

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Fernanda Lacerda Rosa

Desafios para a implementação da Audiência de Custódia:

Apresentação imediata da pessoa presa em flagrante ao juiz e a efetividade dos tratados internacionais no âmbito do processo penal brasileiro.

Juiz de Fora

2016

Fernanda Lacerda Rosa

Desafios para a implementação da Audiência de Custódia:

Apresentação imediata da pessoa presa em flagrante ao juiz e a efetividade dos tratados internacionais no âmbito do processo penal brasileiro.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Juiz de Fora

2016

Fernanda Lacerda Rosa

Desafios para a implementação da Audiência de Custódia: Apresentação imediata da pessoa presa em flagrante ao juiz e a efetividade dos tratados internacionais no âmbito do processo penal brasileiro.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luís Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA:

- APROVADO
 REPROVADO

Juiz de Fora, 22 de julho de 2016

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, em nome do Senhor Jesus Cristo, pelo dom da vida e pelo privilégio de conhecer a sua palavra. Ao sustentáculo de todo meu viver rendo graças, pois me ensinou o verdadeiro sentido do amor fraternal. Apesar das minhas falhas e fraquezas nunca me desamparou, sendo o meu refúgio na hora da angústia e o motivo da minha alegria. Sem a Tua presença em meu viver nada seria possível.

Agradeço também ao meu pai Joaquim Rosa (*in memoriam*). O pobre menino que candiava bois, na pequena cidade do Carmo- RJ, que possuía uma única muda de roupa, mostrou-se um homem valente, que venceu todas as adversidades que a vida lhe apresentava. Pai, o senhor foi um exemplo de determinação e caráter. Eu o amo muito e ainda que no plano terreno seu corpo se tenha desvanecido, sua presença continua viva em meu coração e um dia nos reencontraremos na glória celeste.

À minha mãe agradeço infinitamente por sua dedicação e carinho. Sem dúvidas, a senhora é a melhor “mãe do universo”. Sua vida não foi fácil e passou por muitos dissabores, para criar a mim e aos meus irmãos. Guerreira incansável, um grande exemplo de fé e sabedoria. Serei eternamente grata pela sua generosidade e seu amor incomparável! Enquanto viver, todas as conquistas que tiver serão dedicadas a ti.

Agradeço ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, que tanto contribuíram para a minha formação. Muito mais que lecionar determinada matéria, cada professor, em sua singularidade, transmitiu valores e ensinamentos, que levarei por toda a vida.

Agradeço, especialmente, a três professores que marcaram profundamente a minha vida acadêmica e fizeram da ciência penal, a mais apaixonante de todas, a saber, o professor Cleverson Sbarzi Guedes, que lecionou a disciplina de Direito Penal I e II, meu carinho e admiração pelo senhor são inenarráveis. Ao professor João Becon de Almeida Neto por me ensinar a importância da linguagem e dos discursos, sua ótica de ensino e suas ideias revolucionaram minha forma de pensar o Direito Penal.

E por último, mas não menos importante, ao nobilíssimo professor Cristiano, orientador do presente trabalho, que dedicou parte de seu tempo para auxiliar-me. Obrigada pelos ensinamentos e por toda paciência. A faculdade de Direito não seria a mesma sem a sua marcante presença. Também não tenho palavras para expressar quanto o admiro.

Por fim, agradeço aos meus amigos Eveline, Helen, Ivan, Laíssa e Vítor que contribuíram tanto para este trabalho, com troca de ideias e informações. Espero levar a amizade de vocês pelo resto da minha vida.

“Aquele que luta com monstros deve acautelar-se para não tornar-se também um monstro. Quando se olha muito tempo para um abismo, o abismo olha para você”. **Friedrich Nietzsche**

RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta algumas análises e reflexões sobre a inserção do “direito de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial”, previsto pelo Pacto de San José da Costa Rica e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, no ordenamento jurídico brasileiro, através da Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça. A pesquisa teve por enfoque a exposição das principais discussões quanto à efetivação da garantia convencional e seus reflexos na persecução penal. Afirma-se a importância do contraditório participativo como fator preponderante para a legitimidade das decisões judiciais, acima de tudo quando esta tiver o condão de cercear o direito de liberdade. Para além dos problemas estampados ao longo da pesquisa, indaga-se até que ponto a formação cultural influencia na tomada de decisão do magistrado, de modo a aniquilar o direito convencional em tela. Destaque-se que a pesquisa não tem por intenção traçar um percurso a ser seguido pela prática forense, mas sim o de expressar as reflexões sobre o tema. Tenciona-se apresentar possibilidades que podem vir a efetivar a garantia convencional e zelar por um contraditório participativo de modo a resguardar por um verdadeiro sistema acusatório.

Palavras-chave: Direito de apresentação. Contraditório participativo. Tratados internacionais. Custodiado. Prática forense.

ABSTRACT

This monograph presents some reflections and analysis on the inclusion of "person presentation right attached to the judicial authority" provided by the Pact of San José, Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights New York, in the legal system Brazil, through Resolution 213 of 2015 of the National Council of Justice. The research was focused exposure of the main discussions about the effectiveness of conventional collateral and its effects on criminal prosecution. It is stated the importance of participatory contradictory as a major factor for the legitimacy of judicial decisions, especially when it has the power to restrict the right to freedom. Apart from during the research stamped problems asks to the extent to which cultural background influence the decision making of the magistrate in order to annihilate the conventional duty on screen. It is noteworthy that the research does not have the intention to trace a route to be followed by forensic practice, but to express thoughts on the subject. It is intended to present possibilities that may effect the conventional guarantee and ensure a participatory contradictory to protect a true adversarial system.

Keywords: Right of presentation. Participatory contradictory. International Treaties. Custody. Forensic practice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 01 - PARA ALÉM DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO: A PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1A flexibilização da soberania e o controle de convencionalidade das leis	12
1.2A apresentação do preso sem demora à autoridade judicial e os tratados internacionais de direitos humanos	15
CAPÍTULO 02 - PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	21
2.1.Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009	21
2.2.Projeto de Lei do Senado nº 544 de 2011	23
2.3. Projeto de Emenda Constitucional nº 112 de 2011	25
2.4. Projeto de Lei nº7871 de 2014	26
2.5. Projeto de Lei nº 470 de 2015	27
2.6. Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015	28
CAPÍTULO 03 - A REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	29
3.1.O protagonismo do Conselho Nacional de Justiça - motivos determinantes	29
3.2.Problemas práticos quanto à realização da audiência de custódia	31
3.2.1.Autoridade competente	31
3.2.2.Prazo para apresentação	34
3.2.3.Falta de estrutura	36
3.2.4.Resolução do CNJ e provimentos judiciais	38
3.2.5.Sistema acusatório e vedações probatórias	40
3.2.6.Aplicável somente para as prisões em flagrante delito?	43
CAPÍTULO 04 - O DESCOMPASSO ENTRE AS GARANTIAS ESTABELECIDAS PELO SISTEMA DE PROTEÇÃO MULTINÍVEL E O IDEÁRIO POPULAR PUNITIVISTA – O POSSÍVEL FRACASSO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	47
4.1.A formação cultural brasileira	47
4.2. Até que ponto do acusado pode influenciar na decisão do órgão julgador?	51
4.3. Imposição e fracasso	57
CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA	62

ANEXO -----
Audiência de Custódia em números, conforme dados colhidos pelo CNJ-----
Dados relativos à Audiência de Custódia, no Estado de São Paulo, coletados pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa-----
Estatística da realização das Audiências de Custódia na 4ª vara criminal da Comarca de Juiz de Fora – Minas Gerais-----
Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) -----
Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York (1966) -----
Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1967) -----
Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça -----
Resolução 796 de 2015 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais -----

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tecer breves considerações acerca da conformação do ordenamento jurídico brasileiro às normas internacionais que versam sobre direitos humanos, precipuamente quanto à “apresentação imediata da pessoa presa ou detida à autoridade judicial”, consubstanciando-se em uma garantia processual penal, prevista no artigo 7º parágrafo 5º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no artigo 9º, parágrafo 3º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York.

Nesta perspectiva serão apresentados os desafios quanto à efetivação do direito convencional supracitado, assim como propostas para adequação da prática forense penal à nova realidade imposta pela inserção da “Audiência de Custódia” pela Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça.

O perscrutamento do tema justifica-se pela sua recente implantação no ordenamento jurídico pelo Conselho Nacional de Justiça, em que pese à ratificação do Pacto de San José da Costa Rica há mais de vinte anos. Ademais, deve-se pontuar que o direito de apresentação requer uma reestruturação da prática forense, exigindo um *facere* de todos aqueles envolvidos na persecução penal.

Mais que um direito a ser assegurado, a apresentação do sujeito preso a autoridade judicial humaniza o processo penal, na medida em que impõe uma desburocratização na análise da imposição das prisões.

Pretende o trabalho demonstrar a importância do contraditório participativo na formação do convencimento do magistrado, principalmente, quando o provimento jurisdicional, a ser proferido, relacionar-se ao cerceamento do direito de liberdade. Não obstante, questionará, ao final, em que medida poderá o custodiado influenciar na tomada de decisão do órgão julgador, haja vista a formação cultural punitivista da sociedade brasileira.

Utilizou-se como referencial teórico a obra da doutrinadora Flávia Piosevan, *Direitos Humanos: Direito Constitucional Internacional* (2016) e o livro do professor gaúcho Aury Lopes Jr., *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica* (2015). Ambos defendem a proteção multinível dos Direitos Fundamentais, desta maneira, para além da proteção e efetivação dos direitos assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve-se observar a cartela de direitos mínimos previstos nos tratados internacionais, de maneira a coibir arbitrariedades que possam vir a ser cometidas pelo Estado.

A metodologia empregada foi pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Outrossim, tomou-se por base dados colhidos

pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Fórum da Comarca de Juiz de Fora – Minas Gerais e pelas associações civis, como a *Rede Justiça Criminal*.

O primeiro capítulo abordará a conformação do ordenamento jurídico interno com as normas previstas nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Averiguará em que medida o regramento interno deve-se sujeitar ao comando convencional. Em seguida, far-se-á breves considerações sobre o direito de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. Nesta perspectiva, serão verificadas a evolução histórica do referido direito, a conformação de outros ordenamentos e, por fim, os objetivos desta audiência preliminar.

O segundo capítulo elencará as principais propostas de lei federal que versam sobre a implementação da audiência de custódia no Brasil. O estudo terá por enfoque as razões pelas quais levaram os congressistas a proporem os projetos ora analisados.

O terceiro capítulo irá tratar da regulamentação da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio por meio da Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça. A presente pesquisa elencará os motivos determinantes para o ativismo do referido órgão do Poder Judiciário neste mister. Posteriormente, o presente trabalho se enveredará no exame das principais discussões práticas acerca da audiência de custódia. Almeja-se propor soluções viáveis e em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O último capítulo tem por escopo realizar uma reflexão crítica sobre a formação cultural brasileira e o sistema de proteção multinível dos direitos fundamentais. Questionará em que medida a formação moral impacta nas decisões judiciais. Indaga-se, ainda, se a audiência de custódia será capaz de cumprir seus objetivos, dentre os quais garantir um efetivo contraditório participativo. Por derradeiro, será avaliada a legitimidade da Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça.

CAPÍTULO 01

PARA ALÉM DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO: A PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1.A flexibilização da soberania e o controle de convencionalidade das leis:

Preliminarmente, antes de adentrar-se ao estudo sobre o direito de apresentação mister faz-se contextualizar o referido objeto, uma vez que o mesmo é fruto de um esforço dogmático internacional em prol da proteção dos Direitos do Homem.

Destarte, importante destacar a força normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos, assim como a principiologia que os cerca, demonstrando a necessidade quanto à adequação dos países signatários às normas convencionais.

No presente estudo, será analisada, especificamente, a conformação do Brasil as normas constantes no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos no que tange a salvaguarda da liberdade.

Neste diapasão, tem-se como marco histórico o fim da 2ª Grande Guerra Mundial, pois é a partir deste momento que a comunidade internacional volta-se a proteção dos Direitos Humanos, de modo a evitar que atrocidades sejam praticadas contra seres humanos, como aquelas vivenciadas durante o regime nazista.

Busca-se a proteção do homem contra arbitrariedades e abusos cometidos pelo Estado, bem como nas relações particulares, assegurando ao indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, crença ou gênero, a preservação de direitos mínimos para que possa se desenvolver com dignidade.

Para tanto, surgiram dois movimentos, que tem por objetivo a proteção da pessoa humana, um no âmbito interno dos países e outro relativo ao cenário internacional. Quanto ao movimento interno destaca-se o neoconstitucionalismo e a ascensão da Dignidade da Pessoa Humana como valor fundante do Estado Democrático de Direito.

O neoconstitucionalismo trouxe consigo a noção de “*Supremacia da Constituição*” em contraposição ao império da *lei*, de modo que esta deve ser aplicada de acordo com os valores (axiomas) estabelecidos pelo Constituinte, para que possa ser considerada válida.

A reestruturação do ordenamento jurídico e de sua base valorativa, a partir do neoconstitucionalismo, fez erigir um fenômeno interpretativo novo, denominado por Luís

Roberto Barroso como *filtragem constitucional*, de modo que os institutos do Direito devem ser interpretados à luz da Constituição.

De outro lado, destacam-se a celebração de tratados internacionais sobre Direitos Humanos, mais notadamente *Convenções*¹, que visam elencar um rol de direitos e garantias comuns a todos os indivíduos, de maneira que os países signatários devem efetivar os comandos estabelecidos na legislação internacional, sob pena de a violação custar uma cara condenação no âmbito dos tribunais internacionais.

Frise-se que a parte signatária não pode alegar o descumprimento dos preceitos convencionais com base no direito interno infraconstitucional. Neste sentido, dispõe a *Convenção de Viena*, que disciplina o Direito dos Tratados no âmbito internacional e que prevê em seu artigo 27: *uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*, demonstrando o esforço da comunidade internacional em conferir efetividade e força normativa às disposições internacionais.

Constata-se, desta feita, que os Estados ao se comprometerem a respeitar os preceitos estatuídos nas Convenções impõem-se restrições e limites, pois partem da premissa de que *não existem direitos humanos globais, internacionais e universais, sem uma soberania flexibilizada a permitir a projeção desses direitos* (MAZZUOLI e GOMES, 2015). Conclui-se, desta forma, que a noção de proteção de direitos humanos é contraposta a noção de soberania.

Importante registrar, ainda, que o sistema internacional não se contrapõe a ordem jurídica interna quanto à proteção dos Direitos Humanos, mas se complementam, uma vez que as disposições normativas devem ser aplicadas tendo por escopo a maior proteção da pessoa. Esta complementaridade dá-se pelo fato que o Direito Internacional Público se rege pelo princípio *pro homine*, que tem como corolários os princípios da máxima efetividade e da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Neste sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade (2003) salienta que:

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno (...) o que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e, por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja.

¹ A expressão *Convenção* tem sido empregada para designar todo tipo de tratado solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato, mas paralela e uniforme, ao que se atribui o nome de tratado lei ou tratado normativo.

Isto posto, percebe-se que o referido princípio proclama que o operador do Direito abandone as regras tradicionais de hermenêutica e o ultrapassado modelo *Kelsiano*, quanto à hierarquia das normas jurídicas, de modo a promover o denominado *diálogo das fontes*, isto é, combinando dispositivos normativos distintos de modo a encontrar uma *solução plural*, que atenda ao valor fundante da ordem jurídica, que é a proteção do homem.

Como mencionado alhures o presente trabalho centrará sua análise nas normas internacionais concernentes a liberdade pessoal, constantes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1978).

Não obstante a importância dos referidos diplomas normativos, no plano jurídico interno, possuem *status supralegal*, devido à redação do parágrafo 3º do artigo 5º de nossa Carta Constitucional (BRASIL, 1988), que dispõe que *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*, isto porque a norma constante no referido parágrafo foi inserida no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional 45/04 e os respectivos tratados foram ratificados pelo Estado Brasileiro no ano de 1992, sem, contudo, preencher o requisito formal imposto pela Emenda Constitucional supracitada.

O caráter supralegal foi conferido pelo Supremo Tribunal Federal após analisar o Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, em que se discutia a prisão do depositário infiel, com o percussor voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes². Sendo assim, as normas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estão acima das regras ordinárias, mas não superam a força normativa da Constituição.

Conquanto, deve-se assinalar que a disposição prevista no artigo 5º, §3º deve ser interpretada, conjuntamente, com o parágrafo 2º da Carta Constitucional de 1988, de sorte que os direitos e garantias previstas nas Convenções possuem aplicação imediata.

Desta ilação, a doutrina defende que as normas infraconstitucionais devem passar por uma *dupla compatibilidade* (MAZZUOLI, 2009), ou seja, dois controles de validade, um referente à compatibilização da norma com os preceitos constitucionais (controle de

²Conforme salientou o ministro: “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos (...) Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. (Fl.21).

constitucionalidade) e outro no que tange a adequação das normas às disposições sobre direitos humanos.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. (2015) destaca:

A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal. Mais que isso, é necessário fazer-se um controle judicial de convencionalidade das leis penais e processuais penais, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) goza de caráter supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias (como o CP e o CPP). Portanto, é uma dupla conformidade que devem guardar as leis ordinárias: com a Constituição e com a CADH. Esse é o desafio.

Feita estas considerações, passa-se, no tópico seguinte, a analisar o direito de apresentação no plano internacional e posteriormente perquirir sobre a implementação da garantia convencional no ordenamento jurídico brasileiro, além das diversas problemáticas que a envolvem.

1.2.A apresentação do preso sem demora à autoridade judicial e os tratados internacionais de direitos humanos:

Adentrando a análise do tema propriamente dito, serão esquadrihadas, neste tópico, a preocupação com a pessoa presa e as garantias que cercam o indivíduo contra o encarceramento arbitrário. Nesta senda, insurge-se o direito de apresentação, que no ordenamento jurídico brasileiro, recebeu a nomenclatura de “audiência de custódia”, responsável por uma maior humanização do processo penal, através da efetivação do princípio da imediação.

Destarte, indicar-se-á o objetivo da referida audiência, de acordo com os tratados internacionais e a sua evolução ao longo do Direito Internacional. Outrossim, será mencionado, em breves linhas, a resignação de outros ordenamentos alienígenas quanto à efetivação deste direito.

Nesta perspectiva, enfatize-se que a preocupação com a pessoa presa, por parte do Estado, assim como a criação de mecanismos para protegê-la contra abusos é, relativamente, recente, remontando, consoante já explanado no tópico anterior, a queda dos regimes autoritários europeus na metade do século XX. Entretanto, esta preocupação mostra-se, ainda, presente no cenário atual, como se verá nos tópicos seguintes.

Acentue-se que tal embate legitima-se, na medida em que, cada indivíduo, mesmo que tenha cometido algum delito é dotado de dignidade, de modo que não cabe ao Estado afastá-las, pois parte-se da proposição de que o *jus puniendi* apenas se assenta se resguardados os direitos e garantias mínimas à pessoa.

A partir desta epistemologia, o processo penal desvencilha-se do *status* de simples instrumento ao poder punitivo. Sua função é, precisamente, limitar este poder, de maneira que só será admissível se observadas às regras e garantias constitucionalmente asseguradas. O processo penal desvela-se, portanto, como freio ao desmedido abuso do poder, funcionando como garantia frente à violação dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do direito penal.

Neste contexto, consagrou-se, no plano internacional, o direito de apresentação da pessoa presa ou detida, sem demora, a autoridade judicial. O referido direito foi instituído, no plano internacional, com a criação da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), em 1950, que dentre suas normas dispunha sobre a necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções.

Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, pág. 16) esclarecem que o âmago desta audiência é a realização de *um controle sobre a atividade da persecução penal realizada pelo Estado, em especial sobre as instituições carregadas dos atos anteriores ao ajuizamento da ação penal condenatória*.

Outrossim, conveniente propalar que outros diplomas internacionais, tendo como referência as normas da CEDH, trouxeram, em seu bojo, o direito de apresentação. Dentre eles destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966³ e o Pacto de San José da Costa Rica de 1978⁴.

Em consonância com as normas internacionais, diversos ordenamentos jurídicos passaram a prever o direito de apresentação, uns asseguraram-na na própria carta

³ Artigo 9 (3): Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

⁴ Artigo 7 (5): Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

constitucional, como por exemplo, na Alemanha⁵, Espanha⁶, Portugal⁷, Haiti⁸ e Nicarágua⁹; outros países preferiram por garanti-la por meio da legislação infraconstitucional, que regulam o processo penal, dentre eles cite-se a Argentina¹⁰ e o Chile¹¹.

Antes de se penetrar ao perscrutamento dos objetivos que circundam o direito de apresentação, deve-se sublinhar que o mesmo visa conferir um caráter humanitário ao processo. Destarte, desvincula-se a noção inquisitória, de que o réu é mero objeto na persecução penal.

Neste diapasão, o indivíduo adquire o *status* de sujeito de direitos, na relação jurídica processual, dotado de dignidade, de modo que deve-lhe ser dada a oportunidade de influir no convencimento do magistrado (contraditório participativo), ou seja, é garantido ao réu o *acesso à jurisdição penal* (GRANDINETTI, 2014), principalmente, quando a questão envolver cerceamento de direitos, como ocorre na circunstância da prisão, em que ser-lhe-á restringida a sua liberdade de locomoção¹².

Desta feita, tem-se que o procedimento puramente cartorial não serve para garantir direitos, mas para burocratizar e mecanizar o processo, violando um dos axiomas fundamentais do sistema acusatório, qual seja o princípio da imediação.

⁵ **Lei Fundamental Alemã, artigo 104 (2):** Cabe apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação de liberdade. Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser obtida imediatamente uma decisão judicial. Por autoridade própria, a polícia não pode manter ninguém sob custódia para além do fim do dia posterior à detenção. A matéria será regulamentada por lei. Além disso, há a previsão, detalhada, do direito de apresentação (denominado: *Vorführung*) no Stpo (Código de Processo Penal Alemão), nas Seções. 115, 115-a, 128 e 129.

⁶ Artículo 17 (2): 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para La realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial..>.

⁷ **Artigo 28:** (1). A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coação adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.

⁸ ARTICLE 26: Nul ne peut être maintenu en détention s'il n'a comparu dans les quarante huit (48) heures qui suivent son arrestation, par devant un juge appelé à statuer sur la légalité de l'arrestation et si ce juge n'a confirmé la détention par décision motivée.

⁹ Artigo 33 (2) (2.2) A ser puesto en libertad o a la orden de autoridad competente dentro Del plazo de las cuarenta y ocho horas posteriores a su detención.

¹⁰ **Novo Código Penal Argentino (Código Procesal Penal de la Nación): Art. 183.-** (...) La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana. La autoridad que haya aprehendido a alguna persona deberá comunicar inmediatamente al juez y al representante Del Ministerio Público Fiscal. Si el representante del Ministerio Público Fiscal estimare que debe mantenerse la medida deberá dar inmediata noticia al juez.

¹¹ **Artigo 85.** (...) El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejar la sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

¹² Neste sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, em seu parecer quanto à realização da audiência de custódia, cita o caso *Mamedova VS. Russia*, 7064/05, sentença 01.06.2006, §81: “prolongar a prisão cautelar, sem ouvir os argumentos do preso dando-lhe a oportunidade de comentar sobre o material apresentado pelo Ministério Público e ter a devida atenção quanto aos seus argumentos a favor da sua liberdade, é incompatível com a garantia do art. 5(3) da Convenção.”

O referido princípio preconiza uma maior aproximação entre o julgador e as partes envolvidas no processo, cujas declarações serão apreciadas e valoradas para tomada de decisão por parte do órgão julgador.

O contato direto e imediato entre o magistrado e os demais sujeitos envolvidos no processo proporciona um duplo controle, no sentido de que o magistrado aferirá o *animus* das partes, de forma a consolidar sua convicção em um determinado sentido. De igual modo, é permitido as partes realizarem um controle quanto ao livre convencimento motivado do juiz, que deve se ater as provas produzidas em contraditório. A imediatidade garante a legitimidade do provimento jurisdicional.

Feita estas considerações, proveitoso enfatizar que para o direito internacional, esta audiência se justifica por três motivos, quais sejam: controle imediato da legalidade, análise da manutenção da prisão e, por fim, serve para que o juiz averigue se a pessoa presa ou detida foi vítima de maus tratos ou tortura. Conforme já assinalado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“o controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência”.¹³

O primeiro objetivo refere-se ao controle imediato da legalidade da prisão, que, apenas, ocorrerá na modalidade de prisão em flagrante, tendo em vista que as demais hipóteses dependem de uma apreciação judicial prévia e fundamentada.

Dessarte, deverá o magistrado realizar uma fiscalização quanto aos atos cometidos no passado, isto é, deverá apurar a existência da “fumaça do cometimento de um delito” e o enquadramento da prisão em flagrante, que no ordenamento jurídico brasileiro está previsto no rol do artigo 302 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Perceba que o olhar do juiz será sempre voltado ao passado. Para constatar a legalidade da prisão, o magistrado contará com o auto de prisão em flagrante, assim como o relato dos fatos pelo próprio conduzido.

O segundo propósito, aplicável para todos os tipos de prisões cautelares, refere-se à manutenção da prisão. Neste panorama, deve o órgão julgador voltar sua atenção para o futuro da persecução criminal, reavaliando sua decisão, de modo a substituí-la por eventual

¹³Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentença proferida em 19/11/1999,§135.

medida cautelar, se restar evidenciado a ausência de algum pressuposto para a manutenção da prisão. Caso estejam presentes os pressupostos autorizativos da prisão cautelar, conforme a legislação de cada Estado-membro convalida-se a decisão anterior, de maneira estribada.

No tocante a prisão em flagrante delito haverá a realização de um *juízo complexo* ou *bifronte*, conforme denomina Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró (2014), pois serão efetuadas duas análises, uma retrospectiva e outra prospectiva. De acordo com o doutrinador:

(...) não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão, ou até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Com relação ao último objetivo, busca-se prevenir a tortura praticada por policiais, de sorte a preservar a integridade pessoal da pessoa privada de sua liberdade. Por conseguinte, a audiência de custódia, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, destina-se a evitar que a norma constante em seu artigo 5.2 seja desrespeitada por parte do aparelho estatal responsável pela persecução penal. *In verbis: Ninguém deve ser submetido a torturas, nem penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de sua liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.*

Exige-se, portanto, que os agentes públicos trabalhem de acordo com os padrões legais exigidos. Neste diapasão, indispensável faz-se acentuar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a apresentação imediata da pessoa presa ou detida ao juiz é de fundamental importância, não bastando à mera comunicação ao Juízo de que uma pessoa encontra-se custodiada, tendo em vista que:

A pronta intervenção judicial é a que permitiria detectar e prevenir ameaças contra a vida ou sérios maus tratos, que violam garantias fundamentais também contidas na Convenção Europeia (...) e na Convenção Americana (...), pois estão em jogo tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal.¹⁴

Depreende-se, à vista disso, que o papel a ser desempenhado pelo juiz durante a audiência de custódia volta-se para a aferição de uma possível infração, seja ela praticada pelas autoridades policiais, ou pelo sujeito preso.

¹⁴ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentença proferida em 19/11/1999, §135.

Por fim, cumpre destacar que malgrado o Brasil tenha ratificado o Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis e o Pacto de San José da Costa Rica, ambos em 1992, após a redemocratização do país, ainda mostra-se resistente quanto à concretização das garantias previstas nestes diplomas internacionais, dentre elas o direito de apresentação.

Neste sentido, acentue-se que nem mesmo a censura feita pela Comissão Interamericana de Direito Humanos, pela morte de um menor, por policiais, logo após a sua prisão, no ano de 1992, sem ser-lhe garantido a audiência de custódia, foi capaz de mover o legislativo pátrio em prol da efetivação da referida garantia¹⁵.

Após um atraso legislativo de quase vinte anos, o direito de apresentação passou a ser debatido, de maneira significativa, no âmbito do Poder Legislativo de maneira a propulsionar a atuação pró ativa do Conselho Nacional de Justiça quanto a sua inserção no ordenamento jurídico. É o que passa a examinar nos próximos capítulos.

¹⁵ A Comissão se manifestou no seguinte sentido: “sem que houvesse qualquer motivo para a detenção ou qualquer situação de flagrante. Não foi apresentado imediatamente ao juiz, não teve direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade da sua detenção ou ordenasse a sua liberdade, uma vez que foi morto logo após a sua prisão. O único propósito da sua detenção arbitrária e ilegal foi matá-lo.” *Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil (Caso 11.634)*. Informe de mérito do dia 11/03/2004, §59

CAPÍTULO 02

PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Neste item se verificará alguns intentos de ordem legislativa para a inserção do direito de apresentação no ordenamento jurídico brasileiro.

Assinale-se que há muito tempo, o referido direito já era suscitado, no seio do Poder Judiciário, quando a ausência da apresentação ao juízo era invocada para conceder a ordem ao paciente privado de sua liberdade¹⁶.

Sem embargo, serão averiguadas, no presente trabalho, tão somente as discussões que pretenderam efetivar de forma *erga omnes* a garantia convencional. Dentre elas apontem-se o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009 (Projeto do novo Código Processo Penal); o Projeto de Lei nº 554, de 2011; o Projeto de Emenda Constitucional nº 112, de 2011; o Projeto de Lei nº 7871 de 2014; o Projeto de Lei nº 470 de 2015; e por fim a Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015.

2.1. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009:

Tendo em vista que a ciência jurídica é fruto de um momento histórico (determinismo histórico) e que os valores de uma época refletem na imposição das normas de comportamento, sobretudo nas normas jurídicas, fica evidente o descompasso entre o código de processo penal (Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941), esculpido em uma égide em que predominava a ideologia fascista e a Carta Constitucional de 1988, erigida pós a redemocratização do país, estruturada de acordo com as premissas do neoconstitucionalismo, tendo como valor fundante a Dignidade da Pessoa Humana.

A assíncronia entre os dois regramentos e a necessidade de compatibilizar o ordenamento, de modo a cumprir os ditames constitucionais, dentre eles a efetivação do sistema acusatório, foi determinante para que o Legislativo reconhecesse a necessidade¹⁷ da

¹⁶ Neste sentido: TRF2, HC Nº 201450010003521, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azualy Neto, j. em 20 de maio de 2014; TJRJ, *Habeas Corpus*, nº 0064910-46.2014.8.19.0000, 6ª Câmara Criminal, rel. Des. Luiz Noronha Dantas, decisão liminar de 25-01-2015. Também fora ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público no ano de 2010 visando a efetivação do direito de apresentação: Processo nº 0014512-10.2010.4.05.8100, 3ª Vara Federal de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará.

¹⁷ De acordo com a exposição de motivos do PLS 156, de 2009: Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal

promulgação de um novo código de processo penal e assim surgiu o projeto de lei do senado 156, de 2009.

Dentre as inovações do novo código de processo penal encontra-se a figura do “juiz de garantias”, isto é um magistrado destinado a atuar na fase pré-processual, assegurando a regularidade da fase investigativa¹⁸. Este juiz ficaria impedido de atuar após iniciada a ação penal. Entre uma das atribuições conferidas a este Juízo está a *faculdade*, se assim entendesse conveniente, de requerer a apresentação da pessoa presa, de modo a averiguar se seus direitos e garantias foram assegurados.

A discricionariedade, prevista no artigo 15, inciso III do projeto de novo Código de Processo Penal, quanto à apresentação do preso à autoridade judiciária inviabilizou qualquer tentativa de conferir ao projeto de novo *Codex* o pioneirismo quanto à inserção da audiência de custódia em no ordenamento jurídico nacional. Chega-se facilmente a esta conclusão tendo em vista que o artigo 2º da Lei 7.960 de 1989, que regula a prisão temporária, prevê a apresentação da pessoa presa temporariamente ao juiz, se assim o mesmo achar necessário ou a requerimento do Ministério Público ou do advogado.

Contudo, deve-se registrar que durante a tramitação do PLS 154, de 2009, o Senador José Sarney propôs alterações ao projeto, a saber: emendas de nº 170¹⁹ e 171²⁰, de modo a tornar obrigatória a apresentação da pessoa presa em flagrante ao Juízo, sob a justificativa de adequar o processo penal brasileiro aos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. (...) O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado.

¹⁸ Ainda de acordo com a exposição de motivos do PLS 156, de 2009: Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor (...). O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais.

¹⁹ **Justificativa:** “Há mais de uma década, desde a ratificação e promulgação internas, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque, existe em ordenamento legal, o dever das autoridades policiais rapidamente apresentarem a um juiz de direito, o preso em flagrante. Não é sem motivo que essa disposição consta dos diplomas internacionais tratando-se de importantíssimo instrumento de combate à tortura policial. Além disso, o novo Código de Processo Penal deverá estar em sintonia com os referidos Diplomas Internacionais”.

²⁰ **Justificativa:** “Em consonância com o artigo 9º, 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e com o artigo 7º, 5, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque, deve o juiz (no caso do projeto, o “juiz das garantias”) decidir na presença do acusado, de seu defensor e do membro do Ministério Público sobre o relaxamento ou não do flagrante (na hipótese de haver nulidade), a sua manutenção ou revogação com concessão de liberdade provisória mediante fiança ou sem fiança, ou ainda sobre a imposição de outra medida cautelar pessoal que seja substitutiva da prisão, que não somente o monitoramento eletrônico, mas qualquer outra medida menos intensa e invasiva”.

Todavia, as emendas foram rechaçadas pela comissão de juristas responsáveis pela reforma, devido à máxima acolhida do parecer²¹ do presidente do Senado àquela época, Renato Casagrande, sob a alusão de que o projeto estaria em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois a apresentação seria realizada ao Delegado de Polícia, que seria a “outra autoridade” dotada de poderes jurisdicionais.

2.2. Projeto de Lei nº 554 de 2011:

Desde a rejeição das emendas propostas pelo Senador José Sarney, quanto à obrigatoriedade do direito de apresentação, decorreu um curto lapso temporal em que fez ressurgir, no âmbito do próprio Senado Federal, a inserção da audiência de custódia.

A iniciativa foi do Senador Carlos Valadares, que apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, tendo por base os seguintes fundamentos: resguardo da integridade física e psíquica do preso, a intensa manifestação do Ministério da Justiça, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações civis e, por fim, a necessária adequação da legislação brasileira as normas constantes nos tratados internacionais que prevêm o direito de apresentação.

O projeto em sua versão inicial pretendia alterar o §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), com o fito de que o preso e o auto de prisão em flagrante fossem apresentados ao juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, permitindo a oitiva da pessoa presa em flagrante, como também a aferição da legalidade da prisão. Neste molde

²¹ Conforme o Parecer: **I.170 – Emenda nº 170** O Senador José Sarney propõe a alteração do art. 551 do projeto de novo CPP, com o objetivo de tornar obrigatória a apresentação do preso em flagrante ao juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. A Emenda acaba por suprimir os §§ 1º e 2º do artigo, que tratam, respectivamente, da obrigatoriedade de encaminhar à Defensoria Pública um cópia integral do auto de prisão em flagrante e da obrigatoriedade de se entregar ao preso no prazo de vinte e quatro horas a nota de culpa. A justificativa do Senador para a alteração reside na necessidade de se adaptar o processo penal brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, que prevêm o dever das autoridades policiais rapidamente apresentarem a um juiz de direito o preso em flagrante.

I.171 – Emenda nº 171 O Senador José Sarney apresenta Emenda para alterar o caput do art. 553 do substitutivo aprovado em Plenário ao PLS nº 156, de 2009, para prever que o juiz deverá tomar as providências constantes do artigo ao receber o auto de prisão em flagrante, na presença do preso, e após ouvi-lo. O objetivo, mais uma vez, é adequar o projeto ao disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, que dispõem sobre a obrigatoriedade de o juiz decidir na presença do acusado, de seu defensor ou do Ministério Público sobre o relaxamento ou não do flagrante, na hipótese de haver nulidade, a sua manutenção ou revogação, com a concessão de liberdade provisória mediante fiança ou sem fiança, ou ainda sobre a imposição de outra medida cautelar possível que seja substitutiva da prisão, que não somente o monitoramento eletrônico, mas qualquer outra medida menos intensa e invasiva. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=84353&tp=1>>.

inicial não há que se falar em audiência, pois o ato contaria com a presença, exclusivamente, do magistrado e da pessoa até ele conduzida. Suprimido seria o devido processo legal.

Durante a apreciação do projeto pela Comissão de Justiça e Cidadania, cujo relator era o Senador Randolfe Rodrigues, fora apresentada uma emenda que tornava obrigatória a presença do Ministério Público e da defesa técnica, visando sanar a mácula ao sistema acusatório.

Decorrido, aproximadamente, um ano o PLS nº 544 de 2011, recebeu novo parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sendo exibida uma nova emenda, de forma a deslocar para o artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) as disposições concernentes a audiência de custódia, admitindo sua realização para as demais modalidades de prisão. Todavia, sem um motivo claro, em novo parecer o Senador realocou a audiência de custódia para o bojo do artigo 306 do diploma processual repressivo, com pequenas alterações redacionais. Em 26 de novembro de 2013, o projeto foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos.

Objetivando modificar estruturalmente o projeto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro encaminhou ofício²², em 2014, a Presidência do Senado Federal, alvitrando alterações substanciais ao projeto, com o intuito de que a audiência fosse realizada por meio de videoconferência, argumentando o perigo de ter criminosos circulando pelas ruas e nas dependências do Poder Judiciário. A proposta do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi acolhida pelo Senador Francisco Dorneles que apresentou emenda ao PLS nº 544, de 2011. Todavia, a proposta foi rejeitada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Deve-se sublinhar, por oportuno, que o referido projeto sofreu um intenso debate, com a manifestação de diversas instituições a favor e contra.

Dentre as instituições que se mostraram a favor da implantação da audiência de custódia no cenário brasileiro destaca-se o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)²³. De igual modo, a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANAPEP)²⁴, o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE)²⁵, a associação civil Rede Criminal²⁶ aclamaram o projeto, esclarecendo em seus ofícios a importância da

²² Ofício PRES nº 275 de 2014.

²³ Nota técnica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=162200&tp=1>>.

²⁴ Ofício nº 02 de 2015 – ANAPEP.

²⁵ Ofício 105 de 2014 - CONDEGE

²⁶ Ofício RJC nº 002 de 2015.

regulamentação da audiência de custódia, além de rebater os argumentos contrários a sua implementação.

Por outro lado, outras entidades, sobretudo, aquelas ligadas à persecução penal repudiaram a iniciativa de lei, alegando diversos motivos. Cita-se, neste contexto, a Federação Nacional dos Delegados de Polícia (FENADEPOL). De acordo com o ofício: “*o único beneficiário da Lei será o marginal, em prejuízo dos elevados interesses do cidadão de bem, que ficará ainda mais desprotegido*”²⁷.

No mesmo sentido, a Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL)²⁸, aduziu que a inserção da audiência de custódia seria despienda, pois a pessoa presa em flagrante, pelo ordenamento jurídico em vigor, é apresentada ao Delegado de Polícia, satisfazendo, portanto, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Não demorou muito tempo e logo chegou a vez de parte do Ministério Público demonstrar seu descontentamento. Destarte, o Ministério Público do Estado de São Paulo²⁹ invocou diversas razões, dentre elas: a falta de estrutura, ofensa ao contraditório, tendo em vista que eventual confissão não poderia ser utilizada em futura ação penal. Não obstante, argumentaram que a Constituição Federal prevê apenas a comunicação da prisão em flagrante ao Juízo e que desta forma não haveria de se falar em adequação às normas dos tratados internacionais.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público³⁰ manifestou-se no mesmo sentido aduzindo apontamentos semelhantes. Registre-se a excelente sugestão dada pela referida associação de se aplicar de imediato, se satisfeito os requisitos, o instituto da transação penal previsto na Lei 9.099/95.

Atualmente o PLS nº 554 de 2011 encontra-se na secretaria legislativa do Senado Federal pronto para a deliberação do plenário.

2.3. Projeto de Emenda Constitucional nº 112 de 2011:

No mesmo ano em que foi proposta a PLS 554 de 2011, outra medida legislativa almejava inserir a audiência de custódia no ordenamento jurídico, no entanto, esta proposta

²⁷ Ofício nº 37-14- FENADEPOL.

²⁸ Nota técnica da ADEPOL. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=154195&tp=1>>.

²⁹ Ofício 3.506 de 2014 – Ministério Público do Estado de São Paulo.

³⁰ Ofício nº 029/2015-GAB/CONAMP.

era em nível constitucional, a saber, a Proposta de Emenda a Constituição nº 112 de 2011, exposta pelo Deputado Federal Domingos Dutra.

A finalidade da referida Emenda era de conferir nova redação ao artigo 5º, inciso LXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), que contaria com a seguinte redação:

“a prisão de qualquer pessoa e 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 a sua legalidade”.

Da exposição de motivos, exibida pelo Deputado supracitado, depreende-se que o escopo do projeto de emenda constitucional era de tentar reduzir o número de presos do sistema carcerário, como também garantir a efetividade da norma prevista no Pacto de San José da Costa Rica.

A despeito do esforço legislativo, a proposta foi arquivada no início de 2015, devido o fim da legislatura, conforme dispõe o artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

2.4. Projeto de Lei nº 7.871 de 2014:

Dentre os projetos legislativos atinentes à implantação da audiência de custódia, no ordenamento jurídico brasileiro, está o Projeto de Lei nº 7.178 de 2014, proposto pelo Deputado Federal Jorginho de Mello, tendo por finalidade os mesmos motivos destacados no PLS 544 de 2011.

Outrossim, há de se ressaltar que o projeto ora mencionado seguiu padrões semelhantes àquele apresentado na Câmara dos Deputados ostentando, contudo, uma alteração alarmante: a audiência a ser realizada contaria somente com a presença do conduzido e do magistrado. Ausentes estariam a defesa e a acusação.

Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, pág. 44) criticam a proposta legislativa salientando que:

(...) o PL nº 7.871/2014 foi apresentado com o propósito de ser um contraponto à forma como a audiência de custódia vem sendo tratada no Senado Federal, por apresentar um procedimento mais complexo (...). Sob este ponto de vista, o projeto seria um retrocesso, por impedir a manifestação do Ministério Público e da defesa em um momento tão importante para os interesses da futura persecução penal e do próprio investigado.

O desinteresse pelo Projeto de Lei levou ao arquivamento em 31 de janeiro de 2015. Saliente-se, entretanto, que o Deputado proponente conseguiu o desarquivamento do mesmo em fevereiro do mesmo ano. Atualmente, o projeto está apensado ao PLS 544 de 2011.

2.5. Projeto de Lei nº 470 de 2015:

Outro projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, foi apresentado no ano de 2015, pelo Deputado (e delegado) Laerte Bessa, a saber, o Projeto de Lei 470.

Na contramão das demais propostas legislativas, a fundamentação utilizada pelo Deputado foi a de que a audiência de custódia não seria obrigatória, uma vez que o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos mencionam que o conduzido pode ser apresentado ao juiz ou a “outra autoridade” com poderes judiciais.

Nestas águas, o referido desígnio legislativo tem por finalidade equiparar o delegado de polícia ao juiz, aduzindo que aquele exerce parcela do poder jurisdicional, conferido aos magistrados, dentre eles, o arbitramento da fiança. Outrossim, na exposição de motivos, ainda foi alegado problemas de ordem estrutural e orçamentária que inviabilizariam a implantação da audiência de apresentação no Brasil.

Nesta senda, a audiência de custódia teria caráter facultativo, além de o juiz poder realizá-la por meio de videoconferência. Com relação ao delegado de polícia, o seu poder jurisdicional de cautela estaria restrito aos crimes culposos, os crimes dolosos punidos com pena de detenção e aqueles punidos com pena de reclusão, não superior a quatro anos. Se presente os requisitos autorizativos da decretação da prisão preventiva o auto de prisão em flagrante deveria ser encaminhado ao juízo competente.

Inconformados com o projeto de lei nº 470 de 2015, Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, pág. 45) externam sua crítica frisando que:

(...) pode-se dizer que o PL nº 470, de 2015, conseguiu a façanha de ser mais retrógrado 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 PICDP e na CADH, situações que vêm sendo, há anos, rechaçadas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos (doravante, CIDH). Em suma, o PL nº 470, de 2015, parte de uma leitura utilitarista dos textos internacionais por ele invocados, sem qualquer preocupação quanto à forma como os institutos nele presentes são compreendidos e definidos pela jurisprudência internacional.

Deste modo, impende apontar que ao referido projeto de lei foi anexado o projeto de lei 4.381 de 2016, de proposta do Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, que tem a pretensão de tornar obrigatória a conversão da prisão em flagrante em preventiva nos casos previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), bem como extinguir as audiências de custódia. Ambos os projetos estão anexados ao PL 7.871/2014.

2.6.Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015:

Por fim, destaque-se a Proposta de Emenda Constitucional oferecida pelo deputado Hugo Leal, em julho de 2015, cuja meta era a alteração do sistema de persecução penal, introduzindo a figura do “juízo de instrução”, cabendo ao magistrado a colheita das provas e o resguardo da legalidade da fase pré-processual.

Os magistrados instrutores seriam os delegados de polícia, que passariam a função de “juiz-instrutor”, sem a realização de concurso público para desempenhar tal cargo³¹, sendo incumbido a este a apresentação da pessoa presa em flagrante.

A exposição baseia-se na incompreensível assimilação entre as funções do juiz e do delegado de polícia. Todavia, torna-se inconcebível em um Estado Democrático de Direito, que promulga pelo sistema acusatório, adotar a figura do juízo de instrução, instituição arcaica, em que o juiz abandonaria sua imparcialidade e participaria da produção probatória.

Necessário frisar que quando o magistrado adquire esta postura proativa não há como negar que em seu consciente ele almeja comprovar determinado fato, ou, ainda, justificar o seu posicionamento prévio. A apresentação do conduzido a um juízo inquisidor frustra qualquer garantia assegurada, hodiernamente, nos diplomas relativos a direitos humanos, uma vez que não há se falar em contraditório participativo e ampla defesa³².

Atualmente a referida proposta encontra-se apensada à PEC 430 de 2009, que também tem por objetivo alterar o sistema de persecução penal.

³¹ Ainda conforme a proposta: artigo 101, §1º: Ficam desmembradas as funções de natureza jurídica e de natureza policial do cargo de delegado de polícia, cujos integrantes deverão optar, no prazo legal, entre o novo cargo criado por esta Emenda, de juiz de instrução e garantias, e a permanência no órgão policial de origem, em carreira estritamente policial, na classe ou categoria mais elevada, destituída de funções de natureza jurídica ou judicial.

³² Neste sentido Hervé Lehman destaca: O juiz de instrução é marcado por uma contradição interna que toca em seus limites, hoje em dia, no Estado de direito desenvolvido. “Metade Salomão, metade Maigret”, como dizia Robert Badinter, ele é ao mesmo tempo o que toca a investigação, interroga, prequestiona e aquele que julga.

CAPÍTULO 03

A REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

3.1.O protagonismo do Conselho Nacional de Justiça– motivos determinantes:

Neste item serão analisados os motivos que levaram ao protagonismo do Conselho Nacional de Justiça, quanto à regulamentação da audiência de custódia, através da resolução 213 de 2015.

O primeiro motivo a notabilizar-se é a necessária conformação do ordenamento jurídico interno com as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 7º, item 05 e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 9º, item 03. Para uma análise mais acurada quanto ao teor destas normas, tal como a imprescindibilidade desta compatibilização sistêmica remete-se o leitor ao primeiro capítulo do presente trabalho.

O segundo móbil apresentado na resolução foi à decisão nos autos da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 do Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu o “estado de coisa inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e determinou a realização de diversas medidas com o fito de reverter à incessante violação de direitos humanos, dentre elas a obrigatória apresentação da pessoa presa ao juiz competente, de modo a refrear o uso desmedido de prisões cautelares.

Atrelado a este, fora considerado, em conjunto, o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura e pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, ambos da ONU, além do relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos. Tais relatórios consignaram que “*a prisão era praticada no Brasil como regra e única medida*” e atribuíram ao poder judiciário à responsabilidade decisiva pela superlotação dos presídios no país.

Ademais, levou-se em consideração o diagnóstico dos anos de 2014 e 2015, realizados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. Neste sentido, deve-se realçar que o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, e que 41% (quarenta e um por cento) destes presos são provisórios. Resta evidenciada a grande desproporcionalidade no arbitramento de prisões preventivas. Além do mais, estes presos provisoriamente só irão ter contato com o juiz, aproximadamente, seis meses após a privação de sua liberdade.

Nesta senda, em tom de repúdio ao cenário atual, asseveraram que a prisão, conforme dispõe o artigo 5º, incisos LXV e LXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é medida excepcional, pois se tem como um dos princípios basilares do processo penal “o estado/presunção de inocência”. À vista disso, a privação da liberdade justifica-se, tão só, nos casos previstos em lei e, somente, se não couber a aplicação de outra medida cautelar menos gravosa à liberdade do indivíduo. Em consonância com o texto constitucional, citaram as inovações trazidas pela lei federal 12.403 de 2011.

De outro giro, salientaram a importância da audiência de custódia como meio eficiente ao combate e prevenção da prática de tortura no momento da prisão, resguardando a integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal. Aludiram, ainda, que desde 2014, com a publicação da Resolução 49, o referido órgão tem realizado um intenso trabalho contra a prática da tortura.

Por fim, argumentaram que a instituição da audiência de custódia, por meio de resolução, é medida constitucional, de acordo com a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 5.240, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil.

Insta consignar que o Conselho Nacional de Justiça desde 2008 preocupa-se com a situação do sistema prisional pátrio, promovendo os denominados “mutirões carcerários”. Nesta medida, deve-se salientar que a audiência de custódia foi uma tática de conter o aumento desproporcional das prisões preventivas, aliviando o estado deplorável dos presídios. Mais que a preservação de direitos, a inserção da audiência de custódia foi um ato político. A necessária conformação com os tratados internacionais e a aferição da tortura fica em segundo plano.

Constata-se esta ilação, do pronunciamento realizado pelo ministro Ricardo Lewandowski, durante a audiência pública, requerida pelo Estado Brasileiro junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação do projeto “audiência de custódia”. Na referida audiência, o ministro salientou que um dos objetivos da audiência de custódia era reduzir para metade o número de presos provisórios, garantindo uma economia de, aproximadamente, 3,6 bilhões de dólares por ano.

Consignou, ainda, que a política do encarceramento é dispendiosa e que os recursos gastos para manterem um indivíduo sob a custódia estatal, poderiam ser revertidos para outros setores carentes de investimentos.

Conquanto as inúmeras razões que justificam a concretização da audiência de custódia no ordenamento jurídico nacional, há de se pontuar que, de maneira simultânea, trouxe grande descontentamento em parte da comunidade jurídica brasileira, sendo aludidos diversos problemas em torno de sua implantação. O próximo subitem irá perquirir tais vicissitudes, de modo a rechaçá-las à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2.Problemas práticos quanto à realização da audiência de custódia:

3.2.1. Autoridade competente:

Um dos eixos centrais da controvérsia quanto à necessidade de realização da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro gira em torno da “autoridade competente” para presidi-la, tendo em vista que o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevêem que a pessoa privada de sua liberdade deverá ser apresentada a um juiz ou “outra autoridade autorizada pela *lei* a exercer funções jurisdicionais”.

Há de se pontuar que parcela da doutrina³³ e da jurisprudência pátria³⁴ consideram-na despicienda, pois aduzem que o delegado de polícia é a outra autoridade dotada de poderes

³³Neste sentido, Nucci assevera que: “A audiência de custódia, com a devida vênia, é um modismo(...).De minha parte, continuarei a ler atentamente as peças escritas de *habeas corpus* e soltar quem considero merecer, seja pela ilegalidade da prisão, seja porque faz jus à liberdade provisória. E se for esta a vontade do STF, ouvirei sem problema o preso, mas continuarei mantendo a prisão cautelar ou concedendo liberdade provisória, de acordo com a lei – e não com lamúria de pessoa detida, por vezes, autora de crime grave.”. Disponível em:<Nucci, G. Os mitos da audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilhermenucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 8 jun. 2016.>.

³⁴HABEAS CORPUS - RECEPÇÃO DOLOSA - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO FLAGRANTE EM 24 HORAS - NÃO CONFIGURAÇÃO - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA - MERA IRREGULARIDADE - PRISÃO CONVERTIDA EM PREVENTIVA. 1. Se nos autos há provas de que a prisão em flagrante foi comunicada imediatamente ao Juiz, o qual converteu a prisão em preventiva, não há nulidade a macular a prisão do paciente. 2. A ausência de audiência de custódia, ou seja, de apresentação do preso à autoridade judicial, é mera irregularidade e que não tem o condão de relaxar a prisão do paciente, mormente se a prisão preventiva já foi decretada e se os demais direitos do preso foram preservados.

(TJ-MG - HC: 10000150490241000 MG, Relator: **Denise Pinho da Costa** Val, Data de Julgamento: 21/07/2015, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/07/2015)

HABEAS CORPUS. Furto qualificado. Alegada ilegalidade da prisão em flagrante em razão da não apresentação do preso à autoridade judicial dentro do prazo legal. Impossibilidade. Tratado internacional que autoriza a apresentação do preso a outra autoridade prevista em Lei. Pedido de revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Presença dos requisitos da custódia cautelar. Reiteração delitiva. Paciente reincidente, com condenação anterior por roubo e extorsão mediante sequestro. Periculosidade. Necessidade de manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Ordem denegada.(TJ-SP - HC: 21493345520158260000 SP 2149334-55.2015.8.26.0000, Relator: **Guilherme de Souza Nucci**, Data de Julgamento: 20/10/2015, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/10/2015)

jurisdicionais. Neste sentido, caminhou o projeto de lei do senado 156 de 2009, ao rechaçar as emendas nº 170 e nº 171, propostas pelo senador José Sarney, como também as diversas propostas de lei que tramitam no congresso nacional, como já explanado no segundo capítulo do presente trabalho.

Todavia, o esforço argumentativo tendente a fulminar a garantia convencional choca-se frontalmente com a jurisprudência firmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que esta analisa o teor do artigo 7.5 da Convenção Interamericana conjuntamente com a norma estampada no artigo 8.1³⁵ do mesmo diploma normativo, de modo que a autoridade judicial, a quem a pessoa detida será apresentada, deverá conter os seguintes atributos: competência, independência e imparcialidade.

Não é por outro motivo, que os países signatários do Pacto de San José da Costa Rica restringiram o alcance da norma, de modo que a pessoa presa deverá ser conduzida imediatamente a presença de um juiz competente, nesta perspectiva cite-se a legislação da Argentina, Peru, Equador, Chile e Haiti.

Sinalize-se que os países europeus posicionam-se no mesmo sentido, de forma que a legislação interna prevê, expressamente, que a única autoridade a quem o preso deverá ser imediatamente apresentado será o juiz competente, tomando por base a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão formulada pela Organização das Nações Unidas.

No Brasil, o percussor projeto de lei do Senado 554 de 2011 e a resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça também optaram por delimitar a autoridade competente a figura do juiz. Impende esclarecer, portanto, os atributos a serem satisfeitos pela autoridade judicial. É o que passa a analisar a seguir.

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos a independência é vista como “*o completo apartamento da autoridade, em relação aos demais poderes estatais, a fim de que possa exercer certas funções jurisdicionais*”³⁶. Deste modo, não há como reconhecer o delegado de polícia como autoridade apta a presidir a audiência de custódia, uma vez que vinculado ao Poder Executivo, estando atrelado a um dos poderes do Estado. A mesma lógica foi

³⁵ Artigo 8. Garantias judiciais:(1). Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

³⁶ CIDH, Caso Herrera vs. Costa Rica, §171, sentença de 02 de julho de 2004. CIDH, Caso Iribane vs. Chile, §145, sentença de 22 de novembro de 2005.

aplicada pela Corte ao não reconhecer o Ministério Público como *outra autoridade* diversa do juiz habilitada a presidir a audiência de apresentação³⁷.

A imparcialidade, por sua vez, revela-se como atributo intrínseco do Poder Judiciário, pois a jurisdição nada mais é que um método heterocompositivo de resolução dos conflitos da sociedade.

Não obstante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos elencou algumas condições a serem satisfeitas para se considerar a autoridade imparcial, que remontam as hipóteses atinentes a suspeição prevista no código de processo penal³⁸. Além disso, a referida corte internacional reforça o argumento de que cabe a autoridade judiciária, que irá realizar a audiência de custódia, revisar a privação de liberdade. Sendo assim, a imparcialidade restará prejudicada se for a mesma autoridade que realizou a prisão³⁹ ou a requereu⁴⁰.

Nestas águas, o delegado de polícia e os membros do Ministério Público nunca poderiam ser considerados autoridades competentes, para a realização da audiência de custódia, tendo em vista, a função deles durante a persecução penal, que se desalinha da imparcialidade requerida.

O primeiro desempenha suas atividades através do inquérito policial, procedimento administrativo de natureza iminentemente inquisitorial, com cerceamento das garantias advindas do devido processo legal. Além disso, busca a autoridade policial fornecer substrato para a formação da opinião do Ministério Público, ou seja, o Delegado está em contato direto com as provas, de modo que procura comprovar a culpabilidade ou não do acusado. Sua imparcialidade está, portanto, maculada, pois não se comportará como terceiro alheio a produção probatória, característica essencial da autoridade judicial no sistema acusatório.

De igual modo, o Ministério Público, órgão que desempenha no processo penal a titularidade da ação penal pública, incumbido, desta forma, da acusação e por requerer a realização de diligências e a restrição de alguns direitos individuais não pode ser considerado autoridade competente para presidir a audiência. Não pode o Ministério Público ser parte e ao mesmo tempo órgão imparcial apto a aferir a necessidade ou não da privação da liberdade, sendo claro o prejuízo para a defesa, pela confusão entre o acusador e o julgador.

³⁷ CIDH, Caso Irirbane vs. Chile, §157, sentença de 22 de novembro de 2005.

³⁸ CIDH, Caso Irirbane vs. Chile, §146, sentença de 22 de novembro de 2005.

³⁹ CIDH, Caso Escher e outros vs. Brasil, sentença de 06 de julho de 2009; CIDH, Caso Irirbane vs. Chile, §223, sentença de 22 de novembro de 2005.

⁴⁰ Caso Bayarri vs. Argentina, §67, sentença de 30 de outubro de 2008.

Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, pág. 79) informam que:

Ao tratar da independência de imparcialidade da autoridade judicial, a Corte Europeia deixou patente não só a necessidade de sua completa desvinculação em relação ao Poder Executivo, mas também, e principalmente, em relação as partes que tenham seus interesses envolvidos, seja naquele momento da persecução penal, seja no futuro a partir da instauração do processo de conhecimento. Com isso, afastou-se não só a possibilidade de a polícia judiciária vinculada ao Ministério Público ser reconhecida como a outra autoridade judicial, para os fins de audiência de custódia, senão também, refutou a possibilidade de o próprio Ministério Público ser reconhecido como essa autoridade, em virtude de ele poder vir a figurar como autor da futura acusação, que se embasa por óbvio, no resultado feito da investigação feita pela polícia judiciária.

Com relação à competência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que a autoridade competente é o juiz ou outra autoridade judiciária previamente definida em lei. Como no sistema brasileiro não há outra autoridade definida em lei que possa desempenhar funções jurisdicionais, dentre elas a realização de audiências, não existe a menor possibilidade de atribuir ao delegado de polícia ou ao Ministério Público esta tarefa. Quanto ao juiz competente deve-se pontuar que este deverá observar as regras previstas no Título V do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que trata da competência

3.2.2. Prazo para apresentação:

Outra questão tormentosa é o prazo adequado para a apresentação do sujeito detido a autoridade judicial. Conforme estipula o artigo 7.5 do Pacto San José da Costa Rica esta apresentação deverá ocorrer “sem demora”, de modo a resguardar os objetivos da audiência de custódia, quais sejam a aferição ocular de maus tratos ou tortura, bem como a manutenção ou não da custódia, de modo a não privar o indivíduo de sua liberdade por um longo tempo, sem a determinação do juiz, uma vez que a matéria está sob o manto da reserva de jurisdição.

Cada país signatário estabeleceu um prazo para esta apresentação, sendo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce um controle de convencionalidade quanto a este requisito de forma a compatibilizá-lo com a expressão “sem demora”.

De acordo com o artigo 1º da resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça esta apresentação deverá ser feita em até 24 (vinte e quatro) horas da comunicação da prisão em flagrante. Entretanto, parte da doutrina insurge-se contra o lapso temporal estipulado pela referida resolução, tendo em vista a falta de estrutura do aparato Estatal.

De fato não houve um aprofundamento quanto a esta problemática, de modo a desconsiderar inúmeros fatores, dentre eles a extensão territorial do país, de maneira que o

deslocamento, em algumas comarcas poderia ultrapassar o prazo de vinte e quatro horas. De igual, forma não levou em consideração que a grande maioria das comarcas brasileiras possui apenas um juiz, que tem que lidar com as mais diversas demandas. Enfim, como compatibilizar este prazo exíguo com a crise do sistema judiciário, em que há poucos juízes, poucos recursos e um número excessivo de processos?

Há de se pontuar que a Corte Interamericana já decidiu que não ofende o direito ora discutido, a apresentação feita depois de vinte e quatro horas⁴¹, mas também considerou excessiva a apresentação do indivíduo quatro dias após de sua captura⁴².

Estima-se que a vontade do legislador convencional, em não estipular um prazo fixo, utilizando de um preceito indeterminado quer conferir certa maleabilidade. Pretende, assim, compatibilizar o preceito estabelecido com a realidade dos países-membros, objetivando tornar exequível a norma.

Destarte, “sem demora” significaria que o indivíduo deve ser apresentado ao juiz competente o mais breve possível, e que eventual atraso deve sempre ser justificado pela autoridade coatora, com base em circunstâncias atinentes a cada caso concreto.

O controle quanto à demora deverá ser feito pelo juízo, utilizando-se do postulado da proporcionalidade, devendo a acusação e a defesa se manifestar com relação a este prazo, de forma que suas objeções influenciem na tomada de decisão do magistrado. Se a demora mostra-se injustificável a prisão deverá ser relaxada, tendo em vista a ilegalidade cometida pela autoridade policial.

Saliente-se, outrossim, que o juiz poderá encaminhar autos para o Ministério Público para que este avalie a propositura de ação penal pública em face do policial que privou, injustificadamente, a liberdade do custodiado, denunciando-lhe por crime de abuso de autoridade com fulcro no artigo 3º e 4º, alínea “a” da Lei Federal nº 4.898 de 1965.

Muitos podem indagar se esta análise a ser feita pelo órgão julgador quanto à demora da apresentação do indivíduo prejudicaria a aferição da tortura e maus tratos. Contudo, sugere-se que assim que o sujeito for apresentado à autoridade policial, para que lavre o auto de prisão em flagrante, deverá ser submetido ao exame do corpo de delito, com base nos artigos 6º, inciso VII combinado com o artigo 158 ambos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

⁴¹CIDH, Caso Castillo-Páez vs. Peru, §§56-58, Sentença de 03 de nov. de 1997.

⁴²CIDH, Caso Tibi vs. Equador, §115, Sentença de 07 de nov. de 2004. No mesmo sentido o TEDH firmou o entendimento no caso Oral and Atabay vs. Turkey.

Interessante foi a técnica redacional utilizada pela Lei Fundamental Alemã, que não estabeleceu um prazo máximo para apresentação em horas, mas sim que o sujeito detido deveria ser apresentado ao juiz no mais tardar no dia seguinte⁴³. No mesmo sentido, caminhou o novo código de processo penal argentino, que não estipulou um prazo fixo⁴⁴. No Brasil, merece destaque a resolução nº13 de 2015 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que determinou que o indivíduo deve ser encaminhado à autoridade policial “o mais breve possível”.

Mediante todo o exposto, por se considerar o prazo de vinte e quatro horas desproporcional, alvitra-se que melhor seria dar ao provimento 213 de 2015 uma interpretação conforme a Constituição, de maneira a afastar o prazo estipulado arbitrariamente, adequando a apresentação à realidade da comarca local. Ressalte-se, entretanto, que este controle a ser feito pelo Juízo além de obedecer ao princípio do contraditório, poderá ser impugnado via *Habeas Corpus*, quando a decisão for desfavorável ao custodiado.

3.2.3. Falta de estrutura:

A falta de estrutura é um dos sustentáculos da corrente opositora à implementação da audiência de custódia. Falta de dinheiro para o combustível, poucos servidores para promover o deslocamento, veículos em péssimas condições e, por fim, mas não menos importante, mais uma tarefa a ser desempenhada, que deve ser cumprida, diga-se de passagem, “sem demora”. A lamúria não tem fim.

Fatores econômicos e a péssima gestão da verba pública são frequentemente utilizados para justificar o estrangulamento de um direito fundamental. Poderá o meio ser fator impeditivo para a concretização de um direito?

É inegável que o direito de apresentação rompe com as balizas burocráticas do sistema jurídico interno e impõe um repensar de toda a persecução penal e, sobretudo, um *facere*, que poucos estão dispostos a concretizar.

A falta de estrutura, todavia, não pode ser fator impeditivo de um direito, sob pena da barbárie do meio sobrepor-se a força da Constituição e dos direitos fundamentais, que exercem freio a análise econômica, impondo a valorização do homem, como imperativo

⁴³ Artigo 104 (3): Toda pessoa detida provisoriamente sob a suspeita de um delito deve ser levada à presença do juiz, o mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de fazer objeções. O juiz tem que decretar imediatamente uma ordem de prisão por escrito, indicando as causas da mesma, ou ordenar a libertação.

⁴⁴ Art. 60, “a” del Código Procesal de la Nación.

categorico para toda e qualquer relação humana, impedindo a monetarização advinda do sistema de escassez de recursos.

Visando compatibilizar a prevalência da dignidade da pessoa humana com as dificuldades quanto ao deslocamento o artigo 2º, parágrafo único da resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça dispõe que poderão ser realizados convênios para viabilizar a audiência de custódia fora da unidade judiciária.

Acredita-se que a celebração de convênios entre os tribunais de justiça e as delegacias de polícia para que a audiência de custódia seja realizada em uma das salas do recinto policial reduza as despesas quanto ao deslocamento e agilizaria a apresentação da pessoa conduzida, de modo a evitar maiores questionamentos quanto ao prazo.

O ideal além da celebração do convênio seria a criação de varas especializadas de inquéritos policiais, como ocorre na comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais⁴⁵. O juiz competente ficaria responsável por todas as questões envolvendo a fase pré-processual, que estejam sob a reserva de jurisdição. A solução representa nada mais que a instituição do juiz de garantias em no sistema processual penal brasileiro.

A vara especializada de inquéritos policiais deslocada para um local próximo ou na própria delegacia de polícia atende aos princípios da celeridade processual e da eficiência, garantindo uma melhora na prestação jurisdicional.

O problema, todavia, persistiria nas comarcas pequenas presididas por um único juiz. É indubitável a sobrecarga de trabalho nas pequenas cidades interioranas, no entanto, o direito de apresentação não pode ser ignorado.

Em longo prazo, a melhor solução seria a extinção das comarcas únicas e uma maior especialização das funções com a criação de varas especializadas e o conseqüentemente a abertura de concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura, entretanto, reconhece-se que esta alternativa não é bem vinda.

Em termos práticos e em curto prazo, visando minimizar os efeitos colaterais, os juizes devem ajustar o tempo e reservar um horário para a realização da audiência de custódia, buscando compatibilizar este horário com os membros do ministério público, da defensoria pública e da polícia civil. Em suma, precisa-se de um diálogo entre todos envolvidos na persecução penal para a efetivação do direito de apresentação.

⁴⁵A Portaria 3.217/CGJ/2014 institui as Instruções Padrão de Trabalho - IPT's de rotinas atinentes às Varas com competência para Inquéritos Policiais do Estado de Minas Gerais.

3.2.4. Resolução do CNJ e provimentos judiciais:

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), através da ação direta de inconstitucionalidade 5.240 questionou a constitucionalidade do provimento conjunto nº 03 de 2015, que regulamentou a Audiência de Custódia no Estado de São Paulo.

Ao construírem a fundamentação consideraram que foi o provimento conjunto que instituiu a audiência de custódia no ordenamento jurídico interno e que isto ofenderia o princípio da separação de poderes e a regra expressa no artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), que determina que as normas atinentes ao direito processual devem ser legisladas pela União.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, entretanto, julgou improcedente a referida ação direta de inconstitucionalidade, aduzindo que a instituição da audiência de custódia no Brasil ocorreu com a ratificação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York e do Pacto de San José da Costa Rica, ambos em 1992 e que os referidos diplomas, por versarem sobre normas atinentes a direitos humanos teriam caráter supralegal. Afirmaram que o provimento não inovou na ordem jurídica, mas apenas conferiu efetividade a uma norma preexistente, sendo plenamente possível a regulamentação de uma lei por meio de regulamento ou provimento.

Ademais, deve-se agregar a este fundamento o fato de que o artigo 2º do Pacto de San José da Costa Rica dispõe que o Estado signatário poderá dispor de qualquer medida, seja legislativa ou administrativa para tornar efeito os direitos e garantias assegurados na Convenção.

Apesar da fundamentação utilizada pela Suprema Corte, questiona-se: será a resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça, juntamente, com a regulamentação conferida por cada tribunal meio eficiente para garantir a todo preso em flagrante delito o seu direito de apresentação?

Do modo como a audiência de custódia foi regulamentada no país é inegável o tratamento díspar conferido aos presos e a conseqüente violação ao princípio da isonomia. Chega-se a esta conclusão por dois motivos, o primeiro relacionado à implantação gradativa desta audiência, de modo que comarcas com vara única serão as últimas a aderir à nova sistemática. A segunda liga-se ao fato daqueles indivíduos que já tiveram a prisão em flagrante delito convertida em prisão preventiva sem ser-lhes concedido o direito de apresentação.

A partir de uma filtragem constitucional e com base na essência dos tratados que versam sobre direitos humanos, qual seja assegurar garantias mínimas a toda e qualquer pessoa, reputa-se como crucial a compatibilização entre o direito de apresentação, corolário do direito de liberdade, com o princípio da isonomia, que reza que deve ser franqueado os mesmos direitos e condições a todos aqueles que se encontrem em situações semelhantes.

Assim sendo, não há se falar em inconstitucionalidade da resolução e dos provimentos jurisdicionais, mas em adequar a norma regulamentar aos preceitos constitucionais e convencionais. O direito de apresentação, portanto, não pode ser suprimido, mas garantido a todos os presos em flagrante delito, afastando-se o teor da implantação gradativa.

Caso não seja garantido o direito de apresentação deve a defesa impugnar a decisão proferida pelo magistrado, se desfavorável ao réu, através de *Habeas Corpus*, requerendo a apresentação do paciente ao juiz competente. Poderá ser utilizado, na fundamentação do remédio constitucional além da ofensa ao direito convencional, que possui aplicação imediata, o cerceamento do direito de defesa e a afronta ao princípio do contraditório, na sua vertente participativa, isto é, a faculdade de o conduzido poder influir na decisão do órgão julgador. Além disso, devem-se aduzir outros princípios informadores do sistema acusatório como a imediatidade e oralidade.

Quanto aos sujeitos que já tiveram a sua prisão em flagrante delito convertida em prisão preventiva também deve ser assegurado o direito de apresentação. Caso a audiência de instrução e julgamento for em data próxima, não haverá a necessidade de designar data específica para a audiência de custódia. O magistrado ao perceber que a audiência será fracionada, deverá ouvir o réu, questionando-o quanto ao momento de sua prisão, perquirindo, assim, se satisfaz aos requisitos para a manutenção da prisão preventiva ou se é cabível a imposição de outra medida cautelar. O interrogatório, propriamente dito, será realizado na audiência posterior.

Entretanto, se a audiência de Instrução e Julgamento estiver designada para data longínqua, deverá à defesa requerer a apresentação do acusado ao juiz, garantindo-lhe o direito a apresentação.

Advirta-se que o não cumprimento deste direito não propicia, de imediato, a soltura do conduzido, mas tão somente o direito de ser apresentado, sem demora, ao juiz competente. Isto é, busca-se a reparação do vício. Se for inviável a apresentação, deverá o acusado ter

relaxada sua prisão, devido à inobservância de uma das formalidades fundamentais ao sistema processual penal, qual seja a realização da audiência de custódia.

3.2.5. Sistema acusatório e vedações probatórias:

Debate intenso travou-se com relação à proibição da utilização das declarações do conduzido, durante a realização da audiência de custódia em momento posterior, como meio de prova.

Ao longo da apresentação do projeto “Audiência de Custódia” à Comissão Internacional de Direitos Humanos, em outubro de 2015, associações civis como a *Conectas Direitos Humanos*, *Rede Justiça Criminal* e o *Instituto de Defesa do Direito de Defesa* posicionaram-se pela referida vedação probatória, com a exclusão física da entrevista feita com o conduzido.

Parte da doutrina encampa o mesmo entendimento, neste sentido, Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014) consideram que a não exclusão criaria um “mecanismo de extração de confissão” e conseqüentemente a contaminação do órgão julgador.

A resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça positivou este entendimento, fazendo constar no artigo 12 do referido diploma normativo. No mesmo sentido caminha o projeto de lei do senado 554 de 2011.

Há, contudo, aqueles que se posicionaram contrariamente a esta proibição, sobretudo membros do Ministério Público⁴⁶ alegando prejuízo para a acusação e ofensa ao contraditório. Na doutrina, destacam-se Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2016, pág. 139) ao considerarem que a referida exclusão física deveria advir de lei, no caso o projeto de lei do senado 554 de 2011, sendo clara a ofensa ao texto constitucional a vedação por meio de provimentos.

A essência da discussão gira em torno da seguinte pergunta: será a exclusão física da entrevista preliminar meio eficiente para assegurar a imparcialidade do juízo?

O questionamento posto funda-se no fato de o sistema processual penal regular-se pelo princípio da prevenção, de modo que o juiz que atuou na fase preliminar ficaria vinculado ao processo. Conquanto o princípio da não prevenção não seja a realidade, assevera-se que o debate em tela é inócuo em termos práticos e parte de premissas equivocadas.

⁴⁶ Ofício 3.506 de 2014 – Ministério Público do Estado de São Paulo e Ofício nº 029/2015-GAB/CONAMP.

A primeira proposição errônea é considerar que inexoravelmente a audiência de custódia se enveredará em uma análise profunda do mérito, sendo que seu fim precípuo é a aferição da legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de sua conversão em preventiva, assim como se a pessoa conduzida foi vítima de tortura por parte da autoridade coatora.

Considera-se *a priori* que as partes integrantes da audiência, em especial o Ministério Público, desvirtuam o instituto para obter, posteriormente, a condenação. Em suma, presume-se a má-fé do órgão acusador. Esta asserção é infundada, pois desconsidera que o órgão ministerial, apesar de exercer a função acusatória, age sob o estrito dever da legalidade, sendo guardião dos direitos do réu, juntamente, com a defesa e o magistrado.

Ademais, a entrevista a ser realizada é ato privativo do órgão julgador, competindo às partes, acusação e defesa, buscar esclarecer eventuais dúvidas quanto ao que foi narrado pelo sujeito custodiado a esteira do interrogatório realizado durante a audiência de instrução. Pontue-se que, nesta fase preliminar, a entrevista deverá versar somente sobre a legalidade da prisão e eventual tortura sofrida.

O papel da acusação e da defesa é, portanto, formular um debate quanto à necessidade da conversão da prisão em preventiva, que pelo sistema constitucional deve ser a última alternativa, devendo o Ministério Público demonstrar qual das medidas cautelares considera cabível ao conduzido, poderá, outrossim, manifestar-se pela decretação da liberdade provisória, ou opinar pelo arquivamento do auto de prisão em flagrante.

Se ocorrer o desvirtuamento do instituto ora estudado, seja por parte do magistrado ou do Ministério Público, caberá a defesa a impugnação por *habeas corpus*, devendo a mídia na qual foi gravada a audiência e o termo respectivo serem anexados, para exame da instância revisora.

Pode ocorrer de o próprio sujeito preso atribuir a si a autoria da conduta delitiva, durante a audiência de apresentação, no entanto, tal alegação não deverá valer como meio de prova, por se tratar de entrevista realizada antes da instauração da ação penal, sendo, portanto, um ato pré-processual. Ademais, não se mostra viável o registro deste tipo de alegação feita pelo réu, pois foge à finalidade do direito de apresentação.

Ainda que fosse aceita a utilização do interrogatório preliminar como meio de prova, esta deveria ser cotejada com os demais elementos probatórios à esteira do artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A segunda premissa desconsidera o juiz como um ser humano e trata-o como máquina. Reputam que o órgão julgador deve se ater, estritamente, ao que está registrado nos

autos do processo. As impressões do magistrado quanto ao réu, durante este primeiro contato, são rechaçadas e esquece-se que a sentença, nada mais é que a impressão do juiz, de maneira técnica e motivada, quanto a um fato da vida.

De nada adianta vedar a utilização do termo da audiência de custódia se o juiz é o mesmo. Isto fará com que o magistrado, certo de sua convicção quanto à culpabilidade do acusado, utilize de outros meios de prova para condená-lo, até mesmo elementos informadores produzidos no inquérito policial, sem o devido contraditório, devido ao permissivo legal do artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Já se referiu anteriormente, mas não custa enfatizar a necessidade da instituição do juiz de garantias, que seja competente para celebrar a audiência de custódia, bem como decidir sobre a imposição de medidas cautelares e requerimentos feitos pela polícia ou o Ministério Público, nesta fase de investigação. O magistrado responsável pela instrução e julgamento deve ficar incólume de tudo aquilo que fora produzido durante a fase pré-processual, salvo as provas irrepetíveis.

Por mais que a audiência de custódia restrinja-se a averiguar a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão não se pode esquecer os requisitos do artigo 312 do código de processo penal para a decretação da prisão preventiva, que são a fumaça do cometimento de um crime e a justa causa, isto é, prova mínima quanto à materialidade e indícios de autoria. Não há como o juiz ao fundamentar eventual decisão que decrete a prisão preventiva não adentrar, mesmo que superficialmente, no mérito.

A crítica externalizada não versa sobre a audiência de custódia em si, mas, sim ao sistema processual penal que adota o princípio da prevenção e continua deficiente na efetivação de um sistema acusatório, em que se resguardam garantias mínimas, dentre elas, a preservação da imparcialidade do magistrado.

A contaminação psicológica do juiz já ocorre em diversas etapas do processo, seja na aferição pura e simples do inquérito policial, seja quando toma contato com provas ilícitas. O mero pensamento não retira a impressão do órgão julgador sobre o fato.

3.2.6. Aplicável somente para as prisões em flagrante delito?

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estipularam que o direito de apresentação é aplicável a todas as

pessoas presas ou detidas. As legislações alienígenas não estabeleceram restrições quanto ao tipo de prisão, de modo que toda pessoa presa ou detida será apresentada ao juiz competente.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, delimitou o direito de apresentação aos presos em flagrante delito, quando da formulação do projeto piloto, que fora realizado em São Paulo. Os demais provimentos judiciais que se seguiram ao longo dos estados brasileiros aplicam o direito de apresentação somente aos presos em flagrante delito.

Sem embargo, o artigo 13 da resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça adequando-se à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estipula que o direito de apresentação será estendido aos demais presos, seja em razão de prisão cautelar ou definitiva.

A apresentação dos presos em flagrante delito à autoridade judiciária já causou um enorme alvoroço na comunidade jurídica brasileira e muitos juristas resistem a esta nova realidade. Em algumas comarcas como já explanado, ainda não é conferido aos presos em flagrante o direito convencional ora estudado.

Os tribunais de justiça, ao editarem os provimentos, não refletiram que o direito de apresentação deve ser garantido a toda pessoa presa. Das comarcas que introduziram a audiência de custódia, na prática forense, nenhuma garante a apresentação aos presos preventivos, temporários ou definitivos. Ofende-se a um só tempo a norma internacional, assim como o postulado da igualdade, por conferir tratamento diferenciado a uma parcela das pessoas privadas de sua liberdade.

Ademais, registre-se que o próprio Conselho Nacional de Justiça não tomou qualquer iniciativa de modo a tornar eficaz a norma constante no artigo 13 de sua resolução regulamentadora da audiência de custódia. Em suma, a previsão ali constante não passa de letra morta. Todavia, o direito de apresentação revela-se como uma garantia mínima de toda pessoa presa e deve ser respeitado e assegurado.

Nesta perspectiva, indaga-se: como fazer o preceito convencional se tornar efetivo, no sistema jurídico nacional, garantido o direito de apresentação a todos os presos?

Quanto à prisão preventiva, há de se considerar duas situações: a primeira é a o indivíduo que acabou de ser preso preventivamente, nos termos do artigo 291 combinado com o artigo 311 ambos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a segunda refere-se aqueles que já estão custodiados pelo Estado em unidades prisionais.

Em que pese à decisão que decretou a prisão preventiva ser motivada pelo Juízo e, só a partir de então, ser exarado o mandado preventivo, o indivíduo privado de sua liberdade

deve ter a oportunidade de apresentar sua versão ao Juízo, de modo a influir no convencimento do magistrado.

Sendo assim, a decisão proferida deverá ser confirmada, posteriormente, por um novo provimento judicial, após a manifestação do réu, se presente os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Destarte, o órgão julgador deverá ter em mente que a prisão, de acordo com a égide constitucional, deve ser vista como a *última ratio* das medidas cautelares, de modo a justificar sua necessidade.

Deste modo, a sentença revisora é que conferirá eficácia ao mandado de prisão preventiva. Registre-se que esta confirmação do mandado à luz do contraditório participativo torna a *decisium* um ato jurisdicional provido de maior legitimidade.

Neste sentido, os sujeitos presos preventivamente deverão ser conduzidos à presença da autoridade judicial competente, tal como aqueles que são presos em flagrante.

Por outro lado, no tocante, aos indivíduos que já estão custodiados pelo Estado, vislumbram-se duas alternativas. A primeira é que as audiências de custódia sejam realizadas pelos “mutirões carcerários” promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Papel este desempenhado desde 2008⁴⁷.

A segunda proposta já foi descrita no item “3.2.4”, em que o direito de apresentação deveria ser garantido ao réu, durante a audiência de instrução e julgamento, se esta for em data próxima. Neste caso, a aferição ocular de maus-tratos e tortura restaria prejudicada, devido o lapso temporal transcorrido. Se a referida audiência estiver marcada para uma data longínqua, deverá a defesa requerer a designação de audiência de apresentação, se esta não lhe foi conferida anteriormente, objetivando a revisão da decisão. O juízo, no entanto, poderá rejeitar o pleito, sendo cabível a impugnação via *habeas corpus*.

Assinale que essa medida proativa deve ser da Defesa, não sendo exigível de ofício, pois a audiência de custódia é um instituto novo e os tribunais entendem que sua aplicação restringe-se à prisão em flagrante delito. Além disso, o controle de todos os mandados expedidos pelo juízo mostra-se incabível em termos práticos.

O sistema processual penal brasileiro prevê, ainda, a prisão temporária a contragosto da doutrina, que a considera inconstitucional, pois é realizada para fins de investigação e seus requisitos autorizativos são mais brandos do que aqueles que permitem a decretação da prisão

⁴⁷ Conforme informação do site do Conselho Nacional de Justiça: “Em síntese, a linha de atuação nos Mutirões é baseada em dois eixos: a garantia do devido processo legal com **a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios**; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 8 jun. 2016.>.

preventiva. A realização da audiência de custódia justificasse com maior veemência nesta modalidade de decretação de prisão.

Há de se observar que a norma prevista no §3º do artigo 2º da Lei 7.960 de 1989 deve passar por uma filtragem convencional. Não há que se falar, portanto, em mera faculdade quanto à apresentação do preso. A garantia convencional deve ser respeitada. Contudo, reafirma-se que defesa técnica deve requerer, por ora, esta apresentação do preso temporário, uma vez que o Judiciário desconhece o direito convencional e sua aplicação é um desafio.

A audiência de custódia servirá para apreciar os requisitos previstos no artigo 1º da Lei Federal 7.960 de 1989. Assim sendo, será oportunizado ao réu, por exemplo, comprovar, perante o Juízo, o seu domicílio, bem como esclarecer sua identidade, sendo proporcionado ao conduzido a produção de provas, quanto a sua identificação. Outrossim, poderá o magistrado inferir que não há fundadas razões de que o preso é autor ou partícipe dos crimes previstos na lei supracitada.

O direito de apresentação permite que o Juiz reavalie sua decisão para averiguar se a prisão temporária é, de fato, imprescindível para a investigação do inquérito policial, levando em consideração, também, as alegações e eventuais provas produzidas pelo custodiado. A releitura do instituto da prisão temporária com base no direito convencional estudado minimiza sua essência inconstitucional.

Por fim, resta analisar a garantia do direito de apresentação com a prisão definitiva. A aplicação do direito convencional representa nada mais que, a aplicação dos princípios da imediação e da oralidade durante a realização da audiência de Instrução e Julgamento.

O direito de apresentação proclama que o juiz profira a sentença oralmente na presença do réu, para que este, efetivamente, saiba o porquê fora condenado. A sentença prolatada de forma oral e na presença das partes é dotada de maior legitimidade, pois respeitadas as balizas do sistema acusatório, que se perfaz com um contraditório participativo.

Destarte, como as partes terão maior poder de influência na decisão do órgão julgador, a audiência será o momento viável para apontar eventuais erros cometidos pelo Juízo, que poderão ser sanados durante a audiência, sem a necessidade de se interpor recurso de apelação ou de embargos de declaração. Registre-se, ainda, que o réu será intimado na própria audiência, e poderá informar o seu interesse de recorrer ou não da sentença.

Estas consequências advindas do direito de apresentação conferem maior celeridade e economia processual, atendendo a um só tempo aos princípios *Pro Homine* e da efetividade (tutela jurisdicional adequada).

CAPÍTULO 04

O DESCOMPASSO ENTRE AS GARANTIAS ESTABELECIDAS PELO SISTEMA DE PROTEÇÃO MULTINÍVEL E O IDEÁRIO POPULAR PUNITIVISTA – O POSSÍVEL FRACASSO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:

4.1. A formação cultural brasileira:

Jornais sensacionalistas, a cada dia, alertam sobre aumento assombroso da criminalidade. Uma sociedade totalmente degenerada, desde os altos escalões da política nacional até o pobre famigerado que furta uma peça de carne em um supermercado. “Crápulas”, “mal-feitores”, “escória”, são assim intitulados, pela mídia, aqueles que transgridem a norma penal.

O sentimento de revolta e impunidade cresce exponencialmente no seio social. Aumenta-se a expectativa de que o Estado punirá severamente os transviados da sociedade. Requer-se um Estado vingativo que renegue ao ostracismo àqueles que são, talvez, uma das maiores vítimas da ineficiência do Estado quanto às políticas públicas.

O povo clama por justiça. Contudo, qual o verdadeiro sentido da palavra “justiça”? Será esta nada mais, que uma política voltada ao encarceramento em massa? Ou será reputado como um “ato justo” a violência institucionalizada contra um delinquente?

As pessoas são levadas a pensar que o “criminoso” é sempre o “outro”⁴⁸ (GARLAND, 1999) e que a sua reputação será sempre ilibada e irretocável. Todavia, cada indivíduo, ao longo da vida, comete algum tipo de delito, como por exemplo, a compra e venda de um produto falsificado. Todos são criminosos em potencial.

O que justifica, portanto, alguns sofrerem a reprimenda Estatal? A persecução penal é seletiva⁴⁹ (BARATTA, 2003), na medida em que ao aparato repressor volta-se para a

⁴⁸Nesta contexto, Garland ressalta que: “A criminologia oficial mostra-se, assim, cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente. Há uma “criminologia do eu” que faz do criminoso um consumidor racional, à nossa imagem e semelhança, e uma “criminologia do outro”, do pária ameaçador, do estrangeiro inquietante, do excluído e do rancoroso. A primeira é invocada para banalizar o crime, moderar os medos despropositados e promover a ação preventiva, ao passo que a segunda tende a satanizar o criminoso, a provocar os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir ainda mais”. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf>.

⁴⁹ Neste sentido Baratta salienta que: “O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal). Todo ele está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os extratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem

investigação e punição de alguns delitos, que corriqueiramente são o tráfico de entorpecentes e crimes contra a ordem patrimonial, como o furto e o roubo. Em virtude, da crise política, o discurso volta-se à punição dos crimes, vulgarmente, denominados como “crimes do colarinho branco”.

O sistema de informação, ofertado pela grande mídia, molda o senso comum a respeito do que seja “uma prática criminosa”, “quem é criminoso” e “o melhor método de punição”⁵⁰(BATISTA; 2003). Há uma manipulação constante destes conceitos, sem ao menos, dar-se conta. Destaque-se que qualquer tentativa tendente a ampliar o rol de garantias dos réus é vista pela mídia e, por conseguinte, pela população como uma proteção infundada aos degenerados da sociedade⁵¹.

Neste sentido, não se pode esquecer que filmes como, por exemplo, “Os vingadores” e séries como “Demolidor”⁵² aclamam a vingança privada como o único meio de deter a

por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais (A. Baratta, 1986, p. 10 ss.)”. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direit%20penal%20minimo.pdf>>.

⁵⁰ Nilo Batista assevera que: O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventivismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé; neste último caso, talvez por isso mesmo o princípio da negação dialética do injusto através da pena nunca tenha alcançado um tão desnaturado sucesso. A equação penal – se houve delito, tem que haver pena – a equação penal é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>

⁵¹ Neste sentido: **Bandidos, reincidentes, perigosos. E à solta.** Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/04/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1176591-impunidade-e-regra-bandidos-reincidentes-perigosos-e-a-solta.html.; **Lei vai soltar 80 mil bandidos, impedir prisão de corruptos e o governo vai faturar**, Disponível em:<<http://www.icemcaraubas.com/2011/06/lei-vai-soltar-80-mil-bandidos-impedir.html>>.; **Nova lei deve obrigar revisão de mais de 200 mil prisões no país**, disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/nova-lei-deve-obrigar-revisao-de-mais-de-200-mil-prisoas-no-pais.html>>.; **Lei brasileira permite ao presidente perdoar e soltar mensaleiros a qualquer momento.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/lei-brasileira-permite-ao-presidente-perdoar-e-soltar-mensaleiros-a-qualquer-momento-23112013>>**Dilma sanciona lei que reduz tempo de cadeia para quem já foi preso.** Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/2926140/dilma-sanciona-lei-que-reduz-tempo-de-cadeia-para-quem-ja-foi-preso>

⁵² Neste sentido a matéria do jornal gazeta: na primeira temporada, o Demolidor (Charlie Cox) questionava um mito fundador da sociedade moderna – o monopólio da violência pelo Estado que em troca deveria prover segurança lei e ordem - na segunda temporada disponível desde a última sexta-feira (18) com o aparecimento o debate muda de perspectiva com o aparecimento de um oponente. Um dos personagens mais fortes do universo Marvel, Frank Castle, o Justiceiro (Jon Bernthal) é um ex-soldado que após um grande trauma pessoal se dedica a fazer Justiça com as próprias mãos. Desta forma, o vigilante se ergue do mesmo barro do Demolidor – o vácuo do Estado no controle do crime – porém, com métodos muito diferentes. O Justiceiro não apenas mata, mas o faz

criminalidade, tendo em vista o fracasso do aparato Estatal. Preconizam que a prática de um crime para conter tantos outros é prática justificável e louvável, pois busca-se a tão sonhada “justiça”. O povo brasileiro vibrou ao assistir “Tropa de Elite”⁵³, que representa a rotina dos policiais do Rio de Janeiro, que vêem a tortura como prática habitual.

Não se nega, no presente trabalho, a importante função do Estado de coibir as práticas tipificadas no Código Penal como “crimes”. Todavia, não se considera que o aprisionamento, da forma como se apresenta, meio eficiente para reduzir a criminalidade, porém este não é o foco da presente pesquisa. O âmago deste trabalho está na própria concepção valorativa da sociedade em relação ao direito penal, material e processual, e o quanto este ideário popular impacta nas decisões judiciais no campo da persecução penal.

Enquanto o ideário popular afirma que “Direitos Humanos são para quem sabe o que isso significa e não para quem comete atrocidades de forma inconsequente (...)”⁵⁴, o sistema constitucional penal prima por uma filosofia diametralmente oposta, por considerar que todos os indivíduos são dotados de Dignidade e que deve ser assegurado a todos um sistema de garantias contra as arbitrariedades do Estado.

De acordo com a opção política adotada pelo Constituinte de 1988, considera-se melhor um culpado livre do que um inocente condenado injustamente. Destarte, o processo é visto como um caminho necessário para a aplicação da pena (LOPES JR., 2015). No caminhar dos atos processuais, deve ser assegurado aos indivíduos diversos direitos, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e, sobretudo deve-lhes ser garantido tratamento de acordo com o “estado de inocência”.

Contudo, não é isto que se observa na prática penal. A moral coletiva punitivista influencia na tomada de decisão do órgão julgador, que se vê acuado frente à pressão popular. Os próprios magistrados, muitas das vezes, comungam deste ideário coletivo de justiça repressora⁵⁵. A imparcialidade, em muitos foros, é inexistente.

Os direitos fundamentais assegurados ao réu sucumbem à nossa formação cultural, de forma que os valores constitucionais não são capazes de exercer efetivo controle a vontade

com crueldade, o que coloca os dois em rota de conflito. *In*: “**Demolidor**” levanta debate ético sobre violência e justiça. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/tv/demolidor-levanta-debate-etico-sobre-violencia-e-justica-91j9wjrxfcvqsof92aw8brbb>>.

⁵³ Conforme notícia o portal G1, o filme “Tropa de Elite 2” foi o filme brasileiro de maior bilheteria da história do Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2010/12/tropa-de-elite-2-e-maior-bilheteria-da-historia-no-brasil.html>>.

⁵⁴ Frase da atriz Paola Oliveira para a Revista Marie Claire, em março de 2011.

⁵⁵ Beckerath Modesto em seu excelente texto cita Evans e Gilbert (1975) que consideram que os juizes são influenciados, em suas decisões, por fatores, como opiniões pessoais, ideologia (...) e implicações emocionais, podendo estar predispostos a assumirem determinadas posturas em função de seu treinamento, do clima social e da classe social. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13160-13161-1-PB.pdf>>.

coletiva e, portanto, o Estado Democrático de Direito, que deveria estar a serviço da proteção das minorias, na análise fática, as oprime. É inegável o distanciamento entre a teoria, que prega um sistema garantista e a prática punitivista.

Neste diapasão, deve-se registrar o fracasso da Lei 12.403 de 2011 que inseriu um amplo rol de medidas cautelares, diversas da prisão, no ordenamento jurídico pátrio. Esta afirmação justifica-se, na medida em que, a prisão cautelar, que deveria ser medida excepcional, é, na prática forense, a regra. Notabilize-se que a prisão preventiva é vista, pelo Judiciário, como o melhor método de manter o réu vinculado ao processo, tendo em vista que as demais medidas cautelares são tidas como “brandas” ou de difícil fiscalização. Registre-se, neste sentido, que a ação de descumprimento de preceito fundamental 347⁵⁶ e dados colhidos pelo próprio Conselho Nacional de Justiça⁵⁷ apontam que 41% (quarenta e um por cento) da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios.

Em meio a tantas críticas a prática forense burocratizada, erigiu o debate quanto à efetivação do sistema multinível dos direitos fundamentais. Dentre o rol de direitos previstos nos tratados internacionais, destacou-se o direito de apresentação, que encontrou ferrenhos opositores e obstinados defensores na dogmática brasileira. Em que pese os argumentos a favor e contra a efetivação desta garantia, questiona-se: o direito de apresentação revela-se como garantia capaz de impactar na formação cultural repressiva dos operadores do direito? É o que passa a analisar nos próximos itens.

⁵⁶ De acordo com ADP 347: “Nada obstante, o uso da prisão antes do trânsito em julgado no Brasil vem sendo banalizado por decisões judiciais. Em 1990, o percentual de presos provisórios dentre a população carcerária era de 18%, sendo hoje de cerca de 41%. Neste interregno, o número total de presos provisórios cresceu no país mais de 1.450%! Como destacou Gilmar Ferreira Mendes, “houve no Brasil, nas últimas décadas, um notório incremento no uso da prisão cautelar, o que bem evidencia a banalização”. Disponível em: <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>.>

⁵⁷ Conforme o relatório produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional: “O Brasil exibe, entre os países comparados, a quinta maior taxa de presos sem condenação¹⁰. Do total de pessoas privadas de liberdade no Brasil, aproximadamente quatro entre dez (41%), estavam presas sem ainda terem sido julgadas. Na Índia, no Paquistão e nas Filipinas, mais de 60% da população prisional encontra-se nessa condição. Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população de presos provisórios, com 222.190 pessoas. Os Estados Unidos (480.000) são o país com o maior número de presos sem condenação, seguidos da Índia (255.000) e da estimativa em relação à China (250.000)”. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.>

4.2. Até que ponto o acusado pode influenciar na tomada de decisão do órgão julgador?

O direito de apresentação, como já explanado ao longo do presente trabalho, pretende efetivar o contraditório participativo e conseqüentemente o poder de influência do custodiado nas decisões emanadas pelo órgão julgador, movimento similar ao que ocorre com a vigência do novo código de processo civil. Entretanto, antes de levantar-se o debate quanto ao referido direito percebia-se que muitas das considerações feitas pelo sujeito privado de sua liberdade eram renegadas ao segundo plano ou então rechaçadas pelo Juízo.

O motivo principal do repúdio à palavra do acusado assenta-se na premissa básica de que a alegação sem provas torna-se infundada, pois desprovida de balizas que convençam o órgão julgador da veracidade do que fora aduzido, esta afirmação traduz-se no brocardo latino *allegatio et non probatio quasi non allegatio* (alegar e não provar é quase que não alegar)⁵⁸. O referido jargão choca-se, no entanto, com o estado de inocência assegurado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁸ Conselho Recursal 1ª. Turma Recursal Criminal Processo n.º. 0000683-05.2014.8.19.0208 - Apelação Apelante: WALTER ANTONIO DA SILVA Apelado : MINISTÉRIO PÚBLICO Juiz Relator: Flávio Itabaiiana de Oliveira Nicolau R E L A T Ó R I O Vistos etc. (...) No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena etc.), ou concessão de benefícios penais ." (grifei). Outro não é o entendimento de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, conforme se pode verificar na pág. 360 do volume 1 de sua obra "CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO", Editora Saraiva, 5.ª edição, ao comentar o aludido art. 156 do Código de Processo Penal, verbo ad verbum: "Ônus da prova nada mais é senão o encargo, que compete à parte que fizer a alegação, de demonstrá-la. **Provar não é obrigação; é simples encargo. Se a parte que fizer a alegação não prová-la, sofrerá amarga decepção. Cabe à Acusação demonstrar, e isto de modo geral, a materialidade e a autoria. Já à Defesa incumbe provar eventual alegação de exclusão da antijuridicidade do fato típico (causas excludentes da criminalidade, excludentes da antijuridicidade, causas justificativas ou discriminantes) ou excludentes de culpabilidade. Se o réu invoca um alibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade etc, o ônus probandi é inteiramente seu. Se alegar e não provar, a decepção também será sua**". Urge ressaltar que a aplicação do princípio da adequação social há de ser afastada, uma vez que o mesmo é dirigido ao legislador e não ao aplicador do direito. (...) No tocante à validade da palavra do policial civil, impende destacar que, não estando impedido legalmente de depor como testemunha, o depoimento de um policial merece ter valor como o de qualquer outra pessoa que presta o compromisso a que faz alusão o art. 203 do Código de Processo Penal. (...) Assim, como já foi decidido, é "inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser recebido sempre com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser analisado no contexto de um exame global do quadro probatório"(TACrimSP, RT 530/372). A propósito, esse também é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se pode verificar pelo verbete n.º 70 de sua súmula de jurisprudência, ad litteram:"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". No que pertine à pena, a mesma é adequada, proporcional e atende ao princípio da individualização da pena. ISTO POSTO, voto no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto. Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2014. FLÁVIO ITABAIANA DE OLIVEIRA NICOLAU Juiz Relator Processo n.º 0000683-05.2014.8.19.0208 FL. 1 (TJ-RJ - APR: 00006830520148190208 RJ 0000683-05.2014.8.19.0208, Relator: FLAVIO ITABAIANA DE OLIVEIRA NICOLAU, Primeira Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: 19/03/2015 00:00).

Nada obstante, questiona-se: como poderá o réu produzir material probatório mínimo de suas alegações se, na grande maioria das vezes, está custodiado pelo Estado em unidades prisionais? Indaga-se, ainda, até que ponto a Defesa pode comprovar que os fatos alegados contra o réu, na exordial acusatória, não correspondem à realidade, tendo em vista o prazo exíguo para juntada de provas durante a resposta à acusação. Frise-se que a situação piora quando os réus são assistidos pela Defensoria Pública abarrotada de trabalho e que por isto se vale de negativa geral. Não se esqueça que a maioria dos acusados são pobres⁵⁹, negros⁶⁰ e com baixo nível de escolaridade⁶¹ (MONTEIRO e CARDOSO, 2013). A distribuição do ônus probatório de acordo com a égide do velho código de processo civil torna a prova, no processo penal, diabólica para o réu, isto é para a parte, em regra, mais fraca da relação jurídica processual.

Por outro lado, o Ministério Público pauta sua acusação com base no inquérito policial, peça investigativa e pré-processual, em que o Delegado de Polícia demora o tempo necessário, respeitado o marco temporal prescritivo, para carrear todos os elementos de informação imprescindíveis para embasar a opinião ministerial.

Não é por outro motivo que alguns doutrinadores, como Aury Lopes Jr (2015), defendem que o ônus da prova deveria caber à acusação⁶². Outra parcela da doutrina defende a inserção da investigação preliminar defensiva (NARDELLI e CUNHA NETO, 2015).

⁵⁹De acordo com o texto de Monteiro e Cardoso: “Como descreve Wacquant (2001), as prisões brasileiras são “campos de concentração para pobres” que mais se assemelham a empresas públicas de “depósito industrial de dejetos sociais” do que instituições que servem para alguma função penalógica (como reinserção). Acompanhando o ritmo de outros países da América Latina como Argentina e Chile, a população carcerária brasileira vem crescendo abruptamente (Salla; Ballesteros, 2008)”.

⁶⁰ Ainda, conforme os autores supracitados: “Os dados demonstram maior gravidade quando se leva em conta a cor das pessoas encarceradas e reforçam a discussão já desenvolvida na literatura. 60% são negros enquanto 37% são brancos. Indicadores de vulnerabilidade analisados comparativamente entre a população evidenciam a diferença marcante entre os negros e os brancos no Brasil”.

⁶¹ Cite-se, ainda, os dados obtidos pelos doutrinadores: “Do total de presos, 77% não haviam passado do ensino fundamental. Podemos afirmar que a maioria das pessoas encarceradas é de baixíssima escolaridade. Novamente convém ressaltar as contribuições de Wacquant (2001), que analisa a passagem do modelo taylorista/fordista para o neoliberal. Essa passagem implicou no condicionamento de um novo perfil de trabalhador mais técnico e qualificado e na desqualificação de antigos perfis de trabalhadores para a afirmação de um novo. A reclusão que antes visava o controle das populações desviantes passa a assumir um lugar central no sistema de controle do mercado de trabalho desqualificado, guetos urbanos com vistas a apoiar a disciplina do trabalho assalariado dessocializado”.

⁶²Aury Lopes Jr. destaca: A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio — *nemo tenetur se detegere*) (...) Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. (...) Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco ela possui um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

Durante a realização da audiência de instrução e julgamento não é raro o réu afirmar ter sido vítima de “tortura e maus tratos”, por parte da autoridade coatora, e que por tal motivo confessou a autoria delitiva em sede policial. Neste sentido, pergunta-se: como poderá o acusado comprovar o teor de sua afirmação, se os crimes destacados dependem de comprovação por meio de auto de exame de corpo de delito?

Sobreleve-se que antes da instituição da audiência de custódia, o denunciado, preso preventivamente, demorava em média mais de três meses⁶³ para ser apresentado ao juiz. Este gigantesco lapso temporal faz desaparecer vestígios referentes à agressão sofrida. Não há dúvidas de que o órgão julgador aplicará a distribuição estanque do ônus da prova e não acolherá o relato do réu.

Não foi por outro motivo que a Organização das Nações Unidas⁶⁴ e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁶⁵ vêm constantemente censurando o Estado Brasileiro. Não há no país uma efetiva reprimenda à prática da tortura contra os presos. O Poder Judiciário que deveria fiscalizar a persecução penal, exercendo freio à atividade administrativa, desempenhada pela polícia preventiva e judiciária, adota, muita das vezes, uma postura omissiva, quedando-se de sua função de garantidor da legalidade e dos direitos do acusado.

⁶³ Segundo dados do Infopen: “Nas unidades prisionais que informaram o dado, cerca de 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento. As unidades do Ceará que responderam à questão apresentam a situação mais alarmante: quase a totalidade dos presos provisórios, 99%, está há mais de noventa dias encarcerados sem ainda terem passado por julgamento”.

⁶⁴ Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (2012): “O SPT concorda com outros mecanismos das Nações Unidas que têm declarado que o quadro jurídico brasileiro sobre a prevenção da tortura é, em grande medida, adequado. A definição de tortura em sua legislação interna, bem como as salvaguardas jurídicas existentes contra a tortura, os maus-tratos e os direitos das pessoas privadas de liberdade, estão, de maneira geral, em conformidade com os padrões internacionais. O SPT preocupasse, contudo, com a lacuna existente entre o aparato jurídico e sua aplicação na prática, uma vez que a maioria das garantias e dos direitos dispostos na legislação nacional são amplamente ignorados.”

⁶⁵ Conforme informação constante no *website* da Organização dos Estados Americanos (OEA): No Relatório de Mérito, a Comissão recomendou ao Estado do Brasil que uma investigação exaustiva, imparcial e efetiva das violações constatadas fosse conduzida por autoridades judiciais independentes da polícia, com vistas a determinar a verdade e punir os responsáveis, levando em conta o padrão de uso excessivo da força letal pela polícia e as possíveis omissões, atrasos, negligências e obstruções na justiça provocadas por agentes do Estado, bem como garantir compensação adequada e completa, eliminar imediatamente a prática de registrar automaticamente as mortes cometidas pela polícia como “resistência à prisão” e erradicar a impunidade da violência policial em geral, adaptando sua lei interna, normas administrativas, procedimentos e planos operacionais. A CIDH também recomendou a instituição de sistemas de controle e prestação de contas internos e externos para tornar efetivo o dever de investigar, com uma perspectiva de gênero e étnico-racial, todos os casos em que os agentes da ordem utilizam a força letal ou a violência sexual, implementar planos de modernização e profissionalização das forças policiais, regulamentar os procedimentos policiais que envolvem o uso legítimo da força e treinar o pessoal policial para o tratamento efetivo e eficiente das pessoas oriundas dos setores mais vulneráveis da sociedade, inclusive crianças, mulheres e residentes de favelas, buscando superar o estigma de que todos os pobres são criminosos.

A postura de abstenção adotada por parte do Judiciário pauta-se em três premissas. A primeira é que o policial é agente público e que ao negar a prática do crime estaria amparado por uma presunção relativa de veracidade. A segunda proposição é que não poderia o juiz voltar-se contra um agente da lei responsável por garantir a segurança da população, isto faria com que estes agentes se eximissem de sua função de combater o crime, por medo de uma reprimenda do próprio Estado⁶⁶. A terceira asserção centra-se na própria contaminação psicológica externa do juiz, que considera ser desarrazoado remeter peças para a Delegacia de Polícia com o intuito que se investigue um suposto crime praticado contra um “criminoso”, nesta terceira justificativa a moral coletiva punitivista ganha relevo.

Neste sentido, segue o enunciado sumular número 70 editado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁶⁷ ao dispor que a palavra do policial é suficiente para sustentar a condenação, afastando-se, deste modo, qualquer declaração proferida pelo réu. Certamente, não se contesta que o policial é agente público que prima pelo cumprimento das leis, mas não se pode obliterar que é notória a prática de violência para com os presos, como se fosse uma situação corriqueira⁶⁸ (PINHEIRO, 1997). A violência é internalizada em no cotidiano brasileiro e institucionalizada, na medida em que a considera-se uma situação normal se empregada contra os “criminosos”.

O abuso do uso da força, contudo, deve ser reprimido, de modo a resguardar o valor máximo da nossa ordem jurídica que é a Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, a violência utilizada, para além do necessário, causa o descrédito quanto à própria função do Estado, por ser medida flagrantemente arbitrária⁶⁹. Frise-se que haverá, também, a perda da legitimidade no tocante a atividade policial e as declarações proferidas por estes funcionários, pois cria-se o estereótipo do policial como antagonista do povo.

Neste diapasão, cite-se o emblemático “caso da menina Tayná”, em que policiais paranaenses forçaram quatro indivíduos a confessarem a prática do crime de estupro. No entanto, fora comprovada, posteriormente, pela perícia a inocência dos acusados. O que há de

⁶⁶ Ressalte-se que este foi um dos motivos levantados pelo Deputado Federal Eduardo Bolsonaro para a Proposta de Lei 4.381 de 2016.

⁶⁷ Súmula 70 do TJRJ: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

⁶⁸ Neste sentido, deve-se destacar o relatório produzido pela Human RightsWatch sobre a violência policial nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo no ano de 2009: **“Força Letal: Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo”**.

⁶⁹ Neste sentido, faz-se interessante a leitura do **“Posicionamento sobre o uso da força policial”** formulado pelo instituto “Sou da Paz”, em que formula balizas para o adequado uso da força pelos policiais.

mais espantoso neste caso é que um dos suspeitos estava gravemente ferido na delegacia de polícia, pois seu ânus havia sido perfurado por um cassetete⁷⁰.

Partindo-se da perspectiva do agravamento crônico das funções inerentes a persecução penal, decorrente das séries de abusos cometidos pelo aparato repressor, a audiência de custódia tenciona amenizar esta conflituosidade, pelo menos no que diz respeito à averiguação da tortura e maus tratos. Isto porque o custodiado será submetido, sem demora, a presença da autoridade judicial, que poderá avaliar a presença dos crimes supracitados visualmente e ordenar que se realize o exame de corpo de delito e posterior encaminhamento das declarações e do laudo da perícia médica à autoridade policial para que investigue o delito.

Em que pese à audiência de custódia servir para coibir a prática da tortura policial percebe-se uma clara falta de sincronia entre o que apregoa a norma e a realidade prática. Até que ponto os magistrados irão querer se indispor com os policiais? Será que os juízes durante a realização desta audiência preliminar perguntam ao réu sobre eventual tortura sofrida? Regresse-se às três premissas elencadas acima e que têm o condão de esvaziar uma das finalidades precípua do direito de apresentação.

Embora o Conselho Nacional de Justiça sinalize que foram registrados aproximadamente três mil casos⁷¹ relativos à prática de tortura contra indivíduos privados de sua liberdade, poucos juízes posicionam-se de maneira proativa no combate deste delito, considerando que ao realizarem esta audiência analisam, somente, a legalidade da prisão, como ocorria antigamente com a simples aferição do auto de prisão em flagrante. Destarte, frustra-se de uma só vez o combate à tortura e o contraditório participativo, pois não permitem que o réu se manifeste⁷².

Nesta perspectiva, importante destacar a documentação elaborada pelas organizações civis (Conectas, ITTC, Justiça Global e Clínica Internacional de Direitos Humanos de

⁷⁰**Tribunal: Policiais acusados de tortura no 'caso Tayná' são interrogados.** Disponível em: <[⁷¹**Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente.** Disponível em: <\[>.\]\(http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente\)](http://www.paranaonline.com.br/editoria/policia/news/901955/?noticia=TRIBUNAL+POLICIAIS+ACUSADO+S+DE+TORTURA+NO+CASO+TAYNA+SAO+INTERROGADOS.>.</p></div><div data-bbox=)

⁷² Situação esta observada pelo vídeo anexado à matéria produzida pelo website G1 sobre a audiência de custódia. Não fora dado ao réu a oportunidade de se manifestar. Tanto a acusação como a defesa apenas leram suas manifestações escritas. O réu não teve a oportunidade de apresentar a sua defesa pessoal. Disponível em: <[>.](http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html)

Harvard à CIDH) entregue à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em outubro de 2015⁷³. Veja-se:

“Desde o início do projeto de audiências de custódia em São Paulo, em fevereiro do corrente ano, o Tribunal de Justiça local identificou 277 relatos de tortura dos presos apresentados ao juiz.

Em contrapartida, a pesquisa da Conectas detectou, somente entre agosto e setembro, respectivamente, 69 e 80 (149) relatos de tortura. **Destes, 49 sequer foram encaminhados para qualquer órgão investigativo, sendo completamente invisibilizados após a audiência.** Em outros estados, relatos são igualmente comuns. Embora não haja nenhum banco de dados oficial, pesquisa midiática aponta, até setembro, 31 relatos no Rio Grande do Sul, 15 denúncias no Espírito Santo e 43 em Minas Gerais.

Em cerca de metade dos casos, o juiz, primeiro a se dirigir ao réu, não faz qualquer pergunta sobre violência sofrida pelo indiciado. Na verdade, tal índice existe pois constatou-se que 45% dos juízes nunca perguntam sobre violência, mesmo com indícios corpóreos constatáveis visualmente.

Igualmente, o preso somente relatou violência de maneira espontânea em 17 casos, sendo que são comuns relatos do gênero: “Não sofri tortura, só uns tapas, puxões de cabelo, butinadas, xingamentos, etc.”

Já o Ministério Público, constitucionalmente responsável pela supervisão da atividade policial, somente teceu perguntas sobre a tortura em míseros 03 casos. É evidente que o crime a que responde o indicado, seja qual for, tem mais gravidade para o órgão acusatório do que possível prática de tortura por agente público.

No estado do Espírito Santo, segundo a implementar o projeto, o Ministério Público sequer vem comparecendo às audiências, por entender que o órgão não foi consultado quanto ao trâmite das mesmas.”

Se não houver um esforço cooperativo entre todos os atores envolvidos na persecução penal, sobretudo juízes e membros do Ministério Público o direito de apresentação será uma garantia natimorta.

Neste sentido, defende-se que o princípio da cooperação deve ser aplicado ao processo penal, no que diz respeito à proteção das garantias fundamentais. Sublinhe-se que o referido princípio direciona-se à função desempenhada pelo magistrado no processo, orientando sua atuação. Preceitua-se que não pode mais existir o juiz apático, que aguarda manifestações das partes para atuar (DONIZETTI, 2012). Não apenas a função do magistrado passa por uma reavaliação, mas os demais integrantes passam a ser responsáveis pelo processo. Necessita-se de uma democracia participativa no processo, de maneira que este passa a ser percebido como um diálogo entre as partes e o magistrado.

Acentue-se que o referido princípio ainda é um desafio na prática cível⁷⁴ e que na órbita do direito penal a dificuldade eleva-se exponencialmente, principalmente devido à

⁷³ **Relatório das sociedades Civis apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).** Disponível: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/95227618/Conectas/CIDH_Audi%C3%Aancia_de_Cust%C3%B3dia_FINAL.pdf>

nossa formação cultural inquisitória que não concebe o delinquente marginalizado como sujeito de direito, mas como um objeto que necessita ser exilado da sociedade.

A partir das elucidações feitas passa-se a averiguar, no próximo item, se a instituição da audiência de custódia da forma como fora estabelecida no Brasil, possui a capacidade de interferir na práxis penal ou se sucumbirá a esta.

4.3.Imposição e Fracasso:

Malgrado a louvável atitude do Conselho Nacional de Justiça em impor a realização da audiência de custódia, tendo em vista cumprir o mandamento convencional, renegado ao esquecimento por mais de vinte anos pelo Brasil, assevere-se que nos moldes como foi implementada torna-se uma medida ilegítima e de instituição arbitrária. Observe-se que, no ordenamento jurídico pátrio, o direito de apresentação, que preconiza o combate à arbitrariedade estatal, fora instituído de forma autoritária. Eis o contra-senso jurídico brasileiro.

O direito de apresentação tal como os demais direitos assegurados pelos tratados internacionais, que versam sobre direitos humanos, refletem o anseio cosmopolita de se viver em um Estado Democrático de Direito, que assegure garantias mínimas do indivíduo contra o Estado, de forma que o núcleo de direitos fundamentais esteja amparado contra qualquer arbitrariedade. As convenções, portanto, foram fruto de um intenso diálogo entre os estados-membros, de modo a dar-lhes legitimidade e representam nada mais que o *direito dos povos*⁷⁵ (RAWLS *apud* LIMA, 2013).

Nesta senda, o direito de apresentação, ao ser internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, deveria ter passado por um filtro de legitimidade, tal como ocorre com o projeto de lei do senado 554 de 2011, que perpassa por todo o processo legislativo federal. Ressalte-se que nesse projeto de lei houve um intenso debate, manifestando-se tanto as mais diversas

⁷⁴ Neste sentido, destaque-se os enunciados 01, 04 e 10 do ENFAM sobre o novo Código de Processo Civil que visam aniquilar o princípio da cooperação e do contraditório participativo, estabelecendo várias exceções que esvaziam as referidas normas fundamentais do processo civil.

⁷⁵ A terminologia “povos” se refere aos povos democráticos liberais e decentes enquanto atores e protagonistas do Direito dos Povos. Portanto, neste direito os atores não são os Estados como tradicionalmente o são no Direito Internacional; a questão fundamental em jogo não é a criação de um conjunto de normas que tenham como alvo as relações interestatais, mas trata-se de apontar princípios e diretrizes que regulem uma Sociedade de Povos bem-ordenados, isto é, os povos liberais e decentes. Reforçando essa indispensável distinção rawlsiana, diz Rouanet: “[...] por Direito dos Povos compreende-se uma teoria da justiça global, ao passo que por direito das nações entende-se o conjunto realmente existente de normas legais com validade e aplicabilidade internacionais. **A ideia de uma sociedade de povos bem-ordenados segundo John Rawls.** Revista Eletrônica: *SOFIA*. Vitória (ES), vol. 2, n. 2. Dezembro 2013

associações, que representavam membros do ministério público, polícia judiciária, magistratura e defensoria, assim como a própria sociedade civil. Ainda que o referido projeto de lei padeça de algumas críticas o seu processo de elaboração torna-o legítimo.

De outro giro, a resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça representou a sobreposição da força política do referido órgão, impondo, sem um maior debate, o direito de apresentação. Não se olvide que a atitude representou um avanço e valeu-se da máxima que os direitos são conquistados à força, entretanto, se vive-se em um Estado Democrático de Direito faz-se necessário um diálogo entre as partes envolvidas para que se chegue à melhor solução possível (LUHMANN *apud* BAPTISTA, 2003).

A cooperação de todos os órgãos envolvidos na persecução penal e uma análise mais acurada da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos diminuiria a corrente opositora, se não enfraqueceria seus argumentos. Problemas de ordem prática, como aqueles apontados no terceiro capítulo deste trabalho, poderiam ter sido sanados. Ademais, não pode-se esquecer que o direito de apresentação impacta a práxis forense e, por isso, o fator *legitimidade* torna-se crucial para a sua efetivação.

A imposição às pressas e de maneira abrupta fez com que os tribunais tentassem se ajustar, à sua maneira, a esta nova realidade. Aponte-se que na jurisprudência sobre o tema encontram-se situações diametralmente opostas, de um lado encontram-se magistrados engajados em efetivar a garantia convencional⁷⁶ e que até relaxam a prisão se o conduzido não lhe for apresentado no prazo de vinte e quatro horas⁷⁷. Por outro lado, parcela do judiciário à esteira do que propaga Guilherme de Souza Nucci considera a medida um *incômodo modismo*⁷⁸ (2015) e que a não realização da audiência de custódia representa mera informalidade⁷⁹.

⁷⁶Habeas Corpus nº 1.358.323-2, do foro central da Comarca da Região Metropolitana De Curitiba – 3ª Vara Criminal;

⁷⁷ Sexta Câmara Criminal Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000 Relator: Des. LUIZ NORONHA DANTAS.

⁷⁸ De acordo com o Desembargador: “continuarei mantendo a prisão cautelar ou concedendo liberdade provisória, de acordo com a lei – e não com lamúria de pessoa detida, por vezes, autora de crime grave.” **Os mitos da audiência de custódia.**

⁷⁹ HABEAS CORPUS - EXTORSÃO - ILEGALIDADE DA PRISÃO NÃO CONFIGURADA - COMUNICAÇÃO DO FLAGRANTE NO PRAZO LEGAL - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - MERA IRREGULARIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. - Se a prisão em flagrante do acusado foi devidamente comunicada ao d. Magistrado a quo no prazo de vinte e quatro horas, não há que se falar em sua ilegalidade. - A não realização de audiência de custódia é incapaz de macular a prisão do acusado, **uma vez que se trata de mera irregularidade**, mormente quando os demais direitos do acautelado foram garantidos e já tendo sido a prisão preventiva decretada.(TJ-MG - HC: 10000150489821000 MG, Relator: Cássio Salomé, Data de Julgamento: 16/07/2015, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/07/2015) .

A maioria dos magistrados viu-se inserida em uma realidade nova em que impunha-lhe um fazer não previsto em lei. Como exigir da magistratura um repensar de toda sua atuação na esfera penal, se não lhe é garantida condições mínimas para a reflexão? A atitude natural do ser humano frente à mudança é a rejeição, ainda mais quando esta lhe impõe um ônus.

Frise-se que conforme dados colhidos pelo próprio Conselho Nacional de Justiça a prisão continua a ser a regra nos estados federados. A estatística aponta, por exemplo, que no vanguardista estado do Rio Grande do Sul a decretação de prisão preventiva ultrapassa 80%. No estado de Goiás, 63% das audiências de custódia realizadas, terminaram com a decretação da prisão cautelar. Em regra, a prisão ainda prepondera. De outro giro, merece destaque alguns dos estados das regiões nordeste e centro-oeste, como o Alagoas e o Mato Grosso, respectivamente, em que a decretação de prisão preventiva não ultrapassou 50%. Também merece realce o estado do Rio de Janeiro, em que mais de 66% das audiências de apresentação terminaram no encaminhamento do custodiado ao serviço social.⁸⁰

Somando-se a falta de legitimidade do instituto, a ausência de esclarecimento sobre seus objetivos e a formação cultural brasileira de cunho punitivista⁸¹ percebe-se a dificuldade de se estabelecer um processo penal humanitário, que zelee pelo contraditório participativo e um efetivo sistema acusatório. Destarte, espera-se que o prognóstico de infortúnio deste direito não se confirme.

E M E N T A HABEAS CORPUS. ART. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. MERA IRREGULARIDADE. **FALTA DE PREVISÃO LEGAL**. ESTADO FLAGRANCIAL CONFIGURADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. 1-A respeitável decisão guerreada atendeu o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, vez que alicerçou-se na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, bem como na garantia da aplicação da lei penal, pois existem provas da existência do crime e de indícios da participação dos pacientes no nefasto comércio de entorpecentes, não havendo, portanto que se falar em falta de fundamentação. 2-**A ausência de audiência de custódia prévia constitui mera irregularidade**, não tendo o condão, por si só, de revogar a prisão preventiva dos ergastulados, quando presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP. 3-Estado flagrancial configurado. Paciente que foram flagrados tentando receber à droga que seria posta à comercialização. 4-Ordem denegada. Unanimidade(TJ-MA - HC: 0600222015 MA 0010586-24.2015.8.10.0000, Relator: JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES, Data de Julgamento: 21/01/2016, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 26/01/2016).

⁸⁰A estatística colhida pelo Conselho Nacional de Justiça encontra-se anexada ao final do trabalho.

⁸¹ Deve-se ressaltar o comentário feito pela Promotora de Justiça Lindinalva Rodrigues do Estado do Mato Grosso: “Tranquem suas casas cidadãos de bem, construam suas prisões, que a ordem do judiciário a princípio é liberar o máximo de acusados possível. Dá Medo”. **Promotora crítica audiências de custódia e avisa: “tranquem suas casas cidadãos de bem”**. Disponível em:<<http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?id=31097>>.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo traçar um panorama geral acerca do “direito de apresentação da pessoa detida à autoridade judicial”, previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque, no ordenamento jurídico brasileiro.

Demonstrou-se ao longo do primeiro capítulo a importância do sistema multinível para a proteção dos Direitos Humanos. Seguiu-se, no presente trabalho, o posicionamento da doutrinadora Flávia Piosevan, em seu livro direito constitucional internacional (2016), em que as normas estabelecidas pelo Constituinte de 1988 e àquelas previstas nas Convenções Internacionais são complementares e harmônicas, conforme dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal e que servem ao fim precípua de resguardo dos direitos e garantias fundamentais.

Em seguida, fizeram-se alguns apontamentos sobre o direito de apresentação destacando sua origem, a adesão de outros ordenamentos alienígenas a esta norma convencional, bem como a finalidade do referido instituto. Sublinhou-se que o direito de apresentação é a materialização do princípio da imediatidade e que, por isto, tende a humanizar o processo penal, através da efetivação do contraditório participativo.

Ao longo do segundo capítulo foram expostos os principais projetos de lei federal atinentes ao tema. Neste sentido, ganha relevo o Projeto de Lei do Senado 554 de 2011, que pretendeu tornar efetiva a audiência de apresentação. Há de se destacar, ainda, a forte participação de associações ligadas à persecução penal e ao direito de defesa, contribuindo para a formulação do intento legislativo. Em sentido contrário, outros projetos de lei, destacados na presente pesquisa, tinham por enfoque impedir a implantação da audiência de custódia, como por exemplo, o Projeto de Lei 470 de 2015, do Deputado (e delegado) Laerte Bessa e o Projeto de Lei 4.381 de 2016, de proposta do Deputado Federal Eduardo Bolsonaro.

O terceiro capítulo denotou os motivos determinantes para que o Conselho Nacional de Justiça editasse a Resolução 213 de 2015 instituindo as audiências de custódia. A argumentação utilizada pelo referido órgão voltou-se para a necessidade de se humanizar o processo penal e reduzir o número de presos provisórios em estabelecimentos prisionais, adequando a prática ao comando Constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXVI, que estabelece que a prisão preventiva seja a exceção no ordenamento interno. Contudo, constatou-se um viés utilitarista, na medida em que Ministro Ricardo Lewandowski, durante a apresentação do “Projeto Audiência de Custódia” à Comissão Interamericana de Direitos

Humanos, asseverou que era necessário reduzir o número de presos nas unidades prisionais, pois representavam um gasto exagerado para o aparato estatal.

Finda as considerações a respeito dos motivos determinantes para o protagonismo do Conselho Nacional de Justiça na inserção das “audiências de custódia”, a presente pesquisa enveredou-se na análise dos problemas práticos atinentes ao direito de apresentação em no ordenamento pátrio. Pretendeu-se compatibilizar o comando convencional com a realidade dos foros, propondo soluções para os entraves práticos suscitados pela corrente opositora à efetivação da garantia em tela.

O último capítulo objetivou realizar uma análise reflexiva quanto o sistema de garantias previsto no sistema multinível, em especial o direito de apresentação, e a formação cultural brasileira. Verificou-se que o maior obstáculo para a efetivação da garantia convencional é a moral brasileira de conotação punitivista e fortemente influenciada pela mídia sensacionalista. Assinalou-se a imprescindibilidade da cooperação entre os agentes envolvidos na persecução penal para a efetivação do direito de apresentação e do contraditório participativo no processo penal.

Por fim, apontou-se que a imposição abrupta da audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, sem um diálogo entre as instituições envolvidas na persecução penal, padece de falta de legitimidade. Destarte, encontram-se juízes engajados com a realização deste direito, como também aqueles que o consideram um modismo incômodo e defendem que a sua inobservância é mera irregularidade. Por todo o exposto, receia-se que a garantia convencional não cumpra com seu viés humanitário e não passe de mero procedimento mecanizado.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Bonn, Alemanha. Conselho Parlamentar. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2016.

_____. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica** – Dados eletrônicos. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em:<http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book_AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2016.

ARGENTINA. **Ley 27.063 de 10 de diciembre de 2014**. Código ProcesalPénal de laNación. Buenos Aires, Argentina. Congreso Nacional. 2014.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL. Nota técnica. São Paulo. 2014.

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. **Ofício**. São Paulo, 21 de agosto de 2014.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **Ofício ANADEP nº02/2015**. Brasília, 05 de fevereiro de 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Nota técnica nº 04/2014/CONAMP**. Brasília, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer**. Processo nº 8837-91.2014.4.01.3200.3ª vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. 2014. Disponível em:<https://www.academia.edu/9457415/Parecer__Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em: 5 jun. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do Direito Penal Mínimo para uma Teoria dos Direitos Humanos como objeto e Limite da Lei Penal**. Doctrina Penal. Teoria e Prática em Ciências Penais. Buenos Aires, Argentina. Ano 10, N. 87, P. 623-650. 1987.

BARROSO, L. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.].

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n° 12, p. 271-288, 2° semestre de 2002, p. 273.

BAPTISTA, Patrícia F. **A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no Estado de Direito Contemporâneo**. R. Proc. Geral. Rio de Janeiro, 57. Ano 2003.

BENETTA, Leilane. **Tribunal: Policiais acusados de tortura no 'caso Tayná' são interrogados**. Website: Paraná-online.com.br. Curitiba. 2015.

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

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

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Brasília, DF: Senado. 1989.

_____. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque. Brasília, DF: Senado. 1992.

_____. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**. Pacto de San José da Costa Rica. Brasília. DF: Senado. 1992.

CHILE. **Ley 19.696 de 29 de septiembre de 2000**. Código Procesal Penal. Santiago. Congreso Nacional. 2000. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> .

CHOUKR, Faiuzi. ESSADO, Tiago. **Audiência de custódia: por que somos favoráveis**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-por-que-somos-favoraveis-por-fauzi-hassan-choukr-e-tiago-essado-2/>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Falha grave**. Website: conectas.org. 2015. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/40372-falha-grave>>.

_____. **“A porta de entrada no sistema continua escancarada”**. Website: Conectas.org . 2016. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/41560-%E2%80%9Ca-porta-de-entrada-no-sistema-continua-escancarada%E2%80%9D>>.

_____. **ONU demanda redução do número de presos no Brasil**. Website: conectas.org. 2016. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/41562-onu-demanda-reducao-do-numero-de-presos-no-brasil>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário**. Website: CNJ.jus.br. Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>.

_____. **Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente**. Website: cnj.jus.br. Brasília. 2016 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>.

_____. **Resolução 213 de 2015**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>>.

_____. **Mapa de implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>.

COLÉGIO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS-GERAIS. **Ofício 105**. Belém. 2014.

DONIZETTE, Elpídio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC**. Website: jusbrasil. Belo Horizonte. 2012. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>.

ESPANHA. **Constitución Española de 1978**. Madrid, Espanha. Congreso Nacional. 1978.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL. **Ofício nº 37-14-FENADEPOL**. 2014.

GARLAND, David. **As Contradições Da “Sociedade Punitiva”: O Caso Britânico**. Revista De Sociologia E Política Nº 13: 59-80 NOV. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf>>.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2015.

GRANDINETTI. Luís Gustavo Castanho de Carvalho. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. Editora: Saraiva. 6ª edição. 2014. Página 144.

HAITI. **La Constitution de la République D'Haïti (1987)**. Port-au-Prince. Palais Législatif. 1987. Disponível em: <http://www.oas.org/Juridico/mla/fr/hti/fr_hti-int-txt-const.html >.

HUMAN RIGHTS WATCH. BRAZIL. **Força Letal: Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo**. Website: hrw.org. Nova York. United States of America. 2009. Disponível em: <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1209ptwebwcover.pdf>>.

LEHMAN, Hérve. **O juiz de instrução é ineficaz e pouco democrático**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-19/juiz_instrucao_exerce_poder_solitario_ineficaz_democratico>. Acesso em: 5 jun. 2016.

LIMA, Jozivan Guedes. **A ideia de uma sociedade de povos bem-ordenados segundo John Rawls**. Revista Eletrônica: *SOFIA*. Vitória (ES), vol. 2, n. 2. Dezembro 2013

IBADPP, "Audiência de Custódia" por Prof. Antonio Vieira - TJBA/UNICORP/IBADPP, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6Kg5hFdUeSY>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Nota Técnica**. São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia no Estado de São Paulo**. Instituto de Defesa do Direito de Defesa. São Paulo. 2016.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Posicionamento sobre o uso da força policial**. Instituto Sou da Paz. São Paulo. 2014. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/posicionamento_sobre_uso_da_for_a_pelas_policias.pdf>.

LOPES JR; Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. Ed. Saraiva. Porto Alegre. 2015.

_____. **Imediata apresentação do preso em flagrante. Uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal**. In: *Informativo Rede Justiça Criminal*, Brasília, edição 05, ano 03, 2013.

_____; **Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude**. Website: Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/limite-penal-reu-nao-obrigado-provar-causa-exclusao-ilicitude>>.

_____. PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. *Revista Liberdades*. São Paulo, nº17, p. 11-23, set./dez. 2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça. 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/5-direito-a-liberdade-pessoal>>.

_____. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias Infopen- Junho 2014**. Ministério da Justiça. Brasília. 2014. Disponível:

<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO .Ofício 3.506 de 2014.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO; Gabriela Ribeiro. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária Um debate oportuno**. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 93-117, jan.-abr. 2013. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/download/12592/9689>.

MOSER, Sandro. **“Demolidor” levanta debate ético sobre violência e justiça**. Website: Gazeta do Povo.com.br, Caderno G.São Paulo. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/tv/demolidor-levanta-debate-etico-sobre-violencia-e-justica-91j9wjraxfcvqsof92aw8brbb>>.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETTO, Eurico. **A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 17 | n. 33 | Jan./Jun. 2015. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_antteriores/33/artigos/artigo09.pdf>.

NICARÁGUA.**Constitucion Politicade la República de Nicaragua de 1987**. Manágua, Nicaragua. Asamblea Nacional.1987

NUCCI, Guilherme Souza. **Os mitos da audiência de custódia**.Website: [guilhermenucci.com.br](http://www.guilhermenucci.com.br). Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). **CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH**. Organização dos Estados Americanos. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/069.asp>>.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>.

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

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Larissa. **Princípio da Oralidade no Processo Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/larissapereira.pdf>.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias**. Revista de Sociologia. USP. São Paulo.(9).1: 43-52, maio de 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v9n1/v09n1a03>>.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL; CLÍNICA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE HARVARD. **Relatório das sociedades Civis apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Washington. 2016. Disponível: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/95227618/Conectas/CIDH_Audi%C3%AAncia_de_Cust%C3%B3dia_FINAL.pdf>

SANTOS DA SILVA, Arthur. **Promotora critica audiências de custódia e avisa: “tranquem suas casas cidadãos de bem”**. Web site: olha jurídico. Publicado em 24. fev. 2016. Disponível em: <<http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?id=31097>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Portaria 3.217/CGJ/2014**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2014. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/gestao-de-primeira/varas-com-competencia-para-inqueritos-policiais/>>.

_____. **Resolução 796 de 2015**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2015. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>>.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa. Assembleia Constituinte. 1976.

STOCHERO, Thaianie. **Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda**. Website G1. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Ofício PRES nº 275**. Rio de Janeiro. 2014

UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil**. General Assembly - Human Rights Council. Manhattan, Nova York. .2012. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/G160141RelatorioTorturaVisitaBR2015.pdf>>.

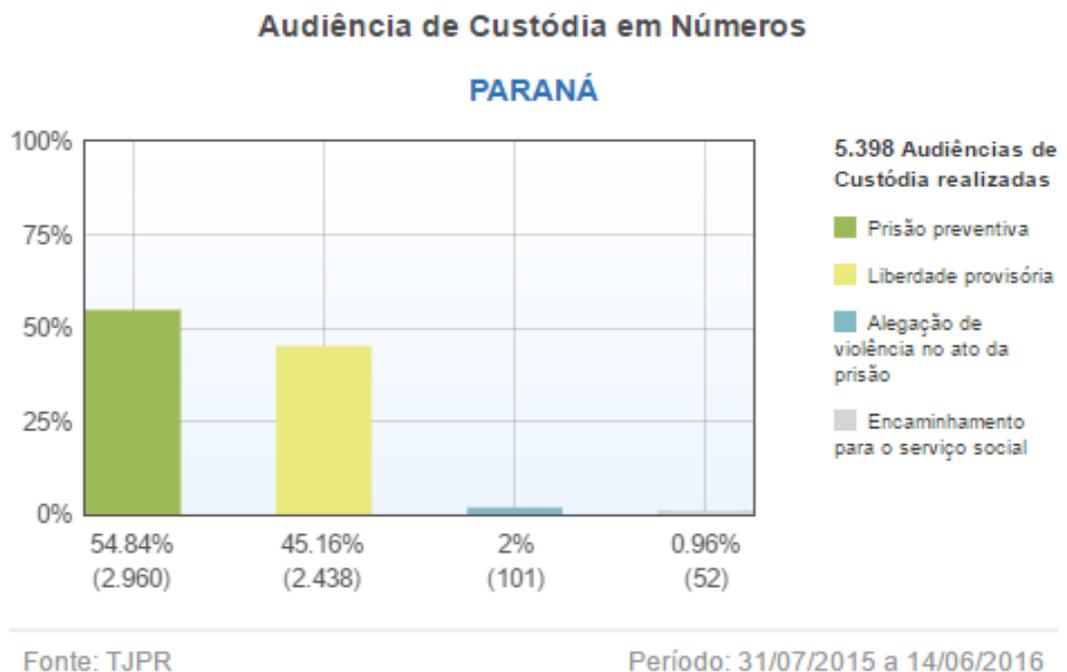
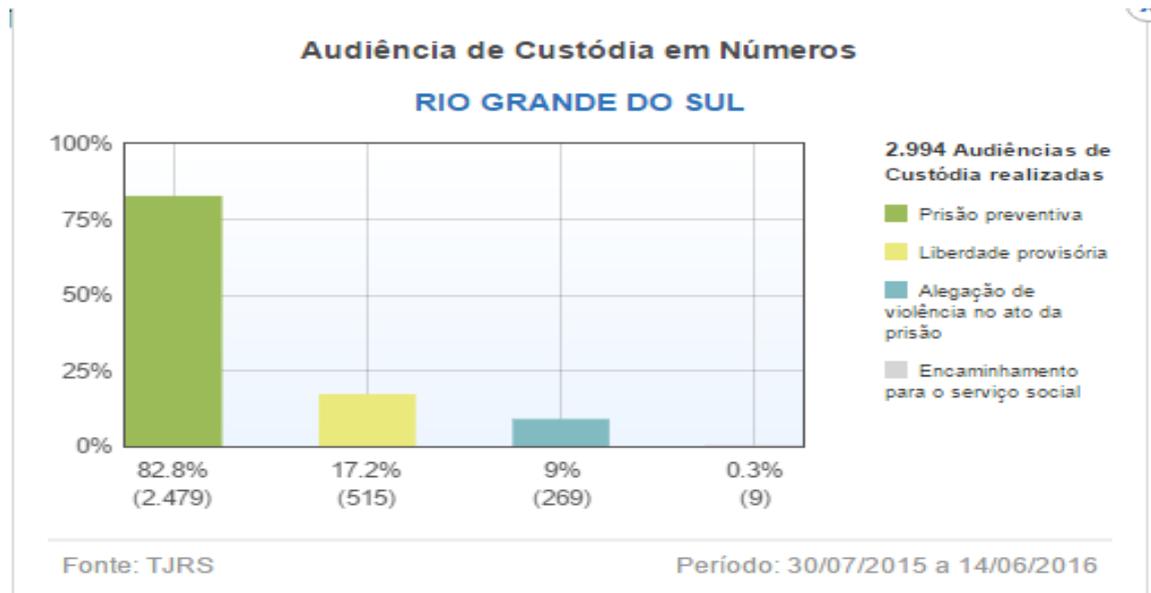
VENTURINI, Lilian. **Preso apresentado ao juiz em 24 horas: prática avança, mas ainda é restrita**. Website: nexojornal.com.br. 2016. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/41563-nexo-presos-apresentado-ao-juiz-em-24-horas-pratica-avanca-mas-ainda-e-restrita>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

WEIS, Carlos.; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol, p. 331-335. 2012.

ANEXO

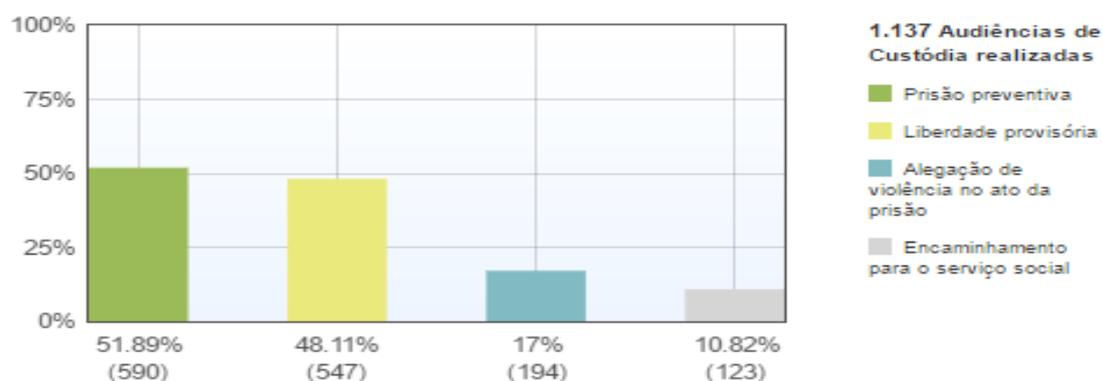
01-AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM NÚMEROS CONFORME ESTATÍSTICA DISPONIBILIZADA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

- **REGIÃO SUL:**



Audiência de Custódia em Números

SANTA CATARINA



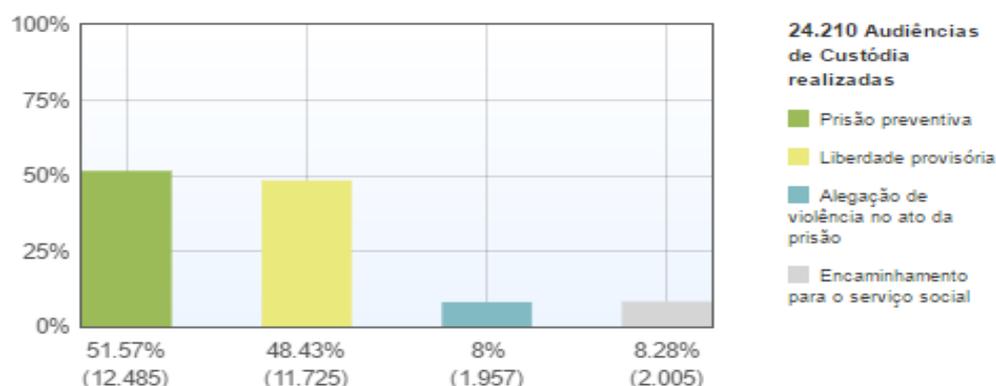
Fonte: TJSC

Período: 01/09/2015 a 14/06/2016

- **REGIÃO SUDESTE:**

Audiência de Custódia em Números

SÃO PAULO

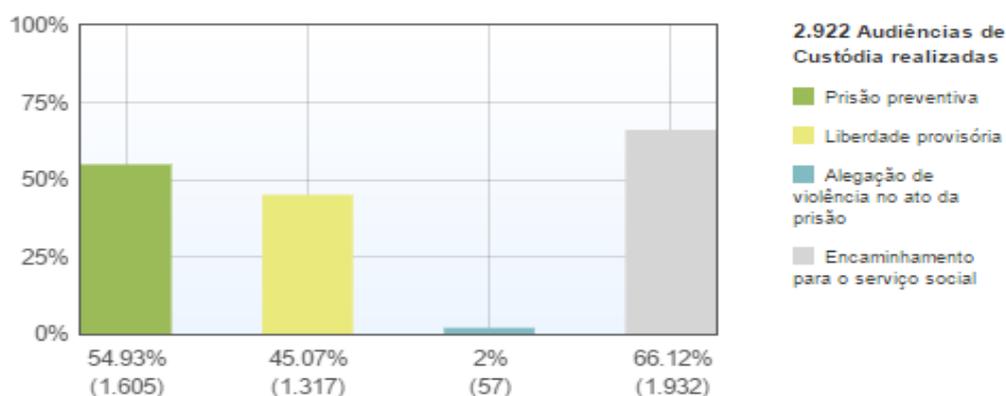


Fonte: TJSP

Período: 24/02/2015 a 15/06/2016

Audiência de Custódia em Números

RIO DE JANEIRO

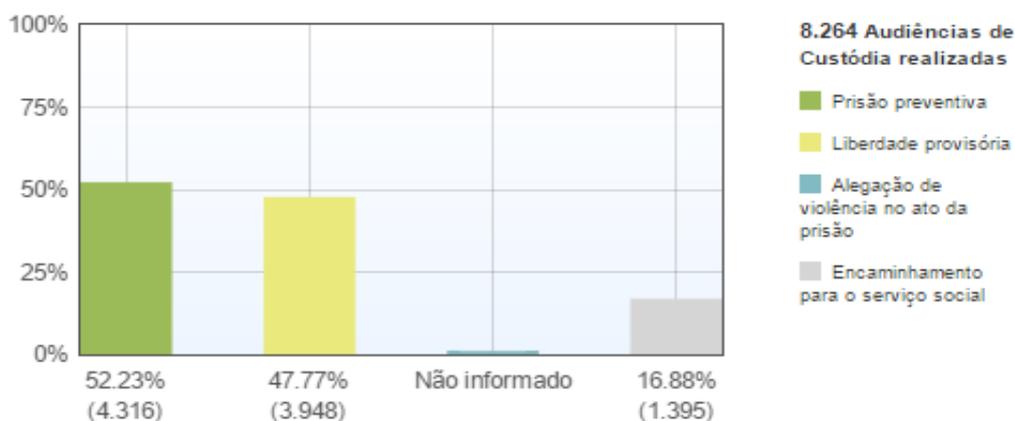


Fonte: TJRJ

Período: 18/09/2015 a 15/05/2016

Audiência de Custódia em Números

MINAS GERAIS

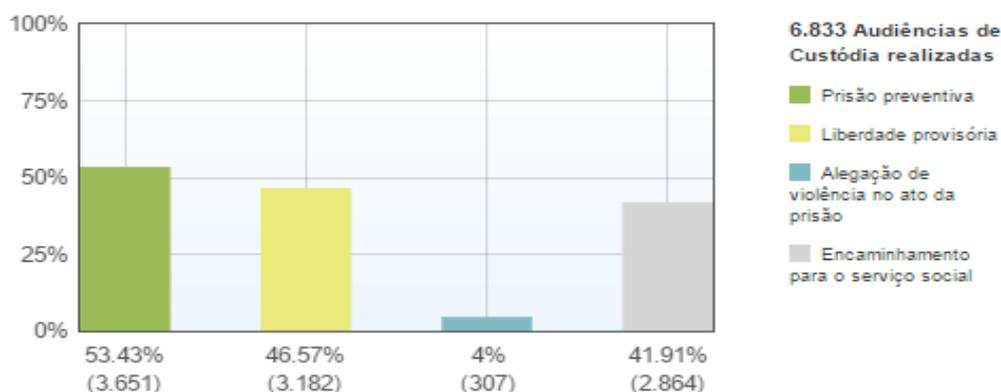


Fonte: TJMG

Período: 17/07/2015 a 15/06/2016

Audiência de Custódia em Números

ESPÍRITO SANTO



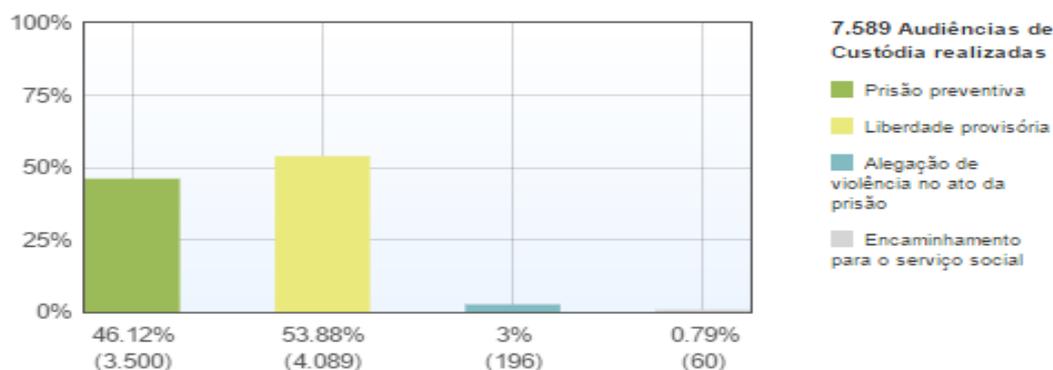
Fonte: TJES

Período: 22/05/2015 a 16/05/2016

• REGIÃO CENTRO-OESTE:

Audiência de Custódia em Números

DISTRITO FEDERAL

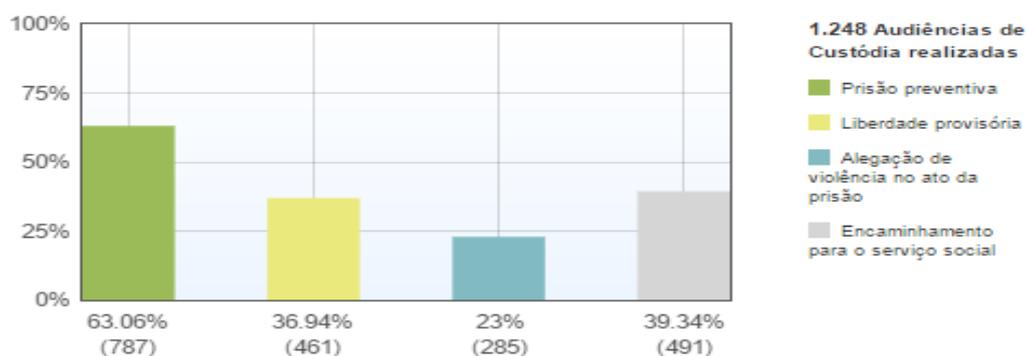


Fonte: TJDFT

Período: 14/10/2015 a 13/06/2016

Audiência de Custódia em Números

GOIÁS

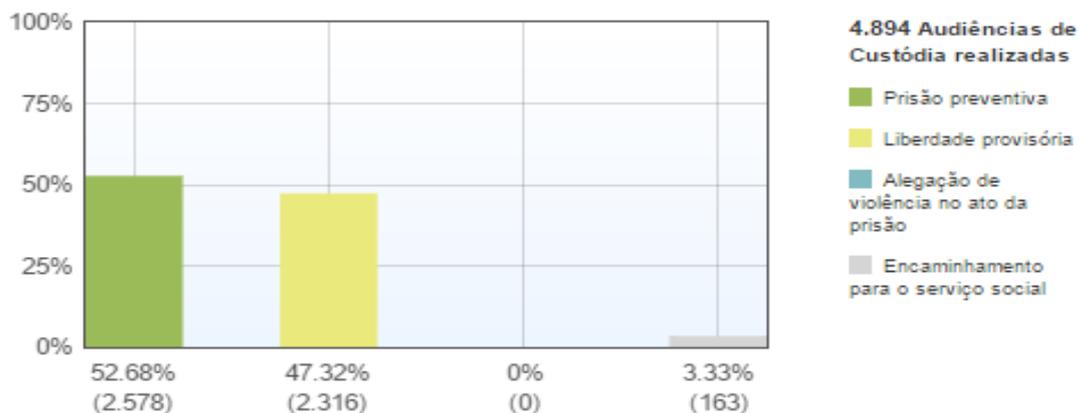


Fonte: TJGO

Período: 10/08/2015 a 15/02/2016

Audiência de Custódia em Números

MATO GROSSO DO SUL

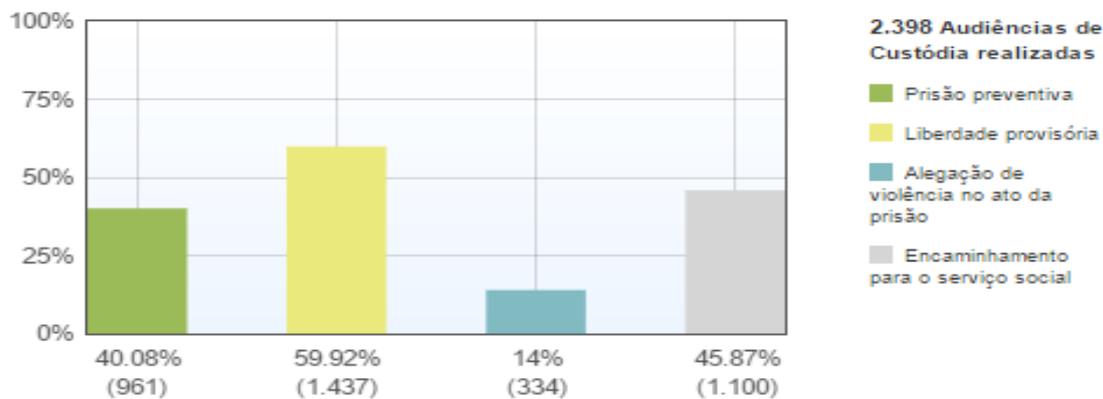


Fonte: TJMS

Período: 05/10/2015 a 02/06/2016

Audiência de Custódia em Números

MATO GROSSO



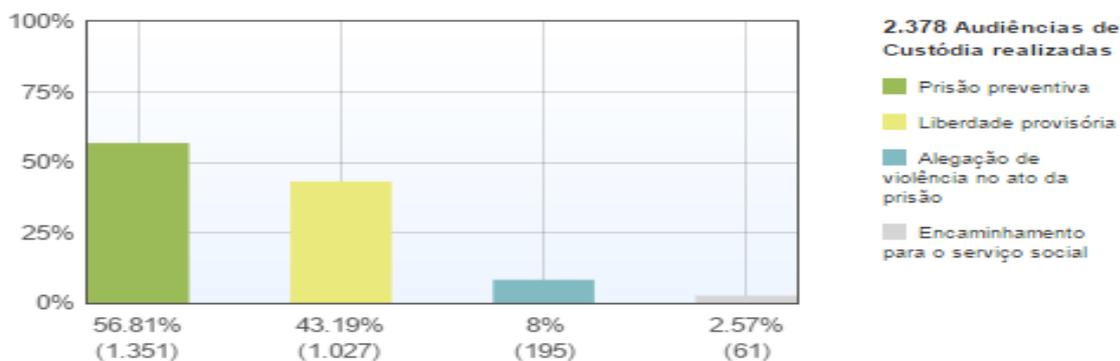
Fonte: TJMT

Período: 24/07/2015 a 15/05/2016

- **REGIÃO NORTE:**

Audiência de Custódia em Números

RONDÔNIA

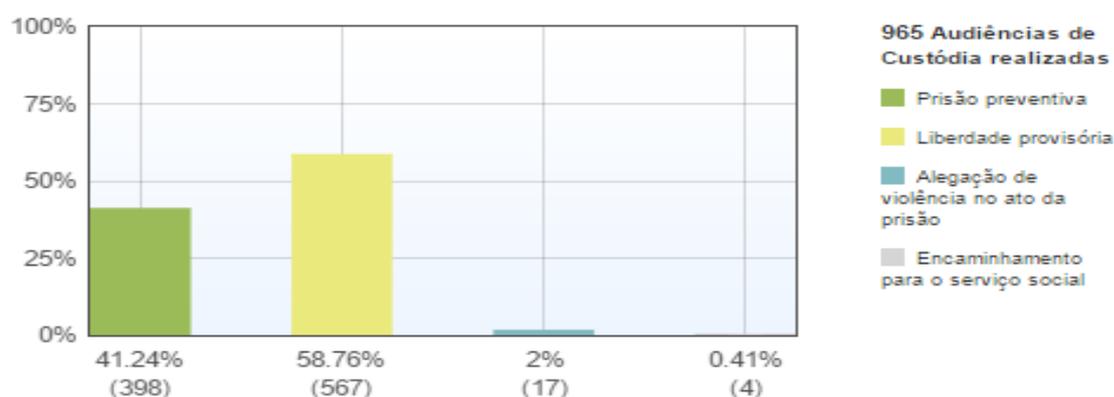


Fonte: TJRO

Período: 14/09/2015 a 14/06/2016

Audiência de Custódia em Números

ACRE

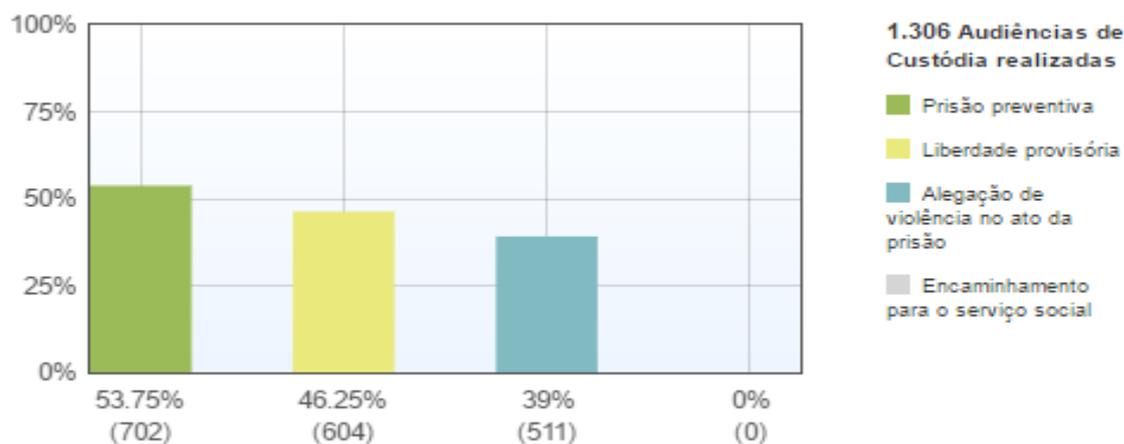


Fonte: TJAC

Período: 14/09/2015 a 13/06/2016

Audiência de Custódia em Números

AMAZONAS

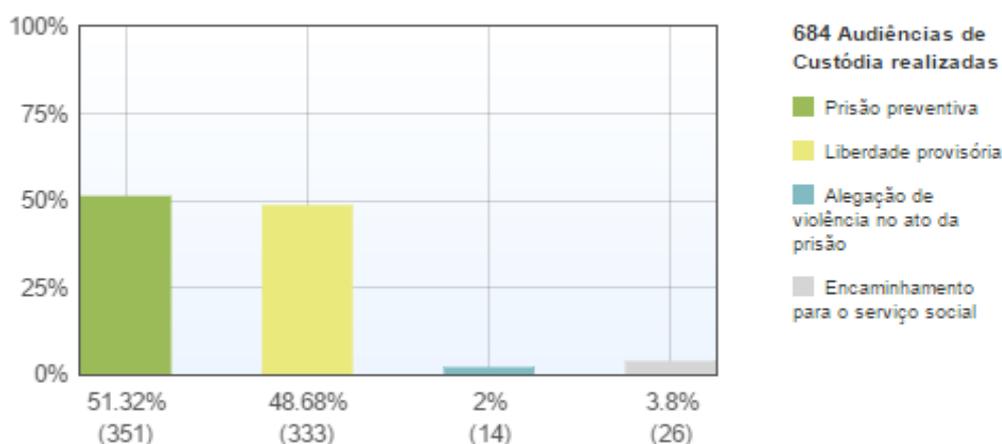


Fonte: TJAM

Período: 07/08/2015 a 31/05/2016

Audiência de Custódia em Números

RORAIMA

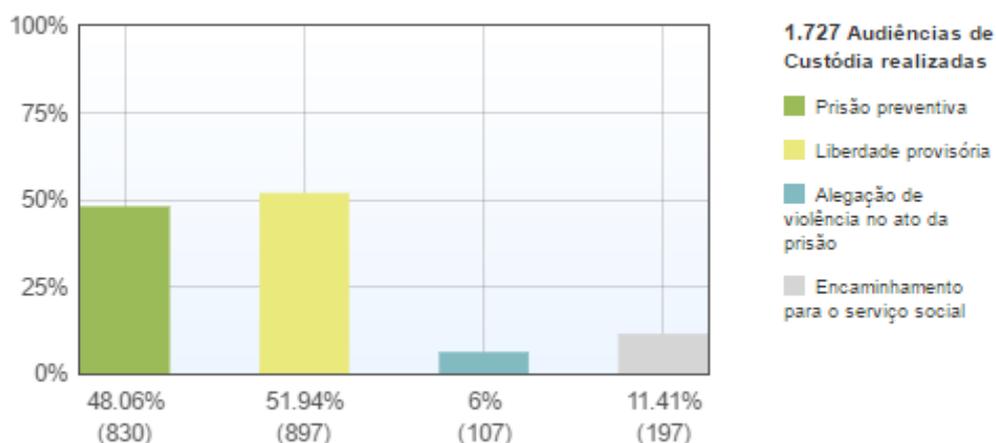


Fonte: TJRR

Período: 04/09/2015 a 23/05/2016

Audiência de Custódia em Números

PARÁ



Fonte: TJPA

Período: 25/09/2015 a 14/06/2016

Audiência de Custódia em Números

TOCANTINS

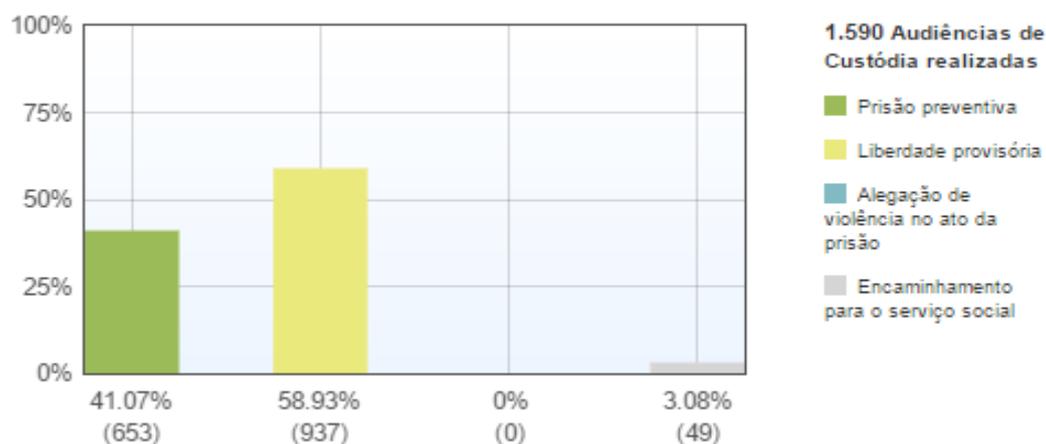


Fonte: TJTO

Período: 10/08/2015 a 15/06/2016

Audiência de Custódia em Números

AMAPÁ



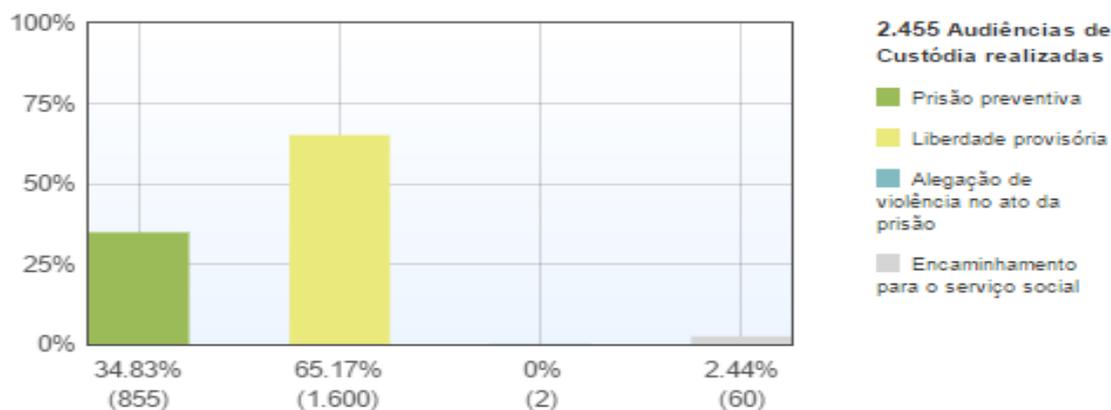
Fonte: TJAP

Período: 25/09/2015 a 13/06/2016

- **REGIÃO NORDESTE:**

Audiência de Custódia em Números

BAHIA

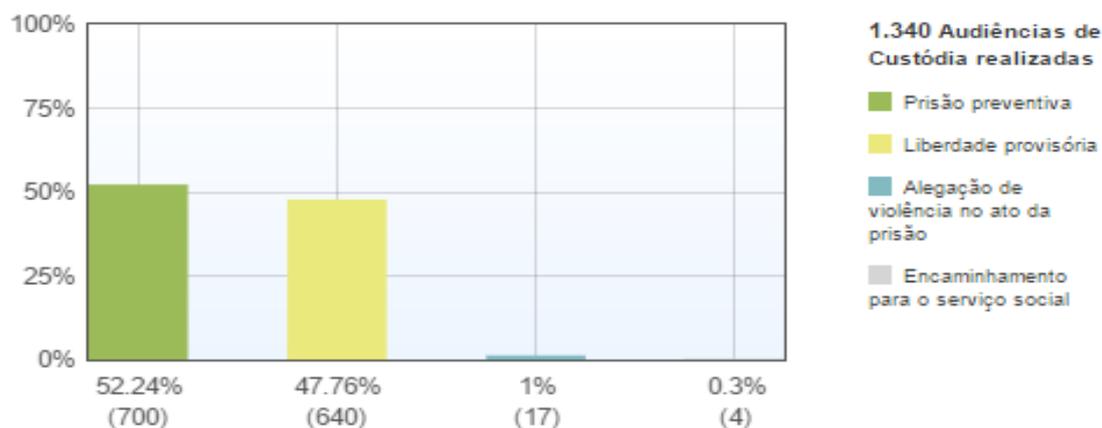


Fonte: TJBA

Período: 28/08/2015 a 13/06/2016

Audiência de Custódia em Números

SERGIPE

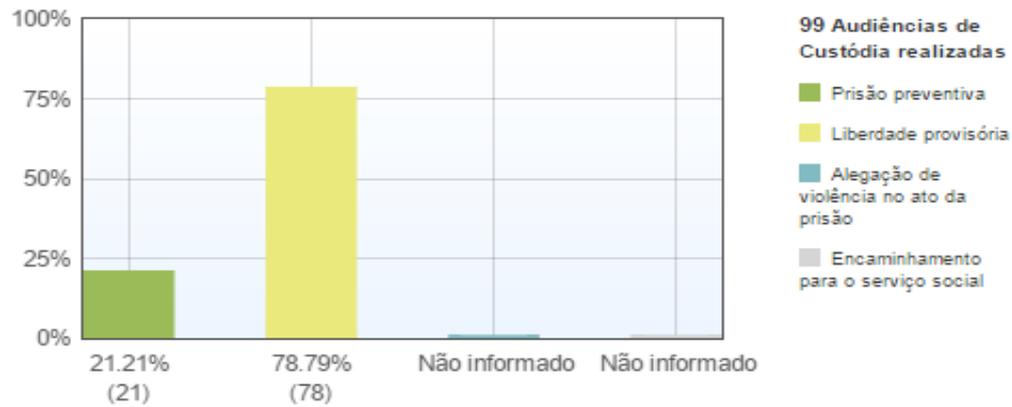


Fonte: TJSE

Período: 02/10/2015 a 14/06/2016

Audiência de Custódia em Números

ALAGOAS

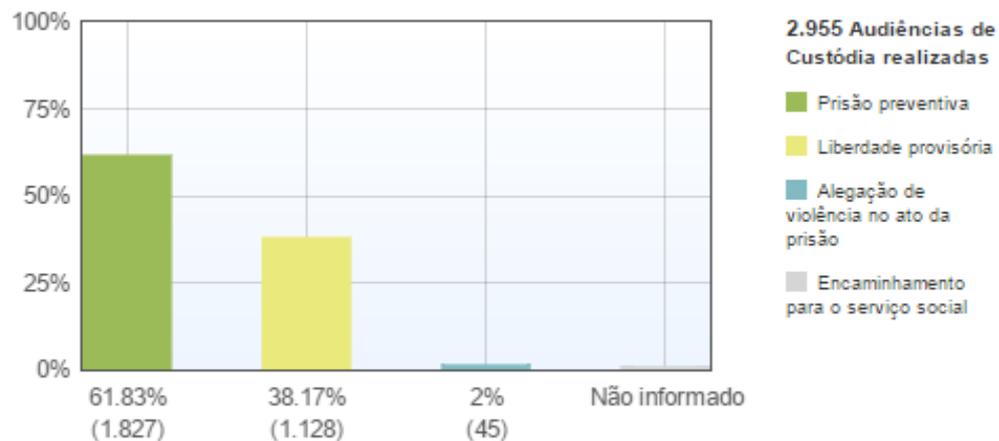


Fonte: TJAL

Período: 02/10/2015 a 24/11/2016

Audiência de Custódia em Números

PERNAMBUCO

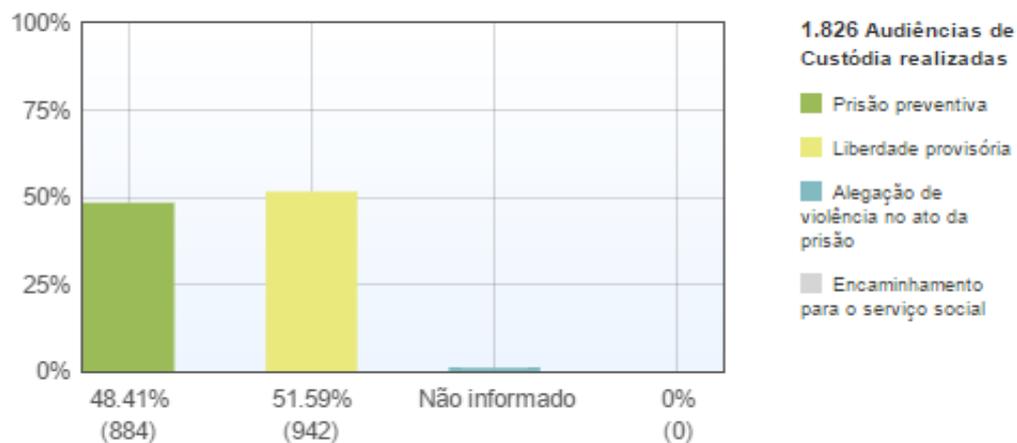


Fonte: TJPE

Período: 14/08/2015 a 31/05/2016

Audiência de Custódia em Números

PARAÍBA

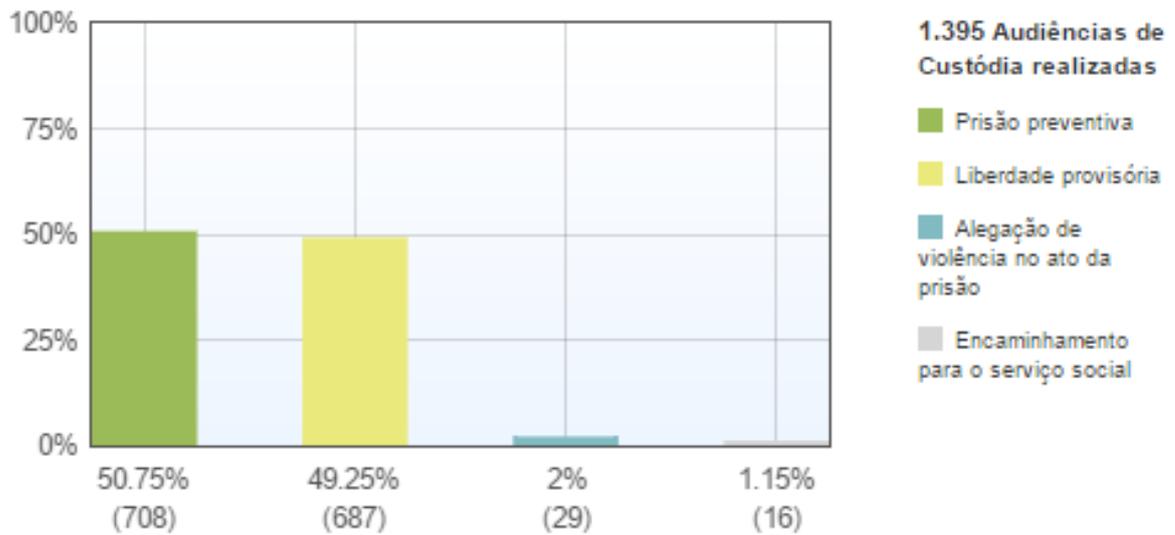


Fonte: TJPB

Período: 14/08/2015 a 13/05/2016

Audiência de Custódia em Números

RIO GRANDE DO NORTE

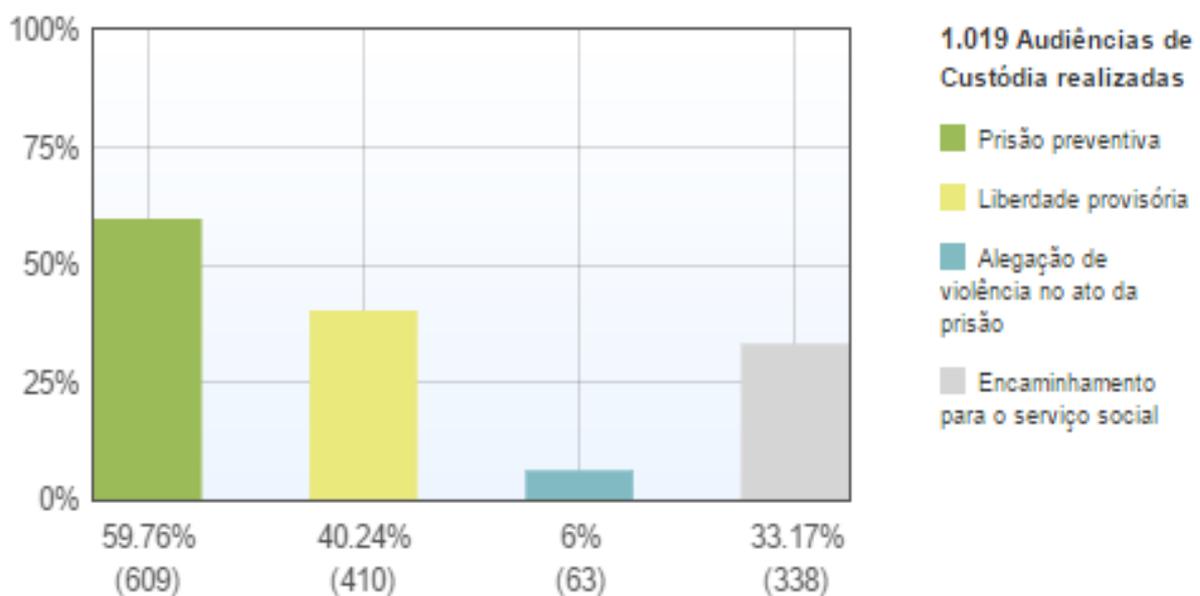


Fonte: TJRN

Período: 09/10/2015 a 31/05/2016

Audiência de Custódia em Números

PIAUI

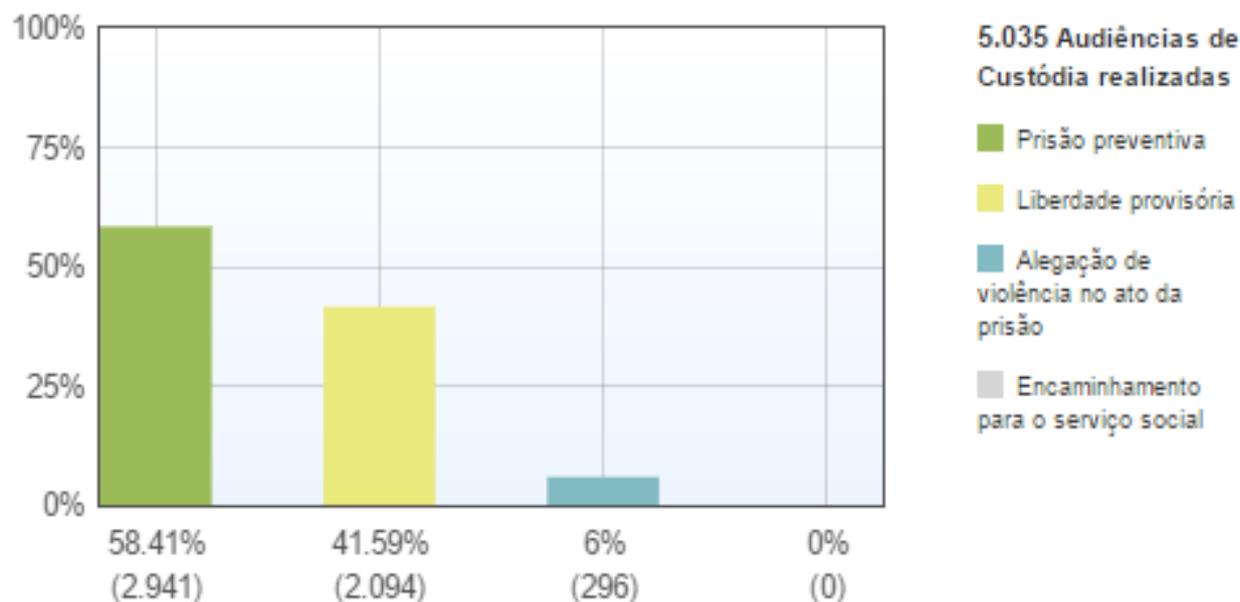


Fonte: TJPI

Período: 21/08/2015 a 17/05/2016

Audiência de Custódia em Números

CEARÁ

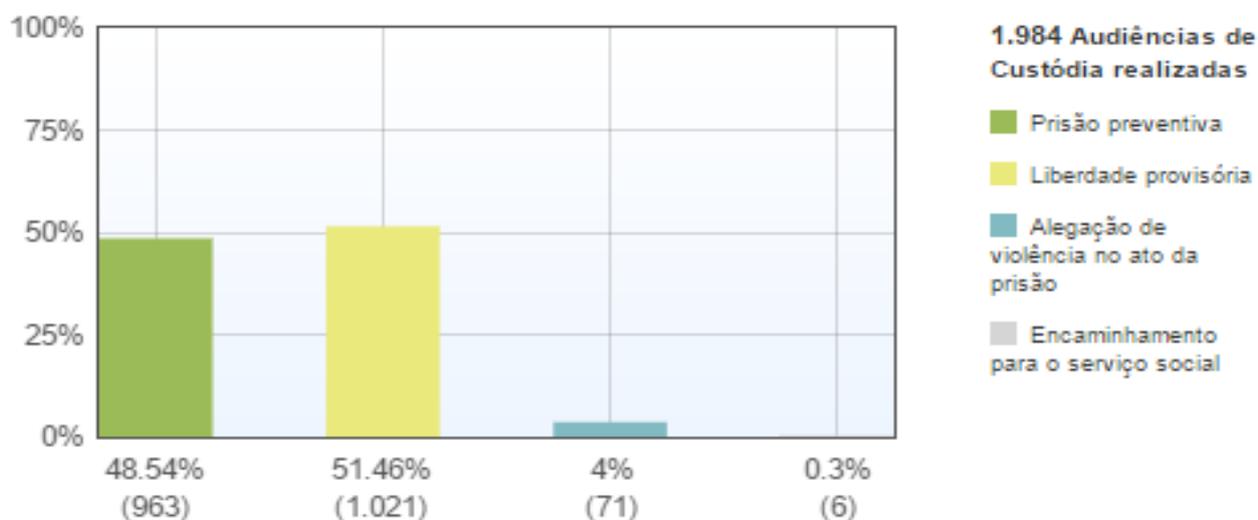


Fonte: TJCE

Período: 21/08/2015 a 30/05/2016

Audiência de Custódia em Números

MARANHÃO



Fonte: TJMA

Período: outubro de 2014 a 15/05/2016

02-DADOS RELATIVOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, COLETADOS PELO INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA:

- “As tabelas contêm informações sobre o número de audiências realizadas em cada dia, a natureza das decisões proferidas, o tempo de duração e o possível encaminhamento para o CEAPIS. De acordo com o Tribunal de Justiça de São Paulo, entre fevereiro de 2015 e março de 2016 foram realizadas 19.472 audiências de custódia na cidade de São Paulo.” (IDDD,2016).

Mês	Total de audiências	Flagrantes do Plantão Ordinário	DECISÕES								
			Mantida prisão preventiva	Relaxamento	LP SEM Fiança	LP COM Fiança	LP SEM Fiança e com MC	LP COM Fiança e com MC	Decretação da Preventiva	Prisão domiciliar	Encaminhamento Assistencial
fev/15	75	0	0	1	0	0	24	9	41	0	6
mar/15	574	35	10	14	17	1	150	63	318	1	70
abr/15	877	80	8	18	12	5	250	117	466	1	97
mai/15	1260	49	6	73	8	3	307	142	721	0	109
jun/15	1508	81	4	70	7	11	387	181	847	1	122
jul/15	1739	36	1	101	3	3	506	151	974	0	122
ago/15	1820	28	0	101	0	6	565	123	1024	1	112
set/15	1823	53	2	131	7	2	507	151	1023	0	138
out/15	1710	23	3	104	2	1	552	168	880	0	130
nov/15	1620	24	0	124	1	4	455	147	889	0	150
dez/15	1141	16	7	83	0	0	379	88	584	0	83
jan/16	1436	28	0	82	1	0	505	121	727	0	92
fev/16	1780	34	1	119	2	2	623	148	884	0	153
mar/16	2109	22	0	208	3	0	832	150	916	0	215
TOTAL	19472	509	42	1229	63	38	6042	1759	10294	4	1599

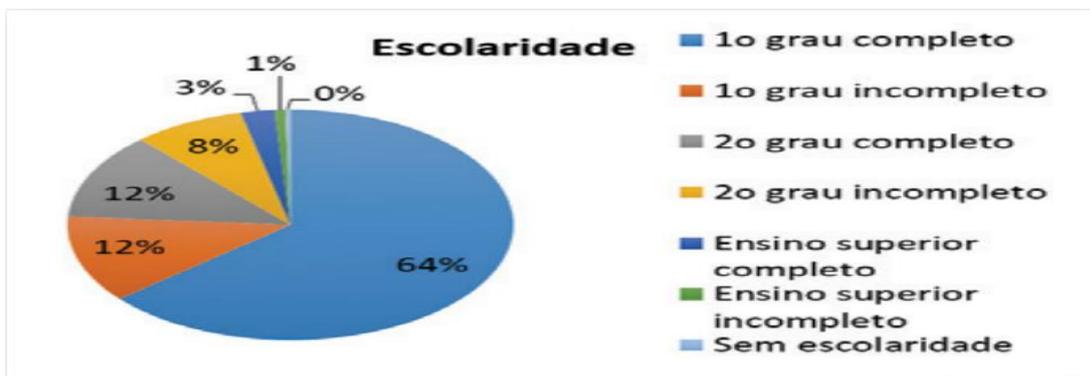
Legenda: Liberdade provisória (LP); Medida Cautelar (MC)
Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

- **Número de Audiências de Custódia realizadas x Pessoas presas em flagrante:**

“No tocante aos dados oficiais, produzidos pelo TJSP, chama atenção que a disparidade entre o número de pessoas presas que passaram pelas audiências de custódia e o número de prisões em flagrantes registrados pela Secretaria de Segurança Pública²⁷. O que se nota é que o número registrado pelas polícias na Capital é bem superior ao número de pessoas apresentadas em audiência de custódia.” (IDDD,2016).

Trimestre ²⁸	Pessoas presas em flagrante segundo a SSP	Pessoas apresentadas em audiência de custódia	Diferença
2º trimestre (abril, maio e junho de 2015)	8.983	3.645	5.338
3º trimestre (julho, agosto e setembro de 2015)	9.339	5.382	3.957
4º trimestre (outubro, novembro e dezembro de 2015)	8.916	4.469	4.447
Total	27.238	13.496	13.742

- **Escolaridade:** “Os dados sobre escolaridade foram retirados primordialmente dos Boletins de Ocorrência, uma vez que poucos juízes fizeram essa pergunta à pessoa custodiada em audiência. Foi possível coletar os dados de 529 pessoas, cujas informações se dividiram nas seguintes categorias”(IDDD;2016):



- **Renda declarada em audiência:** “A renda mensal da pessoa presa em flagrante não é uma pergunta frequente dos juízes nas audiências de custódia e tampouco é um dos requisitos que aparecem no Boletim de Ocorrência. No entanto, foi possível coletar a informação referente a 207 pessoas custodiadas (139 pessoas tiveram essa pergunta explicitamente elaborada pelo juiz, enquanto as outras 68 mencionaram espontaneamente), que apresentaram o seguinte perfil econômico” (IDDD; 2016):

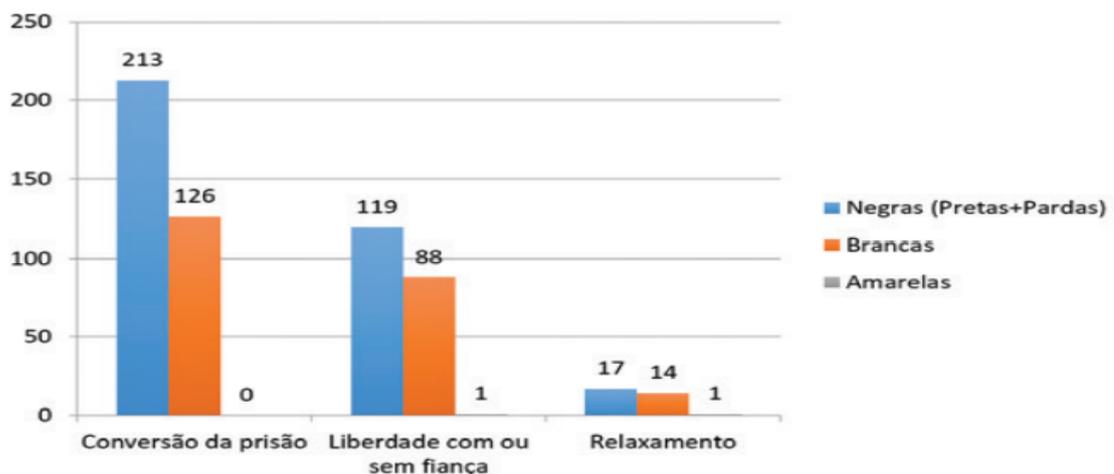


- **Dinâmica das audiências e a relação entre os operadores do direito envolvidos:** O trabalho na promoção das audiências de custódia que o IDDD desenvolveu antes da existência do Projeto Audiência de Custódia liderado pelo CNJ demonstrou haver certa desconfiança dos profissionais do direito em relação à necessidade e à finalidade desse ato processual. Nesse sentido, quando as audiências começaram a ser implementadas, pareceu fundamental observar como estavam sendo conduzidas para perceber que sentido e finalidade estavam sendo atribuídos ao novo ato. Para isso, a

pesquisadora coletou dados sobre quais perguntas foram feitas em audiência. Essas perguntas podem ser um indicativo do que os juízes consideraram relevante para analisar a necessidade de conversão da prisão em preventiva – caso tenham a compreensão de que essa é a finalidade da audiência de custódia –, e podem também indicar quais são os fatores que interessam ao juiz de direito no primeiro contato com uma pessoa presa em flagrante (IDDD;2016). A seguinte tabela apresenta a frequência de perguntas feitas nas 588 audiências acompanhadas:

Perguntas	Número de vezes em que a pergunta foi feita	Porcentagem de audiências
Sobre idade	320	54,42%
Sobre estado civil	176	29,93%
Sobre residência fixa	495	84,18%
Sobre trabalho	492	83,67%
Com quem mora	291	49,49%
Se possui filhos ou dependentes financeiros	219	37,24%
Se tem antecedentes criminais	428	72,79%
Sobre escolaridade	150	25,51%
Sobre renda	139	23,64%
Sobre uso de drogas	476	80,95%
Sobre os fatos que originaram a prisão (mérito)	115	19,55%
Gravidez (para mulheres)	0	0

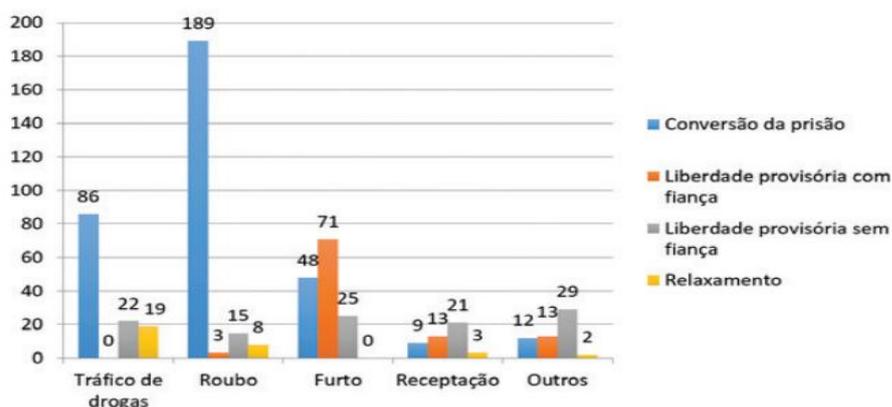
- **Sobre as decisões dos juízes:** Dos 588 casos acompanhados, essas foram as decisões dos juízes:



“Ao se calcular as taxas de decretação da prisão preventiva de acordo com o tipo penal, tem-se que: 87,9% das pessoas acusadas de roubo tiveram sua prisão imposta; 67,7% das pessoas acusadas de tráfico de drogas tiveram sua prisão decretada; 33,3% das pessoas acusadas de furto tiveram sua prisão decretada; e 19,5% das pessoas acusadas de receptação tiveram sua prisão decretada. Os crimes que mais prenderam proporcionalmente, portanto, foram os crimes de roubo e de tráfico de drogas. Quanto

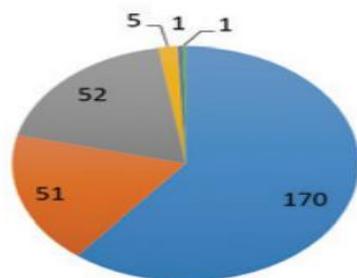
ao tráfico, mesmo com uma taxa de conversão relativamente alta, também é o crime em que mais houve o relaxamento do flagrante, correspondendo 59,37% de todos os relaxamentos acompanhados. Quanto às taxas de soltura, 66,6% dos furtos receberam liberdade provisória, com ou sem fiança, enquanto 73,9% dos crimes de receptação também receberam liberdade provisória com ou sem fiança.” (IDDD;2016).

- Estatística quanto a cor dos indivíduos presos em flagrante:** Através da amostra observada pelo IDDD identificou-se que as pessoas negras representam 60,2% do total de pessoas levadas às audiências de custódia e as pessoas brancas representam 39,38%, entretanto, essa mesma proporção não é observada em relação às decisões proferidas, sendo que a frequência das decisões de decretação de preventiva para as pessoas negras foi maior do que para as pessoas brancas. Igualmente, os negros representavam 57,21% das pessoas cuja liberdade foi garantida. Uma outra forma de ver os dados pode ser a partir do universo total das pessoas presas e a decisão que receberam ao final: das 79 pessoas custodiadas cuja cor era preta, 55 tiveram a prisão preventiva decretada, ou seja, 69% das pessoas pretas apresentadas tiveram a prisão determinada. Ao mesmo tempo, das 228 pessoas brancas apresentadas, essa taxa cai para 55% de aprisionamento. (IDDD;2016)



- Sobre as medidas cautelares diversas da fiança:** a grande maioria das medidas cautelares consistia no comparecimento periódico em juízo, seja ele mensal, bimestral ou trimestral; e por vezes era combinado com outras medidas, como recolhimento domiciliar noturno, proibição de ausentar-se da comarca e proibição de frequentar determinados lugares. Os critérios para o estabelecimento das medidas cautelares parecem ser particulares e cada juiz aplica o seu, não sendo possível estabelecer uma correlação entre crime praticado e medida aplicada (IDDD;2016).

Medida cautelar diversa da fiança



- Comparecimento periódico em juízo
- Recolhimento domiciliar noturno
- Proibição de ausentar-se da comarca
- Proibição de frequentar determinados lugares
- Proibição de retirar habilitação para dirigir
- Afastamento da vítima

- **Quanto ao relaxamento da prisão em flagrante:**

Mês	Número de relaxamentos	Porcentagem dentro do total de flagrantes do mês
Fevereiro (baixo número de audiências)	1	1,33%
Março	14	2,43%
Abril	18	2,05%
Maiο	73	5,79%
Junho	70	4,64%
Julho	101	5,80%
Agosto	101	5,54%
Setembro	131	7,18%
Outubro	104	6,08%
Novembro	124	7,65%
Dezembro	83	7,28%
Total	420	2,96%

- **Sobre a verificação de maus tratos e abusos policiais:** Durante o processo de implantação do projeto em São Paulo, este foi um dos assuntos que apresentou maior resistência dos operadores envolvidos com as audiências de custódia, possivelmente por representar um novo desafio à sua atuação. Conforme apurado, os casos em que há relato de violência policial são encaminhados ao DIPO 5, uma divisão dentro do próprio DIPO que cuida do recebimento e processamento das denúncias de violência policial. O fluxo desse procedimento não é transparente e segue a seguinte ordem: uma vez que há um relato de violência policial feito em audiência, o juiz responsável encaminha um ofício ao DIPO 5 pedindo a abertura de um procedimento especial, anexando o vídeo da audiência em que a pessoa custodiada narra o que aconteceu. (...) O primeiro grande problema identificado dizia respeito a própria abordagem sobre a violência durante as audiências. Como não existia nenhum protocolo a ser seguido – em dezembro de 2015, o CNJ expediu uma resolução que incluía instruções sobre o tema – a tomada de providência dependia do perfil de cada juiz, tanto para identificar eventuais abusos quanto para levar em consideração as respostas dadas pelos custodiados. Foi possível perceber que determinados juízes se engajavam em saber os detalhes da alegada agressão ou ameaça enquanto outros se satisfaziam apenas com a

informação sobre existência ou não de violência. (...) Além de que em quase metade das audiências acompanhadas não ter havido qualquer questionamento sobre violência policial, destaca-se que o Ministério Público, que constitucionalmente é o órgão com competência para fazer o controle externo da atividade policial, demonstrou pouco ou nenhum interesse em abordar essa questão. Em alguns casos, inclusive, algumas promotoras advertiram o custodiado sobre a possibilidade de cometerem o crime de denunciação caluniosa caso o relato que havia dado fosse provado como sendo falso (IDDD;2016).

Das 588 audiências acompanhadas, houve o levantamento dos seguintes números sobre as perguntas relativas à conduta policial:

Interesse sobre violência praticada pelos policiais	Número Bruto	Porcentagem
O juiz perguntou	248	42,18%
A defesa perguntou	34	5,78%
O Ministério Público perguntou	8	1,36%
Falou espontaneamente	32	5,44%
Nada foi perguntado	266	45,23%
Total	588	100%

Outro grande problema é a presença da Polícia Militar não só durante a entrevista reservada com a defesa como também sua permanência na sala de audiências, inibindo que a pessoa custodiada conte sobre eventual violência sofrida, com medo de retaliação. A partir da verificação de violência, muitas vezes os juízes deixam de encaminhar o ofício ao DIPO 5 por não darem legitimidade ao relato de agressão do preso. Há, de outro lado, os casos em que o juiz encaminha o caso ao DIPO 5, mas não comunica o custodiado sobre o feito, deixando no ar a impressão de que seu relato não surtiu qualquer efeito (IDDD;2016).

- **Providências tomadas pelo Juízo, quanto às alegações, pelo custodiado, sobre agressões cometidas pelos policiais:**

Pergunta sobre agressão	Nenhum procedimento	Exame médico e encaminhamento à Defensoria Pública	Exame médico e encaminhamento ao DIPO 5	Total
Negou ter sido agredido	196	-	-	196
Assunto não abordado em audiência	251	-	-	251
Confirmou ter sido agredido	50	1	90	141
Grand Total	497	1	90	588

Conforme se vê acima, há diversos casos em que não se abordou a questão durante a audiência de custódia. Mais grave é o fato de que dos 141 casos em que o custodiado afirmou ter sofrido algum tipo de violência, apenas em 91 houve providência, de modo que nenhuma atitude foi tomada em 50 casos. Houve um único caso em que o encaminhamento se deu primeiro à Defensoria Pública, porque o juiz em particular não encaminha relatos de violência verbal direto ao DIPO 5, deixando essa decisão para os defensores do caso. Outro grande problema é a indefinição dos procedimentos que foram encaminhados ao DIPO 5. Os próprios operadores das audiências não têm informações precisas sobre os procedimentos realizados pelas corregedorias, ou quais outros encaminhamentos já foram feitos desde fevereiro. Quando perguntados sobre os procedimentos, os operadores apenas sabiam que eles eram encaminhados ao DIPO 5. O fato de que os processos encontram-se parados ou no DIPO 5 ou nas corregedorias levou o Secretário de Segurança Pública de São Paulo, à época, Alexandre de Moraes, a dizer publicamente que nenhum caso de violência havia sido relatado nas audiências de custódia até agosto, mas essa afirmação foi mais tarde desmentida por dados do próprio TJSP, que apresentou dados concretos sobre as violências policiais relatadas em audiências (IDDD;2016).