniência da instrução criminal tem por finalidade assegurar a higidez do processo, tanto realizando e protegendo a produção de provas, quanto impedindo que o acusado ameace ou corrompa vítimas, testemunhas, juiz, policiais etc. Por fim, a garantia da eficácia da lei penal relaciona-se com o risco concreto de que o acusado fuja, o que tornaria ineficaz a sentença penal condenatória (SANTOS, 2015a, p. 419). Em sendo preenchidos os pressupostos do artigo 312 do CPP, admite-se a prisão preventiva nas hipóteses previstas no art. 313 do referido diploma legal, in verbis:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941, não paginado).

Desta forma, nota-se que a prisão preventiva será decretada nas hipóteses previstas taxativamente no art.313 do CPP, desde que presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum*

libertatis, pressupostos elencados no art.312 do mesmo diploma legal. Além disso, é cabível a prisão preventiva na hipótese do art. 282, § 4º do CPP. Para a devida compreensão do que foi dito, vale transcrever a lição de Oliveira (2014, 550-551), o qual, de forma bastante didática, elenca três situações nas quais a prisão preventiva pode ser imposta:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);
 - b) como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e
 - c) em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP).
- Nas primeiras hipóteses, a e b, a prisão preventiva dependerá da presença das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art. 313, CPP; na última, apontada na alínea c, retro, não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, sobretudo aquela do inciso I, CPP.

Contudo, vale lembrar que não será decretada a prisão preventiva caso se constate a presença dos chamados pressupostos negativos (art. 314, CPP). Santos (2015a, p.418) entende que apesar do texto legal limitar-se às excludentes de ilicitude, a decretação da preventiva também está condicionada a inexistência de excludentes da culpabilidade ou de causa extintiva de punibilidade.

Feita esta análise, percebe-se, portanto, que prisão preventiva, conforme ensina Badaró (2015, p.971) constitui “prisão cautelar por excelência”. Para Gomes (2011, p.25) ela constitui “*extrema ratio da ultima ratio*”. Isto porque a medida prisional em análise impõe ao acusado a restrição mais grave e invasiva à sua liberdade de locomoção, sobretudo porque ocorre antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de tal modo que só se justifica a imposição da prisão preventiva “enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade” (OLIVEIRA, 2014, p.549). Neste sentido, é fundamental que sejam levantados alguns aspectos críticos, fundamentais à devida observância do caráter excepcional da medida prisional referida.

Primeiro, quando ao chamado *periculum in libertatis*, vale citar a lição de Casara (2014, p.86) para quem, os termos “ordem pública” e “ordem econômica” constituem dois significantes indeterminados, isto é, são conceitos vagos que acabam por violar o princípio da legalidade estrita que orienta a restrição da liberdade individual, uma vez que serão os atores jurídicos, imbuídos de seus subjetivismos, que atribuirão significado a tais expressões. Quanto a chamada “conveniência da instrução criminal”, Lima (2015, p.946) ressalta que:

“a medida cautelar não pode ser decretada com base em mera conveniência. Sua decretação está condicionada, sim, à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal.”

Por fim, há de se lembrar que Código de Processo Penal, mesmo após advento da lei 12.403/2011, silencia quanto ao prazo de duração das medidas cautelares, dentre elas, a prisão preventiva. Para Nicolitt (2015, p.43) a ausência de prazos de duração das prisões processuais “ representa uma grave omissão legislativa que, por ora, deverá ser suprida pela doutrina e jurisprudência”. O autor menciona a proposta de um sistema de maior proteção do direito de liberdade, cujo idealizador é o professor Nereu Giacomolli, que trabalha com a redução do tempo necessário para a progressão de regime (em regra 1/6 da pena):

Assim , o tempo máximo de duração da prisão preventiva resultaria da redução de 1/6 da pena mínima (no homicídio simples, o tempo máximo da prisão preventiva seria de 1 ano; no qualificado, 2 anos, no tráfico simples, 10 meses; no roubo simples, 8 meses, no roubo qualificado, haveria acréscimo de 1/3, referente à causa especial de aumento de pena; nos delitos tentados também considerar-se-ia a causa especial de diminuição de pena). Trata-se de uma tese factível, razoável e possível, de extraída do próprio sistema criminal”(GIACOMOLLI, 2013, apud NICOLITT, 2015, p.43).

Encerrado este primeiro capítulo, com o qual objetivou-se aprimorar a ideia de processo penal constitucional, deve-se agora partir para o estudo dos Tratados Convenções Internacionais de Direitos Humanos, nos quais a tutela da liberdade de locomoção ganha especial relevância, destacando-se a garantia de apresentação, sem demora, da pessoa presa ao juiz. Daí almejar-se interpretar o processo penal pátrio não só à luz da Constituição de 1988, mas também à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para que se alcance o que Giacomolli (2014, p.24) denomina de *processo penal constitucional, convencional e humanitário*.

3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Direitos Humanos: conceito, evolução, fundamento, características e conteúdo

Em linhas gerais, tem-se que, com base na evolução doutrinária e conceitual, inicialmente os direitos atinentes à proteção dos seres humanos eram denominados de "direitos do homem". Estes, ao serem positivados nos diplomas constitucionais, passaram a receber a denominação de “direitos fundamentais”. Quando previstos nos Tratados Internacionais, passaram a ser designados de “direitos humanos” (OLIVEIRA, E.S., 2012. p.19). De forma semelhante, Vieira de Andrade 1983, p.32, apud Ramos, 2014, p.41) ensina que:

poderíamos convencionar que, da pluralidade de designações que nos oferece a matéria, a expressão ‘direitos fundamentais’, sem deixar de ser um superconceito, designaria em sentido estrito os direitos constitucionalmente protegidos; à perspectiva internacionalista atribuir-se-iam os termos ‘direitos do homem’, ou, melhor ainda, ‘direitos humanos’, guardar-se-iam as fórmulas ‘direitos naturais’, ‘direitos originários’, e, em geral, as que transportam uma carga afectiva (direitos ‘imprescritíveis’, ‘inalienáveis’, ‘invioláveis’) para a dimensão filosófica.

Apesar de reconhecer o esforço da doutrina em estabelecer as diferenciações citadas, Mazzuoli (2015, p.898) entende que deve ser valorizada a interação entre os direitos do homem, os direitos fundamentais e os direitos humanos, de modo que todas as pessoas, independentemente de pertencerem ou não ao Estado onde se encontrem, estejam protegidas de forma efetiva. Contudo, o autor reconhece que, apesar dos pontos convergentes:

[...] existem também pontos de divergência, como a falta de identidade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Estes últimos, sendo positivados nos ordenamentos jurídicos internos, não têm um campo de aplicação tão amplo, ainda mais quando se leva em conta que nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais modernos são exercitáveis por todas as pessoas indistintamente (tome-se, como exemplo, o direito de voto, que não pode ser exercido pelos conscritos, durante o período de serviço militar, sem falar nos estrangeiros: CF, art. 14, § 2º). Os chamados direitos humanos, por sua vez, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em tratado internacional do qual o Estado seja parte. Talvez por isso certa doutrina tenha preferido a utilização da expressão direitos humanos fundamentais, como querendo significar a união material da proteção de matiz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional de tais direitos (MAZZUOLI, 2015, p.883).

Escorado no constitucionalista português Jorge Miranda, André de Carvalho Ramos, esclarece que “[...] o Direito Internacional utiliza o termo ‘direitos humanos’ para ficar mais transparente a atinência destes direitos aos indivíduos e não aos Estados ou a outras entidades internacionais” (MIRANDA, 1993, p.51, apud RAMOS, 2014, p.40). Para o autor brasileiro, a própria fusão dos termos resultante tanto na forma “direitos humanos fundamentais”, quanto na forma “direitos fundamentais do homem”, utilizadas,

respectivamente, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Afonso da Silva, evidencia que a proposta de uma diferenciação rigorosa “[...] perde a importância, ainda mais com a ocorrência[...]de um processo de *aproximação e mútua relação* entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos” (RAMOS, 2014, p.41). Por isso, no presente ensaio, as diferenciações sobreditas serão mantidas, mas tão somente para fins didáticos, sem qualquer pretensão de se estabelecer conceitos ou denominações fechadas em si mesmas. A propósito, vale citar a lição de Rosas (1995, apud Piovesan, 2013, p.147), para quem:

O conceito de direitos humanos é sempre progressivo (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente.

A evolução histórica dos direitos humanos revela como seus marcos fundamentais o iluminismo, a Revolução Francesa e o fim da 2ª Guerra Mundial. No primeiro, no qual pensadores como Rousseau, Locke, Hobbes e Montesquieu ganharam destaque, buscou-se valorizar a razão, a crítica, a ciência e o homem natural, com o intuito de chegar-se à essência das coisas e das pessoas, isto é, às origens da humanidade. Tal movimento propiciou o surgimento das primeiras declarações de direitos humanos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, escrita após a Revolução Francesa, sendo esta última o nascedouro dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, representativos dos direitos humanos. Como último marco, tem-se o fim da 2ª Guerra Mundial, momento no qual, diante dos efeitos nefastos causados pela barbárie do totalitarismo, surgira a necessidade de fortalecimento e reafirmação dos direitos humanos, alcançada pelo desenvolvimento da proteção internacional de tais direitos, sobretudo por meio da criação das Organizações das Nações Unidas e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos (OLIVEIRA, E.S., 2012, p.21-23).

Afirma-se que os direitos humanos têm por fundamento o valor-Fonte do Direito atribuído a cada pessoa Humana pelo simples fato de se existir, isto é, tais direitos validam-se a partir da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa humana, ao teor do que dispõe o art.1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. ”. Com base neste dispositivo, infere-se que os direitos humanos da contemporaneidade fundam-se em três princípios reciprocamente combinados e influenciados: a) inviolabilidade da pessoa – vedação de se impor a determinada pessoa sacrifícios que resultarão em benefícios para outra ; b) autonomia da pessoa – liberdade dada a qualquer indivíduo para que pratique qualquer conduta, com a condição de que não

prejudique outras pessoas; c) dignidade da pessoa – núcleo-fonte dos demais direitos fundamentais do cidadão, em respeito ao qual as pessoas devem ser tratadas/julgadas pelos seus atos, e não por outros fatores alheios a tais atos (MAZZUOLI, 2015, p. 898-899).

Dito isto, é possível estabelecer algumas características dos direitos humanos. Para Mazzuoli (2015, p.900-901), tais direitos são dotados de: 1) historicidade – são históricos, isto é, são construídos ao longo do tempo; 2) universalidade – todo e qualquer ser humano é titular de tais direitos; 3) essencialidade – por natureza, são essenciais aos seres humanos; 4) irrenunciabilidade – não podem ser renunciados, de modo que eventual autorização de seu titular nesse sentido não legitima qualquer violação do conteúdo de tais direitos; 5) inalienabilidade – também é vedada a sua transferência gratuita ou onerosa (indisponíveis e inegociáveis), mesmo que seu titular consinta; 6) inexauribilidade – gozam da possibilidade de serem expandidos, admitindo, a qualquer tempo, a aderência de novos direitos; 7) imprescritibilidade – não perecem com o decurso do tempo, salvo limitações estabelecidas expressamente pelos tratados internacionais prevendo procedimentos perante cortes ou instâncias internacionais; 8) vedação do retrocesso – é defeso aos tratados internacionais e aos Estados retrocederem em matéria de proteção dos direitos humanos.

Além das características já citadas, podem ser incluídas as seguintes:

[...]

b) indivisibilidade: não podem ser divididos, compõem um único conjunto de direitos (parágrafo 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993);

c) interdependência (parágrafo 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993): os direitos humanos estão vinculados uns aos outros;

d) inter-relacionaridade (parágrafo 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993): os direitos humanos e os sistemas de proteção se inter-relacionam, possibilitando às pessoas escolher entre o mecanismo de proteção global ou regional, pois não há hierarquia entre eles;

[...]

f) individualidade: podem ser exercidos por apenas um indivíduo;

g) complementaridade: os direitos humanos devem ser interpretados em conjunto, não havendo hierarquia entre eles;

h) inviolabilidade: esses direitos não podem ser descumpridos ou violados por nenhuma pessoa ou autoridade;

[...]

n) inerência: os direitos humanos são inerentes ou inatos (naturalmente ligados) aos seres humanos;

o) efetividade: o Estado deve garantir a efetivação dos direitos humanos (no mínimo, os direitos civis e políticos);

[...]

q) limitabilidade: os direitos humanos podem ser limitados em situações excepcionais previstas nas legislações, como, por exemplo, a prisão de um indivíduo que cometeu um delito (limitação da liberdade de ir e vir). No Brasil, é possível limitar o direito de reunião nos casos de estado de defesa e de estado de sítio (arts. 136 e 139 da CF/88, respectivamente) (OLIVEIRA, E.S., 2012, p.29-30, grifo nosso).

Corriqueiro é, principalmente no ambiente acadêmico, deparar-se com a famosa teoria das gerações dos direitos humanos, a qual tradicionalmente tem abordado o conteúdo

de tais direitos em três gerações. Ramos (2014, p.94) ensina que tal teoria foi inaugurada pelo jurista francês de origem checa Karel Vasak, no ano de 1979, durante conferência realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos. O autor explica que “[...]cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: ‘liberté, égalité et fraternité’” (RAMOS, 2014, p.94). Além disso, a dita “tríade geracional” tem por base:

[...]a evolução histórica pela qual passou o constitucionalismo ocidental. Nesse sentido, tem-se entendido que os direitos começaram a desenvolver-se no plano dos direitos civis e políticos, passando, num segundo momento, para o âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem assim dos direitos coletivos ou de coletividades, e culminando com a proteção de direitos como o meio ambiente, a comunicação, o patrimônio comum da humanidade etc. (MAZZUOLI, 2015, p.902-903).

Desta feita, considerando cada momento histórico de surgimento dos direitos humanos, Vasak defendeu a existência das seguintes gerações: **1) primeira geração de direitos humanos** – a dos direitos civis e políticos como forma de limitação ao poder estatal, os quais surgiram nas revoluções burguesas (Francesa e Gloriosa, por exemplo), tendo por fundamento a ideia de liberdade (*liberté*), simbolizada na cor azul da bandeira francesa; **2) segunda geração de direitos humanos** – a dos direitos econômicos, sociais e culturais, que seriam uma resposta do comunismo às desigualdades ocasionadas pela Revolução Industrial, tendo por fundamento o valor de igualdade (*égalité*), simbolizado na cor branca da bandeira francesa; **3) terceira geração de direitos humanos** – a do direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sustentável e à paz, tendo por fundamento o valor da fraternidade (*fraternité*), simbolizado na cor vermelha da bandeira francesa (CASADO FILHO, 2012, p.41).

Cumprido alertar que, apesar de seu caráter didático, a teoria geracional dos direitos humanos “[...]é criticada nos dias de hoje por transmitir, de forma errônea, o caráter de sucessão de uma geração por outra” (RAMOS, 2014, p.98). Neste sentido, tem-se que:

[...]A crítica mais contundente que se tem feito ao chamado sistema geracional de direitos é no sentido de que, se as gerações de direitos induzem à ideia de sucessão – por meio da qual uma categoria de direitos sucede à outra que se finda –, a realidade histórica aponta, em sentido contrário, para a concomitância do surgimento de vários textos jurídicos concernentes a direitos humanos de uma ou outra natureza. No plano interno, por exemplo, a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior à dos direitos civis e políticos, ao passo que no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo (WEIS, 2010, apud MAZZUOLI, 2015, p.903).

No âmbito do Direito Internacional propriamente dito, a classificação dos direitos humanos acabou por afastar-se da tradicional teoria geracional, sobretudo por conta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Após sua edição, ocorrera uma série de estudos na Comissão de Direitos Humanos da ONU, os quais almejavam a criação de um tratado

internacional de direitos humanos cujos direitos protegidos seriam reconhecidos pela comunidade internacional. Contudo, a polarização (capitalistas x comunistas) evidenciada na Guerra Fria acabou impedindo que estes dois blocos chegassem a um consenso quanto ao peso a ser dado aos direitos de primeira geração ou aos de segunda geração, o que impediu a elaboração de um tratado único. Consequentemente, foram criados dois tratados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), propiciando que os direitos por eles protegidos fossem classificados em cinco espécies: direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (RAMOS, 2014, p.99-100).

Os direitos civis compreendem os direitos de autonomia frente ao Estado ou a terceiros, tendo por conteúdo a proteção dos atributos da personalidade e dignidade da pessoa humana (por exemplo, o direito à vida (art. 6º), o direito ao devido processo legal (art.9º) e o direito de locomoção (art.12), todos do PIDCP). Os direitos políticos são os de participação (ativa ou passiva) nas decisões políticas e na gestão da coisa pública (art.25 do PIDCP). Já os direitos econômicos relacionam-se com a organização econômica de determinado Estado (ótica produtor-consumidor) (por exemplo, o direito de greve (art.8º) e o direito a condições de trabalho justas e favoráveis (art.7º), todos do PIDESC. Os direitos sociais são aqueles que asseguram a vida material digna, por meio da exigência de prestações positivas do Estado, em caso de necessidade do indivíduo (direito à saúde (art.12) e o direito à educação (art.13), todos do PIDESC. Por fim, os direitos culturais são os relativos à participação do indivíduo na vida cultural da uma comunidade, além das ações do Estado para conservação, difusão e desenvolvimento da cultura e ciência (art.15 do PIDESC) (RAMOS, 2014, p.100-102).

Ante o exposto, resta evidente, portanto, a contribuição da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, segundo Piovesan (2013, p.48-50), inaugurou a concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos, de modo que, ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, permitiu que fossem concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Assim, conclui-se que, em vez de se dividirem e/ou sucederem em gerações, os direitos humanos contemporâneos se expandem, se conjugam e se fortalecem em favor dos direitos de cada ser humano, o que acaba por revelar que possuem conteúdo indivisível.

3.2 Internacionalização dos direitos humanos

Antes de se iniciar o estudo do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos humanos, cabe analisar os fatores e precedentes que permitiram a formação e consolidação de desse sistema, bem como o cenário por trás da adoção, pelos Estados, dos mecanismos de proteção a ele atinentes. Mazzuoli (2015, p.904) ensina que a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, alcançada por intermináveis lutas históricas e materializada na criação de diversos tratados, foi consequência de um processo de internacionalização e universalização que se deu de forma lenta e gradual. Desta forma, repita-se, para que se compreenda a noção contemporânea de proteção dos direitos humanos, faz-se necessário, antes de tudo, analisar seus precedentes históricos.

Para Piovesan (2012, p.177), O Direito Humanitário, A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho constituem os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. De sua banda, Mazzuoli (2015, p.905) acrescenta que o mais remoto antecedente histórico da moderna sistemática internacional de proteção de tais direitos está ligado aos tratados de paz de Westfália de 1648, os quais permitiram o fim da Guerra dos Trinta Anos. Contudo, coadunando-se ao entendimento de Flávia Piovesan, o autor reconhece que os precedentes por ela elencados constituem os marcos históricos mais concretos e importantes da chamada arquitetura internacional dos direitos humanos.

O chamado Direito Humanitário constituiu “a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos estados, ainda que na hipótese de conflito armado” (PIOVESAN, 2012, p.178). Tal ramo dos direitos está consubstanciado no:

[...] conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito” (SWINARSKI, 1998, apud MAZZUOLI, 2015, p.905).

Reforçando a concepção do Direito Humanitário, surge, após a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações, objetivando a promoção da cooperação, da paz e da segurança internacional e condenando agressões externas à integridade do território e à independência política dos membros que a compunham. Em 1920, a chamada Convenção da Liga das Nações contemplava previsões genéricas quanto aos direitos humanos, as quais relativizaram a soberania dos Estados, uma vez que a convenção previa o estabelecimento de sanções econômicas e militares pela comunidade internacional em desfavor dos Estados violadores de suas obrigações (PIOVESAN, 2012, p.178-179).

Por fim, Piovesan (2012, p.179) ensina que, ao lado dos já citados precedentes históricos, tem-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada após a Primeira

Guerra Mundial, visando à promoção de padrões internacionais tanto de condições de trabalho como de bem-estar. Para Mazzuoli (2015, p.906), a OIT destacou-se em relação aos demais precedentes, uma vez que nestes, os direitos encontravam-se ainda circunscritos âmbitos específicos, como os casos de conflito armado, ao passo que no plano da OIT os direitos das pessoas (trabalhadores) puderam ser visualizados de forma mais clara, de modo que a identificação do sujeito de direitos a ser protegido passou mais nítida.

Fica claro, pois, que os precedentes citados convergem no sentido da projeção do tema dos direitos humanos na ordem internacional, seja por meio da proteção dos direitos fundamentais em casos de guerra, seja ao traçar como objetivos a manutenção da paz e da segurança no âmbito internacional, bem como ao assegurar padrões globais mínimos para condições de trabalho (PIOVESAN, 2012, p.180). Desse modo:

[...]registram o fim de uma época em que o Direito Internacional estava adstrito à regulamentação das relações estritamente estatais, rompendo com o conceito de soberania estatal absoluta (que concebia o Estado como ente de poderes ilimitados, tanto interna como internacionalmente) e admitindo intervenções externas no plano nacional, para assegurar a proteção de direitos humanos violados. Ou seja, esta nova concepção afasta de vez o velho conceito de soberania estatal absoluta, que considerava, na acepção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos do Direito Internacional Público. Apenas uma exceção a esta concepção tradicional de soberania absoluta era conhecida no Direito Internacional, antes do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e dizia respeito à responsabilidade dos Estados por danos a estrangeiros em seu território, quando se reconhecia que o tratamento conferido a determinado estrangeiro em dado Estado era interesse legítimo do Governo da nacionalidade daquele estrangeiro[...] Em suma, a partir desse momento histórico, emerge finalmente a concepção de que o indivíduo não é apenas objeto, mas também *sujeito* de do Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2015, p.906, grifo do autor).

Piovesan (2012, p.183) aduz que é nesse cenário que começam a ganhar corpo os primeiros delineamentos do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, o qual teria sua consolidação iniciada em meados do século XX, no período de pós-guerra, conforme será visto adiante. Para Ramos (2014, p.73), esse novo ramo do Direito Internacional Público pode ser conceituado como o “[...] conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas”. Neste sentido, tem-se que:

[...]é um sistema de princípios e normas que regula a cooperação internacional dos Estados e cujo objeto é a promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidas, assim como o estabelecimento de mecanismos de garantia e proteção de tais direitos (VILLÁN DURÁM, 2002, p.85, apud RAMOS, 2014, p.73).

Como já fora dito acima, foi no pós-guerra que o Direito Internacional dos Direitos Humanos alcançou sua consolidação. Isso porque, diante do terror causado pelo totalitarismo e pela 2ª Guerra Mundial, os quais representaram incontestável ruptura com os direitos humanos,

surgiu a necessidade de se promover a reconstrução e o resgate do valor de tais direitos. Piovesan (2013, p.47) ensina que, nesse contexto de reconstrução, é reforçada a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve estar adstrita à competência nacional ou à jurisdição doméstica exclusivas de determinado Estado, mas sim constituir tema de legítimo interesse internacional. Segundo a autora, essa concepção inovadora desencadeia duas consequências:

1^a) **a revisão** da noção tradicional e soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;

2^a) **a cristalização** da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito (PIOVESAN, 2013, p.47, grifo nosso).

À luz dessa concepção inovadora, surge, a partir do período pós-guerra, a Carta de São Francisco (1945), a qual, “além de mencionar expressamente o dever de promoção de direitos humanos por parte dos Estados signatários, estabeleceu tal promoção como sendo um dos pilares da Organização das Nações Unidas (ONU) [...]” (RAMOS, 2015, p. 30). Logo em seguida, no ano de 1948, é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta última, além de introduzir uma nova (contemporânea) concepção dos direitos humanos, como já visto, fez com que o Direito Internacional Dos direitos Humanos se desenvolvesse, por meio da adoção de vários instrumentos internacionais de proteção, fazendo surgir um verdadeiro sistema internacional de proteção dos direitos humanos, integrado por um sistema normativo global e por sistemas regionais de proteção (PIOVESAN, 2013, p.47-53). Neste sentido, Mazzuoli leciona que:

O Direito Internacional ganha uma face humanizadora com o nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente com a arquitetura normativa de proteção de direitos nascida no pós-Segunda Guerra, desde a Carta das Nações Unidas (1945), desenvolvendo-se coma Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e com os inúmeros tratados internacionais de proteção desses mesmos direitos surgidos no cenário internacional após esse período.

À vista do exposto, conclui-se que o processo de internacionalização dos direitos humanos culminou na adoção, por parte dos Estados, de uma complexa normatividade internacional, na busca de uma efetiva de proteção desses direitos, os quais foram brutalmente violados no contexto da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto. Como forma de prevenir o ressurgimento da barbárie, surge então o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, a ser analisado adiante.

3.3 Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

Conforme já dito alhures, o processo de internacionalização dos direitos humanos contribuiu sobremaneira para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e conseqüentemente para a estruturação de um sistema internacional de proteção de tais direitos. O surgimento da ONU em 1945 e a conseqüente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948 propiciou a produção de inúmeros tratados internacionais, os quais almejavam concretizar o desejo de uma normatividade internacional efetiva na proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa sistemática internacional de proteção dos direitos humanos dá-se em dois grandes planos (ou sistemas), quais sejam, um global e outro regional. O plano global é representado pelos tratados aprovados no âmbito da Organização das Nações Unidas e das instituições a ela atinentes, ao passo que o plano regional (ou melhor, os planos regionais) é (são) representado pelos instrumentos protetivos aprovados por organizações internacionais geograficamente restritas, como a União Europeia, a União Africana e a Organização dos Estados Americanos (OEA) (CASADO FILHO, 2012, p.51).

Mazzuoli (2015, p.909) ensina que tais sistemas são coexistentes e complementares entre si, isto é, não podem ser compreendidos de forma compartimentalizada, mas sim coordenada, principalmente porque direitos idênticos são protegidos simultaneamente por eles, de modo que, ante a violação de determinado direito, cabe ao indivíduo escolher a proteção do sistema que lhe seja mais favorável. Neste diapasão, o autor exemplifica que:

[...] a falta de solução para um caso concreto no sistema interamericano (ou no sistema europeu, ou africano) de direitos humanos, não impede a vítima de se dirigir às Nações Unidas para vindicar o mesmo direito, previsto em tratado pertencente ao sistema global (v.g., o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966). A recíproca também é verdadeira: não encontrada a solução no sistema global, a vítima em causa pode buscar a solução no sistema regional em que a violação de direitos humanos ocorreu, peticionando à Corte interamericana de Direitos Humanos (caso a violação tenha ocorrido baixo a jurisdição de algum Estado do Continente Americano, que tenha ratificado a Convenção Americana e aceito a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana) ou à Corte Europeia de Direitos Humanos (se a violação tiver ocorrido em país europeu que é parte na Convenção Europeia de Direitos Humanos) ou, ainda, à Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (quando a violação tiver ocorrido em Estado africano parte no Protocolo à Carta Africana), para que o tribunal respectivo condene o Estado faltoso e a indenize, se for o caso (MAZZUOLI, 2015, p.909-910).

Feitos estes esclarecimentos, parte-se agora para o estudo propriamente dito do sistema global (ou das Nações Unidas) e do sistema regional americano (ou interamericano), dos quais o Brasil faz parte. Não serão abordados todos os instrumentos normativos atinentes à proteção internacional dos direitos humanos, mas tão somente os que, por ora, são necessários à compreensão da objeto desta investigação, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e

Políticos de 1966 (sistema global), e a Convenção Americana de Direitos Humanos(ou Pacto de San José da Costa Rica) (sistema interamericano).

3.3.1 Sistema Global

Vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), o sistema global de proteção aos direitos humanos é formado por diversos documentos internacionais, apresentando um caráter mais geral e princípios protetivos básicos (OLIVEIRA, E.S, 2012, p.64). Dentre estes documentos que formam tal sistema, incluem-se a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Analisando o contexto envolvido na formação do sistema global, Mazzuoli (2015, p.944-945) ensina que, apesar de a Declaração Universal de 1948 constituir norma de *jus cogens* internacional, contemplando os direitos mínimos a serem garantidos pelos Estados, não possui instrumentos ou aparato próprios para a sua aplicabilidade prática quando determinado direito é violado. Diante de tal ausência, surgiram diversas discussões quanto à eficácia (interna e internacional) de suas normas. Buscando dirimir essa ausência, inicialmente foram firmados dois importantes pactos com objetivo de assegurar a proteção dos direitos humanos previstos na Declaração de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pela Assembleia Geral da ONU, em Nova York, em 16 de dezembro de 1966.

Buscou-se, assim, por meio destes dois tratados, a “juridicização” da Declaração de 1948, isto é, a transformação dos dispositivos nela contidos em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias. Da união dos dois pactos com a aludida Declaração resultou a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos (*Internacional Bill of Rights*). Esta inaugurou o sistema global de proteção dos direitos humanos, o qual posteriormente seria ampliado com a adoção de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, etc. (PIOVESAN, 2012, p.226-227).

3.3.1.1 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966

Conforme já dito, no ano de 1966, na cidade de Nova York, foi firmado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), com o objetivo de operacionalizar proteção

dos direitos humanos por meio do suporte técnico-jurídico à efetivação de tais direitos. Todavia, juntamente com seu protocolo, só entrou em vigor no ano de 1976, quando então atingiram o número de ratificações necessário para tanto (GIACOMOLLI, 2015, p.4).

O PIDCP, como bem ensina Mazzuoli (2015, p.962), constitui mecanismo que insere a obrigatoriedade jurídica à categoria dos direitos civis e políticos elencadas na primeira parte da Declaração Universal de 1948, com a intenção instrumentalizar a proteção dos chamados direitos de primeira geração. Vale citar a lição de Piovesan (2012, p.230), segundo a qual:

Os principais direitos e liberdades cobertos pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos são: o direito à vida; o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito de não ser escravizado, nem submetido a servidão; os direitos de à liberdade e à segurança pessoal e a não ser sujeito a prisão ou detenção arbitrárias; o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei; a proteção contra a interferência arbitrária na vida privada; a liberdade de movimento; o direito a uma nacionalidade; o direito de casar e formar família; as liberdades de pensamento, consciência e religião; as liberdades de opinião e de expressão; o direito à reunião pacífica; a liberdade de associação; o direito de aderir a sindicatos e o direito de votar e de tomar parte no Governo.

Acrescente-se, por oportuno, especificamente quando à liberdade de locomoção que:

O PIDCP, em três arts. (9º, 10 e 11), elenca uma série de garantias a serem observadas quando for restringida a liberdade de ir e vir: (a) **fundamentação da decisão** (“ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente”); (b) **legalidade da prisão** (“motivos previstos e em lei e com os procedimentos”); (c) **informação acerca dos motivos da prisão** (“qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão”); (d) **celeridade** (“notificação, sem demora, das acusações”; “ser julgada em prazo razoável ou posta em liberdade”); (e) **audiência imediata** (“ser conduzida, sem demora à presença do juiz”); (f) **regra da liberdade** (“a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral”); (g) **possibilidade de estabelecimento de condições à liberdade** (“a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos do processo e, se necessário for, à execução da sentença”); (h) **direito à impugnabilidade** (“terá de recorrer a um tribunal”); (i) **reparação em caso de prisão legal** (“qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação”) (GIACOMOLLI, 2014, p.357-358, grifo nosso).

Ademais, o referido pacto inovou ao contemplar temas que não foram tratados pela Declaração de 1948, como os direitos das crianças e das minorias (arts. 24 e 27) (CASADO FILHO, 2012, p.57). Contudo, como bem aponta Oliveira, E.S. (2012, p.69) alguns direitos previstos na Declaração não foram previstos no Pacto, tais como o direito de propriedade e o direito de procurar ou gozar asilo em outros países em razão de perseguição.

Piovesan (2012, p.232-233) aduz que, quanto ao monitoramento e implementação dos direitos por ele elencados, o PIDCP desenvolve uma peculiar sistemática (*special enforcement machinery*), oferecendo suporte institucional aos preceitos que consagra. Isto porque, com a sua ratificação pelos Estados-partes, estes passam a ter obrigação de encaminhar

relatórios periódicos sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas em prol dos direitos elencados pelo pacto. Nesse interim, o principal órgão de monitoramento previsto por ele vem a ser o Comitê de Direitos Humanos, o qual, conforme o art.28 do Pacto, é composto por 18 membros nacionais dos Estados-partes (por eles eleitos) com o requisito de serem pessoas cuja competência seja reconhecida em tema de direitos humanos, devendo servir ao Comitê não como representantes do Estado, mas sim de forma independente e autônoma.

Este Comitê é responsável pela análise dos relatórios encaminhados pelos Estados-partes, devendo examiná-los, estudá-los e, posteriormente, enviá-los ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com os comentários devidos. Além da sistemática de relatórios, o PIDCP também prevê a de comunicações interestatais, por meios das quais determinado Estado-parte pode alegar que outro Estado-parte violou direitos humanos previstos no pacto. Contudo, tais comunicações só serão admitidas se o Estado denunciador e o Estado denunciado reconhecerem e aceitarem a competência do Comitê para recebê-las e examiná-las (PIOVESAN, 2012, p.233-234).

Por fim, ainda sobre o Comitê, Giacomolli (2014, p.5) acrescenta que tal órgão fora instrumentalizado pelo Protocolo Facultativo, com o mecanismo de recebimento das reclamações individuais pela violação dos direitos humanos (direito de petição), nos moldes do art.5º, §2º, do Protocolo, desde que esgotada a instancia recursal interna e inexistência litispendência internacional.

3.3.2 Sistema Regional Interamericano

Segundo Giacomolli (2014, p.7) o sistema regional interamericano, do qual o Brasil faz parte, partiu da Carta da OEA ou Carta de Bogotá, bem como da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas de 1948, resultando na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. Anteriormente a esta, em 1959, fora criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos. Somente em 1978, quando atingiu número mínimo de depósito de ratificações, é que a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), criada desde 1969, entrou em vigor no plano internacional. Visando garantir os direitos previstos nela, a Assembleia Geral da OEA adotou, no ano de 1988, o Protocolo Adicional à convenção Americana (ou Protocolo de San Salvador), o qual entrou

em vigor no ano seguinte, com o depósito de sua 11ª ratificação. Assim, tais diplomas compõem o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Além destes, podem ser citados outros instrumentos internacionais que compõem o sistema interamericano, os quais não serão objeto deste estudo, tais como : o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) ou Convenção de Belém do Pará, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) (MAZZUOLI, 2015, p.978).

O mecanismo jurídico de monitoramento do sistema interamericano é estabelecido pela CADH, sendo formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana (PIOVESAN, 2013, p.92). Dito isto, cabe analisar as especificidades e os pontos mais relevantes deste tripé, o que será feito adiante.

3.3.2.1 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

A Convenção Americana de Direitos Humanos fora assinada no ano de 1969, na cidade de San José, Costa Rica. Daí também ser conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Contudo, tal convenção só entrou em vigor no ano de 1978, com o depósito de sua 11ª ratificação. Em seu preâmbulo, a CADH afirma que:

[...]os direitos fundamentais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2007, p.217).

Mazzuoli (2015, p.975-976) ensina que a CADH inseriu nas Américas um padrão de “ordem pública” que até então não existia. Contudo, em que pese sua relevância para o Continente Americano, países como os Estados Unidos (apenas a assinou) e o Canadá não a ratificaram. Segundo o autor, à luz do que disciplina o preâmbulo acima citado, a proteção prevista na CADH é complementar ou coadjuvante à do Direito Interno dos Estados que a compõem, no sentido de que o sistema protetivo dela incide caso, no âmbito dos Estados-membros, inexistir proteção ou esta seja deficitária. Isto é, não se trata de uma proteção supletória, no sentido de que substitui o Direito Nacional. Em verdade, cabe ao próprio estado

a responsabilidade protetiva imediata (competência primária) e ao sistema interamericano a responsabilidade protetiva mediata, o que se corrobora no fato de que um dos requisitos de admissibilidade de petições perante a sua Corte consiste no prévio esgotamento dos recursos no âmbito do Direito Interno.

Semelhantemente ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a CADH reconhece e assegura um conjunto de direitos civis e políticos, tais como o direito à vida, o direito de não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, ao julgamento justo, à liberdade de movimento e residência, à compensação em caso de erro do judiciário etc. , cabendo a cada Estado-membro a obrigação de respeitar e garantir o exercício livre e pleno dos direitos e liberdades nela previstos, inclusive por meio de medidas legislativas ou de outra natureza, imprescindíveis à sua efetividade (PIOVESAN, 2012, p.325-326). Desta forma:

Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício de tais direitos (BUERGENTHAL, 1988, apud PIOVESAN, 2012, p.326).

Por fim, oportuno lembrar que, especificamente quanto a liberdade pessoal:

A CADH, em seu art. 8º ¹⁵[sic], acerca da liberdade pessoal enuncia os critérios a serem adotados: (a) **legalidade da prisão** (“ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-parte ou pelas leis”); (b) **motivação da detenção** (“ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários”); (c) **dever de fundamentação** (“deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela”); (d) **audiência imediata** (“deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer as funções judiciais”); (e) **julgamento sem demora** (“e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”); (f) **impugnabilidade da prisão** (“tem direito de recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura”); (g) **salvo-conduto** (“decida sobre a legalidade da ameaça”); (h) **efetividade do meio impugnativo** (“tal recurso não pode ser restringido nem abolido”); (i) **legitimidade pessoal para impugnar** (“o recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra”); (j) **controle jurisdicional da prisão** (“recorrer a um juiz ou tribunal competente”; ser conduzida [...] à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”) (GIACOMOLLI, 2014, p.358, grifo nosso).

3.3.2.2 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Sediada em Washington, Estados Unidos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constitui órgão da OEA e da CADH, fato este que, segundo Mazzuoli (2015, p.963) faz com que tal órgão tenha funções ambivalentes ou bifrontes. Neste sentido, Piovesan (2012,

¹⁵ Na verdade, o correto seria art.7º da CADH.

p.327) ensina que competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança tanto os Estados-partes da CADH em relação aos direitos nela insculpidos, quanto os Estados-membros da OEA, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

Quanto a sua composição, a Comissão é formada por sete membros, nacionais de qualquer Estado-parte da OEA, desde que gozem de alta autoridade moral e reconhecido conhecimento em tema de direitos humanos, eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da aludida Organização, por um período de quatro anos, renovável por igual período (PIOVESAN, 2012, p.327).

O artigo 41 da CADH contempla as funções protetivas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tais como a de formular recomendações, realizar inspeções *in loco*, solicitar informações aos Estados-membros etc. Em seguida, seu artigo 44 estabelece a Comissão como o órgão responsável por receber as reclamações dos indivíduos, grupos de pessoas ou entidades não governamentais, na hipótese de violação de direitos humanos por um Estado-parte, sendo o direito de petição exercido perante ela (GIACOMOLLI, 2014, p.7).

A CADH estabelece requisitos de admissibilidade da petição, quais sejam: o esgotamento dos recursos locais, a ausência do decurso do prazo de seis meses para a representação, ausência de litispendência internacional e de coisa julgada internacional. Quanto ao primeiro, tem-se que ele exige que o peticionante comprove o esgotamento dos mecanismos de proteção internos (administrativos ou judiciais) antes que o caso seja apreciado pelo o Direito Internacional. Contudo, tanto a CADH, quanto a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos preveem hipóteses nas quais tal exigência é mitigada. Na CADH, tem-se as seguintes: 1) ausência do devido processo legal para a proteção do direito violado; 2) quando não tenha sido permitido à vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou caso ela tenha sido impedida de esgotá-los e 3) demora injustificada na decisão sobre os recursos. Já a jurisprudência da corte prevê três hipóteses: 1) quando ocorrer inidoneidade do recurso disponível; 2) quando este recurso for inútil (como no caso já existir decisão da Suprema Corte local em sentido diverso) ou 3) ausência de defensores ou existência de barreiras de acesso à justiça (RAMOS, 2015, p.226). Giacomolli (2014, p.7) ensina que, em sendo admitida a petição:

A Comissão solicita informações ao Estado, apontado como violador dos direitos humanos, fixando um prazo razoável à resposta. Com ou sem esta, a Comissão poderá: (a) arquivar o expediente, quando não existirem ou não persistirem os motivos alegados na petição; (b) julgar inadmissível ou improcedente a reclamação, em face da prova ou das informações recebidas; (c) registrar a reclamação ou a comunicação como um caso, passando a examiná-lo. Segue-se uma fase conciliatória e investigatória. Obtida a conciliação, será lavrado um relatório (informe) à OEA. Também será lavrado um relatório preliminar, com os fatos e conclusões quando não

houver acordo, encaminhando-se ao Estado, inclusive com as proposições e recomendações. Descumpridas as proposições ou recomendações, a Comissão submete o caso à Corte, desde que os requerentes estejam de acordo (titular de “um direito de ação” perante a Corte). Caso não tenha sido submetido à Corte ou não houver sido solucionado o problema, a Comissão poderá emitir um segundo informe, com as suas próprias conclusões e recomendações, fixando um prazo para cumprir as determinações[...]. Findo o prazo, a Comissão decide acerca do cumprimento ou não das recomendações, bem como se publica ou não o referido relatório.

Conforme lição de Piovesan (2012, p.333), também existe o chamado sistema de comunicações interestatais, constituindo cláusula facultativa. Por meio dele, os Estados-membros podem declarar que reconhecem a competência da Comissão para o recebimento e exame de comunicações nas quais um Estado-membro alegue a violação, por parte de outro Estado-membro, de direito previsto na CADH, sendo necessário que ambos reconheçam expressamente a competência da comissão para tanto.

Por fim, vale ressaltar que, se a Comissão tiver acesso a informações relativas a casos de urgência e gravidade (como na hipótese de perigo real ou iminente à integridade pessoal da vítima), poderá, desde que seja necessário, solicitar ao Estado violador a adoção de medidas cautelares que evitem danos irreparáveis (art. 25 do Novo Regulamento da Comissão). Além disso, a Comissão pode solicitar que a Corte adote as chamadas medidas provisórias, nos casos de gravidade e urgência extremas, de modo a evitar dano irreparável à pessoa, desde que o caso não tenha sido submetido à Corte (art. 74 do Novo Regulamento) (PIOVESAN, 2012, p.334).

3.3.2.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos

Sediada em San José, Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) constitui órgão jurisdicional do sistema interamericano de direitos humanos, sendo composta por sete juízes nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da CADH. Ademais, tal Corte possui competência consultiva e contenciosa (PIOVESAN, 2012, p.334). Desta forma:

De acordo com o disposto nos arts. 1º e 2º de seu Estatuto, a Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos Estados Americanos; a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção (FIX-ZAMUDIO, 1991, apud PIOVESAN, 2012, p.335).

Piovesan (2012, p.335) alerta que, por meio da atribuição consultiva, qualquer membro da OEA (parte ou não da CADH) poderá solicitar parecer da Corte IDH no que tange a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos

humanos nos Estados Americanos. Além disso, a Corte poderá emitir opinião sobre a compatibilidade entre preceitos da legislação interna e os instrumentos internacionais, efetuando, desta forma, verdadeiro “controle de convencionalidade das leis”. De sua banda, a competência contenciosa, conforme ensina Mazzuoli (2015, p.985) é adstrita aos Estados-partes da CADH que expressamente reconheçam a jurisdição da Corte IDH, de modo que, se determinado Estado-parte na Convenção não aceitar sua jurisdição, não poderá ser demandado perante ela.

Segundo Ramos (2015, p.224) “[...]a Corte Interamericana só pode ser acionada (*jus standi*) pelos Estados contratantes e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que exerce função similar à do Ministério Público brasileiro”. Contudo, Mazzuoli(2015, p.986-987) alerta que , apesar de a CADH impedir que o indivíduo (vítima ou seus representantes) demandem diretamente à Corte IDH, a tendência é de que a ideia de *locus standi in judicio* (direito de “estar em juízo” em todas as etapas do procedimento perante à Corte) prevista no art. 25, § 1º do atual Regulamento(2009), progrida em direção ao *jus standi in judicio*(direito de “ingressar em juízo” diretamente), por meio do qual os indivíduos possam peticionar diretamente àquela corte. Por enquanto, ao menos o direito de participação das vítimas ou seus representantes durante o processo (*locus standi*) já é assegurado, desde o anterior Regulamento da Corte IDH (200).

Giacomolli (2014, p.9) aduz que o Regulamento (2009) disciplina o processamento perante à Corte, exigindo vários requisitos (exposição de fatos, motivos testemunhas, provas, etc.) quanto à petição inicial, os quais serão analisados pelo Presidente da Corte. Depois, ocorre a citação do Estado acusado de violar direito protegido pela CADH, oportunidade na qual ele deverá responder, indicar provas e juntar documentos, com a ciência do Presidente, demais magistrados, vítima, defensor e da Comissão, atuando esta última como *custus legis*. Caso a vítima não possua representante legal, a Corte nomeará Defensor com a função de prestar a assistência devida. Quanto às questões preliminares, é possível ocorrer audiência especial com o objetivo de decidi-las. Aberto o procedimento oral, será designada uma audiência com produção probatória (fase probatória). Ao fim desta fase, ocorrerão os debates e posteriormente a sentença de mérito, com as devidas cientificações.

Por fim, ensina Piovesan (2012, p.340) que se for reconhecido que o Estado efetivamente violou determinado direito, a Corte IDH determinará a adoção de medidas necessárias à sua restauração, podendo ainda condenar o Estado a pagar uma indenização à vítima. Nesta última hipótese, a decisão que estabelece a indenização valerá como título executivo, de acordo com os procedimentos internos concernentes à execução de sentença em

desfavor do Estado. A autora acrescenta ainda que a decisão tomada pela Corte IDH possui força vinculante e obrigatória, de modo que cabe ao Estado o seu imediato cumprimento.

3.4 Hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil

O Brasil faz parte tanto do sistema global, quanto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. No âmbito do primeiro sistema, o país aderiu a diversos tratados e convenções de direitos humanos, tais como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, o Estatuto de Roma do TPI, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Já no âmbito do sistema interamericano, o Brasil também já faz parte de inúmeros tratados, tais como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (MAZZUOLI, 2015, p.912).

Dentre os acima citados, será dado destaque aos seguintes tratados: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), uma vez que ambos preveem a garantia de apresentação, sem demora, da pessoa presa ao juiz ou outra autoridade autorizada/habilitada por lei a exercer funções judiciais. O primeiro foi promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992, já o segundo fora promulgado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro daquele mesmo ano.

Conforme já explanado neste estudo, os efeitos nefastos da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto fizeram com que os Estados sentissem a necessidade de reafirmar o valor-fonte dos direitos humanos, por meio de uma complexa e efetiva normatividade internacional protetiva de tais direitos, alcançada gradualmente com o chamado sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Mazzuoli (2015, p.912-913) ensina que, influenciada por essa ótica internacional humanizante e protetiva, a Constituição Federal de 1988 erigiu, dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, III). Além disso, segundo o autor, a CF/88, ao estatuir o §2º do seu art. 5º, deu um grande passo rumo à abertura

do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ao dispor: “ 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. ”

Badaró (2014, p.4) ensina que, por conta do aludido §2º do seu art. 5º da CF/88, considerável setor da doutrina brasileira defendia que os tratados internacionais de direitos humanos tinham status constitucional. Nesta linha de entendimento, o autor destaca a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes e ressalta que, apesar de o posicionamento deles referir-se à CADH, pode ser igualmente aplicável ao PIDCP:

todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo **o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior**. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, apud BADARÓ, 2014, p.5)

Contudo, este posicionamento não convergia com o do Supremo Tribunal Federal, o qual, desde 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº80.004, firmou o entendimento que pareava todos os tratados internacionais à lei federal (PIOVESAN, 2012, p.117). Mazzuoli (2013, p.40) ensina que, diante das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes e objetivando por fim aos debates quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a E.C nº45 de 2004 acrescentou o atual § 3º do art. 5º da CF/88:

“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” (BRASIL, 1988, não paginado).

Contudo, a introdução do §3º no art 5º da CF/88 não encerrou totalmente as discussões, sobretudo em face da existência de diplomas de direitos humanos incorporados anteriormente a E.C nº45/2004, tais como o PIDCP e a CADH. Quanto a este aspecto, Piovesan (2012, p.128) ensina que:

Desde logo, há que se afastar o equivocado entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo[,...] Reitera-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados.

Como era de se esperar, a jurisprudência não ficou imune às discussões em torno do novel §3º do art 5º da CF/88. No ano de 2008, com o fim do julgamento do RE 466.343/SP,

o STF evoluiu sua hermenêutica, superando seu entendimento anteriormente firmado. Segundo Lopes Jr e Rosa (2015a, não paginado)

Assentou o Supremo Tribunal Federal que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional.

Assim, à luz do atual posicionamento majoritário do STF, é possível concluir que a CADH e o PIDCP, por versarem sobre a proteção de direitos humanos, e estarem devidamente incorporados ao ordenamento pátrio, como já visto, encontram-se, no mínimo, acima da legislação interna, a exemplo do atual Código de Processo Penal. Ainda com base no entendimento do STF, pode-se dizer que, ao menos formalmente, tais diplomas internacionais não possuiriam status constitucional, uma vez que foram incorporados anteriormente à E.C nº 45/2005.

Contudo, conforme aponta Giacomolli (2014, p.20), [...]tanto os diplomas internacionais incorporados pela forma do § 2º, quanto do § 3º, integram o ordenamento jurídico e são materialmente constitucionais”. Para o autor, ainda que se defenda que o PIDCP e a CADH, por serem anteriores a E.C nº45/2004, não se equivaleriam às emendas constitucionais(aspecto formal), os direitos e garantias conformadores do processo, tais como os previstos nos referidos diplomas, integram materialmente a normatividade da Constituição de 1988 no mesmo nível dos demais direitos e garantias fundamentais do chamado “bloco de constitucionalidade” e, por isso, exigem aplicação imediata, incidindo, em caso de conflito, a regra *pro homine*. Neste sentido, cite-se a necessidade de se adotar o chamado “Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis”. Lecionando a respeito do tema, Mazzuoli (2013, p.168-173) ensina que:

[...]se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por *inconvenionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional, e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º § 3º, da Constituição em vigor no país.[...]Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade.

Dito isto, com o que fora exposto nos capítulos 2 e 3 do presente estudo, buscou-se analisar a necessidade de que o processo penal seja interpretado não só à luz de sua própria normatividade, mas também à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Giacomolli (2014, p.12) ensina que:

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

A chamada “audiência de custódia”, objeto do presente estudo, se propõe a permitir a referida leitura convencional e constitucional do processo penal brasileiro. Adiante, adentrar-se-á no estudo desta garantia.

4 AUDIÊNCIA DE GARANTIA (OU DE “CUSTÓDIA”?) E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme fora abordado nos capítulos anteriores, a proteção da liberdade frente ao poder punitivo do Estado está assegurada tanto por meio da Constituição Federal de 1988, quanto pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo Brasil, estes últimos situados em posição hierárquica superior à legislação ordinária.

Com vistas a adequar a legislação processual penal pátria aos princípios insculpidos na CF/88 e aos direitos humanos assegurados por tais Tratados e Convenções Internacionais, surgiram diversas propostas de implementação da garantia de imediata apresentação do preso ao juiz, que no Brasil passou a ser denominada de “audiência de custódia”.

Contudo, somente no início do ano de 2015, a implementação da audiência no país passou a ocupar lugar de destaque no cenário nacional, a partir do denominado “Projeto Audiência de Custódia”. Segundo Prudente (2015, p.19), no dia 15 de janeiro daquele ano, contando com apoio do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Ministério da Justiça, o projeto teve seu termo inicial de abertura aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No dia 27 de janeiro fora publicado o Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência e da Corregedoria do TJ/SP, determinando a implementação gradativa das audiências de custódia naquele Estado. No mês seguinte, mais precisamente no dia 6, fora lançado oficialmente o “Projeto Audiência de Custódia”, de modo que as primeiras audiências passaram a ocorrer a partir do dia 23 daquele mês.

No dia 15 de dezembro de 2015, o CNJ editou a Resolução nº 213 /2015¹⁶, a qual encontra-se vigente desde o dia 01 de fevereiro de 2016. Tal ato normativo, além de expandir o âmbito de incidência da audiência de custódia para outras espécies de prisão, estabelece a uniformização deste procedimento em todo o Brasil, impondo a adequação dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais às suas regras no prazo de 90 dias a partir do início de sua vigência.

Este processo de uniformização encontra-se em andamento, o que, em certa medida, justifica a ausência de estudos doutrinários devidamente sedimentados que abordem as regras da referida resolução. Por isso, desde já esclarece-se que boa parte do presente ensaio escorarse-á em estudos anteriores ao advento da Resolução nº 2013/2015, os quais debruçaram-se,

¹⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_12012016161831.pdf>. Acesso em: 06 abri.2016.

sobremaneira, tanto sobre a normativa prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto em projetos de lei e provimentos dos tribunais anteriores àquela resolução.

Feitos estes esclarecimentos, no presente capítulo serão discutidos os aspectos mais relevantes no que tange à audiência de custódia, para que se compreendam não só as perspectivas, mas também os desafios que tal instituto enfrentará no intento de alcançar o chamado processo penal constitucional, convencional e humanitário.

4.1 Conceito e previsão normativa

Em linhas gerais, a chamada “audiência de custódia” consiste no procedimento por meio do qual a pessoa presa é prontamente apresentada à autoridade judiciária, a qual ficará encarregada de avaliar a legalidade e a necessidade de manutenção da prisão efetuada. Em Paiva (2015, p.31) encontra-se o seguinte conceito:

[...]consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, com o objetivo de se avaliar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, bem como se houve notadamente maus tratos e tortura (grifo nosso).

De sua banda Oliveira, G.S. et al. (2015, p.109) definem a audiência de custódia como:

[...]instrumento de natureza pré-processual que pode ser definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária(juiz, desembargador ou ministro, a depender da incidência, ou não, de foro por prerrogativa) com o objetivo de que sua prisão em flagrante seja analisada , quando a sua legalidade e necessidade e seja cessada a constrição, se ilegal, ou mesmo ratificada e fortalecida através da decretação de prisão preventiva, ou , ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa, se cabível. Nessa mesma ocasião, ainda é possível exercer o controle judicial sobre a prática nefasta e ainda vigente, consistente em submeter o custodiado a atos de maus tratos ou de tortura.

Conforme foi visto no capítulo 3 deste ensaio, a garantia em tela está prevista em alguns Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tanto no plano global, quanto no plano regional. Viu-se que no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, o artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos impõe que “ qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais[...]”. No âmbito do sistema interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 7.5, impõe que“ toda pessoa presa, detida ou retida deve

ser conduzida sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais[...]”.

Valendo-se do direito comparado, também é possível visualizar a existência de tal instituto no âmbito da legislação processual penal¹⁷ de vários países. Canineu (2013, p.3-4) pontua que:

Outros países da **América Latina** já incorporaram esse direito na legislação interna. Por exemplo, na **Argentina**, o Código de Processo Penal federal exige que, em casos de prisão sem ordem judicial, o detento compareça perante uma autoridade judicial competente no prazo de seis horas após a prisão. No **Chile**, o Código de Processo Penal determina que, em casos de flagrante, o suspeito seja apresentado dentro de 12 horas a um promotor, que poderá soltá-lo ou apresentá-lo a um juiz no prazo de 24 horas da prisão. Na **Colômbia**, o Código de Processo Penal prevê que, em casos de flagrante, o detento precisa ser apresentado ao juiz no prazo de 36 horas. No **México**, por fim, para a maioria dos tipos penais, pessoas detidas em flagrante precisam ser entregues imediatamente aos promotores, que, por sua vez, devem apresentar os suspeitos a um juiz no prazo de 48 horas ou liberá-los (grifo nosso).

Por sua vez, Lopes Jr (2013, p.806) aduz que:

Na Espanha, o detido em flagrante deverá ser apresentado ao juiz no prazo máximo de 24h (art. 496 da LECrim), momento em que será convertida em *prisión provisional* ou será concedida a liberdade provisória. **A lei processual alemã** – StPO § 128 – determina que o detido deverá ser conduzido ao juiz do “Amtsgericht” em cuja jurisdição tenha ocorrido a detenção, de imediato ou quando muito no dia seguinte a detenção. **Já o Codice de Procedura Penal italiano**, art. 386.3, determina que a polícia deverá colocar o detido à disposição do Ministério Público o mais rápido possível ou no máximo em 24h, entregando junto o correspondente “atestado” policial. Por fim, em **Portugal**, o art. 254, “a”, do CPP determina que no prazo máximo de 48h deverá ser efetivada a apresentação ao juiz, que decidirá sobre a prisão cautelar aplicável, após interrogar o detido e dar-lhe oportunidade de defesa (art. 28.1 da Constituição) (grifo nosso)

Todavia, em que pese ser uma garantia reconhecida no Direito Internacional e no âmbito da legislação processual de diversos países da América Latina e da Europa, o atual Código de Processo Penal Brasileiro não caminhou no mesmo sentido, uma vez que, mesmo após a reforma parcial promovida pela Lei nº 12.403/1022, não prevê expressamente a obrigatoriedade da pronta condução da pessoa presa à autoridade judicial:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)(grifo nosso).

[...]

Art. 310. Ao receber **o auto de prisão em flagrante**, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos

¹⁷ Andrade e Alflen (2016, p.18) aduzem que “[...] na América do Sul, alguns países inseriram a necessidade de dessa apresentação do preso em sua própria constituição”. Neste sentido, os autores citam artigo 6º da Constituição da Guatemala, o artigo 26 da Constituição do Haiti e o artigo 33,2 da Constituição da Nicarágua.

constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
 III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O que se percebe, portanto, é que o diploma processual penal brasileiro prevê tão somente a comunicação da prisão e o envio do respectivo auto de prisão em flagrante ao juiz, o qual, sem qualquer contato pessoal com o preso, deverá decidir sobre a manutenção ou não da prisão efetuada. Em que pese a citada omissão do Código de Processo Penal, a doutrina tem ensinado que o ordenamento jurídico brasileiro contempla hipóteses semelhantes à chamada “audiência de custódia”. Neste sentido, Paiva (2015, p.32-33) aponta o artigo 236, § 2º do Código Eleitoral Brasileiro (*“ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator”*). Cita também o artigo 287 do CPP (*“se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstara a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado”*), hipótese esta que, segundo o autor, constitui “audiência de apresentação”, uma vez que se limita a provar ao conduzido que contra ele ocorrera expedição de mandado de prisão, possuindo, pois, finalidade menos ampla do que a “audiência de custódia” propriamente dita, não devendo ser confundida com esta última.

Ainda segundo Paiva (2015, p.33), outras hipóteses de “audiência de apresentação”, e não de custódia, estão previstas no artigo 66, parágrafo único da Lei 5010/66 (*“ao requerer a prorrogação do prazo para a conclusão do inquérito, a autoridade policial deverá apresentar o preso ao Juiz”*) e no artigo 175 do ECA (*“Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apresentação ou boletim de ocorrência”*). O autor ensina que a hipótese do artigo 175 do ECA não se confunde com a audiência de custódia porque o ato nela previsto não é realizado na presença de autoridade judicial, mas sim perante o Ministério Público, o qual, por si só, não é capaz de:

reparar qualquer tipo de ilegalidade na apreensão do adolescente ou fazer cessá-la ante sua desnecessidade, ou, ainda, de *custodiar* o adolescente vítima de eventual violência ou maus tratos, e isso, porque, entendendo por arquivar o expediente ou conceder a remissão (art.179, § único, incisos I e II, do ECA), o que acarretaria a liberação do adolescente, ainda assim tal ato ficaria condicionado à homologação judicial (art.181 do ECA). Diversamente, pode-se encontrar alguma possibilidade de audiência de custódia no art. 171 do ECA, que dispõe que *“O adolescente apreendido por força da ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judicial[...]”* (grifo do autor).

Por sua vez, no que tange à hipótese do artigo 66, parágrafo único da Lei 5010/66, o autor alerta que:

[...] Tal expediente, nunca observado na prática, tem um objeto mais restrito do que aquele reservando à audiência de custódia, pois a apresentação do preso ocorreria apenas para balizar um juízo sobre prorrogação das investigações e necessidade de manter o cidadão preso até o seu término (PAIVA, 2015, p.33).

Acrescente-se também a hipótese do artigo 2º, § 3º da Lei nº 7.969/89 (Lei da Prisão Temporária) citada por Choukr (2016, p.118-119), a qual contempla norma facultativa no que tange a apresentação da pessoa presa ao juiz:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

[...]

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito (grifo nosso).

Por fim, Masi (2015, p.91-92) lembra as hipóteses do artigo 656 do CPP, que estabelece a possibilidade de o juiz, no rito do *habeas corpus*, ordenar que o paciente lhe seja apresentado imediatamente em dia e hora em que aquela autoridade designar e do artigo 657, parágrafo único, do mesmo diploma legal, o qual dispõe que “*o juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.*”

Em que pese o fato de que os dispositivos citados guardam certa similitude com a audiência de custódia, esta última, em sua essência, contém traços peculiares se comparada à citada normativa já existente no ordenamento jurídico brasileiro. Isto pode ser melhor visualizado quando do estudo dos objetivos (ou finalidades) e do conteúdo desta garantia.

4.2 Finalidades e conteúdo

No que tange às finalidades ou objetivos da chamada “audiência de custódia,” a doutrina brasileira traz diversos entendimentos. Nicolitt (2015, p.91) aduz que a medida tem por escopo exclusivo a análise da prisão e a verificação de eventuais abusos ou torturas, de modo que, durante o referido procedimento, não deve ocorrer qualquer atividade instrutória¹⁸, pois que não se presta ao interrogatório do indiciado sobre os fatos, mas sim ao exame das circunstâncias e da necessidade da prisão. E conclui o autor:

Em linhas gerais, o ato tem por fim a apresentação do preso perante o juiz para finalidades específicas, a saber: **(a) a tutela dos direitos do detido e;(b) revisão judicial dos motivos da prisão, ou seja, analisando a possibilidade do**

¹⁸ No mesmo sentido, Lopes Jr e Rosa (2015, p.25) aduzem que “A audiência de custódia não é uma audiência para fins de colheita de prova[...]Seu objeto é restrito, ou seja, não há interrogatório, nem produção antecipada de provas[...]

restabelecimento da liberdade (relaxamento, revogação ou liberdade provisória) ou da manutenção da prisão (grifo nosso).

Paiva (2015, p.34-42) vai mais longe ao pontuar que, além de objetivar a prevenção da tortura policial assegurando o direito à integridade pessoal do preso e de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, a audiência de custódia objetiva adequar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sendo esta a principal e mais elementar finalidade deste instituto. O autor ainda acrescenta que:

Interligando as três finalidades da audiência de custódia (I – ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos humanos, II – prevenção da tortura e III – evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias) há o discurso – emergencial – de combate ao “grande encarceramento”, de tirar o Brasil do vergonhoso 3º lugar¹⁹ no ranking dos países com maior população carcerária, de *salvar vidas*...[...]

Ampliando ainda mais a análise, ao entender que a audiência de custódia também garante os direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988, Masi (2015, p.80-81) entende que a medida:

[...] é o meio mais eficiente de possibilitar que o juiz (I) analise os requisitos formais do auto de prisão em flagrante, relaxando eventual prisão ilegal; (II) verifique pessoalmente se o preso foi vítima de maus tratos, tortura ou práticas extorsivas durante a abordagem policial ou logo após a prisão por agentes estatais (caso em que poderá encaminhar os autos ao MP e demais órgãos competentes, como as corregedorias); e (III) promova um breve contraditório (um "espaço democrático de discussão") acerca (a) da possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, (b) da aplicação de medidas cautelares diversas" e, em último caso, (c) da necessidade ou não da conversão do flagrante (medida pré-cautelar) em prisão preventiva. **É, portanto, uma forma de resguardo da dignidade e dos direitos fundamentais do imputado, especificamente - no que diz com o direito interno - daqueles positivados no art. 5.º, III, XXXV, XLIX, LV, LXII, LXIII, LXV, LXVI e LXXVIII da CF/1988. Outrossim, é medida apta a dar concretude ao "contraditório prévio", instituído após a reforma do sistema de cautelaridade no processo penal brasileiro pela Lei 12.403/2011 (art. 282, § 3.º, do CPP) (MASI, 2015, p.80-81).**

Dando continuidade, para que analise o “passo-a-passo” ou a dinâmica procedimental da audiência de custódia, é necessário que sejam abordados alguns aspectos ou características previstas nos Tratados Internacionais que cuidam do instituto em tela, os quais acabam por definir o seu conteúdo. Neste sentido, Badaró (2014, p.7) assinala a importância de serem analisados os aspectos temporal, subjetivo e procedimental, os quais, por ora, serão abordados sucintamente, de modo que ao final do capítulo, quando do tópico relativo aos debates em torno da audiência de custódia, adentrar-se-á mais profundamente nas discussões e polêmicas em relação a eles.

¹⁹ O autor se utiliza do “**Novo Diagnóstico de Pessoas Presas do Brasil**”, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Segundo tal levantamento, a 3º posição no ranking se dá quando levado em consideração o computo de pessoas que se encontram em prisão domiciliar.

O aspecto temporal diz respeito ao espaço de tempo compreendido entre a captura do preso e sua apresentação à autoridade judicial. Como já visto, o Pacto de San José da Costa Rica (ou CADH), em seu artigo 7.5, contempla a expressão “sem demora”, a qual, por si só, acaba gerando discussões quanto ao seu alcance. De início, vale ressaltar que:

[...]embora a versão em espanhol utilize a expressão “sin demora”, na versão em inglês, é utilizado o advérbio de tempo *promptly* (“prontamente”). Embora não se trate de termos idênticos, seus sentidos são bastante próximos. A mesma discussão surgiu em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, ante a diferença da terminologia utilizada na versão inglesa – *promptly* – e francesa – *aussitôt* –. Embora a primeira tenha o significado literal de prontamente, enquanto que a segunda, tem a conotação de imediatidade, a Corte Europeia reconheceu que há muito pouco grau de flexibilidade para interpretar a expressão prontamente. E, interpretando tal expressão, considerou, em alguns julgados, que a apresentação deve haver uma “immediate judicial oversight”. O termo inicial de tal período é o momento em que a pessoa é privada de sua liberdade (BADARÓ, 2014, p.8).

Em que pese essa controvérsia quanto tradução do texto da CADH, Paiva (2015, p.43) entende que os sentidos das expressões citadas são bastante próximos, o que o leva a partir da expressão encontrada tanto na versão espanhola, quanto na promulgada pelo Brasil (“sem demora”. Por ora, cabe aduzir que no Brasil, sobretudo por influência da normativa prevista no PLS nº 544/2011, as iniciativas que visam implementar a audiência de custódia têm adotado, em regra, o prazo de 24 horas, fato este que tem despertado discussões, conforme será analisado ao final deste capítulo.

No que tange ao aspecto subjetivo, isto é, a autoridade encarregada de efetuar o controle da prisão, Badaró (2014, p.9-10) lembra que o artigo 7.5 da CADH dispõe que o preso deve ser apresentado a um “juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Segundo o autor:

A expressão juiz não demanda maiores esclarecimentos. Trata-se de autoridade judiciária, em relação a qual se exige os atributos do art. 8(1), quais sejam, independência, imparcialidade e competência estabelecida por lei. **Já a expressão “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” é mais problemática.** De qualquer forma, no caso em análise, a questão não demanda maiores divagações, na medida em que a Constituição Brasileira prevê que a comunicação seja feita ao “juiz competente” (art. 5º, *caput*, LXII) e que a prisão ilegal será relaxada pela “autoridade judiciária” (art. 5º, *caput*, LXV) (grifo nosso).

Conforme se extrai do trecho acima citado, a expressão “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” tem despertado acirrados debates, sobretudo no que atine à possibilidade de o Delegado de Polícia presidir a audiência de custódia, o que também será analisado ao final do capítulo.

Por fim, quanto ao aspecto procedimental, tem-se que, durante a audiência de custódia, o preso possui o direito de permanecer calado sem que isto pese em seu desfavor, bem como de ser assistido por advogado particular ou defensor público, o qual, antes da solenidade

e por tempo razoável, deverá prestar a devida orientação (MASI,2015, p.79). Lopes Jr e Rosa (2015b, p.25) aduzem que, durante a audiência de custódia, devem participar o Juiz, o Ministério Público e a defesa, sendo que a audiência não deverá servir para colheita de provas. Neste ponto, discute-se o chamado limite cognitivo da audiência, a ser analisado posteriormente neste estudo. Ademais, Lopes Jr. e Rosa aduzem que as partes podem juntar documentos para lastrear seus pleitos, sendo vedada a oitiva de testemunhas. Ainda segundo estes autores:

Na audiência de custódia deve-se seguir os seguintes passos:

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

Com base nas noções preliminares brevemente expostas acima, advém diversos pontos de debate, tais como a exiguidade do prazo para que a audiência de custódia seja realizada e a possibilidade do Delegado de Polícia presidi-la e os limites cognitivos da audiência. Como já ressaltado, estes e outros aspectos serão melhor detalhados ao final do capítulo, quando da exposição dos debates doutrinários e institucionais quanto a o tema. Contudo, os aspectos até aqui levantados já permitem discutir a (in) adequação da terminologia “audiência de custódia” e sua substituição por um *nomen iuris* que representa com maior fidelidade a natureza jurídica desta garantia. Veja-se.

4.2.1 Audiência de “custódia”?

Em artigo²⁰ no qual defende a inadequação terminológica da expressão “nota de culpa” adotada no Código de Processo Penal Brasileiro, Bruno Antonio Barros Santos alerta que:

[...]o universo de terminologias empregadas (funcionando, também, como ‘operador’ político) sedimenta as nuances do imaginário social, induzindo os receptores da

²⁰ Cf. SANTOS, Bruno Antônio Barros. A “nota de culpa” de um “elemento”: a coisificação do preso e o despir de sua subjetividade. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís, n° 20, jan. /dez. 2013, p.83-105. Disponível em: http://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/publicacoes_institucionais/2889_revista_2013_20.12.13.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

mensagem a um processo de internalização inconsciente desses significados forjados (SANTOS 2013, p. 86).

Em que pese o fato de referir-se a outro tema específico do processo penal, a lição do Defensor Público maranhense é igualmente aplicável ao tema central do presente estudo. Paiva (2015, p.31) ensina que, no Brasil, o procedimento por meio do qual a pessoa presa deve ser rapidamente levada, de forma pessoal, à presença da autoridade judiciária recebeu a designação de “audiência de custódia”, terminologia que, segundo o autor, não encontra correspondência no Direito Comparado. Mesmo assim, Paiva acaba por adotá-la, “ em razão de sua ampla acolhida não somente pela imprensa brasileira, mas também pelos instrumentos (judiciais e legislativos) que visam sua implementação no Brasil. ”

Lecionando sobre o tema, Mendonça (2016, p.343) alerta que no Direito Comparado é possível encontrar diversas nomenclaturas para designar o procedimento em estudo:

[...]Na Itália é audiência de “convalidação”, no Chile audiência de controle de detenção, em Portugal audiência para primeiro interrogatório judicial e nos EUA *first appearance*. A única expressão que deve ser evitada é a de audiência de “convalidação”, pois esta expressão foi assumida na Constituição Italiana em época que não era clara a distinção entre “convalidação” e ratificação. Atualmente, a doutrina é pacífica em apontar que a “convalidação” pressupõe a prática de um ato ilegal ou inválido, o que não é o caso, necessariamente.

O autor em tela se não posiciona sobre qual seria a melhor nomenclatura a ser adotada, apenas ressalta que deve ser evitada a expressão “audiência de convalidação”, de modo que, em sua obra, acaba utilizando as expressões “ audiência de custódia”, “audiência de controle da prisão” e “interrogatório de garantia” (MENDONÇA, 2016, p.343), sendo esta última também utilizada por Távora e Alencar (2016, p.914).

Ainda no âmbito doutrinário, Cleópas Isaías Santos aduz que:

[...]a finalidade dessa audiência não se limita à avaliação da legalidade da prisão em flagrante ou da avaliação do estado físico ou psíquico do autuado. **A sua finalidade maior é a de garantir os direitos fundamentais do imputado, de tal forma que haja a menor restrição possível a tais direitos.** E isso só será possível por meio da contrariedade argumentativa realizada pelo Ministério Público, pela defesa e pelo preso. Em síntese, objetiva-se dar concretude ao chamado contraditório prévio, que foi introduzido em nosso sistema de cautelaridade com a Lei nº 12.403/2011 (art. 282, § 3º, do CPP). **Por esta razão, entendemos que a expressão audiência de custódia não traduz, da melhor forma, a natureza desse ato. Acreditamos que a locução audiência de garantia representa com maior fidelidade a sua natureza, levando-se em conta as suas finalidades e projetando com maior eficácia as suas potencialidades** (SANTOS 2015b, p.81, grifo nosso).

Como era de se esperar, a discussão chegou à mais alta Corte do País. Em agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da ADI nº 5.240/SP²¹, após

²¹ Será abordada no tópico 4.3.2.2

provocação do relator da ação, Ministro Luiz Fux, acabou por sugerir que o procedimento em análise passasse a ser denominado de “audiência de apresentação”:

[...]Senhor Presidente, aqui como foi destacado, tem-se revelado extremamente eficiente a audiência de custódia, a respeito da qual, depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, **entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto**(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 5.240/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 28 de agosto de 2015, p.14, grifo nosso)²².

No mesmo julgamento, o presidente do Pretório Excelso, Ministro Ricardo Lewandowski, ao tecer esclarecimento de ordem prática sobre a controvérsia posta em julgamento, seguiu a mesma linha de pensamento do Ministro Luiz Fux, ao afirmar que:

Nós temos implantado essa - digo nós, no CNJ - audiência de custódia, mas, em boa hora, eu estou acolhendo a proposta do eminente Decano para que nós **mudemos o nome da audiência de custódia para audiência de apresentação**. Quando formos formalizar isso, por intermédio de uma resolução no CNJ, nós adotaremos e agora com o beneplácito do eminente Relator, Ministro Luiz Fux (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 5.240/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 28 de agosto de 2015, p.52)²³.

Pois bem. Diante das nomenclaturas acima citadas e, principalmente, das finalidades do instituto já abordadas, vale tecer algumas considerações importantes. Tem-se que a palavra “custódia”, segundo Guimarães (2011, p.94) possui o significado de “retenção do delinquente como garantia de cumprimento da pena; lugar a que é recolhido, sem caráter de prisão[...]”. Isto não ocorre por acaso. Wedy (2013, p.33) ensina que prisão e custódia, historicamente, andaram lado a lado, numa relação meio-fim, sobretudo até o fim do século XVIII, quando a privação de liberdade, longe de constituir sanção penal, revelava-se como meio cuja finalidade era exatamente a custódia, isto é, a contenção do acusado até a sentença e execução da pena. Ademais, Casara (2015, p.22) aponta que “no ambiente inquisitorial, no qual o imputado era visto como objeto de investigação, um ‘ animal que confessa’, a custódia era parte do instrumental voltado a se obter a confissão: um ‘ expediente instrutório’”.

Fica claro, portanto, que a palavra “custódia” carrega consigo significativo conteúdo semântico relacionado à privação da liberdade pessoal, o que, por si só, afasta sua aplicabilidade ao procedimento de imediata apresentação do preso ao juiz, no qual a liberdade pessoal do indivíduo constitui o valor primeiro, ao passo que sua restrição constitui a *ultima ratio*, razão pela qual revela-se inadequada a utilização da expressão audiência de “custódia”.

²² Cf. **Antecipação ao voto**. Ministro Luiz Fux. Acórdão da ADI nº 5.240/SP, p.14. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 4 abr. 2016

²³ Cf. **Esclarecimento**. Ministro Ricardo Lewandowski. Acórdão da ADI nº 5.240/SP, p.52. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em 4 abr.2016

Por seu turno, a palavra “garantia” se adequa com maior fidelidade, não só às finalidades, mas ao conteúdo audiência em estudo, pois que “garantia” significa a “[...] segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil” (BARBOSA, 2003, apud CARVALHO, 2009, p.14). A propósito, Mossin (2014, p.1) ensina que:

O vocábulo francês *garant*, derivado ao alemão *gewähren-Gewährleistung*, cujo significado é *Sicherstellung* (salvaguarda), **implica afirmar a segurança e por cobro à incerteza e à fragilidade. Em sentido amplo, a garantia significa a segurança ou poder de usar, fruir ou obter tudo aquilo que se constitui em um direito individual ou coletivo.** Do ponto de vista constitucional, a garantia é a denominação dada aos múltiplos direitos assegurados ou outorgados aos cidadãos de um país pelo texto constitucional.

Ora, com base no estudo das finalidades e do conteúdo do procedimento em análise, é possível visualizar um insofismável conteúdo garantístico, consubstanciado na salvaguarda da liberdade de locomoção, principalmente porque a pronta condução física do preso à autoridade judicial garante imediato o controle da prisão anteriormente efetuada. Dito isto, a nomenclatura sugerida pelo STF (“audiência de apresentação”) revela-se de todo tímida, pois não se trata de uma mera apresentação do preso. Reputam-se louváveis as nomenclaturas “audiência de controle da prisão” e “interrogatório²⁴ de garantia”, pois, em certa medida, alinham-se ao conteúdo garantístico do procedimento em análise. Contudo, ao menos por ora, prefere-se adotar a expressão “audiência de garantia”, dado que esta, sem sombra de dúvidas, melhor se alinha à natureza jurídica e às finalidades e ao conteúdo da imediata condução do preso à presença da autoridade judicial.

4.3 Implementação da audiência de garantia no Brasil

No Brasil, diversas foram as tentativas de inserção da garantia de pronta apresentação da pessoa presa ao juiz. Estas vieram tanto por parte do Poder Legislativo, quanto por parte do Poder Judiciário e até mesmo por iniciativa de outras instituições²⁵, como a

²⁴ O “interrogatório” em questão não deverá adentrar no mérito (autoria e materialidade) muito menos antecipadamente produzir provas, sendo, portanto, restrito. Sob esta perspectiva, consistirá, na verdade, em uma entrevista ou oitiva. Badaró (2014, p.13) aduz que “A oitiva do preso tem característica precípua de um interrogatório *pro libertate*, prescindindo de uma finalidade investigativa.”

²⁵ Paiva (2015, p.66) cita também algumas (não todas) entidades ligadas à temática direitos humanos, as quais contribuíram para a disseminação dos debates em torno da audiência de custódia no Brasil, tais como o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITCC), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e Conectas. Tais entidades citadas pelo autor, juntamente com o Instituto Sou da Paz, Associação pela Reforma Prisional (ARP), Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH) e Justiça Global formam o coletivo Rede de Justiça Criminal, o qual objetiva tornar o sistema de justiça criminal brasileiro mais humano, justo e eficiente.

Defensoria Pública da União e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A seguir, serão abordadas brevemente tais propostas.

4.3.1 Iniciativas do Poder Legislativo

No ano de 2010 fora aprovado no Senado Federal o PLS nº 156/2009, o qual objetiva estatuir o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Paiva (2015, p.59) ensina que:

O art.14, *caput*, do texto aprovado no Senado prevê o denominado “juiz das garantias”, responsável “*pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder Judiciário*”, competindo-lhe entre outras funções, a de “*zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença*” (inciso III) [...] (grifo do autor).

O “juiz das garantias”, explicam Andrade e Alflen (2016, p.30), seria um “magistrado com atuação exclusiva para a fase de investigação, estando impedindo, portanto, de também atuar na fase posteriormente iniciada com o ajuizamento ação penal condenatória”.

Adiante, o Projeto do Novo CPP, na Seção II, relativa à prisão em flagrante, estabelece que:

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

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

§ 2º Também no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

Art. 554. Na ausência de autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à da comarca mais próxima.

Art. 555. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá:

I – relaxar a prisão ilegal;

ou II – converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais;

ou III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso;

ou IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. A concessão de liberdade provisória na forma do inciso IV do *caput* deste artigo somente será admitida se o preso for pobre e não tiver condição de efetuar o pagamento da fiança.

Para Paiva (2015, p.59-60) a sistemática prevista no Novo CPP em nada se alinha aos fins propostos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso porque, segundo o autor, o art.14, *caput*, acima citado, não atende aos objetivos da CADH, pois estabelece como *facultativa* a condução do preso à presença da autoridade judicial, faculdade esta que, longe de constituir uma novidade, já está implícita no CPP de 1941 e expressamente prevista no art.2º, §3º da Lei nº 7.960/89. Quanto às regras dos artigos 553 a 554 do Projeto do NCPP, o autor

entende que elas, ao preverem o procedimento de análise tão somente do auto de prisão em flagrante, mantém o sistema cartorial já previsto no atual Código de Processo Penal de 1941, o que permite afirmar que, em vez de avançar na matéria, o NCPP mantém a legislação processual pátria alheia aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Andrade e Alflen (2016, p.31) lembram que, antes da aprovação do texto final no Senado, o Senador José Sarney apresentou as emendas nº 170 e 171 com o objetivo de tornar *obrigatória* a apresentação do preso ao juiz nos casos de prisão em flagrante. Contudo, tais emendas, conforme aponta Paiva (2015, p.61-61), foram rejeitadas no relatório final do Senador (relator) Renato Casagrande, aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 8 de dezembro de 2010. O argumento utilizado por Casagrande foi o de que as disposições contidas no PLS nº156/2009, ao contrário do que afirmavam as justificativas das emendas propostas pelo Senador José Sarney, não feriam o PIDCP e a CADH, uma vez que tais tratados abririam a possibilidade de que o preso fosse apresentado ao delegado de polícia enquanto “outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais”. No fim das contas, segundo apontam Andrade e Alflen (2016, p.32), o texto aprovado no Senado Federal não prevê a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia, estando atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados com a designação de PL nº 8.045/2010.

Em 6 de setembro de 2011, o Senado Federal voltou a tentar a adoção da audiência de custódia no Brasil. Naquela Casa Legislativa, o Senador Antonio Carlos Valadares apresentou o Projeto de Lei nº 554/2011, justificando a adoção da medida com base na necessidade de adequar o ordenamento jurídico Brasileiro ao direito comparado e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, no resguardo da integridade física e psíquica do preso e nos diálogos com feitos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p.32). Segundo Paiva (2015, p.62), inicialmente, o Projeto de Lei propôs a alteração do artigo 306 do CPP nos seguintes termos:

Art.306(...)

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

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o relatório do projeto ficou a cargo do Senador Randolfe Rodrigues, o qual considerou o PL “conveniente e oportuno”. Além disso, ao acatar parcialmente sugestões encaminhadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Senador apresentou Emenda substitutiva ao PL, no sentido de

garantir a presença do Ministério Público e da defesa do conduzido, além de estabelecer o procedimento a ser adotado durante a audiência de custódia (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p.33). Segundo Paiva (2015, p.63), após a Emenda Substitutiva do Senador Randolfe, o PL passou a ter a seguinte redação:

Art.306(...)

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

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

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

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas.

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

(...)(grifo nosso).

Posteriormente, o PLS nº 554/2011 fora remetido à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, quando então o Senador João Capiberibe fora escolhido como relator. Naquela oportunidade, a referida comissão votou pela aprovação de emenda apresentada por Capiberibe, com a seguinte redação:

Art. 1º O art. 283 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.283.....
.....

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

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

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

Comparando a Emenda Substitutiva anteriormente apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues com do Senador João Capiberibe, Paiva (2015, p.64-65) entende que apesar da primeira prever uma dinâmica procedimental mais ampla no que tange à audiência de

custódia (registro do expediente em autos apartados, cujo conteúdo não poderia ser usado como meio de prova contra o depoente), esta última teria o mérito de alterar o art.283 do CPP e não o art.306, ampliando a incidência da audiência de custódia para outras modalidades de prisão. Porém, o autor ressalta que quase 3 meses depois, o Senador Capiberibe devolveu seu relatório e, sem qualquer explicação, acolheu a emenda anteriormente apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues, nela fazendo tão somente singelas alterações redacionais e realocando-se novamente a audiência de custódia para o art.306 do CPP, a qual seria obrigatória apenas nos casos de prisão em flagrante. Na mesma data, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, por unanimidade, aprovou o novo relatório e, em seguida, o PL foi remetido e aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado.

Ao retornar à CCJ do Senado, o PL passou a ter como relator o Senador Humberto Costa. Naquela comissão, o Senador Francisco Dornelles apresentou Emenda Substitutiva no sentido de permitir que a audiência de custódia pudesse ser realizada por videoconferência. Todavia, o Senador Humberto Costa apresentou parecer e voto propugnando pela rejeição da referida emenda, tendo por base os argumentos da Rede de Justiça Criminal e *Human Rights Watchs*, no sentido de que fosse aprovado o texto anterior, mas substituindo-se, via emenda, a expressão “autoridade policial” por “ Delegado de Polícia”, adequando-se a nomenclatura contida na Constituição Federal (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p.35).

Durante seu trâmite ²⁶no Senado Federal, a matéria constante do PLS nº 544/2011 tem sido alvo aprovações e rejeições de inúmeras emendas, avanços e retrocessos, de modo que aguarda votação pelo plenário do senado para, em seguida, ser deliberada pela Câmara dos Deputados. De todas as iniciativas legislativas, tal projeto foi o que mais gerou polêmicas no cenário nacional. Diversas instituições do sistema de justiça criminal, por meio de notas técnicas, manifestaram-se ora contra (a grande maioria) ora favor do referido projeto, despertando acirrados debates em torno da implementação da audiência de custódia na prática processual brasileira.

Andrade e Alflen (2016, p.42) apontam que, dois meses após a apresentação do PLS nº 554/2011, fora feita nova tentativa de inserção da audiência de custódia na legislação brasileira, agora a nível constitucional. No dia 22 de novembro de 2011, o Deputado Federal

²⁶ De modo a não ampliar demasiadamente a discussão quanto ao trâmite da matéria, sugere-se conferir o último **Quadro Comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 544, 2011**, divulgado no dia 10 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=184798&c=RTF&tp=1>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

maranhense Domingos Dutra apresentou a PEC nº 112/2011, a qual conferiria nova redação ao inciso LXII do artigo 5º da CF/88, qual seja:

a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, **devendo até quarenta e oito horas ser conduzida à presença do juiz competente que decidirá sobre sua legalidade** (grifo nosso).

Demonstrado preocupação com a existência de prisões ilegais e a situação do sistema carcerário brasileiro, a justificativa para a proposta girou em torno da necessidade de combater o excesso de prazo das prisões provisórias, bem como de dar efetividade ao Pacto de San José da Costa Rica, desde 1992 incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, apesar de a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados ter votado pela admissibilidade da PEC nº 112/2011, esta foi arquivada no dia 31 de janeiro de 2015, devido ao fim da legislatura, conforme prevê o artigo 105 do Regimento Interno daquela Casa Legislativa (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p.42).

No ano de 2014 mais uma tentativa veio à tona. Andrade e Alflen (2016, p.43) lembram que o Deputado Federal Jorginho de Mello apresentou o PL nº 7.871/2014 objetivando inserir a audiência de custódia no Código de Processo Penal Brasileiro. Escorada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e na legislação estrangeira, a proposta afirmava que a audiência de custódia resguardaria a integridade física e psíquica do preso em flagrante. Seguindo a mesma linha inicial do PLS nº 554/2011, segundo a qual o ato envolveria tão somente a figura do juiz e do preso, a redação do artigo 301 do CPP proposta pelo PL nº 7.871/2014 passaria a conter a seguinte redação:

Art. 301. Qualquer do povo poderá prender e a polícia deverá prender e autuar quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Parágrafo único. **Após a lavratura da prisão feita pela polícia, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a pessoa presa deverá ser conduzida 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, deverá ser encaminhada cópia integral para a Defensoria Pública.**

Como já visto, o texto inicial do PLS nº 554/2011 sofrera diversas modificações, tais como a previsão de participação do Ministério Público e da defesa técnica durante a audiência, além da adoção de procedimento mais complexo. Ao tentar simplificar tal projeto, o PL nº 7.871/2014, em certa medida, representaria retrocesso ao impedir a manifestação do Ministério Público e da defesa durante a audiência de custódia. Tal projeto acabou não recebendo maiores atenções por parte dos deputados federais, desinteresse este que motivou seu arquivamento em 31 de janeiro de 2015, ressaltando-se, contudo, que o mesmo fora desarquivado em fevereiro daquele ano (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p.44).

Em fevereiro de 2015, o Deputado Federal Laerte Bessa, apresentou o PL nº 470/2015, também objetivando a regulamentação da audiência de custódia no Brasil. Por meio do projeto, os artigos 310 e 322 do Código de Processo Penal Brasileiro passariam a conter a seguinte redação:

“Art.310

[...]

§ 2º No prazo de 24 horas, após o recebimento do auto de prisão em flagrante, o juiz poderá designar audiência de custódia, que será realizada com a participação da defesa e do Ministério Público, caso o indiciado tenha sido interrogado sem defensor ou não tenha sido posto liberdade pelo delegado de polícia, mediante fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão.

§ 3º A audiência de custódia terá por objetivo as providências elencadas no caput e poderá ser realizada por **videoconferência**.

Art. 322 No caso de prisão em flagrante, o delegado de polícia poderá colocar o indiciado em liberdade aplicando, em decisão fundamentada, isolada ou cumulativamente, as medidas cautelares diversas da prisão previstas nos incisos I, II, III, IV, V, VIII e IX do art. 319, nas seguintes hipóteses:

I – crimes culposos;

II – crimes dolosos punidos com pena de detenção;

III – crimes dolosos punidos com pena de reclusão não superior a quatro anos;

IV – quanto não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva.

Parágrafo único. O delegado de polícia comunicará o juiz competente nos termos do art. 306, que decidirá, na forma do art. 310, sobre o auto de prisão em flagrante e as medidas cautelares eventualmente aplicadas (grifo nosso).

Tais alterações contidas no referido Projeto de Lei, segundo Andrade e Alflen (2016, p.44-45), foram influenciadas pelo fato de que seu proponente é Delegado de Polícia do Distrito Federal. Segundo os autores, ao inserir a autoridade policial na condição de “outra autoridade” (expressão prevista no PIDCP e na CADH), o projeto acabou por atribuir poder jurisdicional de cautela ao Delegado de Polícia, poder este a ser exercido nas hipóteses especificadas no projeto. Além disso, a audiência de custódia seria facultativa, podendo, inclusive, ser realizada por videoconferência.

Criticando a proposta, Andrade e Alflen (2016, p.45):

[...] pode-se dizer que o PL nº 470, de 2015, conseguiu a façanha de ser mais retrogrado que o PL nº 7.871, de 2014, pois além de tornar facultativa a apresentação do sujeito preso, também elevou o Delegado à condição de “outra autoridade” mencionada no PIDCP e na CADH, situações que vêm sendo, há anos, rechaçadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]

Por fim, em 9 de julho de 2015 surgiu uma das últimas propostas de inserção da audiência de custódia no Brasil, constituindo a segunda a nível constitucional. Trata-se da PEC nº 89/2015, proposta pelo Deputado Federal Hugo Leal (PROS-RJ), a qual, dentre outras modificações na Constituição, propõe a inclusão do artigo 98-A, o qual, em § 3º dispõe que “Toda pessoa presa em flagrante deverá ser apresentada sem demora ao juiz de instrução e garantias para realização de audiência de custódia, com a participação da defesa e do Ministério Público, em que se decidirá sobre a prisão e as medidas cautelares cabíveis.” Andrade e Alflen

(2016, p.46) pontuam que tal proposta sequer apresentou justificativa para a inserção da audiência de custódia no Brasil, além de não prever qualquer dinâmica procedimental relacionada à medida.

4.3.2 Iniciativas do Poder Judiciário

A partir do projeto piloto encampado pelo Conselho Nacional de Justiça, diversos Tribunais de Justiça²⁷ passaram a sistematizar o procedimento da audiência de garantia, de modo que atualmente o instituto encontra-se presente nas 27 unidades da Federação.²⁸ Sem pretensão de esgotar a temática, no presente estudo será feita uma breve abordagem quanto as regras adotadas pelo Tribunal de Justiça do Maranhão e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por terem sido estes os pioneiros na iniciativa no Brasil.

4.3.2.1 O Provimento nº 24/2014 do TJ/MA

Conforme já abordado em linhas anteriores, os debates em torno viabilidade da inserção da audiência de custódia no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro ganharam especial destaque recentemente, sobretudo, por causa de sua implantação pioneira no Estado do Maranhão e, posteriormente, no Estado de São Paulo.

Segundo **relatório²⁹ divulgado no dia 23 de junho de 2015 pelo Ministério da Justiça por meio do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), 66% da população carcerária do Estado do Maranhão é formada por presos provisórios.** Assim, o Maranhão possui o 2º maior número de presos provisórios no país, ficando atrás somente do Sergipe, onde 73% dos presos não possuem condenação.

Visando, dentre outros objetivos, mudar tal realidade, o Judiciário Estadual Maranhense, em outubro de 2014, implementou projeto de audiência de custódia, iniciativa esta

²⁷ Decerto que alguns Tribunais Regionais Federais recentemente passaram a disciplinar a audiência de garantia. Contudo, no presente estudo preferiu-se abordar somente as regras previstas em alguns Tribunais de Justiça Estaduais. Para um breve comentário acerca da audiência de garantia no âmbito da Justiça Federal, remeta-se o leitor ao tópico **4.3.3**.

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 6 abr.2016.

²⁹ **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-INFOPEN**. Disponível em :<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2015.

pioneira no âmbito nacional. Por meio do Provimento nº 14/2014, a Corregedoria-Geral de Justiça previu a audiência de custódia e, posteriormente, o Tribunal de Justiça, por meio do Provimento nº 24/2014, disciplinou o procedimento de sua realização no âmbito do Termo Judiciário de São Luís, destacando, dentre outras regras, que:

Art. 1º A audiência de custódia prevista no parágrafo único do art. 1º do Provimento nº 14/2014 da Corregedoria-Geral de Justiça destina-se à oitiva do preso em flagrante delito e ao exame da legalidade da prisão, devendo ainda o juiz verificar os seguintes aspectos:

I - a ocorrência de indícios de tortura física e/ou psicológica ao preso, determinando as medidas judiciais que o caso exigir;

II - a necessidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

§ 1º Se a prisão em flagrante delito ocorrer durante o plantão judiciário criminal e o juiz plantonista não se achar em condição de realizar a audiência de custódia, deverá consignar suas razões em despacho fundamentado, enviando cópia da sua decisão à Corregedoria-Geral de Justiça e remetendo os autos ao juiz da Central de Inquéritos, que realizará o ato.

§ 2º O juiz plantonista deverá encaminhar à Central de Inquéritos o auto de prisão em flagrante na primeira hora do expediente forense após o plantão judicial.

§ 3º Se a prisão em flagrante ocorrer em outro termo judiciário da Comarca da Ilha de São Luís, o juiz plantonista ou da Central de Inquéritos remeterá os autos ao juiz competente após a realização da audiência de custódia.

Art. 2º Os juízes da Central de Inquéritos realizarão a audiência de custódia no prazo de 48 horas após o recebimento da comunicação da prisão.

§ 1º A audiência de custódia será realizada na sala de audiência da Central de Inquéritos com emprego do sistema audiovisual, em horário de expediente e, se for da conveniência do juiz plantonista, nos dias e horários de plantão forense.

§ 2º Realizar-se-á audiência de custódia por meio do sistema de videoconferência quando no auto de prisão em flagrante houver elementos indicativos de que o preso possa por em risco a escolta policial no trajeto do seu deslocamento até o local da audiência, a segurança do prédio onde a referida audiência se realizará, as autoridades, advogados, servidores e demais pessoas que participarão do ato.

§ 3º Durante o recesso forense haverá uma escala de trabalho entre os juízes da Central de Inquéritos, previamente aprovada pelo Corregedor-Geral de Justiça.

Art. 4º O juiz competente para realização da audiência de custódia deverá:

I - fazer um relatório resumido dos fatos contidos no Auto de Prisão em Flagrante (APF);

II - proceder à oitiva do preso em flagrante, colhendo as informações reputadas indispensáveis à fundamentação da decisão;

III - conceder a palavra ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou ao advogado constituído, se houver, nessa ordem, para que façam os seus requerimentos;

IV - nos casos de suspeita de dependência química, transtorno mental e outras situações de alta complexidade, o juiz poderá determinar a internação compulsória do preso e/ou instaurar o incidente de insanidade mental, encaminhando o autuado em flagrante para a rede pública de saúde mental;

V - deliberar em ata sobre a manutenção ou não da prisão em flagrante do preso;

VII - se, durante a oitiva, o preso relatar a ocorrência de tortura, o juízo o encaminhará, mediante ofício, ao Instituto Médico Legal (IML), para realização de perícia técnica e à Promotoria de Justiça competente para tomar as providências que entender convenientes.

Art. 5º Finda a audiência de custódia, a Secretaria Judicial competente deverá:

I - lavrar a ata de audiência com a decisão judicial e assinaturas dos presentes;

II - gerar uma cópia em mídia física (CD, DVD ou similar) da gravação audiovisual da audiência, para juntada aos autos, certificando a providência;

III - cumprir o mandado de prisão preventiva em audiência e preparar ofício devolvendo o preso ao sistema prisional, junto com cópia da ata de audiência, quando for convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva;

IV - expedir o Alvará de Soltura em audiência, lavrar o termo de compromisso e colher a assinatura do liberado, quando for concedida a liberdade provisória com cautelares.

No dia 22 de junho de 2015 fora realizada solenidade no TJ/MA³⁰ onde ocorreria a assinatura de Termo de Cooperação para Aperfeiçoamento do Sistema de Justiça Criminal, evento no qual o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, juntamente com a presidente do TJMA, assinou o aludido Termo visando estabelecer o compromisso entre o Governo do Estado, Ministério Público (MP/MA), Defensoria Pública (DPE/MA) e Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Maranhão para a implementação de medidas administrativas com vistas à adequação do sistema de Justiça Criminal aos padrões estabelecidos pela Constituição Federal, Lei de Execução Penal e Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, incluindo-se, dentre as medidas constantes do Termo de Cooperação, o aperfeiçoamento das Audiências de Custódia já realizadas no Estado do Maranhão.

Analisando as regras contidas no Provimento nº 24/2014, Paiva (2015, p.72) entende que o ato normativo falha apenas a não definir limites cognitivos à oitiva do preso, pois o correto seria estabelecer que a mesma deverá limitar-se a questões concernentes à legalidade e à necessidade da prisão, bem como a respeito da integridade física psíquica do preso, não devendo-se, pois, adentrar no mérito da imputação. Quanto ao prazo de 48 horas, o autor entende que o provimento obedece aos parâmetros encontrados no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

A propósito, segundo Relatório de Audiências de Custódia de Janeiro de 2016 (ANEXO A), elaborado pela Unidade de Monitoramento Carcerário do TJ/MA, de outubro de 2014 a janeiro de 2016, foram realizadas 1415 audiências de garantia, resultando nos percentuais de 50,81% de liberdades provisórias e 49,19% de prisões. Outra análise importante feita no relatório diz respeito a pesquisa realizada nos dias 27 e 28 de setembro de 2015, por meio da qual analisou-se o percentual de reincidência criminal dos acusados que participaram da audiência de custódia no período de 17 de outubro de 2014 a 31 de agosto de 2015. Segundo a pesquisa, de um total de 813 audiências realizadas, 429 resultaram em liberdade e 384 em prisões. Destes 429 acusados postos em liberdade ao fim da audiência de custódia, 25 (5,83%) reincidiram em prática criminosa. Contudo, dos 384 presos que tiveram a prisão mantida ao fim da audiência de custódia, 84 foram postos em liberdade somente após

³⁰ **Ministro Ricardo Lewandowski assina termo para aperfeiçoamento da Justiça Criminal do Maranhão nesta segunda (22)**. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/19/publicacao/409434>>. Acesso em 22 maio 2015.

decisão do juiz de conhecimento, isto é, permaneceram mais tempo no cárcere. Destes 84 acusados, 10(12%) reincidiram em prática criminosa. Salvo melhor juízo, esta análise permite concluir que ao adentrar no cárcere, aumenta-se as chances de que o acusado volte a praticar crimes.

4.3.2.2 O Provimento Conjunto nº 03 do TJ/SP

Segundo Paiva (2015, p.72), no dia 22 de janeiro de 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo regulamentou a audiência de custódia por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal com a Corregedoria Geral. Dentre *considerandos* para a adoção da medida, elencou-se a necessidade de implantar ferramenta apta ao controle judicial mais eficaz da necessidade de manutenção da custódia cautelar. Sem a pretensão de ampliar demasiadamente a abordagem, transcreve-se a seguir alguns dispositivos do referido provimento:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), **a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.**

Art. 3º **A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.**

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

§ 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.

Art. 5º **O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.**

Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

§ 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata suscintos e que contere o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.

§ 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.

§ 6º As partes, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.

Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como:

I - apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;

II - determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Analisando o referido provimento, Paiva (2015, p.75) este falha em seu artigo 3º, § 2º, pois o ideal seria que, primeiro, o Ministério público e a Defesa fossem ouvidos quanto as aludidas “ circunstâncias pessoais descritas pela autoridade policial” para, depois de exercido o contraditório, o juiz passasse a decidir se a apresentação do preso seria ou não dispensável. Contudo, o autor ressalta que o modelo paulista avança em relação ao modelo maranhense no que diz respeito aos limites cognitivos durante a oitiva do preso, ao proibir que sejam feitas perguntas que antecipem a instrução de eventual processo de conhecimento. O modelo paulista também avança ao estabelecer o prazo de 24 horas, o que, segundo o autor, potencializa a necessidade de que a apresentação ocorra “sem demora”.

Ainda em 2015, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/2015, objetivando que o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional o Provimento Conjunto nº 03/2015. Segundo Paiva (2015, p.76), dentre os argumentos que sustentaram a referida ADI, tem-se:

(1) Vício de iniciativa, pois só a União, por meio do Congresso Nacional, pode legislar sobre direito processual; (2) e desrespeito à separação dos poderes, pois os delegados estão submetidos ao Poder Executivos e o Judiciário não pode ditar regras sobre suas competências e atribuições.

No entanto, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente, conforme trechos do acórdão a transcritos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

[...]

2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.

7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétreia de separação de poderes.

[...]

11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

4.3.3 Ação Civil Pública da DPU/AM e ADPF nº 347

Em junho de 2014, a Defensoria Pública da União (DPU/AM) ajuizou Ação Civil Pública³¹ nº **8837-91.2014.4.01.3200** junto à Justiça Federal de Manaus, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, pleiteando a implementação da audiência de custódia no âmbito da Justiça Federal do Brasil. Na referida ação, requereu-se:

o imediato cumprimento da CADH (art. 7º, 5) e do PIDCP (9º, 3), obrigando-se a União a viabilizar a realização da audiência de custódia para todos os presos em flagrante, com a condução, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, do preso à presença do juiz, com prévia intimação para o Ministério Público e para a defesa.

Contudo, segundo Paiva (2015, p.84), que fora um dos signatários da ação, no dia 9 de fevereiro de 2015, em decisão³² na qual extinguiu o processo sem resolução do mérito, “ o juiz da 3º Vara Federal da JFAM considerou a DPU parte ilegítima para atuar no polo ativo da referida ACP, decisão esta já desafiada por meio de recurso para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região”.

Até então, a Justiça Federal, ao contrário da Justiça Estadual, mantinha-se inerte quanto à implementação da audiência de custódia no âmbito de sua competência. Contudo, no dia 23 de setembro de 2015 o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski juntamente com presidentes dos cinco

³¹ Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/228594540/ACP-audiencia-de-custodia>>. Acesso em 06 fev. 2016.

³² Íntegra da decisão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/defensoria-mover-acao-civil-publica.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

Tribunais Regionais Federais, na cidade de Florianópolis/SC, assinou termo de cooperação técnica que marca a adesão da Justiça Federal ao Projeto Audiência de Custódia idealizado pelo CNJ³³. Conforme notícia³⁴ publicada no site do referido conselho, a primeira audiência de custódia da Justiça Federal foi realizada no dia 30 de outubro de 2015, no Fórum Criminal de Foz de Iguaçu (PR), envolvendo uma jovem de 18 anos, detida ao tentar cruzar a fronteira com munição de arma de fogo, situação esta que caracteriza o perfil das “mulas”, jovens sem condições financeiras cooptadas por organizações criminosas para a prática de fins ilícitos:

A primeira ré a participar de uma audiência de custódia na Justiça Federal tem 18 anos e foi presa na quinta-feira (29/10) no Posto de Fiscalização da Polícia Rodoviária Federal (PRF) na BR-277, no trecho entre Foz do Iguaçu e Casacavel, no oeste paranaense. Ao abordar o ônibus onde a jovem estava viajando, os policiais desconfiaram de seu comportamento inquieto, revistaram-na e a prenderam por carregar dois pacotes de munição junto ao corpo. Ouvida pelo juiz federal Sérgio Ruivo, da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu, J. O. C. recebeu o direito de aguardar o julgamento em liberdade provisória.

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL), em petição inicial subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmiento, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347), com pedido de concessão de medida cautelar, pedindo que o STF declare que a situação do sistema penitenciário brasileiro viola os direitos fundamentais da população carcerária, cenário este caracterizador de um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI). A referida ADPF³⁵ requereu que o STF determinasse que União e Estados adotem providências com o intuito de sanar as lesões aos direitos dos presos, dentre elas, a implementação das audiências de custódia no Brasil:

Diante do exposto, configurada a verossimilhança das alegações de fato e de Direito constantes nesta ADPF, bem como caracterizada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, em seu proveito e em prol da segurança de toda a sociedade, requer o Arguente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.882/99, a concessão de medida cautelar, a fim de que esta Corte Suprema, até o julgamento definitivo da ação:

[...]

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

[...] (grifo nosso).

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Federal adere ao projeto Audiência de Custódia do CNJ nesta quarta.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80488-justica-federal-adere-ao-projeto-audiencia-de-custodia-do-cnj-nesta-quarta>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Acusada de transportar munição aguardará julgamento longe da prisão.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80817-acusada-de-transportar-municao-aguardara-julgamento-longo-da-prisao>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

³⁵ Íntegra da petição inicial disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 06 fev.2016.

No dia 9 de setembro de 2015, o STF concedeu parcialmente a medida liminar pleiteada, deferindo os pedidos relativos à audiência de custódia e à liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão[...]; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos[...] Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015.³⁶

4.4 Debates atuais sobre a inserção da audiência de garantia no processo penal brasileiro

4.4.1 Aspectos controvertidos

No tópico 4.2, abordou-se o conteúdo da audiência de garantia, o qual é formado pelos aspectos temporal, subjetivo e procedimental, brevemente analisados naquele momento. Agora, deve-se partir para uma análise mais criteriosa destes três aspectos, os quais têm sido alvo de diversas discussões.

O aspecto temporal tem a ver com o prazo de apresentação do preso em juízo. Viu-se que tanto a CADH quanto o PIDCP, ratificados pelo Brasil, não definem expressamente qual seria este prazo, pois em seus textos trazem tão somente a expressão “sem demora”. Andrade e Afllen (2016, p.59) ensinam que:

A ausência de um prazo estabelecido a priori pelos textos internacionais fez com que cada país em particular, se assim julgasse pertinente, especificasse o tempo em que a apresentação deveria ocorrer. A título de exemplo, a Constituição da Guatemala (artigo 6º) prevê essa apresentação em prazo não superior a 06 horas, ao passo que o CPP do Chile (artigos 131 a 132) prevê o prazo de 24h.Por sua vez, a Constituição do Haiti (artigo 26), a Constituição do Nicarágua (artigo 33.2), a Constituição do México (artigo 16), a Constituição da África do Sul (artigo 35.1, letra d) e a Constituição de Portugal (artigo 28.1) estabelecem o prazo máximo de 48 horas, mesmo lapso presente no CPP do Equador (artigo 173). Estabelecendo um prazo mais dilatado, a Constituição da Espanha fixa um prazo de 72 horas para essa apresentação,

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator Min. Marco Aurélio de Mello. DJe nº 31/2016. Divulg: 18 fev. 2016 . Public.19 fev. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf>. Acesso em: 07 abr.2016.

mesmo prazo fixado pelo CPP da Suécia (Capítulo 24, Seção 12, 1º parágrafo) (grifo nosso).

Assim, para que se saiba se o prazo (ou qual prazo) de apresentação do preso em juízo obedece aos ditames do artigo 7.5 da CADH e do artigo 9.3 do PIDCP, deve-se entender o que, segundo a jurisprudência internacional, não constitui apresentação “sem demora”. Neste sentido, no intento de encontrar certo parâmetro temporal, Paiva (2015, p.44-45) ensina, no âmbito regional americano, do qual a CADH faz parte, a Corte IDH tem decidido que viola a garantia constante do artigo 7.5 os casos em que, após a prisão, a condução do preso perante o juiz, se dá : **quase uma semana** (Caso Bayari vs. Argentina), **quase cinco dias** (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México), **aproximadamente trinta e seis dias** (Caso Castillo Petruzi y outros vs. Peru), **vinte e três dias** (Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador), **dezessete dias** (Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Peru), **quase seis meses** (Caso Tíbi vs. Equador), **quase dois anos** (Caso Acosta Calderón vs. Equador), etc. Já no caso López Álvarez vs. Honduras, a Corte IDH decidiu que aquele estado não violou a CADH pois a condução do preso à presença da autoridade judicial teria ocorrido **no dia seguinte à sua detenção**. O autor então conclui que, ao menos por ora, a Corte IDH tem considerado que a expressão “sem demora” contida na CADH não é violada quando a apresentação do preso ocorre no máximo em até um dia após sua prisão.

Paiva (2015, p.46) continua sua análise ao ensinar que, no sistema global, do qual o PIDCP faz parte, o Comitê de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que “um prazo de 48 horas é normalmente suficiente para transladar a pessoa e preparar para audiência judicial, todo prazo superior deverá obedecer a circunstancias excepcionais e estar justificado por elas”. O autor conclui e defende que, considerando o fato de que o artigo 306, §1º do Código de Processo Penal Brasileiro prevê o prazo de vinte e quatro horas para encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, parece ser razoável adotar o mesmo prazo para que o preso seja apresentado à autoridade judicial, sendo este, inclusive, o lapso temporal previsto no PLS nº 554/2011. Contudo, o autor reconhece que existirão casos em que tal prazo será relativizado (desde que a causa seja devidamente justificada e comprovada), o que deve exigir que a doutrina e a jurisprudência se posicionem no sentido de que a exceção não vire regra, isto é, mesmo nos casos excepcionais, deve-se respeitar o lapso temporal máximo de três a quatro dias após a prisão.

Ampliando ainda mais a análise, interessante é o posicionamento de Santos (2015b, p.89), o qual aborda não só qual seria o lapso temporal “sem demora”, mas também a partir de que momento a análise da “demora” deve ser feita:

De acordo com a sistemática atual, defendemos que a comunicação da prisão deve ser feita em 24 (vinte e quatro) horas a contar da prisão captura, ou seja, do cerceamento material da liberdade do imputado.

Porém, não seria tão fácil imaginar realizável a apresentação do preso a partir do mesmo parâmetro, especialmente se pensarmos nas condições geográficas do Norte e Nordeste brasileiros. **Defendemos, portanto, que a apresentação do preso ocorra no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da conclusão da lavratura do respectivo auto de prisão. Ou no prazo máximo de 48(quarenta e oito) horas a partir da prisão captura.**

Desse modo, sendo a decisão proferida em audiência, o juiz continuaria apreciando o caso e tomando as medidas necessárias nos limites temporais hoje estabelecidos (grifo nosso).

Certamente tal aspecto ainda será alvo de futuras discussões. Enquanto os Projetos de Lei que visam à inserção da audiência de garantia não são aprovados, encontra-se em vigor³⁷ a Resolução nº 213/2015 do CNJ a qual, no que tange à apresentação do preso em juízo, estabelece o prazo de 24 horas da comunicação da prisão (seja ela em flagrante, cautelar, ou definitiva):

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

[...]

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

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

No que tange à autoridade competente para presidir a audiência de garantia, viu-se que a CADH e o PIDCP estabelecem que esta deve ser o juiz ou “outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”. Esta última expressão, como já dito, têm sido objeto de diversas controvérsias, principalmente quanto ao possível enquadramento do Delegado de Polícia nela. Entre os que defendem que o Delegado poderá conduzir a audiência de garantia, tem-se Costa (2015, não paginado) para quem:

[...] o delegado de polícia é a autoridade autorizada pela Constituição Federal e por diversas leis federais a exercer atipicamente funções tipicamente judiciais, mesmo não integrando o Poder Judiciário, o fazendo, por exemplo, quando arbitra fiança como condição para a concessão da liberdade do preso em flagrante, quando apreende um bem relacionado ao crime, quando homologa a prisão em flagrante e determina o recolhimento do conduzido à prisão ou quando promove o indiciamento, ato que se reveste das mesmas formalidades das decisões judiciais, nos termos do § 6º, do art. 2º, da Lei Federal nº 12.830.

³⁷ Contudo, alerte-se que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão 90 dias, contados do dia 01 de fevereiro de 2016, para adequar-se às regras previstas na referida resolução.

No mesmo sentido, em Nota Técnica nº 003/2014³⁸ enviada durante o processo de discussão do PLS nº 554/2011 no Senado, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, dentre outros argumentos, arguiu que:

[...] as garantias da legalidade da prisão e o respeito aos direitos constitucionais são preliminarmente preservados pelo **Delegado de Polícia** cabendo ao juízo um segundo controle de legalidade para maior garantia do cidadão[...]

Ainda, a garantia do respeito ao item 3 do artigo 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto n. 678, de 1992) que assim diz: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, a presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e lerá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade” (grife nosso) **se fez à luz da legislação brasileira por intermédio da autoridade de polícia judiciária, isto é, o Delegado de Polícia (longa manus) que, embora autoridade administrativa no exercício das funções de polícia judiciária é tecnicamente vinculado ao Poder Judiciário**, conforme instruído pelo Ministro Cezar Peluso no RE 5593727/MG (grifo nosso).

Em decisão bastante polêmica, o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Guilherme de Souza Nucci entendeu que:

Quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. **No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, In concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante”** (TJ-SP - HC: SP 2016152-70.2015.8.26.0000, Relator: Guilherme de Souza Nucci, Data de Julgamento: 12/05/2015, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/05/2015).

Apesar dos argumentos acima citados, o estudo criterioso da matéria permite concluir que a possibilidade de o delegado de polícia conduzir a audiência de garantia é defendida por corrente minoritária, não sendo acolhido pela ampla maioria da doutrina³⁹ especializada no assunto, conforme se verá adiante.

Segundo Paiva (2015, p.47), a Corte IDH interpreta o artigo 7.5 da CADH em conjunto com o seu artigo 8.1, de modo que este último dispõe que toda pessoa presa tem o direito de “ ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial(...)”, o que leva à conclusão de que a autoridade responsável por presidir a audiência de garantia somente pode ser o magistrado, vedando-se, não à luz das exigências da CADH, a possibilidade de o Delegado de Polícia, os Membros do

³⁸ Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=154193&tp=1>>. Acesso em: 02 abr 2016.

³⁹ A exemplo de Santos (2015b) e Weis e Junqueira (2012).

Ministério Público e da Defensoria Pública presidirem a audiência. No mesmo sentido, Lopes Jr e Rosa (2015b, p.21-24):

[...]o que se entende por “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”? 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 CIDH 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[...]

O regime da Constituição e do Código de Processo Penal reserva ao delegado de polícia a função de lavrar o flagrante, transformando em autos a narrativa dos condutores. Além disso, na sequência, poderá conceder fiança nas hipóteses legais. Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil. Para isso há reserva de Jurisdição. A polícia judiciária não é órgão do Poder Judiciário (é um paradoxo, mas é uma polícia judiciária não subordinada ao Poder Judiciário), mas do Executivo.

Daí que a alegação de que o Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta.

A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão — o delegado lava e o juiz controla. Além disso, já nessa fase, tanto Ministério Público como defesa devem sustentar as razões pelas quais a constrição cautelar deve ou não ser mantida. Há reserva de Jurisdição. Logo, além do Juiz, devem participar Ministério Público e defesa.

Em análise crítica à já citada decisão do Desembargador Nucci, Nicolitt, Melo e Ribeiro (2015, não paginado) afirmam que:

É preciso entender que a garantia da audiência de custódia situa-se nos tratados como mecanismo que visa assegurar o direito de liberdade. A ideia reside exatamente em levar o preso a presença de autoridade capaz de restabelecer o direito de liberdade.

[...]

O delegado de polícia não possui em nosso sistema tal poder. O máximo que pode é conceder a fiança nos crimes cuja pena seja de até 04 anos. Nos demais casos (leia-se: nos crimes cuja pena seja superior a 04 anos; e até mesmo nos de pena até 04 anos, quando o agente não prestar a fiança arbitrada pelo delegado), mesmo entendendo desnecessária a custódia (por entender ausentes os requisitos da prisão preventiva), encaminhará o ser humano para o cárcere e aguardará a decisão do juiz.

Bom seria que o delegado tivesse este poder, vez que quanto mais agentes públicos pudessem tutelar a liberdade melhor. Mas no quadro atual, o delegado não tem poder de tutelar a liberdade para além das hipóteses de crimes punidos com pena de até 04 anos (e até mesmo nesses, quando o agente não prestar a fiança arbitrada).

[...]

Assim, não há dúvidas de que o Delegado de Polícia nos termos da atual legislação não atende aos fins colimados nos tratados quando exigem a audiência de custódia. O que o acórdão pretende é dar uma interpretação que cria um garantidor para inglês ver, pois o preso é apresentado para alguém que não tem o pleno poder de soltar.

Portanto, analisando de forma crítica a proposição delineada pelo Des. Nucci, de que na atual conjectura legal do processo penal brasileiro teria a atribuição de garantia irrestrita de liberdade, ter-se-ia, na esteira da clássica definição do filósofo alemão Jünger Habermas uma *contradição performativa*, eis que a própria proposição não se coaduna com os pressupostos pragmáticos do ato de fala que a incorpora.

Neste sentido, em termos mais claros, de nada adianta atribuir ao Delegado de Polícia função de garantia que não pode cumprir por ausência de disposição legal, ou, ainda, no mais simples jargão popular, “dar com uma mão e tomar com outra”, eis que a Autoridade responsável pela tutela da liberdade não poderá concedê-la.

[...]

Vislumbramos profundo equívoco do acórdão ao tentar ver no Delegado autoridade capaz de atender aos fins previstos no Pacto de São José e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Trata-se na verdade de uma contradição performática na qual se afirma proteger a liberdade restringindo-a na medida em que institui como garantidor alguém que não tem o pleno poder de liberta.

Decerto que a polêmica tende a continuar. No entanto, ao que parece, a tendência é a de que, no Brasil, a competência para presidir a audiência de garantia fique restrita aos membros do Poder Judiciário, os quais, segundo Santos (2015b, p.85), além dos juizes, podem ser os Desembargadores e os Ministros, estes últimos competentes para o julgamento de pessoas com foro especial por prerrogativa de função. A propósito, neste caminho trilhou a recente Resolução nº 213/2015 do CNJ, ao estabelecer a “autoridade judicial” como competente para presidir a audiência de garantia.

Por fim, quanto ao aspecto procedimental, ainda existem discussões quanto ao chamado limite cognitivo da audiência de garantia. Discorrendo especificamente sobre o modelo paulista, mas com lição igualmente aplicável ao tema no geral, Lopes Jr e Rosa (2015b, p.22-23) entendem que a entrevista realizada durante a audiência de garantia não deverá prestar-se a análise do objeto da imputação (autoria, materialidade e culpabilidade), pois tal momento está reservado para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. O que a entrevista deverá verificar é a legalidade da prisão e presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como da adequação das medidas cautelares diversas da prisão contidas no art.319 do CPP. Porém, os autores alertam para a possibilidade de que, em alguns casos, tal entrevista ficará situada na tênue distinção entre forma e conteúdo:

O problema surge quando o preso alega falta de *fumus commissi delicti*, ou seja, negar a autoria ou a existência de do fato (inclusive atipicidade). Neste caso, suma cautela deverá ter o juiz para não invadir a seara reservada para o julgamento. Também pensamos que eventual contradição entre a versão apresentada pelo preso neste momento e aquela que futuramente venha a utilizar no interrogatório processual não pode ser utilizada em seu prejuízo. **Em outras palavras, o ideal é que essa entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des) valoração** (grifo nosso).

No mesmo sentido, Amaral (2015, p.6) entende que:

[...] o julgador não deve fazer perguntas ao preso sobre ter ele cometido ou não o fato. E se o fizer MP e defesa deverão protestar. Não se busca saber quem foi o autor do fato, mas, sim, de que modo foi feita a prisão do suposto autor. É vedado indagar: “o sr. praticou o crime?”. Em lugar disso, deve-se perguntar: “como, onde e quando o sr. foi preso?”.

Certamente, haverá casos nos quais forçosamente serão examinados aspectos objetivos tendentes ao mérito, porque indissociáveis do exame da legalidade do estado de flagrância. Assim, por exemplo, será difícil não ocorrer alguma cognição mais ampla nos casos de flagrante presumido, pois cabe ao juiz examinar situações cuja legalidade está vinculada à proposição de que a pessoa presa foi perseguida ou encontrada em um contexto que a fizesse presumidamente autora da infração (art. 302, III e IV, do CPP). Em tais casos, a

prudência deve ser redobrada, a fim de que não se promova um interrogatório antecipado. E ademais, o julgador e as partes deverão ter sempre em mente que: (a) a entrevista feita na audiência de custódia existe para preservar direitos do preso e não para prejudicá-lo; e (b) o âmbito de cognição sobre a “presunção de autoria” é sumário e limitado ao exame de aspectos objetivos óbvios, cristalinos e evidentes, os quais permitam presumir com a mesma tranquilidade que se presume que durante o dia há claridade (grifo nosso).

Na mesma linha dos autores citados, Paiva (2015, p.90) ensina a ideia de impedir-se que a audiência de garantia converta-se em interrogatório antecipado é reforçada diante do fato de que a garantia de pronta apresentação do preso em juízo está contida no artigo 7.5 da CADH, na parte reservada aos direitos sobre a liberdade pessoal. Assim, o autor entende que o depoimento do conduzido colhido na audiência de garantia não poderá ser utilizado em seu desfavor durante a fase judicial, sendo o ideal que as informações colhidas durante a entrevista, além de serem encartadas em autos apartados, não sejam juntadas nos autos do processo principal.

No entanto, há corrente doutrinária que defenda a possibilidade da oitiva do preso ser utilizada como meio de prova, inclusive, ao seu desfavor. Neste sentido Lima (2016, p.929) entende que:

Por mais que a oitiva do preso durante a audiência de custódia deva ser registrada em autos apartados, parece-me perfeitamente possível a utilização das informações por ele reveladas a título de prova, nos termos do art.155, caput, do CPP. Ora, se os elementos de informação produzidos no bojo do inquérito policial, ai incluído o próprio interrogatório policial, podem ser utilizados para a formação da convicção do magistrado, desde que não exclusivamente, como se cogitar em descartar o termo da audiência de custódia, produzindo na presença do Juiz, do Promotor de Justiça e do Defensor?

Em raciocínio semelhante, mas não idêntico, Santos (2015b, p.89) afirma que:

No que diz respeito à impossibilidade de utilização da oitiva do preso como meio de prova, de fato não há qualquer razão de ser. O que é proibido é alguém ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Porém, o imputado pode confessar a prática de um crime. Aliás, é estranho que o projeto possibilite a utilização da oitiva do preso como meio de prova contra os policiais e não o faça em relação ao próprio preso. Deve ser repensado, especialmente porque a audiência ocorreria na presença do seu defensor, do Ministério Público e do juiz.

No mais, cumpre salientar que , de acordo com a Resolução nº 213/2015 do CNJ, a qual disciplina o procedimento de apresentação do preso em juízo a ser adotado por todos os Tribunais do país, o termo resultante da audiência de garantia deverá ser juntado aos autos do inquérito ou da ação penal, o que , certamente, se justifica devido ao fato de que a própria resolução, previamente, impõe limite cognitivo no sentido de que as informações colhidas durante a entrevista não deverão adentrar no mérito da imputação feita ao preso:

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

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

[...]

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, **devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação[...]**

Art. 12. O termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal.

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

4.4.2 Perspectivas e desafios

As discussões em torno da implementação da audiência de garantia no Brasil, além dos aspectos controvertidos já citados, têm revelado a existência de posicionamentos antagônicos quanto a adoção do instituto. Com base nas finalidades que, em tese, a medida se propõe a efetivar, alguns defendem que a audiência de garantia trará inúmeras vantagens em direção a um processo penal mais racional ou humanitário. Estas configuram as perspectivas quanto ao instituto. Noutro vértice, há os que se posicionam contrariamente a audiência de garantia, justificando seus argumentos, sobretudo, com base em fatores de ordem prática, relacionados à operacionalização da medida. Estes últimos aspectos acabam por revelar os desafios que inserção da audiência de garantia no processo penal brasileiro tende a enfrentar. Veja-se.

Para os seus defensores, a audiência de garantia trará inúmeras vantagens ao Sistema de Justiça Criminal Brasileiro, tornando-o mais humanizado. A primeira e mais básica delas consiste em adequar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de modo que sejam atendidas, por exemplo, as exigências contidas nos artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que, reflexamente, acabaria ensejando também o respeito aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988, como o de ser julgado em prazo razoável, o direito a defesa pessoal e técnica, dentre outros abordados no capítulo 2 do presente estudo. Além disso, reforçar-se-ia o respeito ao princípio do contraditório insculpido no artigo 282, §3º do CPP, pois o juiz, ao ter contato direto com o detido, decidirá qual medida cautelar mais adequada. Consequentemente, ao permitir o encontro do preso com o juiz, superando a mera análise do auto de prisão em flagrante, a

audiência de garantia contribuiria sobremaneira com a redução do encarceramento em massa no país (LOPES JR; PAIVA, 2014, p.16).

Explicando as vantagens do contato pessoal do preso com o juiz, Lopes Jr e Rosa (2015b, p.17) ensinam que a audiência de garantia evita o chamado “efeito priming”:

Não raras vezes a notícia de um crime nos assusta e joga com o nosso imaginário. Se somos humanos, ao lermos um auto de prisão em flagrante ou uma denúncia descrevendo, por exemplo, a conduta de Paulo K., consistente em ter entrado numa casa, pela madrugada, para o fim de subtrair bens e, no seu percurso, ter sido flagrado pela moradora, senhora idosa, a qual desferiu dois tiros, sem que tivesse morrido, fugindo, na sequência do local do crime e, depois, preso pela polícia, teríamos que preencher as lacunas. Não lembraríamos de um rosto doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si os atributos do mal. Essa conduta humana (preencher os espaços desprovidos de informação) cria o que se denomina de efeito *priming*, ou seja, o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido.

Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação (grifo nosso).

Além disso, argumenta-se que a audiência de garantia, ao propiciar o contato do juiz com o preso, potencializaria a verificação de eventuais atos de tortura por parte de agentes policiais, preservando-se, assim, a integridade física e psíquica do conduzido. Segundo Paiva (2015, p.36), tal finalidade fora ressaltada recentemente relatório final da Comissão da Verdade, o qual, dentre outras propostas, recomendou a adoção da audiência de garantia pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o autor aduz que a inserção da audiência de garantia permite que o Brasil cumpra o compromisso internacional previsto no art. 21 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, consubstanciado na adoção de “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”.

Como era de se esperar, tais argumentos não ficaram imunes a críticas. Discorrendo sobre a exiguidade do prazo de apresentação previsto no PLS nº 554/2011, Lima (2016, p.928) afirma que:

No cenário do possível, do exequível, do realizável, enfim por reconhecer que o prazo de 24(vinte e quatro) horas não é factível, partilhamos do entendimento no sentido de que a audiência de custódia deve ser realizada num prazo mais compatível com a realidade brasileira, qual seja, **em até 72(setenta e duas) horas**[...] Como se percebe, o desafio para o Congresso Nacional, por ocasião da análise do Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal, é pensar num prazo não tão exíguo que inviabilize a

realização da audiência de custódia e nem tão elástico que acabe por comprometer a finalidade da mesma.

No mesmo sentido, Rebouças (2015, apud Tópor e Nunes, 2016, p.64-65):

O prazo de 24 horas é inexecutável. Absolutamente incompreensível, diante de uma realidade cristalina[...] a compreensão de nossa dimensão continental e de nossos visíveis problemas cotidianos, merecem reflexão, mormente na hora de estabelecer prazo tão fatal. Por que não um prazo de até 72 horas? Onde fosse possível, realizaria-se a audiência em 24 horas, mas, onde não fosse, os agentes teriam um prazo maior para mobilização, evitando-se a soltura gratuita de presos apenas pela não realização da audiência questionada.

Sobre o argumento de que a audiência de garantia contribuirá para redução do número de presos provisórios, Cassiolato (2015, não paginado) entende que:

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

Para tanto, quanto ao primeiro ponto, basta lembrar que o CPP foi alterado no ano de 2011, por meio da Lei. 12.403, justamente com os mesmos objetivos hoje perseguidos. Foram inseridas no ordenamento jurídico várias medidas cautelares menos gravosas, diversas da prisão processual, e o número de presos provisórios não diminuiu. Ao contrário. Quanto ao segundo ponto, observo que as decisões proferidas pelos juízes de primeira instância, convertendo as prisões em flagrante em prisões preventivas, sempre são questionadas pelos defensores por meio de recursos, fazendo com que os tribunais de segunda instância e até mesmo as cortes superiores as analisem novamente. E o número de presos provisórios em nosso país nunca diminuiu. Se o número de presos provisórios em nosso país é elevado, ele é fruto não apenas de decisões que foram proferidas pelos juízes de primeira instância que terão de realizar as audiências de custódia, mas também de todos os demais desembargadores e ministros que as mantiveram após serem desafiadas por recursos.

Assim é que – segundo a experiência pretérita e tendo em conta a cultura que permeia boa parte da atuação da polícia, do ministério público e da magistratura – receio que a adoção da "audiência de custódia", por si só, possa não contribuir para a diminuição relevante do número de presos provisórios no país e nem para racionalizar o trabalho da polícia civil.

O que se percebe, portanto, é que os argumentos contrários à implementação da audiência de garantia estão muito mais ligados a questões de ordem prática e estrutural do que jurídica ou legal. Muitos destes argumentos, de fato, merecem ser respeitados, pois não se pode fechar os olhos à realidade brasileira, a qual tem revelado a situação precária em que se encontram órgãos do sistema de justiça criminal, que, além de não dispor da melhor estrutura física e de pessoal, têm seus profissionais desvalorizados. A título de exemplo, cite-se o Mapa da Defensoria Pública, segundo o qual mais de 76% das comarcas não possuem assistência jurídica da Defensoria. De fato, este e outros inúmeros desafios à implementação da audiência de garantia irá enfrentar.

Contudo, entende-se que tais dificuldades não devem impedir que o instituto seja implementado. Discorrendo sobre o PLS nº 554/2011, Choukr (2014, p.2) aduz que:

[...] malgrado o discurso da ampliação de alternativas à velha dicotomia prisão *versus* liberdade no âmbito das cautelares, **a construção dessas vias não encarceradoras não se vislumbra na prática menos por problemas teóricos da lei e mais pela incapacidade de gestão desse novo modelo que, assim, tende a não se consolidar e, por consequência, reintroduzir, do ponto de vista estritamente operacional, o velho arcabouço que se quis superar.**

O risco, diante da falta de gestão adequada, é, assim, o do não cumprimento substancial da futura norma, mas somente a aparência. Audiências não deixariam de se realizadas diante do manto da nova legislação, mas o que elas efetivamente tenderiam a trazer de novo é algo a ser questionado sob a recorrente justificativa de falta de estrutura adequada. Falta de estrutura que parece acompanhar o processo penal desde que foi concebido há mais de setenta anos.

No mesmo sentido, Prudente (2015, p.27) entende que cabe ao Estado aparelhar-se de modo a assegurar as garantias dos cidadãos, de modo que jamais tais garantias sejam suprimidas ou flexibilizadas com base na benevolência momentânea do Estado. No mesmo sentido, Queiroz (2013, não paginado) é categórico ao afirmar que:

É obrigação do Estado aparelhar seu sistema de justiça, criando as condições estruturais e humanas para a implementação da audiência de custódia, tornando os compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil realidade, e confirmando a opção brasileira por um Estado Democrático de Direito.

[...]

Valorizar o ser humano, portanto, não é opção de caridade ou mandamento religioso, mas acima de tudo opção política. A implementação da audiência de custódia revela a sensibilidade do legislador na implementação de políticas legislativas que tornem efetivas as inúmeras garantias constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar a audiência de garantia como medida apta a reajustar o processo penal brasileiro aos ditames previstos na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sobretudo o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Primeiramente, viu-se que a Constituição Federal de 1988 possui insofismável conteúdo garantístico, ao primar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais nela previstos, sobretudo o direito à liberdade de locomoção. Para tanto, o diploma constitucional consagra inúmeros princípios a serem respeitados no âmbito da persecução penal, tais como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, a duração razoável do processo etc. Neste sentido, abordou-se a necessidade que ao processo penal pátrio fosse dada a chamada “filtragem constitucional”, isto é, as regras previstas naquele diploma processual, antes de tudo, devem ser lidas à luz da Constituição, sobretudo em tema de prisão.

Porém, verificou-se que, na persecução penal, não só a Constituição deve servir de parâmetro para frear a desmedida ingerência do poder punitivo. O processo de internacionalização dos direitos humanos fez com que o ordenamento jurídico dos países se abrisse a uma leitura para além de suas fronteiras, de modo que o respeito aos direitos humanos se tornou tarefa inafastável dos Estados. Neste intento, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos contemplam diversas garantias relacionadas à liberdade pessoal, destacando-se a de apresentação, sem demora, da pessoa presa perante a autoridade judicial, objeto do estudo que ora se finaliza. Tais tratados, conforme fora abordado, possuem, no mínimo, status normativo supralegal, isto é, encontram-se em patamar superior à legislação infraconstitucional, a exemplo do Código de Processo Penal Brasileiro, devendo este último compatibilizar-se àqueles.

Disso tudo resulta o advento de uma mudança de paradigma, por meio da qual o processo penal brasileiro deve ser lido, interpretado e aplicado tendo em vista os direitos e garantias previstos não só no texto constitucional, mas também na normativa internacional relacionada aos direitos humanos, resultado no chamado processo penal constitucional, convencional e humanitário.

Neste contexto, insere-se a adoção, pelo Brasil, da denominada “audiência de custódia”. Ao iniciar o estudo de tal instituto, analisou-se seu conceito, sua previsão normativa bem como seu conteúdo e finalidades, momento no qual se propôs a adoção da expressão

“audiência de garantia” como *nomem iuris* que melhor se adequa à natureza da medida. Depois, analisou-se as tentativas de implementação do instituto e, ao final, abordou-se as possíveis vantagens e os entraves que tende a enfrentar no atual cenário brasileiro.

À vista de tudo o que foi trabalhado, conclui-se que a audiência de garantia deverá ser albergada pelo ordenamento jurídico pátrio. O status supralegal dos Tratados que a disciplinam não deixam dúvidas de que constitui garantia a ser respeitada e efetivada, ainda que não prevista expressamente no texto constitucional e no Código de Processo penal Brasileiro. Mesmo assim, a sua inserção, por meio de lei, deve ocorrer, de modo reforçar sua observância no âmbito da persecução penal.

Contudo, a implementação e efetivação da audiência de garantia não ocorrerá tão somente com o advento da Lei. Antes, porém, há que se reconhecer que existem inúmeros entraves estruturais para que a medida seja posta em prática, alcançando todas as finalidades que se propõe alcançar. Diante das peculiaridades geográficas e dos recursos limitados do País, é preciso que implementação audiência de garantia seja discutida, planejada e melhorada. Contudo, estas e outras dificuldades que por ventura surgirem não deverão servir de justificativa para obstar as discussões em torno a implementação do instituto no direito brasileiro. Deve-se, antes de tudo, discutir tais fatores, na busca do melhor caminho a se trilhar e, principalmente, propugnar pela capacitação dos profissionais envolvidos no procedimento, no sentido de que compreendam a real natureza e os limites do instituto, bem como adoção, pelo Poder Público, do aparato necessário à sua operacionalização.

Finalmente, é necessário que a resistência e a desconfiança em relação ao instituto dêem lugar ao otimismo, devendo-se abandonar preconceitos e ideologias punitivistas, pois, como já dito, a liberdade é a regra; a prisão, a exceção.

REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise. **Processo penal**. coordenação: André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. Versão Epub. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Da audiência de Custódia em São Paulo**. In: IBCCrim, Boletim nº 269 abr.2015.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique H. I. **Parecer prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**, 2014. In Academia Edu. Disponível em <https://www.academia.edu/9457415/Parecer__Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia> Acesso em: 12 fev.2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.
- BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por: Torrieri Guimarães. 7ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**.15.ed.São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. Versão Epub.7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jan. 2016.
- _____. **Código penal**. Decreto Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 3 dez.2015.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5.ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

CANINEU, Maria Laura. **O direito à ‘audiência de custódia’ de acordo com o direito internacional**. Informativo Rede de Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em :<<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2015.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. Coleção saberes do direito, vol.57. Versão Epub. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASARA, Rubens R. R. **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

CASARA, Rubens R. R. **A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias**. In: IBCCrim, Boletim nº 277. Dez.2015.

CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos**. Disponível em: < <http://apamagis.com.br/site/consideraes-sobre-audincia-de-custdia-pontos-positivos-e-negativos/> >. Acesso em: 06 abr. 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. Bauru: Edipro, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem**. In: IBCCrim, Boletim nº 254. Jan.2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Resultados preliminares e percepções teórico-práticas**. In : ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia : da boa intenção à boa técnica**. Ebook. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: < http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em 01 abr. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Thiago Frederico de Souza. **A audiência de custódia (PLS nº 554, de 2011) e sua interpretação conforme a Constituição Federal e os tratados de internacionais sobre direitos humanos**. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7280&tit=A-audi%EAncia-de-custodia-\(PLS-n%BA-554,-de-2011\)-e-sua-interpretacao-conforme-a-Constit#.VWVw89JVikp](http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7280&tit=A-audi%EAncia-de-custodia-(PLS-n%BA-554,-de-2011)-e-sua-interpretacao-conforme-a-Constit#.VWVw89JVikp)>. Acesso em 02 abr. 2016.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev.ampl.e. atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**.5.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. Trad. Ana P. Z. Sica; Fauzi Hassan Choukur; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís; CUNHA, Rogério Sanches; **Prisão e medidas cautelares: comentários. à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**, coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques.-2. Ed.-São Paulo: RT, 2011.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. Versão Epub. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Prisão Preventiva: o STF e a política criminal sobre a restrição cautelar de liberdade**. Curitiba: Juruá, 2014.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Direito das minorias: da tutela jurídica internacional e constitucional dos privados de liberdade física como condição para o processo de ressocialização desse grupo social**. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. São Paulo, v. 21, n. 85, Dez. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. rev., ampl e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. *Revista Liberdades*, nº 17, dez. 2014, IBCCRIM. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em: 12 jan. 2015.

LOPES JR., Aury; Rosa, Alexandre Moraes da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte1)**. *Revista Consultor Jurídico*, 2015a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

LOPES JR, Aury. Rosa, Alexandre Moraes da. **O difícil caminho da Audiência de Custódia**. In: *Processo Penal no Limite*. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015b.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Resistência Crítica e Poder Punitivo: Diálogos em torno da Audiência de Custódia.** Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, v. 16, p. 40-53, 2015.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Presunção de inocência: do iluminismo europeu ao autoritarismo brasileiro.** In: IBCCrim, Boletim nº 279. Fev.2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio César; ROSA, Alexandre Moraes da. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e Direitos Fundamentais.** 1ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

MASI, Carlos Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento.** Revista Dos Tribunais. Ano 104. Vol.960.Outubro/2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

MONTEIRO, Wellington de Serpa. **O equilíbrio Entre o Jus Puniendi e os Direitos Fundamentais do Acusado: Fundamento do Processo Penal como Direito Constitucional Aplicado.** Revista síntese direito penal e processual penal, v. 13, n. 75, ago./set. 2012. p.197-208.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal.**São Paulo: Manole, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisões e demais medidas cautelares.** Colaboradores Bruno Cleuder de Melo e Gustavo Rodrigues Ribeiro. 2 ed.rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NICOLITT, André Luiz; MELO, Bruno Cleuder de; RODRIGUES, Gustavo. **Análise Crítica do Voto do Des. Guilherme de Souza Nucci – TJSP: O Delegado de Polícia não faz audiência de custódia.** Disponível em : < <http://emporiododireito.com.br/analise-critica-do-voto-do-des-guilherme-de-souza-nucci-tjsp-o-delegado-de-policia-nao-faz-audiencia-de-custodia-por-andre-nicolitt-bruno-cleuder-de-melo-e-gustavo-rodrigues-ribeiro/>>. Acesso em : 06 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** Versão Epub.11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos.** Col. elementos do direito- 12. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n^o 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3_a_ed. Acesso em 10 dez 2015.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. v.16. n^o 93. Ago/set/2015, p.9-31

QUEIROZ, Roger Moreira. **Com a palavra o defensor**. Informativo Rede de Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em : < <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>.> Acesso em: 12 dez. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. Versão Epub. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. 2^a Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Por uma releitura garantista do sistema de controle social**. In: MARCELLINO JUNIOR, Júlio César; ROSA, Alexandre Moraes da. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e Direitos Fundamentais**. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015a, p.55-70.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1^aed., 2^a tiragem. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

SANTOS, Cleópas Isaías.; ZANOTTI, Bruno Taufner. **Delegado de Polícia em Ação – Teoria Prática no Estado Democrático de Direito**. 3.ed. rev.ampl.e atual. Salvador: Juspodivm, 2015a.

SANTOS, Cleópas Isaías . **Audiência de Garantia: ou sobre o óbvio ululante**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal , v. 91, p. 76-93, 2015b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **Os atos jurisdicionais penais e sua vinculação às garantias constitucionais**. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 177-184.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STEINMETZ, Wilson. **Direito à liberdade de locomoção: um esforço de interpretação constitucional**. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. São Paulo, v. 21, n. 83, Jun., 2013.

STAFFEN, M. R.; MORAIS DA ROSA, A. **A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar**. Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), v. 8, p. 101-111, 2010. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/20> . Acesso em: 10 dez 2015.

SANTOS, Bruno Antônio Barros. **A “nota de culpa” de um “elemento”: a coisificação do preso e o despir de sua subjetividade**. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís, n. 20, jan./dez. 2013, p.83-105. Disponível em: http://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/publicacoes_institucionais/2889_revista_2013_20.12.13.pdf. Acesso em: 12 dez 2015.

SANTOS JUNIOR, W. M. **A contribuição da Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório à Jurisdição Democrática**. Processo e Jurisdição I. 1ed.São Paulo: CONPEDI/UNINOVE, 2013, v. 1, p. 33-52.Dispnível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de65a3fb6d48ee7c>. Acesso em: 10 dez 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantia individuais no processo penal brasileiro**.2.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz**. Revista dos Tribunais, vol.921, jul. 2012.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Investigação policial constitucionalizada**. In: SANTOS, Cleópas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. **Delegado de Polícia em Ação – Teoria Prática no Estado Democrático de Direito**. 3ª ed. rev.ampl.e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p.33-76

ANEXOS

**ANEXO A - RELATÓRIO AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA- UNIDADE DE
MONITORAMENTO CARCERÁRIO DO TJ/MA- JANEIRO DE 2016**



**UNIDADE DE MONITORAMENTO
CARCERÁRIO**

**RELATÓRIO
AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

- JANEIRO 2016 -

São Luis-MA
2016

A) São Luís – Central de Inquérito (Provimentos CGJ nº 14/2014, 24/2014 e 22/2015)

As Audiências de Custódia acontecem na Central de Inquéritos de São Luís, localizado no Fórum Sarney Costa, composta pelo Juiz **Antonio Luiz de Almeida Silva** (Coordenador da Central de Inquérito), **Osmar Gomes dos Santos**, **Cândido José Martins de Oliveira** e 18 servidores.

A unidade dispõe de duas salas de audiências, secretaria judicial, salas de apoio e carceragem, além do suporte da Unidade de Monitoramento Carcerário do TJMA, que é coordenada pelo **Des. José de Ribamar Froz Sobrinho** e supervisionado pela Corregedora Geral de Justiça, **Desa. Nelma Celeste Sousa Silva Sarney Costa**.

Regulamentação:

- Provimentos CGJ nº 14/2014 e 24/2014 que dispõe sobre a necessidade de realização da audiência de custódia.
- Provimento CGJ nº 22/2015 que vincula o serviço de plantão judicial criminal da Comarca de São Luís ao Juízo da Central de Inquérito.

Resumo das Audiências realizadas em 2014/2016.

| Ano | Mês | Audiências Realizadas | Liberdades Provisórias | | | | | Relaxamento de Prisão | Outros Casos *** | Decretação da Prisão Preventiva | |
|--------------|-----------|-----------------------|------------------------|---------------|-------------------------------|---------------|----------|-----------------------|------------------|---------------------------------|------------|
| | | | Cautelares Comuns | Tornozeleiras | Internações e Tratamento CAPS | | | | | | |
| 2014 * | Outubro | 11 | 6 | 54,55% | | | | | 5 | | |
| | Novembro | 41 | 20 | 48,78% | | | | | 21 | | |
| | Dezembro | 40 | 15 | 37,50% | 8 | 20,00% | | | 17 | | |
| TOTAL | | 92 | 41 | 44,57% | 8 | 8,70% | | | 43 | | |
| 2015 ** | Janeiro | 39 | 11 | 28,21% | 7 | 17,95% | | 1 | 20 | | |
| | Fevereiro | 57 | 21 | 36,84% | 14 | 24,56% | | 4 | 18 | | |
| | Março | 65 | 21 | 32,31% | 13 | 20,00% | 1 | 1,54% | 23 | | |
| | Abril | 53 | 11 | 20,75% | 20 | 37,74% | | | 22 | | |
| | Maió | 61 | 5 | 8,20% | 22 | 36,07% | | 1 | 33 | | |
| | Junho | 107 | 21 | 19,63% | 19 | 17,76% | 1 | 0,93% | 66 | | |
| | Julho | 209 | 90 | 43,06% | 9 | 4,31% | | 1 | 109 | | |
| | Agosto | 146 | 35 | 23,97% | 27 | 18,49% | 1 | 0,68% | 77 | | |
| | Setembro | 113 | 22 | 19,47% | 26 | 23,01% | | 14 | 51 | | |
| | Outubro | 73 | 22 | 30,14% | 16 | 21,92% | | 1 | 34 | | |
| | Novembro | 104 | 26 | 25,00% | 32 | 30,77% | | 2 | 43 | | |
| | Dezembro | 127 | 21 | 16,54% | 34 | 26,77% | | 4 | 66 | | |
| TOTAL | | 1154 | 306 | 26,52% | 239 | 20,71% | 3 | 0,26% | 41 | 3 | 562 |
| 2016** | Janeiro | 172 | 52 | 30,23% | 25 | 14,53% | | 3 | 1 | 91 | |
| | Fevereiro | | | | | | | | | | |
| | Março | | | | | | | | | | |
| | Abril | | | | | | | | | | |
| | Maió | | | | | | | | | | |
| | Junho | | | | | | | | | | |
| TOTAL | | 172 | 52 | 30,23% | 25 | 14,53% | | 3 | 1 | 91 | |

Estão incluídos os óbitos, que não contabilizam como solto.

*Período de 17/10/2014 a 05/12/2014

** Período de 05/01/2015 a 31/12/2015.

*** Período de 02/01/2016 a 31/01/2015

| Ano de 2014 | | |
|----------------------------|-----------|--------|
| Liberdade Provisória | 49 | 53,26% |
| Prisões | 43 | 46,74% |
| Total de audiências | 92 | |

| Ano de 2015 | | |
|----------------------------|-------------|--------|
| Liberdade Provisória | 589 | 51,17% |
| Prisões | 562 | 48,83% |
| Total de Audiências | 1151 | |

| Média 2016 | | |
|----------------------------|------------|--------|
| Liberdade Provisória | 81 | 47,09% |
| Prisões | 91 | 52,91% |
| Total de Audiências | 172 | |

| Ano de 2014 a 2016 | | |
|----------------------------|-------------|--------|
| Liberdade Provisória | 719 | 50,81% |
| Prisões | 696 | 49,19% |
| Total de Audiências | 1415 | |

| Ano | Mês | Audiências Realizadas | Tipificação | | | | | | | | | | | | | | | |
|--------------|-------------|-----------------------|-------------|---------------|---------------|---------------|--------------|--------------|----------------|--------------|---------------|---------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| | | | Latrocínio | Entorpecentes | Porte de Arma | Homicídio | Roubo | Furto | Lesão Corporal | Outros | | | | | | | | |
| 2014 | Out. a Dez. | 92 | | | | | | | | | | | | | | | | |
| | Janeiro | 39 | | 12 | 30,77% | 1 | 2,56% | 1 | 2,56% | 14 | 35,90% | 6 | 15,38% | | | 5 | 12,85% | |
| | Fevereiro | 57 | | 22 | 38,60% | 4 | 7,02% | | | 14 | 24,56% | 11 | 19,30% | | | 6 | 10,53% | |
| | Março | 65 | | 18 | 27,69% | | | 1 | 1,54% | 26 | 40,00% | 9 | 13,85% | | | 11 | 16,92% | |
| | Abril | 53 | | 16 | 30,19% | 2 | 3,77% | 5 | 9,43% | 22 | 42,00% | 4 | 7,55% | | | 4 | 7,55% | |
| | Maio | 61 | 2 | 3,28% | 25 | 40,98% | 4 | 6,56% | 3 | 4,92% | 22 | 36,00% | 3 | 4,92% | | 2 | 3,28% | |
| | Junho | 107 | 2 | 1,87% | 48 | 44,86% | 8 | 7,48% | | | 35 | 33,00% | 2 | 1,87% | | 12 | 11,21% | |
| 2015 | Julho | 209 | 1 | 0,48% | 76 | 36,00% | 10 | 5% | 7 | 3,35% | 80 | 38,28% | 9 | 4,31% | | 26 | 12,44% | |
| | Agosto | 146 | | 44 | 30,14% | 15 | 10,27% | 5 | 3,42% | 66 | 45,21% | 5 | 3,42% | 3 | 2,05% | 8 | 5,48% | |
| | Setembro | 113 | | 34 | 30,09% | 6 | 5,31% | 5 | 4,42% | 52 | 46,02% | 8 | 7,08% | 1 | 0,88% | 7 | 6,19% | |
| | Outubro | 73 | | 26 | 35,62% | 9 | 12,33% | 1 | 1,37% | 31 | 42,47% | 3 | 4,11% | 1 | 1,37% | 2 | 2,74% | |
| | Novembro | 104 | | 31 | 29,81% | 13 | 12,50% | 1 | 0,96% | | 28 | 26,92% | 8 | 7,69% | | 23 | 22,12% | |
| | Dezembro | 127 | | 57 | 44,88% | 2 | 1,57% | 3 | 2,36% | 57 | 44,88% | 9 | 4,72% | 1 | 0,79% | 1 | 0,79% | |
| Total | | 1154 | 5 | 0,43% | 409 | 35,44% | 74 | 6,41% | 32 | 2,77% | 447 | 38,73% | 74 | 6,41% | 6 | 0,52% | 107 | 9,27% |
| | Janeiro | 172 | | 54 | 31,40% | 12 | 6,98% | 2 | 1,16% | 77 | 44,77% | 14 | 8,14% | 2 | 1,16% | 11 | 6,40% | |
| 2016 | Fevereiro | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| | Março | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| | Abril | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| | Maio | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| | Junho | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Total | | 172 | | 54 | 31,40% | 12 | 6,98% | 2 | 1,16% | 77 | 44,77% | 14 | 8,14% | 2 | 1,16% | 11 | 6,40% | |

| Ano de 2015 a 2016 | | |
|----------------------------|-----|--------------|
| Latrocínio | 5 | 0,38% |
| Roubo | 524 | 39,52% |
| Entorpecentes | 463 | 34,92% |
| Furto | 88 | 6,64% |
| Porte de Arma | 86 | 6,49% |
| Homicídio | 34 | 2,56% |
| Lesão Corporal | 8 | 0,60% |
| Outros | 118 | 8,90% |
| Total de audiências | | 1326* |

*Fonte: Relatório da Audiência de Custódia - Jan/2015 - Jan/2016
*Não foi contabilizado os dados de 2014

LEVANTAMENTO DE REINCIDÊNCIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Pesquisa realizada nos dias 27 e 28 de setembro de 2015, sobre reincidência criminal de acusados de 17/10/2014 a 31/08/2015 na Comarca da Ilha (São Luís).

Metodologia de Pesquisa:

- Coleta de informações:

Mês da Audiência, Data da prisão, Nº do Processo, Nome do acusado, Nome da mãe, Nome do Pai, Local do crime, Tipificação, Data da prisão, Decisão na audiência de custódia, Tipo de medida cautelar aplicada, Decisão de soltura durante a instrução do processo, Se houve Reincidência, Nº do processo de reincidência, Data da reincidência, Crime da reincidência, Local da reincidência, O(s) processo(s) que passou(aram) pela audiência de custódia, encontra(m)-se sentenciado(s)? - Situação atual do réu, preso ou solto?;

- Fonte de pesquisas:

Sistema SIGO da Secretaria de Segurança Pública do Estado, Sistema SIISP da Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária e os Sistemas THEMIS e JURISCONSULT do Tribunal de Justiça do Maranhão.

| DAS DECISÕES | QUANT. | % | REINCIDENCIA | % |
|---|-----------|--------------|--------------|------------|
| TOTAL GERAL DE AUDIÊNCIAS | 813 | 100% | 51 | 6,27% |
| TOTAL DE LIBERDADES | 429 | 52,77% | 25 | 5,83% |
| TOTAL DE PRISÕES | 384 | 47,23% | | |
| DAS LIBERDADES | | | | |
| LIBERDADE PROVISÓRIA COM CAUTELARES | 383 | 47,1% | 21 | |
| COM MONITORAMENTO | 128 | 15,7% | 8 | 6,25% |
| SEM MONITORAMENTO | 255 | 31,4% | 13 | 5,10% |
| RELAXAMENTO DE PRISÃO | 27 | 3,3% | 3 | |
| LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA | 6 | 0,7% | 0 | |
| LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA | 11 | 1,4% | 1 | |
| CAUTELAR COM INTERNAÇÃO | 1 | 0,12% | 0 | |
| INTERNAÇÃO PROVISÓRIA | 1 | 0,12% | 0 | |
| TOTAL | 429 | 52,77% | 25 | |
| DAS PRISÕES | | | | |
| CONVERSÃO EM PREVENTIVA | 384 | 47,2% | | |
| MANTIDO A PREVENTIVA PELO JUIZ DE CONHECIMENTO APÓS AUD. CUSTÓDIA | 300 | 78,1% | | |
| POSTO EM LIBERDADE PELO JUIZ DE CONHECIMENTO APÓS AUD. CUSTÓDIA | 84 | 21,9% | 10 | 12% |



Corregedora Geral da Justiça, Des. Nelma Sarney, Coordenador Geral da UMF, Des. Froz Sobrinho, e o Diretor do Fórum de São Luís, Dr. Osmar Gomes. (março de 2014)



Juiz Fernando Mendonça na Audiência. A Pesquisa de antecedentes nos sistemas (SISP/SIGO/JURISCONSULT/VEP CNJ). Verifica-se ainda, se o preso possui RG/CPF e sua situação perante a justiça.



Os Juizes Antonio Luis e Osmar Gomes, em audiência de Custódia na Central de Inquiridos. A Comunicação com a Promotoria de Justiça, Defensoria Pública, Núcleo de Escola e com a Unidade Prisional que o presos se encontra (geralmente a Triagem) se dá através de ofícios.



Curso sobre Audiência de Custódia, realizado nos dias 18 e 19/06/2015, na ESMAM, com o palestrante Dr. Gustavo Badaró. Outros palestrantes: Juiz Artur Gustavo Azevedo do nascimento, juiz Fernando Mendonça, Juiz Antonio Luis Almeida Silva e Juiz Jayme Garcia dos santos Junior



Ministro Ricardo Lewandowski acompanhando, no dia 22/06/2015, a realização de uma Audiência de Custódia no TJMA.



Visita do Ministro Ricardo Lewandowski ao TJMA, com a presença da Presidente Des. Cleonice Freire, do Governador Flávio Dino e do Des. Froz Sobrinho (22.06.2015).

- B) Comarca de **Imperatriz** (população: 252.320*) – Implantação da Audiência de Custódia em Outubro de 2015.
- C) Comarca de **Itapecuru-Mirim** – Implantada em Agosto de 2015
- D) Nas Comarcas de **Timon** (população: 164.869), **Caxias** (população: 161.137), **Codó** (população: 120.265), **Açailândia** (população: 109.685) e **Bacabal** (população: 102.656), a implantação da Audiência de Custódia será até março de 2016

* Fonte: Informações extraídas do site: "HTTP://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2015/estimativa_tcu.shtm"