



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO

VANDERLEI AMARO DO NASCIMENTO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE HUMANIZAÇÃO DO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

GUARABIRA

2017

VANDERLEI AMARO DO NASCIMENTO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE HUMANIZAÇÃO DO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) na Graduação em Direito do Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal

Orientadora: Prof^ª. Esp. Jucinara Maria Cunha dos Santos

GUARABIRA

2017

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

N244a Nascimento, Vanderlei Amaro do

Audiência de custódia: [manuscrito] : instrumento de humanização do processo penal brasileiro / Vanderlei Amaro do Nascimento. - 2017.

45 p. : il. color.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2017.

"Orientação: Jucinara Maria Cunha dos Santos, Departamento de Direito".

1. Prisão. 2. Direitos Fundamentais. 3. Controle de Convencionalidade. 4. Tratados Internacionais. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

VANDERLEI AMARO DO NASCIMENTO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE HUMANIZAÇÃO DO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) na Graduação em Direito do Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal

Orientadora: Prof. Esp. Jucinara Maria Cunha dos Santos

Aprovado em: 10 / 04 / 2017

BANCA EXAMINADORA

Jucinara Maria Cunha dos Santos

Prof. Esp. Jucinara Maria Cunha dos Santos (Orientadora)

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Edigardo Ferreira Soares Neto

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Marcela Oliveira de Alexandria Rique

Marcela Oliveira de Alexandria Rique

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Primeiramente a Deus por ser essencial em minha vida e autor do meu destino.

Dedico também às minhas filhas, Adryavilla e Vanely, motivações de minha luta contínua e fontes de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora orientadora Jucinara Maria Cunha dos Santos pelo empenho e dedicação, demonstrando-se sempre disposta a me auxiliar nesta tarefa acadêmica.

“Há quem alegue que fere a imparcialidade do juiz ter contato com o preso antes da instrução do processo ou conhecer da matéria. [...] Não compreenderam que na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contaminado de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade.”

(TOSCANO JR., 2016)

RESUMO

O presente trabalho trata da audiência de custódia, instituto implementado no meio jurídico nacional com a finalidade de se tentar solucionar o problema do encarceramento em massa no país. A audiência de custódia visa a apresentação pessoal sem demora do preso em flagrante com o juiz para que este analise de forma mais adequada o destino do infrator. A presente pesquisa tem a finalidade de fazer com que o leitor reflita a respeito da crise do sistema penitenciário brasileiro bem como sobre a postura punitivista do Estado diante da pressão formada pela “criminologia midiática”. Para tanto, foram utilizadas como fontes de pesquisa e de fundamentação as inovações jurídicas de doutrinadores nacionais que apostam numa punição ressocializadora calcada nos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: prisão, direitos fundamentais, controle de convencionalidade, tratados internacionais, audiência de custódia.

ABSTRACT

This article is about custody court hearing, an institute implemented in the national legal environment and try to solve the problem about the incarceration in the country. The custody court hearing aim for the personal presentation without the delay of the flagrante with the judge so that it can better analyze the fate of the offender. The present research has the purpose of making the reader reflect on the crisis of the Brazilian penitentiary system and about of the punitive position of the State in the face of the pressure formed by "media criminology". For this purpose were used researches based in the legal innovations of national doctrinators who bet on a resocializing punishment based on the innocence and the dignity of the human person.

Keywords: prision; fundamental rigths; international treaties; custody court hearing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TIDH – Tratados Internacionais de Direitos Humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL	11
3	O CONTEXTO DE IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	14
3.1	Direito constitucional processual humanizador	14
3.2	A internacionalização dos direitos humanos	16
3.3	A hierarquia das normas de proteção aos direitos humanos	17
3.4	A constitucionalidade e a convencionalidade das normas domésticas	18
3.5	Dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	19
3.5.1	Convenção Americana de Direitos Humanos	19
3.5.2	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos	21
4	ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DAS MEDIDAS CAUTELARES	22
4.1	A nova sistemática das prisões cautelares	22
4.2	Os ensinamentos de Aury Lopes Jr. sobre as cautelares	23
4.2.1	Do requisito e do fundamento: <i>fumus comissi delict</i> e <i>periculum libertatis</i>	23
4.2.2	Dos princípios norteadores das cautelares	24
4.3	O regime jurídico das cautelares: do modelo bipolar ao polimorfo	27
4.4	Das medidas cautelares alternativas diversas da prisão	28
5	A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL	29
5.1	Conceito, finalidades, características	29
5.2	Os caminhos para a uniformidade normativa	33
5.3	A perspectiva procedimental de acordo com a resolução CNJ nº 213/15	34
5.4	Uma ínfima mudança	37
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o instituto Audiência de Custódia, projeto piloto idealizado pelo ministro Ricardo Lewandowski e implementado no meio jurídico nacional em meados de 2015 numa ação conjunta entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público e Instituto de Defesa do Direito de Defesa através da Resolução CNJ nº 213/15. A Audiência de Custódia tem como finalidade precípua garantir a apresentação pessoal do preso em flagrante à presença de uma autoridade judicial, oportunizando uma melhor avaliação da legalidade e das circunstâncias que motivaram a prisão; tornando-se, assim, num verdadeiro instrumento capaz de humanizar o procedimento de aplicação da justiça.

No que se refere à segurança, o Brasil vive atualmente um momento crítico na medida em que não consegue ao menos diminuir os índices de criminalidade e de violência urbana que tanto flagelam as cidades; em contrapartida, este é considerado a quarta nação do mundo com o maior número de encarcerados - aproximadamente 600 mil - dos quais 40% ainda não receberam uma condenação definitiva. Diante dessa situação, pode-se concluir que algo está errado. Em meio a tantas rebeliões, brigas de facções, tráfico de drogas e outros problemas que assolam o nosso ineficiente sistema prisional, surge a Audiência de Custódia como proposta alternativa para se tentar dá o primeiro passo no intuito de se ressocializar o infrator antes que adentre à prisão.

Estruturou-se o referido trabalho em quatro momentos distintos: primeiramente é apresentado alguns dados a respeito da situação do encarceramento em massa no Brasil e sua influência pela “criminologia midiática”; o segundo momento remete o leitor ao contexto de implantação da Audiência de Custódia, destacando a importância de um direito processual penal em interação com as garantias constitucionais e com os Tratados de Direitos Humanos permitindo-se um duplo controle normativo; o terceiro momento leva o leitor a raciocinar sobre o real papel da prisão em flagrante diante dos fundamentos constitucionais e das inovações legislativas oriundas a partir da Lei nº 12.403/11; finalmente o quarto momento faz um breve estudo sobre a implantação da audiência de custódia no Brasil destacando sua principiologia, perspectiva procedimental e contribuições para a aplicação de uma justiça humanizada.

Na busca pelo aprimoramento do estudo sobre a Audiência de Custódia foi dada prevalência ao método de pesquisa bibliográfica; para tanto, valeu-se das ideias e pensamentos

jurídicos de grandes mestres no assunto, a exemplo de Aury Lopes Jr., Nestor Távora, Caio Paiva, Gustavo Badaró, entre outros autores não menos importantes.

2 A SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

Em meados de 2014 o Conselho Nacional de Justiça dá início a um plano piloto e inovador para o solucionar o problema do encarceramento no Brasil. Diante do drama de tantas rebeliões e brigas de facções atestando a ineficácia do sistema prisional nacional, o ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Conselho Nacional de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal, anuncia no dia 15 de dezembro de 2015 a Resolução N° 213 que regulamenta a uniformização do instituto Audiência de Custódia nos Tribunais Estaduais de todo país.

Desde muito tempo é visível o problema da situação carcerária no Brasil, somos a quarta¹ nação com o maior número de encarceramento no mundo perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia; aglomeramos cerca de 600 mil presos dos quais 240 mil (o equivalente a 40% desse total) são pessoas que estão a mercê de uma pena provisória e não foram submetidos ao crivo de uma condenação definitiva. De acordo com os dados gerais do INFOPEN 2014² referentes ao primeiro semestre, a população prisional no Brasil corresponde a exatamente 607.731 pessoas divididas entre o Sistema Penitenciário (579.423 pessoas), entre as Secretarias de Segurança/Carceragens de Delegacias (27950 pessoas) e o Sistema Penitenciário Federal (358 pessoas); o mesmo órgão do Departamento Penitenciário Nacional ainda informa que o Brasil possuía no ano de referência apenas 376.669 vagas, perfazendo um déficit de 231.062 o que corresponde a uma taxa de ocupação média de 161% das vagas ocupadas nos estabelecimentos do nosso sistema prisional.

O Departamento Penitenciário Nacional, através do INFOPEN 2014, também fez um levantamento do número de pessoas privadas de sua liberdade por natureza da prisão e por tipo de regime, apresentando os seguintes dados:

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Informativo Agosto/2015 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/37dbb32d0a48858318082cd3a1d5e652.pdf>> Acesso em: 02 set. 2016.

² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – INFOPEN 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 20 set. 2016.

Presos por natureza da prisão e tipo de regime

Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime



Fonte: INFOPEN 2014

Constata-se que cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação e, tomando-se como números relativos, correspondem à mesma proporção daqueles presos em regime fechado; apenas 3% das pessoas privadas de liberdade estão em regime aberto e 15% em semiaberto. De acordo com o órgão pesquisador, para cada pessoa no regime aberto, há cerca de 14 pessoas no regime fechado; para cada pessoa do regime semiaberto, há aproximadamente 03 no fechado. Quanto aos presos sem condenação, os números são maiores: significa dizer que 04 a cada 10 presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.

Durante muito tempo o Brasil vem apostando cegamente no encarceramento sem precedentes para resolver o problema da violência que afronta a sociedade. Inegavelmente os índices de criminalidade estão cada vez mais altos e, até certo ponto, descontrolados; pouco de efetivo, no entanto, tem sido feito para mudar essa realidade. A criação de mais leis e, conseqüentemente, a ampliação da rotulação criminosa baseada num punitivismo penal desacerbado influenciado pelos meios de comunicação jamais conseguirá reduzir o drama pelo qual passa a sociedade brasileira.

A falência do sistema penitenciário ao lado da morosidade e da ineficiência do rito processual penal brasileiro são assuntos que têm ganhado amplo debate no campo doutrinário; percebe-se também, por conseguinte, um exacerbado sensacionalismo midiático sobre a (in)segurança pública, potencializada pelo senso comum da opinião pública que, deslumbrada por uma intervenção sensacionalista propagada através dos meios de comunicação de massa, toma as dores do Estado e exige a punição do “criminoso” a todo custo sem cobrar as causas

da violência e sem perceber que foi o descaso da próprio Estado que contribuiu para a estigmatização da violência. Utilizando-se das palavras de Eugênio Raul Zaffaroni:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos que configuram um *eles* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. O eles da criminologia midiática incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos os nossos problemas. Para tanto, é necessário que a polícia nos proteja de suas ciladas perversas, sem qualquer obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados.

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307 apud DIAS F. F.; DIAS, F. V.; MENDONÇA, T. C., 2016, p. 02)³

Nesse sentido, os meios de comunicação de massa moldam a atitude da maioria das pessoas nas sociedades contemporâneas e estas são usadas como manobra para cobrar do poder público uma tomada de decisões políticas criminais que resultam na criação ou alteração de legislações penais mais rigorosas e sem nenhuma finalidade de ressocialização. A mídia acaba configurando como parte integrante e atuante do poder do punir do sistema penal estatal, na medida em que cria um “punitivismo popular”, uma vez que impõe uma forma de analisar os problemas sociais do país de um modo exacerbado e, assim, leva o Estado a criar legislações às pressas fundadas em determinado fato situacional que vão de encontro até mesmo com as garantias constitucionais.

Diante disso, cria-se uma verdadeira banalização do encarceramento e uma vontade de punir a qualquer custo; a manipulação da notícia em busca de audiência cria uma espécie de política criminal popular cujas bases teóricas são desprovidas de qualquer conhecimento técnico-científico ou jurídico, conformando-se apenas com uma mera opinião infundada. O que há de mais perigoso, porém, nessa atividade da “criminologia midiática” consiste na construção do “estereótipo do criminoso” ou “escória da sociedade”, numa seletividade por parte da força pública e dos meios de comunicação. Nesse contexto, os variados órgãos do Poder Judiciário acabam cedendo as pressões punitivistas da massa midiática, alimentando cada vez um sistema prisional enclausurante e o Legislativo, por sua vez, acaba dando margem à elaboração de leis

³ In: DIAS, Fábio Freitas; DIAS Felipe da Veiga; MENDONÇA, Tábata Cassenote. **Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal**. 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Edição 2013. – UFSM. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2016.

cada vez mais rigorosas e sem qualquer finalidade ressocializadora. Como consequência, o ciclo vicioso do discurso punitivista faz com que a população só enxergue a prisão como única alternativa para se resolver o problema da criminalidade em nosso país.

3 O CONTEXTO DE IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1 Direito constitucional processual humanizador

Sendo o Processo Penal o verdadeiro caminho para se chegar à real efetivação da pena, este se transforma num verdadeiro instrumento de garantia da justiça; dessa forma, têm os aplicadores do direito o dever de inserir o processo penal num contexto que não se desvincule da norma máxima. A Constituição Federal é a nascente por onde deve beber todas as demais leis e em tempos de prisões descabidas e fundadas em clamor público, deve o processo penal se firmar ainda mais na carta magna sob pena de se transformar num instrumento sem eficácia. Nesse sentido, toda e qualquer interpretação de regras do ordenamento processual pátrio devem ser guiadas pelos ditames da Constituição Federal, bem como dos Tratados e Convenções Internacionais aos quais o Estado se prontificou a respeitar.

O Direito Constitucional Processual é um ramo de grande aceitação em nosso meio jurídico e se define como sendo a disciplina que estuda os princípios constitucionais que tutelam o processo e cujo o conteúdo pode ser assinalado nos diversos artigos que estruturam o lei máxima.

A expressão “Direito Constitucional Processual” vem enfatizar o caráter constitucional do processo, levando o jurista a interpretar as normas processuais infraconstitucionais de acordo com os princípios emanados da fonte constitucional, adaptando as leis às inovações invocadas no texto magno, ou eliminando as normas infraconstitucionais incompatíveis com os novos valores e princípios traçados pelas Emendas Constitucionais e/ou pelos Tratados e Convenções de Direitos Humanos aos quais o Brasil se prontificou a cumprir.

É nesse contexto que surgem os princípios constitucionais inovadores do direito processual penal, princípios estes preocupados com a própria existência das garantias referentes ao processo e ao procedimento, bem como também com a valorização institucional de um poder judiciário garantista, um Ministério Público humanizador e uma Defensoria Pública que preze realmente pelos direitos do indivíduo preso. Sendo assim, dentre vários podemos elencar alguns

dos princípios constitucionais que servem de norte para real efetivação do norma processual penal, a saber: Princípio da Humanidade, Princípio da Legalidade, Princípio da Igualdade Judicial, Princípio do Juiz e do Promotor Naturais, Princípio do Devido Processo Legal, Princípio da Publicidade, Princípio do Estado de Inocência, Garantia contra a Autoincriminação, Princípio do Contraditório, Princípio da Ampla Defesa, Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, dentre outros.

Além desses princípios considerados estritamente constitucionais, ainda podemos elencar alguns postulados que com aqueles se interrelacionam assumindo, muitas das vezes, um *status* de norma constitucional e sendo aplicados ao longo processo penal por força de lei ordinária ou de tratados internacionais, bem como em decorrência do uso doutrinário. O fato de não estarem previstos taxativamente na Constituição Federal não lhes conferem menor importância sendo acolhidos pela norma de extensão do artigo 5º, parágrafos 1º a 3º⁴; dentre os vários podemos citar: Princípio da Verdade Real, Princípio da Oralidade, Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, Princípio da Oficialidade, Princípio da Indisponibilidade, Princípio da Iniciativa das Partes, Princípio do Impulso Oficial, Princípio da Ordem Consecutiva Legal, Princípio da Economia Processual, Princípio *ne bis in idem*, Princípio *favor libertatis (in dubio pro reu, favor innocentiae)*, dentre outros.

Não podemos deixar de fora o legado das inovadoras contribuições de dois Tratados Internacionais de Direitos Humanos extremamente importantes para o contexto do sistema processual penal baseado nos dógmas de uma Constituição Cidadã: são eles, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

⁴ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;

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

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

(Art. 5º, Parágrafos 1º a 3º, CF/88)

3.2 A internacionalização dos direitos humanos

A professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos Flávia Piovesan⁵, ao discorrer sobre a gênese e a principiologia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, afirma que:

Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem constitucional. (PIOVESAN, Flávia, 2010, cap. II, p. 43)

Nesse sentido, a globalização dos direitos humanos surge em decorrência dos desmandos e todos os tipos de violações e monstruosidades praticadas por Hitler e seus seguidores durante à Segunda Grande Guerra, inserindo-se no contexto mundial como um verdadeiro Sistema Internacional de Direitos Humanos. Baseando-se na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a Comunidade Internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, caso um Estado não cumpra suas obrigações às quais se prontificou a cumprir, surge assim o Direito Internacional dos Direitos Humanos, fortalecendo a ideia de que tais direitos, vale dizer o dos homens, não deve ser reduzido ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou a uma dada jurisdição doméstica.

Diante desse panorama surgem duas importantes consequências jurídicas no campo internacional: a primeira é uma verdadeira relativização da soberania absoluta do Estado no plano internacional na medida em que são admitidas intervenções de entidades supranacionais em prol da proteção dos direitos humanos; e a segunda, – não menos importante - surge a cristalização da idéia de que o indivíduo dever ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos. Ao lado desse sistema normativo global, nasce o Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, cuja finalidade é internacionalizar tais direitos no plano regional da América, África e Europa, consolidando-se desse modo uma harmoniosa convivência do sistema global com instrumentos de proteção regionais de direitos humanos fundamentais.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da constituição brasileira.** In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais.** 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, cap. II, p. 43-69.

No que se refere à posição do Brasil em relação ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, observa PIOVESAN⁶ que somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos. Nessa mesma linha raciocina a autora afirmando que o marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro, sob a égide da Constituição Cidadã de 1988.

3.3 A hierarquia das normas de proteção dos direitos humanos

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é considerada o marco inicial de introdução dos preceitos dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos em nossa legislação interna. Ao elevar a dignidade da pessoa humana à condição de princípio basilar e fundamental, o texto constitucional de 1988 simboliza uma verdadeira transição para o regime democrático e humanitário na medida em que serve de fundamento e de força valorativa expansiva para o critério interpretativo de todas as demais normas do ordenamento jurídico nacional. É nessa perspectiva que se intensifica a interação e a conjugação dos Tratados Internacionais e do Direito Interno, fortalecendo uma sistemática de proteção dos direitos fundamentais básicos com uma principiologia e postulados jurídicos próprios fundados na primazia dos direitos humanos.

O controle de validade das normas internacionais de proteção aos direitos humanos ganhou destaque no plano jurídico nacional a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, promulgada em 31 de dezembro do mesmo ano. Esta alterou significativamente todo o Poder Judiciário e inaugurou a possibilidade de se conferir *status* constitucional aos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos mediante procedimento legislativo com a inserção do § 3º no artigo 5º de nossa carta maior⁷.

Esse dispositivo inaugurou o debate em torno da polêmica questão envolvendo a natureza jurídica dos tratados sobre direitos humanos, que, até então antes da EC nº 45, de

⁶ Idem, *Ibidem*. p. 48-50.

⁷ “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” (Artigo 5º, § 3º, CF/88)

acordo com a jurisprudência do STF, possuíam natureza jurídica de lei ordinária. Após a referida Emenda Constitucional foi adotada a tese da *supralegalidade* dos tratados que versam sobre direitos humanos, ou seja, estes estão acima das leis pátrias e abaixo da Constituição Federal. Vale dizer: os tratados que venham a ser devidamente aprovados pelas duas casas legislativas com quorum qualificado (de três quintos, em duas votações em cada casa) e ratificado pelo Presidente da República, terão eles o valor de Emenda Constitucional se equiparando à nossa lei maior; contrariamente todos os (demais) tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com um valor supralegal, ou seja, valem mais do que as leis ordinárias mas estão abaixo da Constituição.

3.4 – A constitucionalidade e a convencionalidade das normas domésticas

No contexto da adequação e validade das normas de direitos humanos ao sistema jurídico interno surge uma questão bastante discutida pela doutrina nacional: os institutos da constitucionalidade e da convencionalidade das normas no direito doméstico.

O controle de validade *constitucional* adota como paradigma a compatibilidade entre a norma legal e o texto constitucional, trata-se de uma aferição entre o ato normativo e os limites formais e materiais impostos pela norma fundamental do ordenamento jurídico constitucional. Por sua vez, o *controle convencional* das normas internas adota por paradigma a compatibilidade entre a norma legal nacional e as obrigações concernentes à proteção dos Direitos Humanos que o Estado se obrigou a respeitar por meio de Tratados ou Convenções Internacionais. Enquanto o primeiro é sempre nacional e tem por fundamento a supremacia da Constituição, o segundo tanto pode ser nacional quanto internacional e tem por princípio fundamental a proteção aos Direitos Humanos.

De acordo com as idéias de Marcos Thadeu⁸ o controle de constitucionalidade tem por objetivo a unidade do ordenamento retirando a validade das leis que contradizem a norma fundamental do sistema jurídico. O controle de convencionalidade, por sua vez, possui caráter complementar, ou seja, enquanto a Constituição compõe o vértice da pirâmide normativa servindo de fundamento para unidade e coerência do ordenamento, o caráter da convencionalidade dos direitos humanos visa à garantia desses direitos pela exclusão de

⁸ **THADEU**, Marcos. **Controle de convencionalidade**: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24711/control-de-convencionalidade-os-direitos-humanos-como-parametro-de-validade-das-leis>>. Acesso em: 22 dez 2016.

qualquer norma que – ainda que subsista após um controle de mera constitucionalidade – implique em afronta às obrigações internacionais de caráter humanista.

Segundo os ensinamentos do professor Luiz Flávio Gomes⁹ a Constituição Federal de 1988, no atual contexto, deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. Além desta, são paradigmas de controle da produção normativa doméstica os Tratados Internacionais de Direitos Humanos bem como os instrumentos internacionais comuns. Conclui o professor afirmando que a produção normativa interna conta com um duplo limite vertical material: o primeiro limite seria a Constituição de 1988 e os Tratados de Direitos Humanos enquanto que o segundo limite dessas normas internas seria sua adequação com os tratados internacionais comuns em vigor no país.

Nesse sentido, podemos afirmar que existe como consequência prática uma dupla compatibilidade material normativa: vale dizer que toda lei ordinária, doravante, para ser válida deve ser compatível com a Constituição e com os Tratados de Direitos Humanos; contrariamente se essa lei ordinária entrar em conflito (for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição e Tratados de Direitos Humanos) não terá eficácia prática, pois a norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” sobre uma norma inferior.

3.5 Dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

3.5.1 Convenção Americana de Direitos Humanos

Popularmente conhecida no Brasil como Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi adotada e aberta à assinatura durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos na cidade de San José da Rica, em 22 de novembro de 1969 e tendo entrado em vigor no dia 18 de julho de 1978 se constituindo em uma das bases do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Reza o seu artigo 1º in verbis que:

“Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer

⁹ **GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade:** Valerio Mazzuoli "versus" STF. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI87878,91041-Controlde+de+Convencionalidade+Valerio+Mazzuoli+versus+STF>>. Acesso em: 22 dez 2016.

outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”
(Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Artigo 1º)

O documento tem um total de 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, e tem como objetivo a busca da consolidação entre os países americanos de um regime de liberdade pessoal e de justiça, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa viva ou tenha nascido. Este Pacto tem uma influência marcante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos princípios estão lastreados no ideal de ser livre, isento de temor e miséria, vivendo sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos sociopolíticos.

De acordo com Emerson Santiago¹⁰, um dos principais legados do Pacto de São José da Costa Rica é a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável por avaliar casos de violação dos direitos humanos ocorridos em países que integram a OEA e que reconheçam sua competência. Vale dizer: quando ocorre um abuso referente à matéria de direitos humanos em qualquer um dos países membros, e o governo destes permanece inerte, é dada a oportunidade ao ofendido para que este formalize uma denúncia junto à Comissão de Direitos Humanos e esta, por conseguinte, levará o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que assim o país membro seja julgado de seus abusos.

O documento foi ratificado no Brasil em 25 de setembro de 1992, passando a ter validade em nosso ordenamento interno só a partir do dia 06 de novembro de 1992 através do decreto presidencial de nº 678.

3.5.2 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Segundo LEITE; MAXIMIANO¹¹ o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19

¹⁰ SANTIAGO, Emerson. **Pacto de São José da Costa Rica**. Revista Infoescola. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>>. Acesso em: 10 dez 2016.

¹¹ LEITE, Antonio José Maffezoli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm>>. Acesso em: 10 dez 2016.

de dezembro de 1966, mas só entrou em vigor no ano de 1976 quando atingiu o número mínimo de 35 adesões dos Estados Membros. O Congresso Brasileiro aprovou o referido Pacto através do Decreto Legislativo número 226 de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da ONU em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril do mesmo ano¹².

Seguem os autores afirmando que na época em que se iniciou, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU, por influência da Guerra Fria era grande a divergência entre os países ocidentais capitalistas e os países do bloco socialista:

Na época em que se iniciou a discussão para edição de um Pacto que reunisse todos os direitos da pessoa humana, dois modelos surgiram: um único que conjugasse as duas categorias de direito e outro que promovesse a separação de um lado, dos direitos civis e políticos e, de outro, os direitos sociais, econômicos e culturais. Os países ocidentais entendiam que os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis, enquanto que os direitos sociais, econômicos e culturais eram programáticos, necessitando de uma implementação gradual. A ONU continuou reafirmando, no entanto, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos, pois os direitos civis e políticos só existiriam no plano nominal se não fossem os direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa.

(LEITE; MAXIMIANO, 2016 [sp])

Diante dessa dificuldade, não houve outra alternativa senão editar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que era mais simpático à visão do ocidente capitalista e outro, por sua vez, defendido pelos países do bloco socialista, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, editado também na mesma ocasião.

Os direitos civis e políticos seriam *autoaplicáveis*, isto é, jurisdicionados, positivados nas jurisdições nacionais e exigíveis em juízo, possuindo caráter de realização imediata, dependentes apenas de abstenção ou prestação negativa do Estado e passíveis de monitoramento. Noutra perspectiva, os direitos econômicos, sociais e políticos seriam *programáticos*, ou seja, seriam não judicializáveis pois não poderiam ser objeto de ação judicial imediata, teriam caráter de realização progressiva (conforme os meios postos à disposição do Estado) e dependentes de prestação positiva, devendo ser implementados por políticas públicas estatais.

¹² Em virtude da Ditadura Militar que governou o país por vários anos, o Brasil só ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quando seus principais aspectos já se encontravam garantidos na Constituição Federal de 1988.

Assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis também consagra muitos dos direitos fundamentais da pessoa humana, reafirmando a Declaração Universal; no entanto, vários dos princípios previsto neste Pacto mostram-se genéricos¹³, o que de forma alguma desmerece o seu caráter protecionista e garantidor dos direitos do homem.

4 ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1 A nova sistemática das prisões cautelares

Diante da nova sistemática dada à legalidade das normas jurídicas enraizadas no ordenamento nacional através dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, fez-se necessária a adequação de alguns institutos internos que estavam em dissonância com a nova realidade de internacionalização dos direitos fundamentais. No que tange ao processo penal brasileiro, houve a necessidade de se adequar o rito das cautelares à uma nova sistemática focalizada no princípio da Presunção de Inocência; partindo-se do pressuposto de que o preço a ser pago por uma prisão prematura, desnecessária ou arbitrária¹⁴ de um ser humano constitucionalmente considerado inocente seria altíssimo, surge a imperiosa necessidade de se implantar uma mudança no regime jurídico das prisões cautelares à luz do devido processo legal. Sendo assim, foi promulgada no dia 04 de maio de 2011 a Lei nº 12.403 inovando o nosso antigo ordenamento processual com os postulados e premissas do princípio da Intervenção Mínima do Estado e da Teoria da Humanização/Ressocialização da Pena.

O professor Aury Lopes Jr.¹⁵ discorrendo acerca da difícil coexistência entre a presunção de inocência e as prisões cautelares ensina que deve haver um “verdadeiro dever de tratamento” na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente. Internamente ao

¹³ Como exemplo podemos citar o teor do artigo 26, o qual aduz que “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei proibirá toda a discriminação e garantirá a todas as pessoas proteção igual e efetiva contra qualquer discriminação por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

(Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 26).

¹⁴ Vale dizer que a prisão seria prematura pelo fato de não ter sido ainda transitada em julgado; desnecessária pelo fato de o juiz ter a alternativa de utilizar-se de outras medidas diversas à prisão para garantir aplicação da lei e, por fim; arbitrária pelo fato de suprimir garantias constitucionais fundamentais do preso em detrimento de uma verdadeira pressão de uma “criminologia midiática” baseada no clamor público.

¹⁵ **LOPES JR Aury. Direito processual penal.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 587-588.

processo, esse tratamento inicialmente é imposto ao juiz determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador; este juiz - na dúvida - deve conduzir o processo inexoravelmente à absolvição. Externamente ao processo, a presunção de inocência deve ser utilizada como um verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

4.2 Os ensinamentos de Aury Lopes Jr. sobre as cautelares

4.2.1 Do requisito e do fundamento: *fumus commissi delict* e *periculum libertatis*

Contrariamente aos estudiosos que defendem a analogia do Teoria Geral do Processo Civil aos ditames do Processo Penal, conferindo como requisitos dessas medidas os institutos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, Aury Lopes Jr. pensa de modo diferente¹⁶.

Partindo-se do argumento de que as medidas cautelares de natureza processual penal possuem natureza instrumental (buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do direito de punir) Aury Lopes Jr. – influenciado por Goldschmidt refuta em alguns pontos as idéias civilistas de Calamandrei¹⁷ – defende a tese de que as cautelares tem como requisito o *fumus commissi delict* (situação de perigo criada pela conduta do imputado) e como fundamento o *periculum libertatis* (perigo da fuga ao normal desenvolvimento do processo).

De acordo com o autor, o requisito para utilização das medidas cautelares é a fumaça da existência de um delito, não se exigindo um juízo de certeza mas de probabilidade razoável com suporte fáctico real em que por meio de raciocínio lógico, sério e desapassionado, permitam deduzir com maior ou menor veemência o cometimento de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

¹⁶ **LOPES JR.** Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares.** Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060>. Acesso em: 10 dez 2016.

¹⁷ Para o professor Aury Lopes Jr. os doutrinadores nacionais se equivocaram ao analisar o requisito e o fundamento das prisões cautelares penais utilizando-se analogicamente de aplicações doutrinárias do direito processual civil. No que se refere ao estudo das cautelares a principiologia do processo civil é bastante distinta; sendo assim, não se pode fazer uma analogia das contribuições de Calamandrei à teoria geral do processo civil para justificar o fundamento e o requisito das cautelares no âmbito do processo penal. O professor segue os ensinamentos de Goldschmidt, o qual considera as medidas cautelares de natureza processual penal como sendo instrumentos a disposição do juiz pois buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do direito de punir.

Seguindo com maestria o raciocínio, Aury Lopes Jr. continua sua tese argumentando também que além do *fumus commissi delicti* “as medidas cautelares exigem uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo representada na maioria dos casos pelo perigo de fuga (...)”. Vale dizer que o fator determinante – o fundamento – não é o tempo mas a *periculum libertatis*, a situação de perigo criada pela conduta do sujeito passivo do processo penal frustrando a pretensão punitiva do Estado ou trazendo graves outros prejuízos em decorrência de seu não comparecimento. E conclui o autor afirmando que “no processo penal, o perigo da fuga é um dos principais fundamentos para justificar medidas como as prisões cautelares, onde o risco da evasão tornará impossível a execução da pena provavelmente imposta.”¹⁸

4.2.2 - Dos princípios norteadores das cautelares

Utilizando-se das palavras de Eliana Discovi Pacheco¹⁹ para se tentar irradiar uma conceituação de princípios dentro do contexto jurídico, podemos afirmar que “são os fundamentos que alicerçam determinada legislação, podendo estarem expressos na ordem jurídica positiva ou implícitos segundo uma dedução lógica, importando em diretrizes para o elaborador, aplicador e intérprete das normas”. Partindo-se desse pressuposto, o mestre Aury Lopes Jr.²⁰, elenca alguns dos vários princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência. São eles:

4.2.2.1 Jurisdicionalidade e Motivação

Fundamentam-se sob a idéia de que toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A prisão em flagrante, por exemplo, é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial; neste caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, a continuação, decretando a prisão

¹⁸ **LOPES JR.** Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_lzink=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060>. Acesso em: 10 dez 2016.

¹⁹ **PACHECO**, Eliana Discovi. **Princípios norteadores do direito processual penal.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3913>. Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰ **LOPES JR** Aury. **Direito processual penal.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 593-606.

preventiva ou concedendo liberdade provisória. Em qualquer caso, fundamentará sua decisão, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição²¹ e do artigo 315 do CPP²².

4.2.2.2 *Contraditório*

A suspeita de descumprimento de quaisquer das condições impostas nas medidas cautelares diversas à prisão, previstas no art. 319 do CPP, exigirá como regra o contraditório prévio para sua substituição, cumulação ou mesmo revogação da medida. Levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, é necessário que o imputado possa contradizer eventual imputação de descumprimento das condições impostas antes que lhe seja decretada, por exemplo, uma grave prisão preventiva.

4.2.2.3 *Provisionalidade*

O Princípio da Provisionalidade está previsto nos §§ 4º e 5º do artigo 282 do CPP²³, partindo do ideal de que as prisões cautelares são provisionais, pois estão umbilicalmente ligadas a uma situação fática. Sendo assim, uma vez desaparecida a hipótese ensejadora do decreto cautelar, nesse instante a prisão não apenas merece, senão deve ser revogada. Dessa forma, as segregações preventivas estão atreladas, vedadas exceções, ao requisito de sua decretação – *fumus commissi delicti* – e ao fundamento da medida – *periculum libertatis*.

²¹ “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (Artigo 93, IX, CF/88).

²² “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (Artigo 315, CPP)

²³ Art. 282 (...)

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

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

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

(Arts. 282, §§ 4º e 5º, 312, CPP)

4.2.2.4 Provisoriedade

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

4.2.2.5 Excepcionalidade

Consiste na idéia de que prejudicar o imputado cautelamente deve ser a exceção, a *última ratio*. A prisão preventiva, por exemplo, deve ser o ultimato final de todas as medidas cautelares disponíveis no nosso ordenamento jurídico processual. O artigo 282, § 6º, CPP²⁴ consagra a prisão preventiva como o último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade da análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares.

4.2.2.6 Proporcionalidade

Este é o princípio sustentáculo das prisões cautelares. As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O juiz deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Assim uma medida cautelar jamais poderá se converter em uma pena antecipada, sob o risco de flagrante violação à presunção de inocência.

4.3 O regime jurídico das cautelares: do modelo bipolar ao polimorfo

Diante da implantação da Lei 12.403/11 várias inovações foram introduzidas no sistema processual penal brasileiro, o que permitiu ao juiz a opção de escolher - dentro do caso concreto e de acordo com os princípios da necessidade e adequação, dentre outros – uma gama intermediária de possibilidades que restringissem os direitos do cidadão submetido a um suposto processo penal, objetivando-se, assim, a garantia do jus puniend por parte do Estado.

²⁴ Art. 282 (...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Artigo, 282, § 6º, CPP)

Analisando o regime jurídico da medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, focalizando as principais inovações trazidas pela Lei nº 12.304/11, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar²⁵ afirmam que:

A bipolaridade é a expressão utilizada para designar o sistema cautelar anterior ao advento da Lei nº 12.403/11, que previa que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, só contaria com duas possibilidades cautelares: (1), a prisão (medida cautelar prisional); e (2) a liberdade provisória, com ou sem fiança (medida cautelar diversa da prisão). Com edição da Lei nº 12.403/11, o CPP passou a prever nove medidas cautelares diversas da prisão de forma expressa, nos incisos I a IX, de seu art. 319. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. 2016. p. 1024)

Em detrimento da nova realidade processualística penal, o juiz passou a dispor de um modelo polimorfo com maiores opções para a proteção e garantia de aplicação da justiça, que por ventura, estivessem ameaçados em razão da existência de um processo penal, sem necessariamente sacrificar totalmente a liberdade do acusado; e desse modo, conferindo à prisão preventiva a última medida (*ultima ratio*) como garantia da aplicação da lei.

Anota Marcus Gusmão²⁶ que:

A inovação em questão teve como objetivo principal a adequação da lei à regra jurisprudencial já pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a prisão de natureza processual tem caráter excepcional e não deve ser utilizada de modo a se revestir de verdadeiro pleito antecipatório da pena que eventualmente será aplicada e meio “apto” a entregar à sociedade a satisfação punitiva que anseia quando da ocorrência de um delito.

Assim, com a nova sistemática do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante passou a ser qualificada como uma medida pré-cautelar e de instrumentalidade qualificada, posto que seria um ato precário de mera detenção, realizada pelas instituições policiais ou por qualquer um do povo, com a finalidade de fazer cessar a atividade criminosa, bem como também impedir a fuga do infrator preservando-se a situação de flagrancia para uma futura avaliação por parte do juiz.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 1024

²⁶ GUSMÃO, Marcus. **O uso das medidas cautelares previstas no artigo 319 do código de processo penal: cabimento e substituidade à prisão**. Jus Navigand. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29617/o-uso-das-medidas-cautelares-previstas-no-artigo-319-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 10 jan 2017.

4.4 – Das medidas cautelares alternativas diversas da prisão

De acordo com Norberto Avena²⁷, a lei estabeleceu uma disciplina específica para as medidas cautelares diversas da prisão que deve ser observada como condição para que sua aplicação não importe em constrangimento ou estigmatização ao acusado.

Baseando-se nas premissas do artigo 282 do CPP salientamos que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; também deverão ser aplicadas observando-se a sua adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e bem como às condições pessoais do indiciado ou acusado; podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente. As medidas cautelares diversas da prisão estão elencadas taxativamente no artigo 319 do CPP e por implicarem em restrições às garantias e liberdades individuais concordamos com a corrente doutrinária que veda a sua ampliação por critérios de interpretação extensiva. São elas, a saber:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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

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

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

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

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

²⁷ AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Método. 2016. p. 941

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semimputável (art. 26 do Código Penal)²⁸ e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

5 A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

5.1 – Conceito, finalidades, características

De modo geral entende-se por Audiência de Custódia como a garantia fundamental que todo cidadão possui de ser apresentado sem demora a um juízo para que assim seja examinada a legalidade de sua prisão, o tratamento dado à pessoa presa pelas autoridades policiais durante o ato prisional e, sobretudo, a necessidade de conservação ou não dessa prisão mediante uma possível substituição por medidas restritivas alternativas previstas em lei.

Para Caio Paiva²⁹ a Audiência de Custódia consiste, portanto:

na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. (...)

Em suma, temos que o conceito dado à audiência de custódia está totalmente vinculado à sua finalidade, não podendo se confundir com a mera “audiência de apresentação”, pois sua previsão nos tratados internacionais de direitos

²⁸ “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

(Artigo 26, Código Penal)

²⁹ **PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.41, 45.

humanos (...) somente se justifica na possibilidade de servir-se como instrumento de *controle judicial* imediato da prisão.

(PAIVA, Caio. 2017, p. 41,45, grifo do autor)

Nesse sentido, utilizando-se das idéias de Gustavo Badaró³⁰, a Audiência de Custódia possui o condão de avaliar de forma mais instruída e pormenorizada as partes (preso e autoridades policiais) e as circunstâncias do ato de prisão se constituindo num verdadeiro juízo bifronte: na medida em que o juiz realiza uma atividade retrospectiva – voltada para o passado; para antes do apresentação do preso - analisando a legalidade e circunstâncias da prisão em flagrante, por exemplo; e ao mesmo tempo valendo de uma atividade prospectiva – voltada para o futuro; para além da apresentação do preso em juízo – com a finalidade de apreciar a necessidade e adequação dessa prisão, conservando-a ou até mesmo substituindo-a por uma medida cautelar isolada ou cumulativamente.

Assim, não podemos desvincular o instituto de alguns Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil faz parte. Primeiramente temos a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que preceitua em seu 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.

(Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 7.5)

Na mesma linha de proteção de direitos fundamentais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabelece em seu 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 e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

³⁰ **BADARÓ**, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf?x20748> Acesso em: 20 jan. 2017. p. 14

(Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, artigo 9.3)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) também garante em seu artigo 5º, parágrafo 1º, alínea c, bem como em seu parágrafo 3º, alguns direitos ao preso, a saber:

Artigo 5º

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: (...)

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante à autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido; (...)

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

(Convenção Europeia de Direitos Humanos, Artigo 5º, §1º, c; §3º)

Diante da realidade jurídica atual em que cada vez mais são garantidos princípios constitucionais bem como assegurados direitos em tratados internacionais, a Audiência de Custódia nasce da necessidade de se implementar a consolidação do processo penal democrático na medida em que possibilita a máxima efetividade dos direitos fundamentais e as garantias da pessoa presa. Sendo assim, tem essa audiência a finalidade de ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos; agir na prevenção da tortura assegurando a efetivação do direito à integridade pessoal daqueles privados em sua liberdade; bem como evitar a execução de prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias.

É nesse contexto de proteção das garantias do indivíduo preso em detrimento da necessidade de instrumentalidade do processo penal – uma vez que este serve como meio para a aplicação do direito penal – que deve o juiz valer-se da Audiência de Custódia para se chegar a uma plausível punição. Na tentativa de se tentar definir algumas das características da Audiência de Custódia, Aury Lopes Jr. e Caio Paiva³¹ chamam a atenção para duas expressões

³¹ **LOPES JR** Aury; **PAIVA**, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz**: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades. Instituto Brasileiro de

constantes na redação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tendo em vista que despertam alguma margem de interpretação.

A primeira é a expressão “*juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais*”, encontrada na CADH, no PIDCP e também na CEDH. A esse respeito, dizem os autores que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) interpreta aquela expressão em conjunto com a noção de juiz ou tribunal prevista no art. 8.1 da CADH, a qual estabelece que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesse sentido, continuam os autores afirmando que a Corte IDH já recusou considerar como “*juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais*” a jurisdição militar; o agente fiscal do Ministério Público, e o fiscal naval. Sendo fácil perceber, portanto, a partir da jurisprudência da Corte IDH, que juiz ou autoridade habilitada a exercer função judicial somente pode ser o funcionário público incumbido da jurisdição, que na grande maioria dos países – a exemplo do Brasil – é o magistrado.

A segunda é a expressão “*sem demora*”, encontrada tanto na CADH quanto no PIDCP, sendo mais extensiva no sistema regional europeu, já que a CEDH exige que o cidadão preso seja apresentado imediatamente ao juiz. Segundo os professores a Corte IDH já reconheceu a violação do direito à audiência de custódia pela ofensa à celeridade exigida pela CADH em casos de condução do preso à presença do juiz quase uma semana após a prisão; quase cinco dias após a prisão; aproximadamente trinta e seis dias após a prisão; quatro dias após a prisão, entre outros precedentes. No que se refere ao Brasil, o Projeto de Lei do Senado (PLS) em tramitação e a própria Resolução 2013/2015 do Conselho Nacional de Justiça, dando cumprimento à CADH, estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas³² para ser feita a condução do preso ao juiz.

Ciências Criminais. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf. Acesso em: 22 jun. 2016

³² Caio Paiva salienta que haverá casos em que por alguma razão, devidamente justificada e comprovada, tal regra será excepcionada o que exigirá da doutrina e da jurisprudência um cuidado especial para que

5.2 Os caminhos para a uniformidade normativa

Na intenção de consolidar os ditames dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos ratificados ao tempo da Constituição Federal de 1988, o legislador brasileiro deu início a uma série de projetos de lei no Senado Federal – Projetos de Lei do Senado números 112/2011 e 89/2015 –, bem como algumas categorias de ordem institucional ajuizaram ações civis públicas – Ações Civis Públicas ajuizadas pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal – o que contribuiu decisivamente para a implantação do Projeto Audiência de Custódia incentivado pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ministro Ricardo Lewandowski.

No dia 09 de abril, o CNJ, o Ministério Público e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), assinaram três acordos que tinham por objetivo incentivar a difusão do Projeto Audiência de Custódia em todo o País, e também o uso de medidas alternativas à prisão a exemplo da monitoração eletrônica; entre tantos objetivos, se buscava com esses acordos justamente se combater a cultura do encarceramento que se instalou no país. O primeiro projeto – Audiência de Custódia – buscava garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que assim fosse feita uma análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas.

A partir da iniciativa do CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) deu início à implementação das finalidades da Audiência de Custódia por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015, assinado pela presidência do TJ/SP e pela presidência da Corregedoria-Geral. Após a edição do Provimento do Tribunal de Justiça paulista, os tribunais dos demais Estados também regulamentaram, progressivamente, a realização da audiência de custódia em seus respectivos territórios. Anota Caio Paiva³³ que mesmo antes do Projeto ser lançado pelo CNJ, o Estado do Maranhão já teria regulamentado a audiência de custódia em abril de 2014 – assumindo o pioneirismo – em decorrência do gravíssimo problema enfretado por este Estado

a exceção não se torne a regra. Ressalta também o autor que não sendo realizada a apresentação do preso ao juiz no prazo de 24 horas, o juízo de legalidade/necessidade da prisão não poderá ser adiado, devendo a autoridade judicial decidir conforme o artigo 310 do CPP e, posteriormente, ratificar ou alterar tal decisão quando da realização da audiência de custódia. (PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.59)

³³ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.89

em seu sistema prisional, especificamente no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado na cidade de São Luís.

Após um período de testes para a realização da audiência de custódia regulamentada em cada tribunal do Estado, o CNJ procedeu à uniformização normativa do projeto por meio da Resolução nº 213 de 15/12/15 vigorando a partir de 01/02/2016. Esta resolução tinha por finalidade padronizar todo o procedimento do instituto Audiência de Custódia sem, contudo, eliminar a competência dos tribunais para disciplinarem questões de natureza local. Assim, até a aprovação do projeto de lei sobre a matéria pelo Congresso Nacional, a dinâmica procedimental da Audiência de Custódia seguirá basicamente a Resolução CNJ nº 213/15 e os seus dois protocolos, bem como a normatização suplementar e específica editada por cada tribunal.

5.3 A perspectiva procedimental de acordo com a resolução CNJ nº 213/15

A Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça é composta de 17 artigos que padronizam no âmbito da Justiça Nacional toda a dinâmica do procedimento de Audiência Custódia, sendo complementada pelos protocolos I – Procedimentos para a Aplicação e o Acompanhamento de Medidas Cautelares Diversas da Prisão para Custodiados Apresentados nas Audiências de Custódia; e II – Procedimentos para Oitiva, Registro e Encaminhamento de Denúncias de Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Além disso, ainda conta com o apoio técnico do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Execução das Medidas Socioeducativas para o acompanhamento de seu cumprimento (artigo 16).

No que se refere ao rito procedimental³⁴, a referida resolução determina, em seu artigo 1º, que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, deve ser obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão³⁵. A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por

³⁴ Por questões didáticas tomamos a liberdade de discorrer de maneira ampla apenas a respeito dos pontos mais importantes e cruciais do momento de apresentação da pessoa presa em flagrante, sendo necessário uma leitura por completa da referida Resolução CNJ nº 213/2015.

³⁵ A Resolução CNJ nº 213/2015 também determina, em seu artigo 13, que a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos.

meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, não supre a apresentação pessoal à autoridade judicial competente.

Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo de 24 horas, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação (artigo 1º, § 4º). A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante; sendo vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência.

Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado (artigo 11).

Privilegiando-se o estudo da Audiência de Custódia – a qual é operada normalmente a partir da prisão em flagrante – faz necessário explorar o modelo de apresentação do preso antes de sua implantação pelo CNJ. Do ponto de vista evolutivo das principais normas legislativas que disciplinam a prisão em flagrante, podemos dividir a conduta de apresentação do indivíduo preso em três momentos: o procedimento da prisão em flagrante antes da lei 12.403/11, o procedimento da prisão em flagrante com o advento da lei 12.403/11 e, finalmente, o rito procedimental do flagrante com a normatização da Resolução CNJ nº 213/15.

Antes da Lei 12.403/11 o indivíduo preso nas condições do artigo 302 do CPP³⁶ era conduzido à autoridade policial que lavrava o auto de prisão em flagrante e, em seguida num

³⁶ De acordo com art. 302, CPP, considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

prazo de 24 horas, realizava uma mera comunicação documental e cartorária para o juiz. Este juiz analisava o referido auto de modo formal e homologatório e o flagranteado permanecia encarcerado por vários meses caso a defesa não provocasse o judiciário, pois o entendimento era de que a prisão em flagrante possuía respaldo legal suficiente para manter o indivíduo preso por um longo período.

Com a implantação da Lei 12.403/11 o legislador percebeu que não bastava a análise formal e homologatória da prisão em flagrante tampouco a inércia por parte do juiz, este ao receber o auto de prisão em flagrante deveria realizar um controle judicial sobre a legalidade da prisão apontando o seu requisito e fundamento, bem como realizar também um exame de cautelaridade possibilitando a conversão ou não do flagrante em prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa. Sendo, nesse momento, o flagrante um instituto de medida pré-cautelar, seria imprescindível a decisão do juiz no intuito de validar ou não a prisão para que a pessoa presa não continuasse encarcerada por um longo período de tempo.

Com o advento de implantação da Audiência de Custódia houve uma verdadeira humanização do procedimento de apresentação do flagranteado já iniciado a partir da Lei nº 12.403/11. Diante da imposição normativa da Resolução CNJ nº 213/15, o controle judicial de legalidade da prisão bem como o exame de cautelaridade passou a ser realizado pelo juiz – a partir das declarações pessoais do indivíduo – em conjunto com o Ministério Público e a defesa, tornando-se assim um ato dialético³⁷ muito mais legitimado e calcado nos preceitos das Convenções e Tratados de Direitos Humanos.

5.4 Uma ínfima mudança

Partindo-se de um resgate dos estudos já realizados sobre as condições de aprisionamento provisório no país diante da aplicação da Lei nº 12.403/11; de estudos realizados antes do advento das audiências de custódia; bem como de breves apontamentos acerca da discussão jurídica travada sobre as audiências de custódia até o momento da edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, os consultores do Relatório sobre a Implementação da Audiência de Custódia no Brasil³⁸ do Ministério da Justiça chegaram à seguinte conclusão:

³⁷ Confira o artigo 8º da Resolução CNJ nº 213/15.

³⁸ O referido relatório tem como objetivo apresentar um diagnóstico sobre a implantação das audiências de custódia no país, com análise das práticas adotadas, encaminhamentos para rede de apoio e proteção social e relação com serviços de acompanhamento e fiscalização de alternativas penais. Para alcançar tais finalidades, a consultoria buscou associar a discussão sobre as audiências de custódia às análises

Como demonstrado no resgate histórico feito sobre o uso da prisão provisória e a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil, ainda há grande resistência por parte da cultura jurídica, política e administrativa em tratar e adotar a restrição de liberdade com a devida excepcionalidade que a Constituição lhe impõe. Entretanto, a partir do retrato traçado, também é possível aferir que as modificações empreendidas no âmbito do sistema de justiça criminal são extremamente relevantes e demandam esforço e vigilância contínua daqueles envolvidos em garantir-lhe melhor funcionamento e resultados.

(Ministério da Justiça, **Relatório sobre a Implementação da Audiência de Custódia no Brasil**, 2016, p. 24)³⁹

Em uma outra análise os consultores verificaram que “diante das audiências de custódia a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, que se mantinha em patamares muito elevados mesmo com o advento da Lei de Cautelares, começa a ser reduzida”⁴⁰, conforme demonstra a comparação feita entre as cidades de Rio de Janeiro e São Paulo no gráfico que se segue:

Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva	Rio de Janeiro	São Paulo
Antes da Lei de Cautelares	83,8%	87,9%
Após a Lei de Cautelares	72,3%	61,3%
Após as Audiências de Custódia	57%	53%

Tabela 1 - Comparação da conversão da prisão em flagrante em preventiva de acordo com as alterações ocorridas em âmbito legal-administrativo em matéria penal.

Fonte: Relatório sobre a Implementação das Audiências de Custódia no Brasil, 2016.

É importante frisar que não é possível, a partir desses dados, fazer generalizações sobre o sucesso ou o fracasso das audiências no país como um todo, seja porque cada um dos Estados iniciou a implementação das audiências de custódia em momentos distintos, seja porque a

críticas já bastante numerosas sobre o uso abusivo da prisão provisória no Brasil e às diretrizes da nova Política Nacional de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário Nacional.

³⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Implementação das audiências de custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Relatório 2016. Depen. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em: 30 jan 2017.

⁴⁰ Idem, ibidem. p.25

dinâmica do fluxo dos sistemas de justiça criminal estaduais diferem e interferem de formas diversas na realização e no resultado das audiências; além disso, a Audiência de Custódia é um instituto recentemente implantado em nosso complexo sistema judiciário e como toda inovação causa desconforto entre aqueles que estão acostumados com o tradicional e usual.

Acreditamos, no entanto, que as primeiras iniciativas no intuito de se garantir um instrumento de aplicação de uma justiça mais humana foram dadas, pois “a instituição da apresentação do preso a uma autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas por si só já representa um avanço extremamente relevante no cenário da justiça criminal”.⁴¹

⁴¹ Idem, Ibidem. p. 24

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos altos índices de criminalidade e de violência urbana, a sociedade brasileira influenciada pelos meios de comunicação em massa cobra desesperadamente uma medida por parte do Estado; este cedendo às pressões tenta dar uma satisfação apostando cegamente na criação de leis punitivas mais severas que por consequência acabam abarrotando as instituições prisionais sem, no entanto, resolver o problema da criminalidade. O Estado apostou durante muito tempo na quantidade das prisões desconsiderando o fato de que um dia aquele submetido ao encarceramento pode(ria) voltar para o seio de onde foi excluído.

A Audiência de Custódia surge em meio a esse contexto jurídico social justamente como iniciativa para se tentar contornar o problema, pois já percebemos que não basta apenas punir o cidadão infrator excluindo-o da sociedade; é preciso punir com qualidade. Partindo-se do pressuposto de que o Estado pune mas não ressocializa, apostamos nas pretensões do instituto da Audiência de Custódia como instrumento de humanização a serviço do direito processual penal para ao menos mudar a realidade do encarceramento.

Entendemos o instituto em tela como sendo a garantia fundamental que todo cidadão possui de ser apresentado sem demora a um juízo para que assim seja examinada a legalidade de sua prisão, o tratamento dado a pessoa presa pelas autoridades policiais durante o ato prisional e, sobretudo, a necessidade de conservação ou não dessa prisão mediante uma possível substituição por medidas restritivas alternativas previstas em lei. Sendo assim, é sob o prisma de um direito constitucional processual humanizador em constante interação com tratados internacionais asseguratórios dos direitos humanos fundamentais que deve o Estado garantir a aplicação do *jus puniend*.

Na atual conjectura pela qual passa todo o ordenamento jurídico nacional é interessante que se faça uma análise de aplicabilidade das normas domésticas tomando como referência tanto a nossa Constituição Cidadã de 1988 (controle de constitucionalidade) quanto os parâmetros dos Tratados de Direitos Humanos (controle de convencionalidade) para se chegar a uma possível harmonia entre o direito de punir estatal e princípio da dignidade humana assegurado ao cidadão tolhido de sua liberdade de locomoção. Nesse sentido com o advento da Lei nº 12.403/11, a qual adequou o rito das cautelares à uma nova sistemática focalizada no princípio da presunção de inocência, o estado-juiz tem à sua disposição uma série de medidas restritivas diversas da prisão para fazer valer a lei, deixando o encarceramento como uma última opção (*ultima ratio*).

Diante das inovações empregadas ao nosso antigo Código de Processo Penal de 1941, a prisão em flagrante passou a ser qualificada como uma medida pré-cautelares e de instrumentalidade qualificada. A prisão em flagrante é um ato precário de mera detenção, realizada pelas instituições policiais ou por qualquer um do povo com a finalidade de fazer cessar a atividade criminosa e, assim, impedir a fuga do infrator para uma futura avaliação perante o juiz; desse modo, nos coligamos a corrente doutrinária a qual considera esse como sendo o momento propício para pôr em prática as finalidades da Audiência de Custódia.

No que se refere ao rito procedimental, a Audiência de Custódia propicia uma verdadeira humanização do procedimento de prisão em flagrante uma vez que permite uma análise judicial – antes realizada de forma simplesmente documental, cartorária, homologatória – a partir das declarações pessoais do flagranteado em conjunto com Ministério Público e defesa, permitindo-se, assim, um verdadeiro ato dialético. As contribuições da Audiência de Custódia para uma melhor aplicação de um processo penal humanizador ainda se mostram ínfimas, no entanto, acreditamos que o estado-juiz, perseverando dessa forma, conseguirá mudar a situação do encarceramento quase medieval de nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; **ALFLEN**, Pablo Rodrigo., orgs. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf> . Acesso em: 22 maio 2016.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Método. 2016. p. 919-1043

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ, TJSP e ministério da justiça lançam projeto audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Informativo audiência de custódia.** Agosto/2015 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/37dbb32d0a48858318082cd3a1d5e652.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Perguntas frequentes.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Lewandowski quer levar projeto audiência de custódia a outras capitais e comarcas do país.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski-quer-le-var-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **DF completa ciclo de implantação das audiências de custódia no país.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80676-df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **STF confirma validade de normas sobre audiências de custódia.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80231-stf-confirma-validade-de-normas-sobre-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Atos administrativos: resolução nº 213 de 15/12/15.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN 2014.** Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. **Implementação das audiências de custódia no Brasil:** análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Diretoria de Políticas Penitenciárias. Coordenação Geral de Alternativas Penais. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2017.

DIAS, Fábio Freitas; DIAS Felipe da Veiga; MENDONÇA, Tábata Cassenote. **Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal.** 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Edição 2013 – UFSM. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Breves ponderações sobre a proposta de extensão da “audiência de custódia” para adolescentes acusados da prática de ato infracional.**

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. N° 04. Ano03 Agosto/2016. Disponível em:

<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_4.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

GARCIA, Gustavo Assiz. **A Falácia da audiência de custódia.** ASMEGO. Disponível em:

<https://asmego.org.br/wp-content/uploads/2015/07/audiencia-de-custodia_Gustavo-Assis-Garcia.pdf>. Acesso em 22 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF.**

Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI87878,91041->

Controle+de+Convencionalidade+Valerio+Mazzuoli+versus+STF>. Acesso em: 22 dez 2016.

GUSMÃO, Marcus. **O uso das medidas cautelares previstas no artigo 319 do código de**

processo penal: cabimento e substituidade à prisão. Jus Navigand. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29617/o-uso-das-medidas-cautelares-previstas-no-artigo-319-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 10 jan 2017.

LEITE, Antonio José Maffezoli; **MAXIMIANO**, Vitore André Zilio. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm>>. Acesso em: 10 dez 2016.

LOPES JR Aury. **Direito processual penal.** 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR. Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares.**

Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060)>. Acesso em 10 dez 2016.

LOPES JR Aury; **PAIVA**, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Revista Liberdades. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em:

<http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 326-394.

_____. **Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil.**

Migalhas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-control-e-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Implementação das audiências de custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Relatório. Depen. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 30 jan 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção europeia de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro**: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da constituição brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. Cap. II, p. 43-69

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. **Audiência de custódia: o que é e porque é necessária**. Informativo Edição 05. Ano 03 / 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2016.

SANTIAGO, Emerson. **Pacto de São José da Costa Rica**. Revista Infoescola. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>>. Acesso em: 10 dez. 2016

SANTOS, Maurício Cirino. **A audiência de custódia e as funções institucionais do ministério público**. Revista Jurídica do Ministério Público . Estado do Paraná. Nº04. Ano 03 Agosto/2016. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_4.pdf. Acesso em: 10 mar. 2017.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 997-1052

THADEU, Marcos. **Controle de convencionalidade**: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis. Jus Navigand. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24711/controle-de-convencionalidade-os-direitos-humanos-como-parametro-de-validade-das-leis>>. Acesso em: 22 dez 2016. _____. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

TOSCANO JR., Rosivaldo. Muito mais que uma audiência de custódia. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>>. Acesso em: 15 set. 2016.