

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Fernando Bortoluzzi Diaz

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB MÚLTIPLOS OLHARES:
INTERESSES ESTATAIS *VERSUS* DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS**

Santa Maria, RS
2016

Fernando Bortoluzzi Diaz

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB MÚLTIPLOS OLHARES: INTERESSES
ESTATAIS *VERSUS* DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof.^a M.^a Luiza Rosso Mota

Santa Maria, RS
2016

Fernando Bortoluzzi Diaz

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB MÚLTIPLOS OLHARES: INTERESSES ESTATAIS *VERSUS* DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em de dezembro de 2016:

Luiza Rosso Mota, M.^a (UFSM)
(Presidente/Orientadora)

Valéria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)

Janaína Soares Schorr, M.^a (UFSM)

Santa Maria, RS
2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha madrinha Dorilda Londero Diaz e à minha tia-avó Irene Londero Diaz, egressas, respectivamente, das 2ª e 4ª turmas de Direito desta Universidade, pois, mesmo não estando mais entre nós, souberam em vida me transmitir a paixão por esta ciência.

AGRADECIMENTOS

Impossível deixar de agradecer primeiramente ao meu Deus, que em momento algum arredou Seus olhos de mim; foi graças ao Teu amparo e condução que este trabalho se concluiu.

Minha família, que, dentro da sua possibilidade, soube me incentivar para que não esmorecesse e seguisse sempre confiante de meu potencial.

Meus amigos, que, com suas peculiaridades e especialidades, souberam me alegrar, me encorajar e me escutar quando mais precisei. Vocês são demais!

Meus colegas, que, compartilhando desta mesma vivência, foram a motivação de que, sim, era possível alcançar o fim com louvor.

Minha orientadora, Professora Luiza Rosso Mota, por ter aceitado desde o início me orientar nesta empreitada e ter se mantido sempre fiel e dedicada ao seu ofício.

Minha banca examinadora, que prontamente aceitou compô-la, enriquecendo este trabalho com sua sapiência.

Enfim, a todos aqueles que de algum modo contribuíram para que este trabalho se concluísse, expresso meus sinceros agradecimentos.

“Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há direito.”

(Afonso Arinos de Mello Franco)

RESUMO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB MÚLTIPLOS OLHARES: INTERESSES ESTATAIS *VERSUS* DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

AUTOR: Fernando Bortoluzzi Diaz
ORIENTADORA: Luiza Rosso Mota

Em fevereiro de 2015, com mais de vinte anos de atraso, o Conselho Nacional de Justiça lançou o projeto “Audiências de Custódia” visando dar efetividade à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, no tocante à rápida apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial. Este novo procedimento almeja ajustar o processo penal às normas internacionais, prevenir a tortura policial, evitar prisões arbitrárias e combater o superencarceramento. No decorrer do trabalho foi possível identificar, dentre as principais instituições estatais ligadas à execução das audiências, quais se posicionavam favoravelmente e quais se posicionavam de modo contrário à sua realização. Foi identificado que a Magistratura, a Polícia e parte do Ministério Público eram contrários, enquanto a Defensoria Pública e expressiva parcela do Ministério Público eram favoráveis. Assim, considerando o reflexo que tal sistemática processual possui sobre os direitos humanos e fundamentais do preso em flagrante, a presente monografia teve como objetivo verificar se os interesses dessas instituições se sobrepõem à aplicabilidade das audiências de custódia, bem como se mitigam a garantia dos direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem indutivo e o método de procedimento funcionalista. As técnicas de pesquisa empregadas foram a bibliográfica e a documental. Por fim, partindo-se de uma visão garantista e da teoria dos direitos humanos fundamentais, foi possível concluir que os interesses opoentes à audiência de custódia refletem no abrandamento e na desproteção dos direitos humanos fundamentais dos flagranteados, devendo ser rechaçados.

Palavras-chave: Audiências de custódia. Direitos humanos e fundamentais. Presos em flagrante. Interesses estatais.

ABSTRACT

THE CUSTODY HEARING UNDER MULTIPLE PERSPECTIVES: STATE INTERESTS *VERSUS* FUNDAMENTAL AND HUMAN RIGHTS

AUTHOR: Fernando Bortoluzzi Diaz

ADVISOR: Luiza Rosso Mota

In February 2015, with more than twenty years of delay, the National Council of Justice launched the project "Custody Hearings" with the objective of actualize the American Convention on Human Rights and the International Pact on Civil and Political Rights with regard on the rapid presentation of the arrested in flagrante to the judicial authority. This new procedure aims at adjusting criminal procedure to international standards, preventing police torture, avoiding arbitrary arrests and fighting overburdening of jails. In the course of the work, it was possible to identify, among the main state institutions linked to the execution of the audiences, which ones were favorably positioned and which were positioned against their realization. The Magistrate, the Police and part of the Public Prosecution were contrary, while the Public Defender and an expressive portion of the Public Prosecutor's Office were favorable. This way, considering the reflection that this processing system has on the human and fundamental rights prisoner arrested in flagrante, the presented monograph has the goal to verify if the interests of these institutions overlap with the applicability of custody hearings, as well as the as if they guarantee the Human and fundamental rights of prisoners arrested in flagrante. For that, the inductive approach method and the functionalist procedure method were used. The research techniques employed were bibliographical and documentary. Finally, based on a guarantor view and on the theory of fundamental human rights, it was possible to conclude that opposed interests to the custody hearing reflect in the softening and lack of protection of the fundamental human rights of the flagranteated and should be rejected.

Keywords: Custody hearings. Human rights and fundamental rights. Arrested in flagrant. State interests.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADEPOL	Associação dos Delegados de Polícia do Brasil
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AECD	Auto de Exame de Corpo de Delito
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
ANAMAGES	Associação Nacional dos Magistrados Estaduais
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
Infopen	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
Ipea	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PL	Projeto de Lei
PSJCR	Pacto de São José da Costa Rica
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: O QUÊ, QUEM E ONDE?	15
1.1	ASPECTOS CONCEITUAIS E NORMATIVOS.....	15
1.2	PRINCIPAIS FINALIDADES.....	25
1.3	INSTITUIÇÕES ESTATAIS DIRETAMENTE LIGADAS À SUA EXECUÇÃO.....	31
2	AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: LEGALIDADE, EMBATE DE OPINIÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	39
2.1	A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	39
2.2	O CONFLITO DE INTERESSES.....	44
2.3	A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....	55
	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Uma premissa se deve tomar por certa quanto à atual situação carcerária brasileira: o sistema penitenciário vigente encontra-se num dos piores cenários mundiais de superencarceramento, com consequente violação dos direitos humanos e fundamentais da população carcerária.

No início de 2016, o Departamento Penitenciário Nacional, ligado ao Ministério da Justiça, divulgou o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)¹, relativo ao mês de dezembro de 2014, que revela dados estarrecedores sobre a questão prisional.

Para fins ilustrativos, o relatório aponta o Brasil em quarto lugar no ranking dos países com maior população carcerária no mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia, possuindo 622.202 presos, sendo que, destes, 249.668 são presos provisórios, o que representa mais de 40% do total de custodiados. Alcançou-se, nos últimos 14 anos, um aumento de 267,32% da população carcerária, existindo um déficit atual de 250.318 vagas.

A prisão, hoje fadada ao insucesso, sempre foi um meio de punição empregado pelo Estado, justificando-se sob o manto de três finalidades, quais sejam, *retribuir, prevenir e ressocializar*². Ancorou-se como medida ideal para se impor àqueles que violam as normas estabelecidas para a sociedade, mesmo saltando aos olhos que, dentre suas finalidades, a única que prevalece é a retributiva (punir), enquanto as demais permanecem no campo da utopia.

Foucault, quando afirma que a prisão “é a detestável solução de que não se pode abrir mão”³, soube sabiamente definir essa sistemática punitiva fracassada que se instalou no atual sistema penal e dele não se libertou.

Neste diapasão, importante é a reflexão que se deve ter sobre a consequência que a prisão brasileira exerce sobre aqueles para quem foi projetada - os presos -, bem como analisar o desempenho do nosso atual processo penal no combate à impregnada ideologia punitiva que ainda inflige o aparato jurídico estatal repressivo.

¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

² Conforme teoria mista ou unificadora da pena. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153-155.

³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 218.

Numa tentativa de minimizar essa cultura do cárcere, foi promulgada a Lei nº 12.403/2011 que intentou viabilizar um processo penal em que a prisão figurasse como a *ultima ratio* das medidas cautelares, tornando a homologação do flagrante exceção. Todavia, o que se verificou na prática foi a permanência do protagonismo da prisão, atuando como regra no sistema processual penal brasileiro, e mais uma emenda ao Código de Processo Penal (CPP), o qual, diga-se, necessita urgentemente de uma renovação, tal qual o Processo Civil. Prova disso é a mínima redução do número de presos cautelares após a reforma de 2011⁴.

Nesse sentido, em 2015, com mais de vinte anos de atraso e, quiçá, como último grito de esperança, saíram do papel as denominadas audiências de custódia, instrumento processual previsto em Diplomas Internacionais, ratificados pelo Brasil, que determina a apresentação, sem demora, do preso em flagrante à autoridade judiciária para que esta delibere quanto à manutenção ou não da sua prisão, objetivando ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, prevenir e extinguir a tortura policial, assegurando a integridade física daqueles privados de liberdade, e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, com conseqüente redução do número de presos provisórios.

Teoricamente, analisando-se tais propósitos, não restam dúvidas de que as audiências de custódia apresentam finalidades louváveis. Todavia, não foi esse o posicionamento de algumas instituições estatais diretamente ligadas à sua execução, as quais manifestaram interesses contrários à sua implementação.

Dessa forma, em que se verifica, de um lado, uma inovação processual, com objetivos condizentes ao enfrentamento da triste realidade do sistema penal, e, de outro lado, instituições estatais diretamente ligadas à execução das audiências de custódia posicionando-se de modo contrário à sua execução, é que desponta o problema de pesquisa deste trabalho: em que medida os interesses das classes institucionais se sobrepõem à aplicação dos direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante e, conseqüentemente, prejudicam a aplicabilidade das audiências de custódia?

Portanto, esta monografia terá como objetivo primordial verificar se os interesses das instituições estatais, diretamente ligadas à execução das audiências

⁴ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Liberdades**, São Paulo, v. 17, p.11-23, set. 2014. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em: 15 ago. 2016.

de custódia, se sobrepõem à sua aplicabilidade, bem como se esses interesses mitigam a garantia dos direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante. Tal objetivo será alcançado por meio da satisfação de um processo de conhecimento, que consistirá na identificação das principais instituições estatais responsáveis pela concretização das audiências de custódia, reconhecendo, dentre elas, quais são favoráveis e quais são contrárias à sua implementação, e quais os motivos que as levaram à adoção de tais posicionamentos. Em posse de tais informações, serão verificadas as consequências que a resistência às audiências de custódia acarreta para sua aplicabilidade e efetividade, e se de algum modo desvalorizam os direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante.

No que concerne à metodologia, o método de abordagem utilizado pelo presente trabalho foi o indutivo, que consiste no estabelecimento de uma verdade universal com base na compreensão de determinado número de dados singulares, permitindo desvendar e afirmar algumas hipóteses gerais, tomando como ponto de partida dados específicos⁵. Partiu-se dos interesses particulares de determinadas instituições estatais (dados específicos), para então se aferir a influência de tais interesses sobre a aplicabilidade das audiências de custódia, bem como sua capacidade de mitigação dos direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante (dados gerais).

Por oportuno, embora busque alcançar generalidades, é da natureza de tal método não ter os resultados obtidos como absolutos, visto trabalhar com dados particulares, representativos de certos grupos analisados (no presente caso, instituições estatais compostas por inúmeros membros), mas sim **inferir** proposições gerais resultantes de proposições particulares.

Quanto ao método de procedimento, foi utilizado o método funcionalista, que pode ser conceituado como um método de interpretação, que leva em consideração a pluralidade da sociedade, a qual é formada por partes componentes que se inter-relacionam, satisfazendo, cada uma, as funções essenciais da vida social, sendo melhor compreendidas quando analisada a função que desempenham no todo. Tal método estuda a sociedade do ponto de vista de suas unidades, como um sistema organizado de atividades, considerando-a uma estrutura de grupos e indivíduos complexos, agrupados num enlace de ações e reações sociais, bem como um

⁵ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 254.

sistema de instituições interligadas, reagindo umas com as outras⁶. Justifica-se a utilização deste método pelo fato de que, primeiramente, identificou-se quais instituições estatais estão diretamente ligadas à execução das audiências de custódia, reconhecendo, dentre elas, quais são favoráveis e quais são contrárias à sua aplicabilidade e o motivo que as levaram a ter tal posicionamento. Posteriormente, analisou-se o reflexo desses interesses sobre a garantia dos direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante.

Assim, acabou-se por realizar uma interpretação da função exercida por partes componentes da sociedade sobre a própria coletividade, pois evidente que, antes de convergirem exclusivamente para os presos em flagrante, as audiências de custódia possuem uma fundamentação legal, positivada em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil. Isto é, possuem poder normativo e, como toda norma, possuem poder de imperatividade e generalidade, ou seja, vinculam toda a coletividade à sua observância.

Concluindo a exposição metodológica, o presente trabalho utilizou como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental. A pesquisa bibliográfica foi feita a partir da leitura selecionada de livros doutrinários, artigos e monografias correlacionadas ao tema proposto. No tocante à pesquisa documental, foram utilizadas a legislação constitucional e infraconstitucional, Tratados e Convenções Internacionais, bem como projetos de leis e algumas jurisprudências relevantes ao tema em questão. Foram utilizados, ainda, notícias e relatórios estatísticos, disponibilizados por órgãos governamentais e não governamentais, com conteúdo condizente ao tema.

Outrossim, a presente monografia se coaduna com uma das linhas de pesquisa do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, qual seja, “Sistema Penal e Criminologia: diálogos interdisciplinares acerca de tendências contemporâneas das políticas de controle social”, projeto de pesquisa coordenado pela Professora M.^a Luiza Rosso Mota. Merecedor de grande apreço pelo corpo docente e discente do Curso, pois, tal como anseia esta monografia, o referido projeto visa, dentre outros assuntos, discutir a problemática existente no atual sistema penal e que se evidencia a partir das consequências da dogmática-jurídica e da política criminal tradicional.

⁶ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94-95.

Por fim, para atender ao problema de pesquisa e satisfazer os objetivos do presente trabalho, este restou assim estruturado: na primeira parte, discorreu-se sobre a audiência de custódia, seus aspectos conceituais e normativos, suas principais finalidades e as instituições estatais diretamente ligadas à sua execução; posteriormente, dissertou-se acerca da (in)constitucionalidade das audiências de custódia, o conflito de interesses e suas consequências para os direitos humanos e fundamentais.

1 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: O QUÊ, QUEM E ONDE?

Não se pode discorrer sobre as audiências de custódia, protagonistas desta monografia, sem antes conceituá-las e localizá-las no plano jurídico, para que se possa construir um suporte teórico suficientemente capaz de enfrentar, posteriormente, os demais objetivos deste trabalho.

É sabido que as audiências de custódia vieram à tona recentemente, causando certa euforia na comunidade jurídica, e por que não na sociedade civil, mas também é sabido que ao se tratar de matéria jurídica jamais se pode presumir a ciência total do assunto por parte do aplicador do direito. Presunções de conhecimento se regalam aos magistrados, seguindo o brocardo jurídico *iura novit curia* (o juiz tem o dever de conhecer o direito). Neste trabalho, é de suma importância que reste bem esclarecido o que é, quem são seus principais atores, onde estão regulamentadas e ao que se propõem as audiências de custódia, circunstâncias essenciais para a inteligência da proposta de pesquisa e que serão didaticamente apresentadas neste capítulo, aproveitando-se para identificar quais seriam as instituições estatais diretamente ligadas à execução das audiências de custódia, visto serem, também, protagonistas desta monografia.

1.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E NORMATIVOS

Sem delongas e utilizando-se da exígua bibliografia que num curto espaço de tempo conseguiu se dedicar de forma profunda à temática das audiências de custódia, Caio Paiva, assim define as audiências:

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso [em flagrante], sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado⁷.

⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.

Todavia, as referidas audiências possuem uma origem legal, que remonta a 1992, quando o Brasil ratificou dois tratados internacionais de conteúdo significativo aos direitos humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado pelo Decreto n.º 592 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), promulgada pelo Decreto n.º 678. Ambos os Diplomas foram taxativos ao dispor sobre as audiências de custódia, como se pode depreender da leitura do artigo 9.3 do PIDCP:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença⁸.

Por sua vez, dispõe a CADH (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 7.5:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo⁹.

Cabe referir que tais normas, após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP¹⁰, passaram a ter eficácia

⁸ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

⁹ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

¹⁰ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP: *“Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

de normas supralegais, tendo em vista o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil localizam-se hierarquicamente acima do ordenamento infraconstitucional e abaixo da Constituição Federal (tendo como parâmetro a pirâmide normativo-hierárquica Kelseniana), o que, de antemão, já explicita a importância dada pela jurisprudência à matéria jurídica internacional de direitos humanos.

Ocorre que, passados mais de 20 anos desde a ratificação destes Diplomas, o Brasil se manteve inerte no que diz respeito à concretização da matéria alusiva às audiências de custódia. E, neste ínterim, a situação carcerária brasileira só piorou, passou-se de 232.755 presos em 2000, para 622.202 em 2014, um aumento de 267,32%¹¹ no número de apenados. O número de vagas e as condições habitacionais do cárcere nem de perto acompanharam este crescimento, o que resultou em flagrante violação dos direitos humanos e fundamentais dos encarcerados¹².

Não obstante duas décadas de atraso, em fevereiro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), lançou o projeto “Audiências de Custódia”, mediante celebração do Termo de Cooperação Técnica n.º 007/2015¹³, tendo como sede inicial das atividades o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Este Termo de Cooperação Técnica possui como finalidade precípua traçar diretrizes gerais quanto à execução e perfectibilização das audiências de custódia em todo o país, sendo que atualmente todos os estados-membros já aderiram ao Projeto mediante Termos de Adesão¹⁴, inclusive com a interiorização do Projeto em alguns Estados. Hoje, a Justiça Federal também já o incorporou.

¹¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹² Um exemplo disso é o atual Presídio Central de Porto Alegre, que já sofreu, inclusive, sanções da Corte Interamericana de Direitos Humanos devidos à superlotação e às péssimas situações de higiene e habitação. Cf: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/01/tribunal-internacional-pede-medidas-no-presidio-central-de-porto-alegre.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹³ BRASIL. Termo de Cooperação Técnica nº 007, de fevereiro de 2015. Termo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, para os fins que especifica. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, fev. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁴ Cf. <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

Antes de se analisar com mais acuidade as finalidades a que se propõem as audiências de custódia, impende referir que não foi o “Projeto Audiências de Custódia” do CNJ o pioneiro em regulamentar e concretizar as audiências. Quase que concomitantemente ao lançamento do referido Projeto pelo CNJ, e figurando como baluarte do que se estava planejando lançar, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através do Provimento n.º 03/2015¹⁵, de 22 de janeiro de 2015, regulamentou as audiências de custódia na capital do Estado, o que, devido à extensão judiciária desta metrópole, causou grande impacto no meio jurídico, sendo considerado o “estopim” do assunto, resultando, inclusive, no ajuizamento de Mandado de Segurança e Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), que serão analisados posteriormente.

Antes de se concluir a topografia legal das audiências de custódia, insta mencionar que o CNJ somente veio a regulamentar o passo-a-passo das audiências, em âmbito nacional, em dezembro de 2015 (Resolução n.º 213/2015¹⁶), após o julgamento da ADI n.º 5240, que também será analisada, sendo que os estados-membros, neste lapso em que as audiências ficaram sem regulamentação, as implementaram por meio de resoluções ou outro ato administrativo competente para tanto.

Neste ponto, poderia se questionar se o Brasil já não possui no seu ordenamento pátrio a previsão das audiências de custódia, sendo desnecessário apelar para o campo normativo internacional. Numa visão apressada das normas processuais penais é plausível que se respondesse afirmativamente a tal indagação, todavia, nosso atual processo penal encontra-se desconectado do que realmente almeja as diretrizes internacionais. O CPP dispõe no seu artigo 306, *caput*, que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicadas imediatamente ao juiz competente, ao Ministério público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. O §1º, por sua vez, dispõe que “em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de

¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Provimento Conjunto n.º 03, de 22 de janeiro de 2015. **Provimento**. São Paulo, SÃO PAULO, Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>. Acesso em: 20 ago. 2016.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Resolução**. Brasília, DF, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 05 set. 2016.

prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”¹⁷.

Desse modo, percebe-se que o código processual penal acaba por tratar a comunicação da prisão em flagrante como um ato meramente cartorial, em que o magistrado decidirá sobre a continuação ou não da prisão a partir do papel. Retira-se do autuado o direito de, pessoalmente, se fazer ouvir, atuando o sistema jurídico penal de forma demasiadamente burocrática, dando-se mais prestígio a aspectos meramente abstratos do que a aspectos pessoais, quando a matéria ali retratada é a liberdade **pessoal** do custodiado¹⁸.

Neste sentido, preleciona Giacomolli:

Urge o cumprimento do determinado no art. 7.5 da CADH (...). Não é o que ocorre na *law in action*. Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem num prazo razoável. Com isso se descumpre a CADH e a CF, com o silêncio de toda a estrutura jurídica, em todos os níveis decisórios, postulatórios e doutrinários. O preso somente será ouvido quando da instrução processual e, como regra, no final do procedimento, meses [ou anos] após a sua prisão. Nas situações em flagrante, o que é apresentado imediatamente ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido. Com isso, se esboroa e fragiliza o contraditório. [...] O direito à audiência, de ser ouvido, é um desdobramento da ampla defesa (defesa pessoal) e do contraditório, na medida em que se daria ao sujeito a possibilidade de expor as suas razões defensivas, possibilitando a concessão da liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas. Com a apresentação imediata do detido, o Juiz poderia avaliar melhor a necessidade da prisão e das demais medidas cautelares, cumprindo o determinado na CADH¹⁹.

Portanto, é evidente que o CPP não está redigido em consonância com o disposto nas normas convencionais, devendo ser aplicado e observado o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pois evidentemente mais benéficos ao preso.

Concluindo a exposição normativa, cumpre expor duas propostas de leis muito importantes para o Processo Penal e para as audiências de custódia. São elas

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 56.

¹⁹ Giacomolli (2014 apud PAIVA, 2015, p. 56-57).

o PL n.º 156/2009²⁰, Novo Código de Processo Penal, e o PL do Senado n.º 554/2011²¹.

O primeiro, já aprovado no Senado Federal, institui o Novo Código de Processo Penal, iniciativa louvável, tendo em vista o atual diploma processual datar de 1941. Vários institutos e dispositivos estão ultrapassados, afora as diversas emendas que precisou sofrer no decorrer dos anos, a fim de tentar acompanhar a realidade penal brasileira.

No entanto, grande parte dos defensores das audiências de custódia acreditava fielmente que o Novo Código de Processo Penal traria, de modo expresso, a normatização das referidas audiências, mas não foi o que aconteceu. Pela atual redação do PL, que se encontra na Câmara dos Deputados para revisão, foi mantida quase que *ipsis litteris* a redação do artigo 306 do atual Código, que trata sobre a prisão em flagrante. Ou seja, o Projeto em nada inovou quanto à previsão e regulamentação das audiências de custódia²².

Evidente, pois, que o Novo Código de Processo Penal, até o presente momento, mantém sua configuração registral/cartorial no tocante à prisão em flagrante e à apresentação do preso à autoridade judiciária. Não avançou em nada quanto à harmonização do regramento interno aos Tratados Internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil há mais de vinte anos.

Contudo, não foi por falta de oportunidades que se deixou de regulamentar tal questão; em duas ocasiões, o Senador José Sarney propôs Emendas (n.º 170 e 171)²³ a fim de inserir na redação do PL a realização da audiência de custódia, amparando seu raciocínio na necessidade de adequar o processo penal às normas convencionais já introduzidas no país.

²⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado** n.º 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

²¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado** n.º 554, de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115?o=d>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

²² Redação final do Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009 disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

²³ As Emendas com suas respectivas justificativas podem ser conferidas nas páginas 222 até 224 em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=84031&tp=1>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

Não obstante a apresentação das Emendas, o Senador Renato Casagrande, Relator do Projeto, rejeitou ambos os conteúdos, sob o argumento de que os Tratados internacionais abrem a possibilidade de que o preso seja conduzido à outra autoridade legal, que no caso pode muito bem ser exercido pelo Delegado de Polícia²⁴. Desse modo, aos entusiastas das audiências, resta aguardar se a Câmara dos Deputados irá apreciar novamente tal matéria, lembrando que em caso de emenda ao Projeto este retorna a casa iniciadora (Senado) para reapreciação²⁵.

Por sua vez, o PL do Senado Federal n.º 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, veio trazer esperança para aqueles que não acreditavam mais na possibilidade de regulamentação interna das audiências de custódia, especialmente no diploma processual penal. Tal PL, dentre outras modificações, altera a redação do artigo 306 do CPP, a fim de normatizar e adequar a legislação pátria aos Tratados internacionais, estabelecendo o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, depois de efetivada sua prisão em flagrante. Veja-se:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

[...]

§ 4º **No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas** após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação²⁶. (grifo nosso).

O referido Projeto ainda encontra-se em tramitação no Senado Federal, mas em via de ser encaminhado à Câmara dos Deputados, o que traz um alento para os que entendem ser necessária uma regulamentação interna das audiências, a fim de

²⁴ Íntegra do Parecer do Relator Renato Casagrande disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=84353&tp=1>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

²⁵ Dispõe o artigo 65 da Constituição Federal: Art. 65 - O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único – Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

²⁶Última redação do Projeto de Lei do Senado n.º 554/2011 disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=197816&tp=1>>. Acesso em 30 ago. 2016.

suprir quaisquer dúvidas quanto ao seu procedimento e eficácia, contemporizando-se às normativas internacionais.

Vista a regulamentação internacional que vincula o Brasil ao cumprimento das audiências de custódia e como se deu sua normatização interna, bem como as inovações legislativas tendentes a concretizá-las no ordenamento, pode-se resumir o fluxograma das audiências da seguinte forma, visando uma melhor compreensão do seu procedimento: 1) prisão em flagrante delito e apresentação do autuado à Autoridade Policial; 2) formalização do auto de prisão em flagrante e agendamento da apresentação do preso ao magistrado; 3) intimação do advogado particular, caso indicado, e submissão do preso ao exame de corpo de delito; 4) realização da audiência de custódia, com participação do Ministério Público e defesa (particular ou pública); 5) magistrado ouvirá o autuado quanto a sua qualificação, condições pessoais e sobre as circunstâncias objetivas da prisão; 6) manifestação do Ministério Público e, posteriormente, da defesa; 7) decisão do magistrado: 7.1) relaxamento da prisão ilegal; 7.2) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; 7.3) substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas; 7.4) conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Embora seu procedimento aparente ser simples, muitas questões procedimentais foram levantadas no decorrer de sua implementação. E, tanto por curiosidade quanto por obrigação, impõe-se trazer algumas nuances pertinentes à temática, sem, no entanto, exauri-las.

A primeira delas diz respeito à expressão “sem demora”, contida tanto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos quanto no artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Tal expressão é referente ao aspecto temporal das audiências, isto é, em quanto tempo deve o autuado em flagrante ser encaminhado, pessoalmente, à presença do juiz ou de outra autoridade judiciária.

Para dirimir qualquer controvérsia hermenêutica quanto à correta compreensão desta expressão, deve-se recorrer ao entendimento predominante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual entende que prazos como quase uma semana, quase cinco dias, aproximadamente trinta e seis dias, quase seis meses, quase dois anos, etc., não seriam prazos razoáveis para a apresentação do preso à autoridade judicial. Por outro lado, no julgamento do caso *López Álvarez e*

Honduras, a Corte entendeu que o país não violou a CADH, eis que o flagranteado foi conduzido à autoridade judiciária no dia seguinte à sua detenção²⁷.

Assim, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fica claro que não existe um prazo fixo, podendo cada país estabelecê-lo dentro de uma razoabilidade, desde que condizente com o entendimento da Corte. Essa entende como aceitável, por enquanto, o prazo de vinte e quatro horas (prazo adotado pelo Brasil tanto no PL n.º 554/2011 como na Resolução n.º 213/2015 do CNJ)²⁸.

Outro aspecto que suscitou dúvida foi quanto à possibilidade de realização da audiência de custódia por meio do sistema de videoconferência, argumentando-se que a menor circulação de presos nas ruas das cidades e nos fóruns garantiria uma maior segurança da população, do judiciário e, inclusive, do próprio preso. Acarretaria, também, na diminuição dos custos de deslocamento do preso entre a delegacia/penitenciária e o fórum, visto a atual defasagem de pessoal e de material (veículos) para a realização do transporte.

Tais argumentos, no entanto, não devem prosperar, pois se estaria eliminando uma das principais propostas das audiências de custódia, que é humanizar o processo penal, eliminar-se-ia o seu caráter antropológico sob pretextos falaciosos. Reduzir custos sempre será uma boa desculpa para o Estado se eximir de suas funções, prevalecendo a ideologia economicista, a ponto de sequer o juiz estar presente na audiência. Reduzir riscos é “tapar o sol com a peneira”, pois evidente que já se vive em uma sociedade de riscos. O que se está almejando com esta prática, cada vez mais, é desumanizar o processo penal, retirando a garantia de se ter um juiz presente, aumentando a assepsia e a burocratização da jurisdição.

Com uma virtualização da audiência, especificadamente a audiência de custódia, estaria afastando-se os atores da solenidade, ficando muito mais fácil ao julgador se eximir de qualquer sentimento de culpa ao decidir sobre um dos direitos mais fundamentais do ser humano, sua liberdade. Além disso, não é pelo avanço

²⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 45.

²⁸ WEIS, Carlos. **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz**: Comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal. 2011. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo_sobre_a_obrigatoriedade_de_apresentação_imediata_do_preso_ao_juiz_\(1\).pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo_sobre_a_obrigatoriedade_de_apresentação_imediata_do_preso_ao_juiz_(1).pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

tecnológico que se verifica o progresso de um povo, mas sim pelo modo como se respeita e se observa valores humanos (dignidade da pessoa humana) e jurídicos, como ampla defesa e contraditório. Substituindo-se um juiz por um monitor pode até parecer uma mudança (quando a vontade é de realmente querer mudança), mas certo é que se estará mantendo tudo como sempre esteve²⁹.

Não diverge deste pensamento a jurisprudência, que já teve a oportunidade de se manifestar quanto a este aspecto. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no HC n.º 0010089-04.2016.4.03.0000/SP, entendeu pelo relaxamento da prisão em flagrante, tendo em vista a audiência de custódia ter sido realizada por meio de videoconferência, indo de encontro com o disposto na Resolução n.º 213/2015 do CNJ, que determina a apresentação pessoal do preso ao juiz³⁰.

Muitas outras peculiaridades poderiam ser expostas, tais como a implantação das audiências de custódia no âmbito da infância e juventude e da justiça militar, o porquê de não se discutir nesta fase processual questões probatórias, a necessidade ou não de requerimento do preso para sua realização, a necessidade de realização quando da prisão preventiva e temporária, etc.

A questão é que são muitas as especificidades que envolvem as audiências de custódia e que muitas delas só serão dirimidas no decorrer do tempo, a partir da judicialização das indagações ou com maior engajamento da doutrina, que ainda é muito escassa e prematura no assunto. No entanto, para os fins a que se propõe esta monografia, o até então exposto é suficiente para se construir uma base conceitual e procedimental das audiências, podendo-se avançar no estudo de suas finalidades e, posteriormente, na identificação de seus principais atores estatais.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Liberdades**, São Paulo, v. 17, p.11-23, set. 2014. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em: 03 set. 2016.

³⁰ 3ª REGIÃO. Tribunal Regional Federal. **Habeas Corpus que relaxou prisão em flagrante em virtude de Audiência de Custódia realizada por meio de videoconferência**. HC nº 0010089-04.2016.4.03.0000. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP. Relator: Desembargador Federal Paulo Fontes. 22 ago. 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5429167>>. Acesso em: 03 set. 2016.

1.2 PRINCIPAIS FINALIDADES

Não se pode afirmar que todos os países que implementaram as audiências de custódia visaram as mesmas finalidades, seria demasiado generalista. No caso brasileiro, pode-se afirmar que são quatro os principais objetivos a que se propõem as audiências, levando-se em conta a realidade nacional.

Há quem diga, na verdade, que elas vieram à tona para atender à somente um objetivo e que os demais são meras perfumarias e adereços para camuflar sua real intenção. Isto é, desafogar o sistema carcerário que vive sua pior situação de superencarceramento, e que o Estado notadamente não dá conta de lidar, seja por desinteresse, falta de recursos, má aplicação da lei, ou todos em conjunto.

Independentemente de ilações que se faça aos seus objetivos, cabe ao presente trabalho relacionar e apontar as finalidades que ao menos no papel (Termo de Cooperação Técnica n.º 007/2015 e Resolução n.º 213/2015) ficaram estabelecidas para serem alcançadas com a execução das audiências de custódia, que, conforme dito, baseiam-se em quatro. A primeira finalidade que se pode apontar é quanto ao ajuste do processo penal brasileiro às normas convencionais protetivas dos direitos humanos, no caso a CADH e o PIDCP que, como visto, são os diplomas internacionais que trazem a previsão legal de execução das audiências de custódia.

Neste diapasão, entra em cena o princípio do devido processo legal, que aqui não pode, e nem deve, ser interpretado como a obediência tão somente às normas legais e constitucionais. Quando se obstina atingir um *devido processo* (artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna) é necessário que haja uma conversa clara entre a Constituição Federal, as Convenções Internacionais e o direito processual penal. As normas, sejam elas internas ou externas, não podem ser interpretadas isoladamente ou empregadas ao livre arbítrio dos aplicadores do direito, sob pena de se ferir e/ou mitigar direitos básicos daqueles que dependem da sua fiel execução e garantia.

É neste sentido que prelecionam Aury Lopes Jr. e Caio Paiva:

O processo penal certamente é o ramo do Direito que mais sofre (ou melhor, que mais se beneficia) da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não sendo exagero se falar, atualmente, que para se alcançar um devido processo, esse deve ser, não apenas legal e constitucional, mas também convencional. Nesse sentido, Nereu Giacomolli tem absoluta razão quando afirma que: “Uma leitura convencional e

constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo³¹.

Nesta senda, é evidente que de nada adianta ter diversos pactos internacionais de direitos humanos ratificados pelo país se estes não possuem efetividade interna, servindo apenas de fachada para um Estado que se diz garantidor dos direitos humanos e fundamentais (dos presos ou não). Pôr em prática as audiências de custódia nada mais é do que dar aplicabilidade ao disposto nos Tratados Internacionais, é sair do plano teórico-legal e adentrar no plano prático-legal, sem a necessidade de haver qualquer ato legislativo infraconstitucional que lhe dê eficácia.

Neste último aspecto, e atrelado ao princípio do devido processo, é imperativo que se fale no controle de convencionalidade a ser exercido pelo judiciário ao tratar de qualquer matéria legal, ultrapassando a barreira do controle de constitucionalidade, já consagrado em nosso ordenamento.

A Constituição Federal de 1988 traz no seu artigo 5º, §1º³², o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, se os tratados internacionais de direitos humanos visam definir direitos e garantias, é de se concluir que estes também possuem aplicação imediata, tendo em vista que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil tenha sido parte (artigo 5º, §2º da CRFB/88).

Em outras palavras, ensina Flávia Piovesan que os tratados internacionais, muito além de obrigarem diretamente os Estados aderentes, passam a gerar direitos subjetivos aos particulares, sem qualquer necessidade de intermediação legislativa. É possível invocar o teor dos tratados e exigir sua aplicação de forma imediata, sem que se necessite editar ato com força de lei objetivando conferir vigência interna aos

³¹ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Liberdades**, São Paulo, v. 17, p.11-23, set. 2014, p. 13-14. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em: 03 set. 2016.

³² Art. 5º, §1º, da CRFB/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. In: BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

acordos, havendo a perda automática da vigência de eventual norma preexistente incompatível com a norma internacional³³.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que os Juízes, parte integrante do aparato do Estado, devem se submeter às normas internacionais ratificadas pelo país, zelando pela sua fiel aplicação. Assim agindo, evitar-se-ia eventual mitigação de seu conteúdo quando contrário ao disposto em leis internas, atuando como um fiscal das normas internacionais, realizando um verdadeiro “controle de convencionalidade das leis”³⁴.

Quanto às audiências de custódia, é claro que não se pode falar em uma perda automática da vigência da norma infraconstitucional contrária a sua implementação, até porque sequer existe uma Lei nacional (que tenha observado o processo legislativo) que as assegure, muito menos uma lei que lhes seja desfavorável. No caso, tem-se uma disposição que deve ser executada em conjunto com a norma internacional, isto é, o §1º do artigo 306 do CPP deve ser observado juntamente com a realização da audiência de custódia, posto não serem conflitantes, mas complementares.

Portanto, no que diz respeito à primeira finalidade das audiências, deve restar claro duas coisas: primeiro, que sua execução independe de normas infraconstitucionais; segundo, é dever do magistrado realizar além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade das leis. É dever seu se ajustar às normativas internacionais e executar as audiências de custódia, independentemente de lei interna que as obrigue³⁵, pois só assim se estará ajustando o processo penal às regras internacionais já ratificadas.

Como segunda finalidade, as audiências de custódia vieram com um forte intuito de prevenir e extinguir a tortura policial, assegurando a integridade física daqueles privados de liberdade. Embora o regime ditatorial (notadamente conhecido pela prática de tortura) tenha ficado no passado, estando-se hoje num regime democrático de direito (artigo 1º, *caput*, CRFB/88), muitos são os fatores que levam a manutenção da tortura policial nos dias atuais, a saber: a resistência no âmbito do Poder Executivo em admitir a existência da tortura, bem como em investigar e

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

³⁴ *Ibid.*, p. 140.

³⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

denunciar colegas da carreira policial/penitenciária; impunidade dos agentes públicos ocasionada pela ausência de efetiva investigação, acarretando uma reincidência viciosa de casos; falta de confiança e medo das vítimas de tortura policial em notificar os casos, em decorrência de possível retaliação; presença, ainda, de discursos políticos e sociais que enaltecem a prática de tortura como meio idôneo de se obter a confissão do preso e o exemplo histórico de impunidade dos agentes torturadores do regime ditatorial³⁶.

Ilustrando, o último levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, relativo ao ano de 2014, apontou que mais de 3.000 pessoas foram mortas pela polícia, representando um crescimento de 37,2% em relação a 2013³⁷. No âmbito das audiências de custódia, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro divulgou no seu “3º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas Audiências de Custódia”, englobando o período de 18 de janeiro a 15 de abril de 2016, que, dos 1.464 presos acompanhados pela Defensoria, 402 relataram ter sofrido algum tipo de agressão por parte da polícia³⁸.

Aqui se fala numa verdadeira atuação do que a doutrina denomina de sistema penal subterrâneo, isto é, o exercício das agências executivas de controle do Estado – polícia, por exemplo - à margem da lei, de maneira violenta, arbitrária e truculenta, com o propósito de institucionalizar medidas contrárias ao Estado Democrático de Direito, como a pena de morte, desaparecimentos, torturas, sequestros, exploração do jogo, da prostituição, entre outros delitos³⁹.

Foi contra este tipo de sistema que Cesare Beccaria, no século XVIII, escreveu seu livro “Dos Delitos e das Penas”, trazendo à tona, já naquela época, noções básicas de direitos humanos e fundamentais, num período histórico de máxima negligência desses conceitos. Por oportuno, impossível deixar de retratar uma passagem do livro em que o autor se refere à prática da tortura, instrumento comum para arrancar a “verdade” de culpados e inocentes daquela época, mas que,

³⁶ Ramos (2014 apud PAIVA, 2015, p. 36-37).

³⁷ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

³⁸ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. **3º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas Audiências de Custódia**. 2016. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/21575595-3o-relatorio-sobre-o-perfil-dos-reus-atendidos-nas-audiencias-de-custodia-1.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 52-53.

passados mais de duzentos anos desde a publicação da obra, ainda é uma forma presente no exercício da investigação por parte de alguns agentes de segurança:

Mas digo mais: é querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz. Esse é o meio seguro de absolver os celerados vigorosos e de condenar os inocentes fracos. Eis aqui os fatais inconvenientes desse pretensível critério da verdade, digno de canibais, que os romanos, bárbaros a mais de um título, reservavam tão somente aos escravos, vítimas de uma virtude tão feroz quanto louvada⁴⁰.

Talvez seja este o momento oportuno de se fazer uma ressalva metodológica quanto ao presente trabalho; esta monografia não tem a pretensão de desabonar ou menosprezar qualquer instituição estatal aqui retratada e reafirma que eventuais conclusões alcançadas são, conforme o método adotado - indutivo-, meramente representativas, isto é, apresentam generalidades a partir de proposições particulares.

Continuando, é em oposição a este sistema que vem a segunda finalidade das audiências de custódia: de fazer com que o autuado seja colocado o mais rápido possível em contato com o magistrado, para que este, pessoalmente (retoma-se aqui a objeção ao sistema de videoconferência), possa verificar com “seus próprios olhos” se o preso sofreu algum tipo de violência ou tortura e assim tomar as medidas cabíveis de investigação daquele policial ou agente penitenciário.

Neste sentido, já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que a apresentação imediata ao juiz “é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, advertindo que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente”⁴¹.

Todavia, muitas dificuldades ainda estão sendo enfrentadas pelos agentes estatais no que diz respeito à fiel observação e execução desta finalidade, como a falta de preparo do magistrado em indagar o preso sobre a ocorrência de abuso policial, a presença ostensiva da polícia tanto na entrevista do preso com seu defensor, quanto na própria audiência, constringendo o autuado em denunciar seu

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 69-70.

⁴¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos (2005 apud PAIVA, 2015, p. 35).

algoz e a falta de transparência no acompanhamento dos procedimentos administrativos instaurados contra os policiais⁴². Muito embora tais empecilhos possam decorrer de uma incipiência das audiências, certo é que precisam ser reparados para que mais adiante tal finalidade possa conferir bons resultados, com a minimização da prática de tortura e maus tratos contra os presos em flagrante.

Prosseguindo, apresenta-se como terceira finalidade das audiências de custódia o seu propósito de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, atuando o juízo das audiências de forma complexa ou bifronte. Num primeiro momento, o juiz terá uma visão retrospectiva da prisão, a fim de verificar a legalidade do flagrante, podendo, se pertinente, relaxá-la. Posteriormente, adotará uma visão prospectiva, a fim de apreciar a necessidade de manutenção da prisão ou sua substituição por outra medida cautelar diversa, ou, quem sabe, simplesmente conceder a liberdade condicional sem imposição de cautelares⁴³.

Por derradeiro, mas não menos importante, as audiências de custódia vêm com o escopo de barrar o superencarceramento, que, conforme já abordado, assola de maneira truculenta o país. Essa é uma consequência decorrente da terceira finalidade aqui retratada, pois evidente que quando se tem um melhor controle da legalidade das prisões acaba-se por evitar cárceres desnecessários.

Deve-se salientar que muitos opositoristas, ou mesmo aqueles que têm uma visão mais crítica das audiências de custódia, entendem que esta seria a única proposta das audiências, considerando o cenário prisional brasileiro. As demais finalidades seriam meras fantasias, apenas para dar mais legitimidade a sua implementação, mas que, na verdade, as audiências de custódia não passariam de uma medida estatal para evitar gastos na criação de novas vagas prisionais, aumentando a estatística de liberdade daqueles presos em flagrante, diminuindo conseqüentemente o número de presos provisórios, que representam quase metade dos apenados hoje no país. Porém, há também quem duvide desta finalidade das audiências, entendendo que os juízes continuarão as suas atividades jurisdicionais

⁴² Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁴³ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 39.

do mesmo modo, ou seja, quem solta continuará soltando; quem mantém preso, da mesma forma continuará agindo⁴⁴.

Nesta seção, foi apresentada de forma didática a conceituação, a localização legal e as principais características e finalidades das audiências de custódia, trazendo, sempre que possível, as opiniões e críticas doutrinárias sobre a matéria, de forma que se pudesse construir uma base conceitual das audiências de custódia.

Desse modo, havendo os subsídios necessários, pode-se passar à próxima seção, que visa identificar os principais atores estatais envolvidos em sua execução, para que então, no capítulo seguinte, se possa relacionar os interesses dessas classes estatais e sua interação (maléfica ou benéfica) com os direitos humanos e fundamentais do preso em flagrante e os reflexos sobre as audiências.

1.3 INSTITUIÇÕES ESTATAIS DIRETAMENTE LIGADAS À SUA EXECUÇÃO

Como visto, as audiências de custódia constituem, em síntese, um sistema de apresentação do preso em flagrante em até 24 horas à presença da autoridade judiciária competente, para que esta delibere quanto à manutenção ou não de sua custódia e verifique eventual ocorrência de tortura ou maus tratos por parte dos policiais. No entanto, embora aparentemente simplório, este sistema de apresentação do preso envolve muitos atores, estatais ou não, com atuação direta ou indireta na execução de seus procedimentos. Nesta seção, buscar-se-á identificar as principais instituições estatais ligadas diretamente com a execução das audiências, sem, contudo, esgotar todos os sujeitos que de algum modo interagem ou desempenham algum papel na sua materialização.

A escolha de se identificar somente as instituições estatais ligadas diretamente com as audiências de custódia parte da inviabilidade de se estremar todos os personagens não estatais, sem vínculo com o múnus público, que possam de algum modo se relacionar com a audiência de custódia. O que, inclusive, afrontaria o método de procedimento desta monografia, funcionalista, que se baseia na determinação de alguns grupos para estudar seu inter-relacionamento com o resto da sociedade. Identificando-se todos os sujeitos, estatais ou não, se acabaria

⁴⁴ CAMARGO, Jayme Silvestre Corrêa. Audiência de Custódia – Vantagens e Desvantagens. In: SILVA, Jane Ribeiro; LEMES, Gilson Soares. **Amagis Jurídica**. VII ano. 12 ed. Belo Horizonte: Amagis, 2015/1, p. 70.

por ter que trazer à tona todo e qualquer cidadão, todo e qualquer auxiliar da justiça, todo e qualquer agente interno do corpo policial, pois qualquer indivíduo pode ser autuado em flagrante e submetido a uma audiência de custódia. Além disso, dezenas são os servidores públicos que desempenham alguma função no decorrer do processo das audiências, como por exemplo, o escrivão da delegacia e da audiência, o agente penitenciário, o intérprete, o médico que realiza o AECD, etc.

Por conseguinte, o presente trabalho limitar-se-á a identificar aquelas instituições estatais que possuem os maiores poderes decisórios dentro de uma audiência de custódia, que constituem o núcleo rígido da audiência, e que, por serem estatais e desempenharem um múnus público, possuem o dever legal de agir, não sendo sua atuação uma faculdade, mas sim uma imposição legal.

Ademais, restaria impossível, caso se identificasse todos os sujeitos atrelados à execução da audiência de custódia, apontar quais os interesses que permeiam suas consciências quanto à matéria aqui retratada, considerando o escasso material a que se tem acesso e que fielmente expõem a opinião daquela instituição ou daquele sujeito analisado. Desse modo, identificando-se somente as instituições principais, viabiliza-se com muito mais facilidade e fidedignidade a exposição de seus interesses quanto classes estatais, mesmo que não representativos da totalidade de seus membros, condizente com os métodos de procedimento e de abordagem aqui adotados.

Para que se possam identificar estas instituições, deve-se ter em mente a configuração padrão de toda audiência de instrução e julgamento na esfera penal. Essa audiência não ocorrerá sem a presença de quatro personagens, indispensáveis para o ato: Magistrado, representante do Ministério Público, Defesa e acusado. A doutrina denomina estes sujeitos de principais ou essenciais, sem os quais não se forma a regular relação jurídica processual⁴⁵.

Evidente que o réu, neste caso, pode ser declarado revel e não estar fisicamente em audiência, o que não ocorrerá em sede de audiência de custódia, posto sua figura ser indispensável para a realização da solenidade, entendendo a doutrina que seu comparecimento à audiência é um direito indisponível do preso,

⁴⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 93.

trata-se de uma obrigação oficiosa⁴⁶. Este mesmo raciocínio se aplicará às audiências de custódia, sendo tais sujeitos essenciais, também, para este ato, posto que a ausência de um deles acarretará a nulidade da audiência, por inobservância dos requisitos formais para a sua realização e, conseqüentemente, no relaxamento da prisão do autuado.

Tal ponderação pode ser inferida da própria Resolução n.º 213/2015 do CNJ, que no artigo 4º assim estabelece:

Art. 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. (grifo nosso)⁴⁷.

Desse modo, já se pode identificar três instituições estatais diretamente ligadas com a execução da audiência e que desempenham papel fundamental e decisivo na sua realização, quais sejam, a Magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública, sendo esta última dispensada caso seja constituído advogado particular, o que, ressalta-se, é incomum, considerando a realidade econômica da maioria dos presos em flagrante⁴⁸. Com essas três instituições estatais, resta formada a clássica relação processual triangular, própria dos regimes democráticos, em que há a distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, constituindo o que a doutrina e jurisprudência denominam de sistema acusatório, adotado, na visão majoritária, pelo Brasil⁴⁹.

Na atual configuração da audiência de custódia, regulamentada pela Resolução n.º 213/2015 do CNJ, a figura do juiz é fundamental, é ele que, na qualidade de agente estatal encarregado do exercício da jurisdição⁵⁰, irá entrevistar o preso, questionando-lhe sobre questões relativas à sua pessoa (trabalho, família,

⁴⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 55.

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Resolução**. Brasília, DF, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁴⁸ Conforme último levantamento estatístico das Audiências de Custódia realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, somente 6,5% dos presos são representados por advogado particular. Para conferir o 3º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia acesse: <<http://docplayer.com.br/21575595-3o-relatorio-sobre-o-perfil-dos-reus-atendidos-nas-audiencias-de-custodia-1.html>>. Acesso em: 17 set. 2016

⁴⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 09-13.

⁵⁰ Leciona Norberto Avena: “Na realidade, sujeito processual não é, propriamente, o juiz, mas sim o Estado-juiz, em nome do qual ele deve officiar.” In: *Ibid.*, p. 94.

saúde, drogadição, antecedentes, etc.), sobre as circunstâncias da prisão e sobre eventual maus tratos ou tortura policial, para, depois de ouvidos o Ministério Público e a Defesa, deliberar sobre a manutenção ou não da prisão⁵¹.

Percebe-se que o atual regulamento impôs ao magistrado os principais atos decisórios quanto ao futuro do preso, sendo o principal dirigente da solenidade. Caberá a ele resolver toda e qualquer questão incidental, movido por absoluta imparcialidade, atendendo, desse modo, a um dos princípios mais basilares do processo penal, a imparcialidade do juiz.

No que diz respeito ao Ministério Público, sua participação também se revela obrigatória, mas não somente por atender o disposto no artigo 4º da Resolução do CNJ, mas por ser sua função institucional e constitucional defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da CRFB/88), bem como exercer o controle externo da atividade policial (artigo 129, inciso VII, da CRFB/88)⁵².

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em publicação no seu site institucional, assim se manifestou quanto à presença obrigatória de representante do *Parquet* na audiência de custódia:

A omissão do Ministério Público, a não presença do Promotor de Justiça na “audiência de custódia”, a nosso ver, vicia o ato judicial e torna nula eventual decisão ali prolatada, pois ausente órgão indispensável à função jurisdicional do Estado em solenidade de especial importância. Sem dúvida, a formalidade de uma prisão em flagrante, sua legalidade e suas consequências devem ser objeto de exame imediato tanto por parte do Poder Judiciário como também por parte do Ministério Público e da Defesa. [...] Dessa forma, a presença do Ministério Público na “audiência de custódia” é obrigatória, para que o ato não seja maculado e para que as garantias constitucionais sejam respeitadas⁵³.

Veja-se que é papel do Ministério Público na audiência de custódia se manifestar quanto à conversão da prisão em flagrante em preventiva e também requerer ou opinar, podendo anuir ou não, pela concessão da liberdade provisória

⁵¹ Cf. artigo 8º, *caput*, e §1º da Resolução n.º 213/2015 do CNJ.

⁵² BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵³ SÃO PAULO. Corregedoria Geral. Ministério Público Estadual. **Ministério Público e Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/MinisterioPublicoAudienciaCustodia.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

com ou sem medidas cautelares à pessoa detida⁵⁴. Também, deve zelar para que o magistrado se limite a indagar o preso somente quanto a sua qualificação, condições pessoais e circunstâncias objetivas da prisão, a fim de respeitar o disposto na Resolução e evitar abordar o mérito da questão, que será discutido em eventual persecução criminal, sob o manto do contraditório.

Ainda, é função do Ministério Público, nas audiências de custódias, apurar imediatamente qualquer denúncia de abuso ou tortura por parte dos policiais, pois, conforme salientado, é uma de suas prerrogativas exercer o controle externo da atividade policial.

Nesse sentido, inegável a essencialidade da presença do Ministério Público, seja por ser o fiscal da lei, seja por ser figura primordial para o exercício da jurisdição do Estado e futuro agente acusador. Sua indispensabilidade é garantia máxima para a sociedade, pois é através de seu representante que será verificada a formalidade e a legalidade da prisão, bem como a necessidade de se manter ou não a custódia do agente, realizando um verdadeiro controle de periculosidade do preso, exercendo um contraponto com o papel do defensor público que, por dever de ofício, pleiteará todos os benefícios possíveis, cabendo ao Ministério Público retorqui-los.

Fechando este triangulo processual penal, tem-se a figura da Defensoria Pública, quando não constituído defensor particular, cuja presença também é obrigatória e relevantíssima para o ato. E isto se dá não somente em atenção ao disposto na Resolução do CNJ, mas porque sua presença em audiência, seja ela de instrução e julgamento ou de custódia, é garantia constitucional e processual de assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa, direitos fundamentais do custodiado.

Na audiência de custódia, é dever do Defensor Público entrevistar-se com o preso antes da audiência e sem a presença de agente policial, garantir o direito ao silêncio, solicitar todas as benesses a que o autuado faz jus e principalmente averiguar e elucidar qualquer tipo de constrangimento físico que porventura o preso tenha sofrido por parte dos policiais.

Gustavo Badaró assim se manifesta quanto à essencialidade da presença do Defensor na audiência de custódia:

⁵⁴ O §2º do artigo 282 do Código de Processo Penal veda ao magistrado, no curso da investigação, determinar de ofício medidas cautelares diversas da prisão, sendo necessário requerimento do Ministério Público ou do Delegado.

A presença do defensor é fundamental para fazer respeitar os direitos do preso, por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência. Além disso, possibilitará que argumentos estritamente jurídicos sobre a legalidade da prisão e mesmo sobre a necessidade e adequação de sua manutenção, substituição e revogação, possam ser expostos em paridade de armas com o Ministério Público⁵⁵.

Concluída a identificação das três principais instituições estatais que compõem o denominado triângulo processual penal no sistema acusatório, ainda falta apontar uma instituição ligada ao Estado e que desempenha papel significativo no exercício das audiências de custódia, qual seja, a Polícia. Essa é o braço do Estado no quesito segurança pública, e isso se infere do próprio *caput* do artigo 144 da Constituição Federal quando afirma que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos”⁵⁶ e passa a elencar os cinco órgãos policiais responsáveis pela segurança pública.

O ordenamento pátrio diferencia a Polícia Administrativa da Polícia Judiciária; a primeira atua com função preventiva e ostensiva, visando malograr a prática de infrações, agindo de forma discricionária e independente de autorização judicial. A segunda tem caráter repressivo, agindo como auxiliar da justiça, pois atua posteriormente à prática delituosa, colhendo elementos necessários à instauração da persecução penal⁵⁷. Cabe salientar que, a teor dos §§1º, 4º e 5º do referido artigo, a função de Polícia Judiciária ficará a cargo da Polícia Federal (em âmbito federal) e da Polícia Civil (em âmbito estadual), representada pelos Delegados de Polícia. Já a Polícia Administrativa ou ostensiva fica a cargo da Polícia Militar.

A importância da Polícia, seja ela administrativa ou judiciária, no que tange às audiências de custódia é muito simples: não há audiência de custódia sem um preso em flagrante e não há preso em flagrante sem a atuação da Polícia⁵⁸.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Audiência de Custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 155.

⁵⁸ Artigo 301 do CPP: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

A Polícia é a primeira instituição estatal dentro da sistemática das audiências de custódia a ter um contato com o autuado. É ela quem faz todo o processo secundário de “filtração” e de efetiva movimentação do sistema criminológico, podendo-se afirmar que no seu exercício ela desbanca o legislativo, a quem é dada a prerrogativa de realizar a filtragem primária dos sujeitos-alvos do aparato penal, quando determina os bens jurídicos a serem tutelados pela legislação penal^{59,60}.

Corroborando este ensinamento Ana Lucia Sabadell:

A polícia participa de forma decisiva na aplicação do direito, enquanto corpo organizado que se encarrega do controle social nos seus aspectos mais ‘fortes’ (repressivos). Ela efetua a primeira filtragem dos futuros ‘clientes’ do sistema (seleção secundária). De sua atuação depende o modo e a direção da aplicação e o grau de eficácia do direito, sobretudo na área penal⁶¹.

Incontestável, pois, que a Polícia exerce uma seletividade social dos agentes que irão “encarar” a face mais temida do judiciário, modo este de agir resultante de um preconceito ainda impregnado contra a população de baixa renda e as minorias étnicas. É este grupo social mais oprimido que sofre maior perseguição policial e que, também, constitui o grupo de maiores vítimas da violência policial⁶².

E, é neste sentido, de ainda haver violência policial e de ser a Polícia o órgão estatal que primeiro toma contato com o agente preso em flagrante, que assume relevantíssima importância para as audiências de custódia esta classe institucional. Sobremaneira quando no Brasil ela está diretamente ligada a uma das principais finalidades da audiência, que é combater e reprimir qualquer tipo de abuso físico por parte dos policiais.

Desse modo, conclui-se a identificação fundamentada das quatro principais instituições estatais diretamente ligadas com a execução das Audiências de Custódia: Polícia, Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública. Como apontado alhures, não se pretendeu identificar todos os sujeitos atrelados à audiência de custódia, por evidente impossibilidade metodológica, mas sim assinalar

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70-71.

⁶⁰ FERREIRA, Kenneson Lima. **O controle social localizado exercido pela polícia como ponto de partida para a seletividade da criminalização secundária**. [201-]. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/21.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

⁶¹ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 231.

⁶² *Ibid.*, p. 233.

fundamentadamente aquelas instituições ligadas ao Estado que desempenham papel essencial na sua concretização.

Portanto, resta agora analisar os interesses que permeiam estas instituições, verificando os argumentos por elas utilizados para se posicionarem de modo favorável ou contrário às audiências de custódia, para, em seguida, verificar em que medida tais colocações mitigam os direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante.

2 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: LEGALIDADE, EMBATE DE OPINIÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

No presente capítulo serão expostos os principais interesses e argumentos utilizados pelas classes institucionais acima delimitadas que embasam seu posicionamento favorável ou contrário às audiências de custódia. Observando-se, para tanto, a questão constitucional, passando por uma análise mais objetiva dos argumentos empregados por cada instituição, para, enfim, verificar em que medida tais interesses mitigam os direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante.

2.1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Um dos principais argumentos utilizados pelas instituições opoentes à prática das audiências de custódia no Brasil foi a inconstitucionalidade dos atos normativos que as implementaram, e tal pode ser visualizado nas duas ADI ajuizadas no STF.

A primeira delas, a ADI 5240⁶³, foi interposta em fevereiro de 2015 pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), esta ação tinha como objeto atacado o Provimento Conjunto n.º 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo que, como visto no capítulo anterior, regulamentou a implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo.

Em síntese, a petição inicial desta ADI deixava claro o posicionamento dos Delegados de Polícia do Brasil pela flagrante inconstitucionalidade formal do Provimento Conjunto n.º 03/2015. Alegaram, em suas razões, que este ato normativo ofendeu os princípios da legalidade, da separação dos poderes e usurpou competência legislativa federal, ao estabelecer regras de conduta a serem observadas por juízes, promotores, defensores e delegados quando estiverem diante de pessoas presas em flagrante.

Os Delegados de Polícia entendem que os Tribunais de Justiça não podem instituir normas sobre audiência de custódia, porquanto elas sequer foram incluídas

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240. Requerente: ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 12 fev. de 2015. **STF**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em: 30 set. 2016.

no CPP, ressaltando, ainda, que tramita no Congresso Projeto de Lei com esta finalidade. Desse modo, ao tratar de normas evidentemente processuais, por meio de ato normativo sem estatura legal, o Provimento ultrajou a competência privativa da União para legislar em matéria processual (artigo 22, inciso I, da CRFB/88), bem como feriu o princípio da legalidade ao instituir condutas a determinadas instituições por meio de ato normativo infralegal⁶⁴.

Ademais, os dirigentes da polícia civil entendem que o princípio da separação dos poderes restou igualmente afrontado pela edição do Provimento pelo Poder Judiciário, isto porque os órgãos de segurança pública integram o poder executivo (artigo 144, §6º, da CRFB/88), portanto, não pode aquele definir as competências e atribuições deste mediante ato administrativo interno⁶⁵.

Diferentemente do que se verificará na ADI n.º 5448, o STF entendeu que a ADEPOL possuía legitimidade ativa para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, determinando, pois, o prosseguimento da ação.

Intimados, tanto o Advogado Geral da união como o Procurador Geral da República, foram uníssomos em rechaçar o pleito da ADEPOL, fundamentando que o Brasil tem o dever de adotar medidas normativas para a fiel execução das normas internacionais ratificadas, pois estas possuem aplicação imediata, servindo de fundamento de validade para a edição de diplomas normativos de caráter meramente regulamentar e que em momento algum houve afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Entendem, igualmente, que não foi o Provimento atacado que inovou no ordenamento jurídico, mas sim os próprios tratados internacionais, os quais, devidamente incorporados, produzem efeitos imediatos, devendo, portanto, serem observados.

Ademais, alegam que o Tribunal de Justiça de São Paulo agiu corretamente e dentro de suas atribuições constitucionais ao dispor sobre competência e funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos (artigo 96, inciso I, 'a', da CRFB/88)⁶⁶.

⁶⁴ ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL. **Petição Inicial na ADI n.º 5240. Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, Brasília, DF, 2015**, p. 07-09. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7777061&ad=s#2%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20-%20Peticao%20inicial%201>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶⁵ Ibid., p. 09-10.

⁶⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PGR. **Manifestação do Procurador Geral da República na ADI n.º 5240. Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, Brasília, DF, 2015**, p. 12-20 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4711319>>. Acesso em: 30 set. 2016.

Por fim, em acórdão salutar de lavra do Ministro Luiz Fux (Relator), esse foi extremamente minucioso ao dissecar o Provimento Conjunto n.º 03/2015. De antemão, concordou com seus pares de que a melhor terminologia para as audiências seria “Audiências de Apresentação”⁶⁷ e não de custódia, pois esta denota que a audiência teria como finalidade única custodiar o autuado, quando, no entanto, visa garantir os direitos do preso e deliberar quanto à necessidade ou não da sua prisão.

O Ministro, em seu voto, que foi seguido pelos demais julgadores⁶⁸, conheceu em parte da ação e, no que conheceu, julgou improcedente o pedido. Tal se deu pelo fato de que, analisando individualmente cada artigo do Provimento, constatou que os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º não poderiam se submeter ao controle concentrado de constitucionalidade, porquanto não disciplinam, modificam ou sequer se fundamentam em matéria constitucional, mas, sim, elucidam⁶⁹, dentro da prerrogativa dos Tribunais, matéria infraconstitucional, sem extrapolar ou contrariar o conteúdo dessas normas, representando o exercício lícito do poder regulamentar que a todas as autoridades administrativas é outorgado, para o fiel cumprimento da lei⁷⁰.

A contrario sensu, entendeu o Ministro que os artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 encontram amparo legal na Constituição, o que legitima o controle concentrado de constitucionalidade, sem, contudo, afrontá-la ou usurpar seus limites legais. Tais dispositivos veiculam comandos de mera organização administrativa, condizente com a prerrogativa que é outorgada aos Tribunais pelo artigo 96, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição Federal.

Portanto, concluiu o STF que os atos normativos expedidos por Tribunais visando regulamentar as audiências de custódia não violam os princípios da legalidade nem da reserva de lei federal em matéria processual, pois apenas

⁶⁷ Para fins didáticos, optou-se por manter neste trabalho a terminologia “Audiências de Custódia” por ser a mais comumente utilizada no âmbito jurídico, facilitando, pois, a compreensão.

⁶⁸ Com exceção do Ministro Marco Aurélio que preliminarmente julgou extinta a ação.

⁶⁹ Nesse sentido, entende a Professora Fernanda Marinela que os “atos normativos são aqueles que contêm comando geral e abstrato, visando à correta aplicação da lei, detalhando melhor o que a lei previamente estabeleceu”. Cf. MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 309.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI nº 5240. Requerente: ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4711319>>. Acesso em: 30 set. 2016.

disciplinam e elucidam legislações já existentes (no caso, CPP e Convenções já ratificadas) sem modificá-las. Ademais, assentou que os atos emanados respeitam integralmente a separação dos poderes, posto que não são estes que criam obrigações para os Delegados, Magistrados, Promotores e Defensores, mas sim a própria Convenção Americana de Direitos Humanos e o Código de Processo Penal, os quais possuem efeito imediato e geral, ninguém podendo se escusar de cumpri-los.

Foi com este precedente que o CNJ, em dezembro de 2015, respaldou a edição da Resolução n.º 213/2015⁷¹, que uniformiza e disciplina o exercício das audiências em todo o território nacional. Justamente contra este ato normativo do CNJ que a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) se insurgiu, em janeiro de 2016, ajuizando perante o STF a ADI n.º 5448⁷². Entretanto, o Ministro-Relator Dias Toffoli, negou seguimento à ação por ausência de legitimidade ativa da requerente, decisão contra a qual foi interposto recurso, ainda pendente de julgamento.

Nesta altura, não cabe aqui expor os argumentos utilizados pela ANAMAGES no tocante ao pleito de ter confirmada a inconstitucionalidade da Resolução n.º 2013/2015, pois se fundamentam no mesmo sentido do alegado pela ADEPOL na ADI n.º 5240. Contudo, o que deve se extrair da petição inicial é o inconformismo dos magistrados, não pela inconstitucionalidade da Resolução, que serviu apenas como subterfúgio, e sim a real intenção de demonstrar o descontentamento desta instituição pelas audiências de custódia, conforme se verifica neste pequeno trecho da sucinta inicial de oito laudas:

Por fim, é importante frisar que, apesar de já terem tido sua constitucionalidade reconhecida pelo STF, as audiências de custódia **são extremamente retrógradas e trazem pouca ou nenhuma vantagem às partes envolvidas**. [...] tais audiências foram criadas durante a Ditadura Militar, um momento histórico muito distinto do vivido hoje, ocasião em que

⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Resolução**. Brasília, DF, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 01 out. 2016.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5448. Requerente: ANAMAGES. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 jan. de 2016. **STF**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4911778>>. Acesso em: 01 out. 2016.

as audiências serviam para coibir as práticas de torturas e execuções realizadas pelas forças armadas⁷³. (grifo nosso).

Ao cabo, é impossível deixar de se anotar o julgamento da ADPF n.º 347⁷⁴, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, que objetivava o reconhecimento pelo STF do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, propondo providências a serem tomadas pelo poder público, a fim de proporcionar o mínimo de dignidade ao sistema carcerário, inclusive com a adoção imediata das audiências de custódia.

Os Ministros, em seus votos, ressaltaram a relevância de também se observar as consequências advindas da omissão do poder estatal e não só as decorrentes de sua ação. O Ministro Celso de Melo foi imperioso em alegar que a inércia do Estado em viabilizar as imposições constitucionais revela um desrespeito pela Carta Magna, configurando verdadeiro sentimento de indiferença pelo valor e alto significado que se reveste a Constituição⁷⁵. Nessa ação, julgada em setembro de 2015, o STF atendeu o pleito do PSOL e determinou que todos os juízes brasileiros, em até 90 dias, dessem cumprimento aos Tratados Internacionais, realizando as audiências de custódia.

Assim, da análise das duas ADI e da ADPF, resta claro que a Suprema Corte inclina-se pela constitucionalidade da implementação das audiências de custódia no Brasil, independentemente de haver, ainda, projeto de lei visando incorporá-las ao CPP, pois, como bem posto no capítulo anterior, e reiterando as palavras de Flávia Piovesan: “torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”⁷⁶.

⁷³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS. **Petição Inicial na ADI n.º 5448. Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, Brasília, DF**, 2015, p. 06-07. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4911778>>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁷⁴ Acompanhamento processual da ADPF n.º 347 disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17 out. 2016.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADPF n.º 347. Requerente: PSOL. Requerido: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 fev. 2016. Ata n.º 13/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 17 out. 2016.

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

Nesse passo, pode-se, agora, passar à próxima seção, em que serão expostos os demais argumentos que embasam o ponto de vista, favorável ou desfavorável, das instituições estatais já delimitadas.

2.2 O CONFLITO DE INTERESSES

De início, deve-se repisar, por obrigação, o método de abordagem utilizado nesta monografia, a fim de se evitar quaisquer divagações indevidas quanto ao objeto de estudo deste trabalho. O método indutivo, em poucas palavras, consiste no estabelecimento de uma verdade universal com base na compreensão de determinado número de dados singulares, ou seja, este método permite que, partindo-se de dados específicos, se infira proposições gerais⁷⁷.

Isso porque, é evidente que os argumentos que aqui serão expostos não representam a opinião da totalidade das instituições estatais retratadas, pois todas elas possuem milhares de servidores⁷⁸, sendo plausível que dentre seus membros exista uma parcela que destoe do ponto de vista predominante daquela instituição.

Logo, nesta seção será explanado o ponto de vista majoritário que foi possível se ter acesso e se identificar, seja por meio de artigos de opinião, notas técnicas, ações judiciais ou notícias veiculadas em meio eletrônico, mas sempre com a ressalva que há, sim, opiniões divergentes dentro de uma mesma instituição.

Pois bem, afora à questão constitucional, as classes estatais não pouparam argumentos para formar sua opinião quanto à implementação das audiências de custódia, conforme será visto objetivamente a seguir, deixando assinalado o ponto de vista institucional, seja ele favorável ou contrário.

Partindo-se da visão feita pela Polícia, pode-se afirmar que talvez esta seja a classe institucional que mais sofre os efeitos da audiência de custódia, o que não causa estranheza quando se verifica que grande parte desta instituição posiciona-se contrariamente a sua execução, bem demonstrado com o ajuizamento da ADI 5240. Em suma, a Polícia constrói sua linha de pensamento em três pontos: a sensação de impunidade causada pela liberdade precipitada de presos perigosos; a

⁷⁷ Cf. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53.

⁷⁸ Por exemplo, em 2015, o Poder Judiciário contou com a atuação de 17.338 magistrados, dos quais 11.039 (68,2%) atuaram na Justiça Estadual, conforme último levantamento do CNJ, disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acesso em: 18 out. 2016.

desvalorização do trabalho policial; e, quiçá, o principal ponto, a inversão dos papéis, em que o acusado torna-se vítima e o policial em acusado⁷⁹.

Tais argumentos não são de todo desarrazoados e podem ser facilmente explicados. Atualmente, a sensação de impunidade já é inerente ao nosso cotidiano, nunca antes se viveu índices de criminalidade tão exacerbados, desde práticas de menor potencial ofensivo a crimes graves como homicídio e tráfico de drogas. Nesse sentido, inauguram-se as audiências de custódia, em que antes um preso em flagrante, seja pelo crime que for, caso não relaxada sua prisão e determinada a conversão em preventiva, permanecia meses, senão anos custodiado até ser ouvido e posto em liberdade ou não. Agora, quando assim entender o magistrado, tem-se a soltura do preso em até no máximo 24 horas, o que para a sociedade leiga é sinônimo de impunidade, pois esta não entende que a prisão no Brasil, desde 2011, é a *ultima ratio* das cautelares. O que impera é a máxima “lugar de preso é na cadeia” e por óbvio que isso se acumula com solturas realmente indevidas de presos de alta periculosidade e reincidência que deveriam permanecer presos e não o são.

Por conseguinte, essa sensação de insegurança, querendo ou não, respinga na Polícia, pois como apontado, é a responsável pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Logo, é compreensível que se posicionem contrários às audiências de custódia, pois é a probidade e a retidão de seu ofício que restam maculados perante a sociedade.

Outra não é a resposta quando se analisa o argumento da desvalorização do trabalho policial frente à inversão de papéis. Não se pode desconsiderar que, no Brasil, as audiências de custódia foram inseridas num contexto de evitar qualquer prática de maus tratos ou tortura policial contra o flagranteado, o que, inevitavelmente, soa como se toda a classe policial fosse adepta de comportamentos violentos contra os autuados, que se sabe ser inverídico, embora exista, sim, uma preocupante cultura de opressão física e psicológica dos agentes de segurança pública contra os presos em flagrante.

Não obstante esta finalidade, que para a Polícia apresenta-se como generalista, desacreditando o papel policial, as audiências de custódia servem como

⁷⁹ RIBEIRO, Diego. **Soltura de presos em flagrante coloca juízes e policiais em lados opostos**. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/soltura-de-presos-em-flagrante-coloca-juizes-e-policiais-em-lados-opostos-cwsu3wtar0w8t3e6dnh59rvpi>>. Acesso em: 05 out. 2016; MIRANDA, Bernardo. **Para policiais civis, audiência de custódia eleva criminalidade**. 2016. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/para-policiais-civis-audiencia-de-custodia-eleva-criminalidade-1.1318908>>. Acesso em: 05 out. 2016.

um instrumento para colocar o policial ou o agente penitenciário em situação de verdadeiros criminosos. Basta o relato por parte do preso de ter sofrido uma agressão psicológica, que não deixa evidências, para que o magistrado seja obrigado a tomar as medidas cabíveis para investigação daquele policial tido como agressor, fora o fato de que pode o preso, inclusive, ser posto em liberdade, mesmo quando não cabível, a fim de evitar continuar sob a vigilância de seus possíveis agressores. Ainda, pode o magistrado aplicar diversas medidas protetivas em prol do autuado⁸⁰, ao passo que em momento algum se discutiu a situação ou necessidade de proteção da verdadeira vítima, aquela que momentos antes estava sendo roubada, estuprada, agredida, ou sob a mira de uma arma⁸¹.

Portanto, cognoscível é o ponto de vista dessa instituição estatal, que se sente vulnerável frente a este novo instrumento processual. Seja pela sensação de impunidade em decorrência de uma soltura mais rápida ou indevida do preso, seja pela finalidade de verificar eventual abuso policial, colocando todo o corpo da instituição como potenciais violadores dos direitos dos presos.

É nessa esteira desfavorável à execução das audiências de custódia que se filiam juízes e significativa parcela de promotores, os quais, em muitos aspectos, compartilham seus argumentos, que vão desde a inconstitucionalidade da sua regulamentação até a ausência de estrutura mínima de material e pessoal para realizá-las.

Bem esclarecedora é a Nota Técnica dos magistrados goianos que enumera e discorre sobre os principais pontos que fundamentam seus interesses contrários às audiências. A nota aponta seis pontos relevantes, quais sejam:

- a) a inconstitucionalidade da aplicação da medida por meio de provimento de Tribunal de Justiça ou de Lei Estadual; b) desnecessidade como controle judicial de legalidade da prisão cautelar e cumprimento de obrigações internacionais; c) desnecessidade como combate à superlotação carcerária; d) desnecessidade como medida inibidora de atos de tortura ou de maus-tratos; e) existência de mecanismos internos mais eficientes para a proteção do preso; e f) ausência de estrutura mínima e de eficiência na criação das audiências⁸².

⁸⁰ Conferir Protocolo II, anexo à Resolução n.º 213/2015 do CNJ, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 05 out. 2016.

⁸¹ Nesse sentido, conferir o relato em vídeo de um Policial Militar e de um Delegado, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6GrCDryGY_I> e <<https://www.youtube.com/watch?v=RbLmStRSZdM>>. Acesso em: 05 out. 2016.

⁸² ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE GOIÁS. **Nota Técnica dos magistrados goianos sobre as Audiências de Custódia**. Goiânia, GO, 2015. Disponível em:

Significativo é o pensamento quanto à desnecessidade das audiências como controle da legalidade da prisão, entendendo os magistrados brasileiros que o disposto no CPP (artigo 306, §1º) é suficiente para o magistrado verificar a necessidade de manutenção ou não do cárcere, em nada contribuindo a presença física do preso para a mudança dos requisitos da prisão preventiva, pois o juiz aprecia fatos e não características físicas⁸³. Ainda, o tempo dispensado na condução de uma audiência de custódia poderia ser revertido na apreciação de processos criminais já em curso, que inevitavelmente serão atingidos pela prescrição, em vista da defasagem de magistrados atuantes⁸⁴.

Compartilha dessa posição um dos maiores criminalistas contemporâneos, e também Desembargador, Guilherme de Souza Nucci:

Um dos argumentos mais sofismáticos dos defensores da audiência de custódia é que ela servirá de instrumento para não manter no cárcere quem nele não deveria estar. O argumento é puramente maniqueísta: a) porque o juiz lê o auto de prisão em flagrante, comete a injustiça de manter no cárcere o merecedor da liberdade; b) porque vai visualizar o preso e ouvir as suas razões (esperamos que isto não se transforme num pré-interrogatório, já usando as palavras do preso contra ele no futuro) será um magistrado justo e soltará o merecedor da liberdade. Trata-se, com a devida vênia, de uma agressão indevida contra todos os juizes que leem autos de prisão em flagrante todos os dias e prendem ou soltam indiciados. Trata-se de uma agressão velada aos membros do Ministério Público, que leem ilegalidades e não tomariam providência; seria preciso ver o réu para a ilegalidade saltar-lhes à frente. Trata-se de uma agressão camuflada à classe dos advogados, que não conseguiram expor aos juizes, por petição, os argumentos para soltar o preso⁸⁵.

Imperioso fazer um contraponto a este argumento, visto que “os números não mentem”: conforme último Relatório de Pesquisa do “Ipea” sobre a aplicação de penas e medidas alternativas⁸⁶, constatou-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade. Ou

<<http://asmego.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias/>>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁸³ CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16654>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁴ PEREZ, Eduardo et al. **Audiência de Custódia: para que serve?**. 2016. Disponível em: <<https://asmego.org.br/wp-content/uploads/2016/03/audiencia-de-custodia.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁵ Nucci (2016 apud SOBREIRO, 2016, p. 81).

⁸⁶ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: Relatório de Pesquisa**. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

seja, quase quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade no fim do processo, o que demonstra o abusivo e arbitrário uso da prisão provisória no país, devendo-se repensar se a atual sistemática do CPP realmente é suficiente para se verificar a legalidade e necessidade da manutenção da prisão.

Interessante, também, são os apontamentos de que as ditas audiências não evitarão a tortura policial muito menos diminuirão o número de presos provisórios. Quanto à primeira alegação, entendem os magistrados que o ordenamento pátrio, principalmente na matriz constitucional, já garante direitos fundamentais do preso, não havendo necessidade de um novo mecanismo processual para assegurá-los, bem como tal função é privativa do Ministério Público, a quem compete o controle externo da atividade policial, não se podendo terceirizar ao Poder Judiciário mais uma função, sob pena de sobrecarregá-lo ainda mais. Fora isto, existe a questão de que os magistrados não possuem conhecimentos médicos, o que dificulta a percepção de lesões internas ou psicológicas, sem contar que instaura um meio hábil para acusações indevidas de policiais, que sequer poderão utilizar o depoimento do preso para subsidiar eventual ação regressiva⁸⁷.

No tocante ao segundo argumento, os magistrados, como a maioria dos opositores às audiências de custódia, entendem que este seria o único objetivo das audiências, o qual se atrela com a flagrante omissão do Executivo em investir na infraestrutura carcerária. Consignam que o alto número de presos provisórios não decorre da falta de instrumentos processuais, mas sim de uma conjuntura de fatores como ausência de políticas de segurança pública, fazendo com que se tenham altos índices de criminalidade e por consequência um vultoso número de presos; a já referida ausência de recursos na construção de novos presídios, preferindo que se faça vista grossa com presos perigosos do que investir em novos e melhores centros de detenção; a inegável mão pesada dos magistrados, mas não somente os do primeiro grau de jurisdição, como todos os desembargadores e ministros, pois não se pode esquecer que são estes que apreciam os recursos em *habeas corpus*⁸⁸.

⁸⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE GOIÁS. **Nota Técnica dos magistrados goianos sobre as Audiências de Custódia**. Goiânia, GO, 2015. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias/>>. Acesso em: 07 out. 2016; CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16654>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁸ PEREZ, Eduardo et al. **Audiência de Custódia: para que serve?**. 2016. Disponível em: <<https://asmego.org.br/wp-content/uploads/2016/03/audiencia-de-custodia.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016; CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16654>. Acesso em: 10 out. 2016.

Também não se pode olvidar que, dificilmente, as audiências de custódia modificarão o *modus operandi* do magistrado, isto é, juiz que prende continuará prendendo, ao passo que juiz que solta continuará soltando⁸⁹. E tal habitualidade deve restar taxativamente repelida, pois antes de qualquer coisa, as audiências de custódia vêm com o intuito de mudar o comportamento dos magistrados, dar mais uma oportunidade para que se pondere quanto ao cerceamento da liberdade do preso. Continuar agindo do mesmo modo, por “teimosia ou desgosto”, não acrescentará em nada de útil, pois “a arrogância e a má vontade [dos magistrados] corroboram o quadro do paroxismo do sistema penal”⁹⁰.

Concluindo esta breve exposição dos interesses que permeiam a magistratura, insta salientar mais um ponto relevante, que inclusive é compartilhado pelo Ministério Público e pela Polícia, a gritante falta de estrutura, material e pessoal, para receber e executar as audiências de custódia no país.

Ao serem implementadas, inicialmente nas capitais e posteriormente em algumas cidades interioranas, o CNJ (mediante Resolução n.º 213/2015) esqueceu-se que as audiências de custódia requerem investimentos altíssimos, sejam eles materiais (locais adequados e equipados, veículos para transporte do preso, etc.) ou pessoal (necessidade de grande número de servidores à disposição), focou-se apenas na economia gerada com a diminuição de presos provisórios⁹¹, sem se preocupar com os gastos gerados com esta nova dinâmica.

Em sintonia com esse agir economicista do Estado, em que esquece que quando se tira de um lado deve-se repor do outro, é o posicionamento descontente do Juiz santa-mariense Rafael Pagnon Cunha ao relatar a curta experiência do Município de Santa Maria/RS com as audiências de custódia:

Não se propiciou um diálogo para ver as circunstâncias locais, simplesmente houve a ordem. Nós já tínhamos previsto as despesas para

⁸⁹ Nesse sentido, conferir: CAMARGO, Jayme Silvestre Corrêa. Audiência de Custódia – Vantagens e Desvantagens. In: SILVA, Jane Ribeiro; LEMES, Gilson Soares. **Amagis Jurídica**. VII ano. 12 ed. Belo Horizonte: Amagis, 2015/1, p. 70; e entrevista do Jornal “O Sol”, de Santa Catarina, com a desembargadora Marli Mosimann Vargas, disponível em: <<http://osoldiario.clicrbs.com.br/sc/noticia/2016/08/conhecida-por-rigor-com-acusados-desembargadora-catarinense-se-aposenta-e-cobra-leis-mais-duras-7253458.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Quando o juiz manipula a audiência de custódia**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁹¹ Cf.: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-poupam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em: 10 out. 2016.

este ano, e não houve capacidade de organizar nada mais. Tivemos o azar de ser uma das comarcas escolhidas. Também não houve diálogo, não foi dada estrutura, e o que acontece é um fracasso. Ainda esbarramos na Susepe, que está em situação lamentável, com poucos agentes e com cortes de combustível, e que não tem condições de trazer os presos⁹².

Em outra oportunidade, complementa o magistrado:

O sistema é um fracasso. Nada foi construído, tudo nos foi imposto, foi uma decisão que veio de Brasília sem observância de como a gente trabalha, se nós temos estrutura ou não para abarçar mais essa responsabilidade. E o sistema não teve condições de atender⁹³.

A questão é muito simples, se se quer mudar a sistemática processual-penal com uma nova metodologia de apresentação do preso em flagrante, é necessário que haja recursos para tanto e que se pense previamente nisso. É sabido e notório que o sistema judiciário está caótico, com alta defasagem de servidores para atender a atual demanda⁹⁴ e o mesmo se aplica à Polícia, carecedora de pessoal e material para efetuar suas funções mais básicas.

O Brasil possui área territorial continental e, em muitas regiões, em regime de plantões, tem-se um magistrado, um defensor (se houver) e um promotor para cobrir dezenas de cidades, separadas por quilômetros de distância, o que inviabiliza a apresentação do preso no prazo de 24 horas, além da sobrecarga de serviço para todos os servidores, com prejuízo para suas inúmeras atividades, com consequente retardo na entrega da prestação jurisdicional.

Pode-se concluir o pensamento da magistratura quanto às audiências de custódia no sentido de que estas são um paliativo ineficiente para o grave problema de segurança pública, pouco ou quase nada contribuindo para uma mudança enérgica no atual sistema processual-penal⁹⁵. Pelo contrário, onera ainda mais o

⁹² CURCINO, Naiôn (Ed.). Audiências de custódia estão suspensas por falta de estrutura em Santa Maria. **Diário de Santa Maria**. Santa Maria, 27 jun. 2016. Disponível em: <<http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/geral-policia/noticia/2016/06/audiencias-de-custodia-estao-suspensas-por-falta-de-estrutura-em-santa-maria-6212991.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁹³ LAMAS, João Pedro (Ed.). Após um mês em vigor em Santa Maria, audiências de custódia são avaliadas como 'fracasso'. **Gaúcha**. Porto Alegre, 17 jun. 2016. Disponível em: <<http://m.gaucha.com.br/noticia-aberta/apos-1-mes-em-vigor-em-santa-maria-audiencias-de-custodia-sao-avaliadas-como-fracasso-169460.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁹⁴ Cf. último levantamento do CNJ quanto aos números do Poder Judiciário, relativo ao ano de 2014, disponível para download em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 30 set. 2016

⁹⁵ MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **[artigo de opinião]**. 2015. Disponível em: <<https://asmego.org.br/2015/08/05/em-artigo-juiz-lazaro-alves-critica-a-adocao-da-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 11 out. 2016.

judiciário, sem trazer benefícios significativos, os quais podem ser alcançados com a legislação atual, sem necessidade de se criar mais um encargo, quando não acabam por viabilizar mais um instrumento de tutela de criminosos, deixando em segundo plano as verdadeiras vítimas da violência⁹⁶.

Quanto ao Ministério Público, tem-se uma situação um tanto quanto peculiar; esta instituição ainda não definiu seu posicionamento, como corporação, quanto à eficácia das audiências de custódia. Diferentemente da Magistratura e da Polícia, que aqui se pôde visualizar os seus interesses majoritários como entidades, o Ministério Público encontra-se num embate interno de interesses, não sendo possível se afirmar, com segurança, que esta instituição é massivamente contrária à implementação das audiências de custódia, sob pena de se incorrer em generalismo, mesmo que amparado pelo método indutivo.

Talvez pelo fato de ser o fiscal da lei e ter a obrigação constitucional de zelar pelo cumprimento do disposto no ordenamento pátrio, compreendidos os diplomas internacionais, e também por ter a prerrogativa de realizar o controle externo da atividade policial, do que efetivamente ter um apreço pelas funções da audiência de custódia, que algumas categorias representativas do Ministério Público acabaram por manifestarem-se favoráveis às audiências; contudo, significativa parcela ainda é opositora a este novo procedimento.

Exemplificando, a Associação Paulista do Ministério Público ajuizou, em fevereiro de 2015, um Mandado de Segurança contra o Provimento n.º 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo que, conforme já referido em outras oportunidades, regulamentava as audiências de custódia naquele estado. Em suma, a Associação alegava a inconstitucionalidade do Provimento, afirmando que “a audiência de custódia é um remédio errado para uma doença evidente”, isto porque o alto índice de presos provisórios está atrelado à falta de políticas públicas de segurança e não pelo excesso de prisões. O Estado deixa de fazer o que deve, porquanto é muito mais fácil atribuir ao Judiciário a responsabilidade pela falta de cuidado com a questão da segurança pública⁹⁷.

Nesse mesmo sentido é a Nota Técnica do Ministério Público paulista contra o PL n.º 554/2011, que insere no CPP as audiências de custódia - já analisado.

⁹⁶ COSTA, Andrea Miranda. **Audiência de Custódia - Reflexão**. 2016. Disponível em: <<http://www.abcj.net.br/index.php/artigos>>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁹⁷ Mandado de Segurança n.º 2031658-86.2015.8.26.0000 (TJSP), inicial disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/membros-mp-sp-entram-acao-audiencias.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

Porém, acrescenta a falta de estrutura física e de pessoal, que poderia resultar em relaxamentos de prisões por inobservância do prazo de 24 horas, bem como a indevida disposição de não se poder utilizar o interrogatório do preso como meio probatório em eventual instrução processual. Concluindo que “o conjunto de medidas propostas [no PL] não se afigura adequado, necessário ou proporcional, sendo desprovido de razoabilidade”⁹⁸.

Também por meio de manifestações pessoais⁹⁹, muitos membros do Ministério Público externaram seu descontentamento com a implementação das audiências, inclusive o próprio IDDD, em relatório que monitorou os primeiros meses das audiências de custódia na cidade de São Paulo, apontou como um dos principais empecilhos à sua concretização a resistência de alguns órgãos estatais, dentre eles o Ministério Público¹⁰⁰.

Em contraponto, é possível identificar muitas opiniões favoráveis do Ministério Público, inclusive do seu órgão máximo de representação, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que se posicionou favoravelmente à instituição das audiências de custódia no Código de Processo Penal por meio da Nota Técnica n.º 06/2015¹⁰¹ ao PL 554/2011, enaltecendo os objetivos da audiência e a essencialidade da participação de um representante do *Parquet*, a fim de garantir e preservar os direitos fundamentais do preso. Contudo, a Nota não deixou de apontar algumas modificações necessárias, como a dilação do prazo para apresentação do preso, possibilidade de realização da audiência por videoconferência e a utilização do interrogatório como meio de prova em eventual persecução criminal.

Concluindo a identificação dos interesses das principais instituições estatais ligadas à execução das audiências de custódia, tem-se, por fim, que se analisar o ponto de vista da Defensoria Pública, o que não requer muita investigação, pois dentre as quatro instituições aqui analisadas, esta é única que por dever de ofício

⁹⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Nota Técnica n.º 14/2014**. São Paulo. SP. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/notas_tecnicas/nota%2014.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁹⁹ Cf. <<http://midianews.com.br/judiciario/promotor-diz-que-audiencia-de-custodia-so-onera-a-justica/254515>> e <<http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?id=31097>>. Acesso em: 14 out. 2016.

¹⁰⁰ Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. 2016, p. 12. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

¹⁰¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Nota Técnica n.º 06/2015**. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Nota_T%C3%A9cnica_6_de_25-08-2015_PL_554-2011.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

deve defender os interesses do preso, sendo conveniente, considerando as finalidades das audiências, que se manifeste de modo favorável.

E foi na defesa da implementação das audiências de custódia que a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) ajuizou no STF a Reclamação n.º 23872¹⁰² visando dar cumprimento ao que ficou estabelecido pelo STF no julgamento da ADF n.º 347, isto é, a determinação de que todos os juizes do país executassem as audiências de custódia¹⁰³.

Também na defesa pelas audiências que a Defensoria Pública da União ajuizou, em Manaus/AM, a Ação Civil Pública n.º 8837-91.2014.4.01.3200¹⁰⁴, em face da União, requerendo que esta fosse obrigada a cumprir o disposto no Pacto de São José da Costa Rica, viabilizando as audiências em toda a Justiça Federal. A ação foi julgada extinta por ilegitimidade ativa da Defensoria Pública da União¹⁰⁵.

As Defensorias Públicas, estaduais ou da união, são peças fundamentais na construção e difusão das audiências de custódia, mesmo que para tanto tenham que transpor os interesses contrários das demais instituições estatais. Não se pode descuidar que a Lei n.º 80/94¹⁰⁶ traz, ora como incumbência (artigo 1º, *caput*), ora como objetivo (artigo 3º-A, III) e ora como função institucional (artigo 4º, III e VI) o papel da instituição na promoção e efetivação dos direitos humanos dos necessitados.

Também não se pode olvidar que é a Defensoria Pública a instituição que mais sente o pulsar débil e enfermo do sistema carcerário brasileiro. É ela quem encara face a face as mazelas da prisão, é ela quem primeiro assiste ao preso, e é ela, também, a primeira a escutá-lo, quando já está inserido na rotina prisional, a fim de acompanhá-lo. Desse modo, não é de se estranhar quando se verifica total apoio

¹⁰² Acompanhamento da Rcl. n.º 23872 disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4974808>>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹⁰³ Associação Nacional dos Defensores Públicos. **ANADep entra com Reclamação no STF para garantir implantação efetiva de audiência de custódia em todo o país**. 2016. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=27285>>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹⁰⁴ Inteiro teor da petição inicial disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/ACP_AudienciaCustodia_DPU_Manaus.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

¹⁰⁵ Apelação contra a sentença que julgou extinta a ação disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8592743&ad=s#36%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%203>>. Acesso em: 16 out. 2016.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 80 de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

dessa instituição pelas audiências de custódia, pois, diferentemente das demais, esta “enxerga com outros olhos” o valor da liberdade e “escuta” com maior acuidade a necessidade gritante que hoje se faz presente para garantir os direitos humanos e fundamentais (mínimos) daqueles que estão sentindo na pele a utopia e a demagogia de ver que seus direitos não são capazes de ultrapassar a exuberância e a beleza das folhas de papel do que se denominou Constituição Federal.

Nesse sentido, bem escrito é o Editorial do Boletim n.º 252 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) que assim dispõe:

Éramos mais felizes quando supúnhamos que um sistema de justiça criminal injusto e arbitrário era privilégio de regimes autoritários. Pior que um sistema de justiça criminal manipulado pelo arbítrio de um tirano é aquele que já não é injusto por vontade ou capricho de um único homem, mas injusto por iniquidade sistemática, anônima, autista, de um sistema que insiste em girar em torno de si mesmo, mais preocupado com o caos burocrático em que está mergulhado do que com os dramas dos homens e mulheres envolvidos nas demandas, compondo um terrível quadro de metalinguagem institucional¹⁰⁷.

Desse modo, pelo aqui exposto, percebe-se a construção de um cenário em que os direitos das pessoas cerceadas de liberdade encontram-se meramente dispostos em leis, barrada sua efetividade por omissão/descaso estatal ou mesmo por interesses institucionais conflitantes, como os que aqui foram expostos. Revela-se, assim, um verdadeiro dissenso, que repercute na valoração dos direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante, bem como na realização das audiências de custódia, que, na realidade, não deixam de constituir mais um direito do preso que muito tardou para se efetivar.

Portanto, pode-se passar à próxima seção, buscando se verificar em que medida este conflito institucional de interesses se sobrepõem à aplicação dos direitos humanos e fundamentais dos presos em flagrante e, conseqüentemente, prejudicam a aplicabilidade das audiências de custódia.

¹⁰⁷ EDITORIAL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **O esforço de Sísifo e a audiência de custódia.** 2013. Boletim n. 252, novembro/2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/293-252-novembro2013>. Acesso em: 17 out. 2016.

2.3 A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A doutrina mais tradicional costuma diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais numa perspectiva espacial, isto é, do local onde tais direitos estão estabelecidos. Marcelo Antonio Theodoro e Ingo Wolfgang Sarlet entendem que o termo “direitos fundamentais” está vinculado aos direitos normatizados internamente na Constituição de determinado Estado, enquanto a terminologia “direitos humanos” vincula-se aos direitos expressos no plano internacional, manifestados através das Convenções/Tratados ratificados pelos Estados¹⁰⁸. Para Ingo, ainda, direitos humanos estão fundados, necessariamente, na dignidade da pessoa humana, enquanto os direitos fundamentais, independentemente de terem, ou não, relação direta com a dignidade da pessoa humana, estão assegurados pela sua previsibilidade no ordenamento positivo-constitucional do país¹⁰⁹.

Não obstante tal diferenciação doutrinária, o presente trabalho optou por tratar deste tema com uma perspectiva mais híbrida, indo além do caráter topográfico destes direitos, adentrando em seu conteúdo. Desse modo, o melhor conceito que traduz essa combinação e que melhor se adequa com os direitos assegurados pelas finalidades da audiência de custódia é a terminologia “direitos humanos fundamentais”, com muita sabedoria trazida por Alexandre de Moraes:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais¹¹⁰.

Veja-se que tal formulação gira em torno de um princípio fundamental, alicerce das audiências de custódia, petrificado no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88: a dignidade da pessoa humana¹¹¹.

¹⁰⁸ THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua concretização**. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 26-28 passim.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 20-21.

¹¹¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

Aventurar-se na missão de conceituar dignidade da pessoa humana é tarefa das mais árduas, seja pelo fato de não haver uma definição tida como correta, seja pelo caráter transcendental desse princípio. Todavia, deve-se recorrer à melhor doutrina para tal empreitada e Ingo Wolfgang Sarlet não desaponta nesse sentido. Entende que a dignidade da pessoa humana seria uma qualidade inerente a todo ser humano, fazendo dele um sujeito merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando em um complexo de direitos fundamentais - direitos humanos fundamentais - que o assegurem contra qualquer ato degradante, bem como lhe dê condições mínimas para uma vida saudável em sociedade¹¹².

Nesse sentido, tendo por base a dignidade da pessoa humana, que a audiência de custódia, por meio de suas finalidades (vide seção 1.2), objetiva assegurar alguns dos direitos humanos fundamentais do preso em flagrante, e não só deste, dispostos no artigo 5º da CRFB/88, quais sejam, inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV), respeito à integridade física/moral do preso (inciso XLIX), devido processo legal (inciso LIV), contraditório e ampla defesa (inciso LV), presunção de inocência (inciso LVII), razoável duração do processo (inciso LXXVIII), bem como os direitos expressamente direcionados ao flagranteado (incisos LXI a LXVI)¹¹³.

Outrossim, não se pode deixar de pontuar que a própria audiência de custódia, prevista na CADH e no PIDCP, constitui, igualmente, um direito humano fundamental do autuado em flagrante, pois respeita a dignidade deste e o protege dos arbítrios do Estado.

É com este enfoque defensivo dos direitos humanos fundamentais que o presente trabalho inclinou-se por abordar a sua mitigação a partir de um viés garantista, à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, utilizando a visão de garantismo como um modelo normativo de direito, assim tratado pelo autor:

Segundo um primeiro significado, garantismo significa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

¹¹³ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantias dos direitos dos cidadãos¹¹⁴.

Entende-se que esta seria a melhor abordagem para o tema, pois o garantismo penal, no entendimento de Salo de Carvalho, apresenta-se como um saber crítico e questionador, como um instrumento de defesa dos direitos humanos e da democracia contra todas as ingerências do direito e do Estado contemporâneo; olhar o direito penal à luz do garantismo é recuperar a capacidade crítica do direito e, sobretudo, do aplicador do direito, a quem cabe modificar a realidade social; o modelo garantista visa uma racionalidade do sistema jurídico baseado na máxima proteção dos direitos (humanos fundamentais) e na confiança da legislação, a fim de frear o poder punitivo, salvaguardando o ser humano de qualquer tipo de violência, seja ela pública ou privada¹¹⁵.

Interessante, neste ponto, ressaltar a importância preconizada pelo garantismo à democracia, como forma de sustentáculo dos direitos humanos fundamentais, pois conforme ensina Norberto Bobbio, há um dualismo existencial entre democracia e direitos do homem, um depende do outro para se afirmarem. A democracia é a sociedade dos cidadãos, e estes só auferem esta qualidade (antes disso são súditos do Estado) quando lhes são reconhecidos e protegidos alguns direitos fundamentais¹¹⁶.

Outros pontos de vista, igualmente, poderiam ser utilizados como norte nessa avaliação, como o neoconstitucionalismo ou, conforme bem assentado por Valéria Ribas do Nascimento, o novo constitucionalismo, melhor representando esse processo de evolução constitucional na América Latina no pós-segunda guerra, que, com peculiaridades próprias, propõe-se a reformular o modelo de Estado e justiça, com maior primazia dos direitos humanos fundamentais¹¹⁷.

É de essencial importância que antes de tudo se compreenda que os direitos humanos fundamentais não são inertes, eles se movimentam e se transformam no

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785-786.

¹¹⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 79-82 passim.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 07.

¹¹⁷ NASCIMENTO, Valéria Ribas do; TREIN, Aline. **O Constitucionalismo Latinoamericano e os Direitos Fundamentais: Neoconstitucionalismo?**. In: Conpedi XXIII, 2014, Florianópolis. Teoria do estado e da constituição. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 20. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5d4d48d0359e45e4>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

decorrer do tempo, se ajustam à necessidade do período em que se encontram, podendo ou não se complementarem (daí a crítica doutrinária contra o termo “gerações” de direitos, trazido por Bobbio e Paulo Bonavides¹¹⁸, que conduz a um entendimento equivocado de que os direitos humanos fundamentais se substituem ao longo do tempo, quando na verdade tendem a se expandir, se acumular, e se fortalecer, melhor se adequando, portanto, o termo “dimensões”)¹¹⁹. É nesse contexto de progressão dos direitos que a sua abordagem histórica ganha relevância, pois ao querer se alcançar sua origem (fundamento), é inevitável a constatação de que estes são, em um primeiro momento, produtos da rebeldia individual, da luta do indivíduo pelo reconhecimento de sua existência como ser humano e da garantia dos seus direitos enquanto portador de dignidade da pessoa humana. Em um segundo momento, percebe-se que os direitos, humanos fundamentais, decorrem de uma demanda coletiva, de uma necessidade de fazer com que o Estado “olhe” o indivíduo como membro de uma sociedade e que interfira nesta de modo ativo.

Mas, de todo o modo, como aponta Clovis Gorcevski, a conquista destes direitos sempre foi movida a muita violência, perseguições, revoltas e lágrimas, estando continuamente em desenvolvimento, pois “são frutos que se sedimentam na evolução e nas contradições da sociedade”¹²⁰.

Também nessa perspectiva histórico-progressiva dos direitos humanos fundamentais, Norberto Bobbio alude que por mais singelos que sejam os direitos do homem, estes nunca deixarão de ser direitos históricos, nascidos de lutas em defesa de liberdades contra velhos poderes, mas sempre de forma gradual, isto é, respeitando as condições temporais em que estão inseridos, os carecimentos e os interesses demandados, bem como os meios disponíveis para realizá-los. Concluindo, nessa acepção, a impossibilidade de se encontrar um fundamento absoluto dos direitos do homem, mas sim vários fundamentos que restam condicionados à época, à situação, ao momento histórico e à necessidade¹²¹.

¹¹⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.576-609.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 45.

¹²⁰ GORCZEVSKI, Clovis; RICHTER, Daniela. A Evolução dos Direitos Humanos. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). **Direitos Humanos: A primeira geração em debate**. Porto Alegre: Ufrgs, 2008. t. 1. Cap. 1, p. 8-9.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 09-16 *passim*.

Diversamente, entende o jurista Fábio Konder Comparato que os direitos humanos se fundam simplesmente na existência do homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, frente a qual as especificações individuais e grupais são sempre postas em segundo plano. Aduz ser intolerável reconhecer como fundamento dos direitos humanos a ordenação estatal, mesmo que esta se baseie numa constituição promulgada, pois a validade desses direitos deve assentar-se em algo mais profundo e permanente, isto é, no valor ético do direito, não se podendo aceitar qualquer concepção positivista como forma de se encontrar a validade dos direitos humanos, pois esta se contenta com a mera validade formal das normas jurídicas¹²².

Neste ponto, deve-se trazer à tona uma segunda concepção de garantismo penal referenciada por Luigi Ferrajoli, posto que alinhada com o pensamento de Fábio Comparato de que um positivismo dogmático não sustenta a ideia de validade e eficácia dos direitos humanos fundamentais, ponto de proteção máxima da teoria garantista.

Luigi Ferrajoli entende que o garantismo penal, levando-se em conta a complexidade do ordenamento jurídico, deve ser aplicado pelo jurista a partir de uma visão crítica, e não meramente dogmática - juspositivismo crítico *versus* juspositivismo dogmático – (esta última refutada por Fábio Comparato como fundamento dos direitos humanos), posto que há uma divergência entre a validade e a efetividade das normas de direitos humanos fundamentais, é dizer, entre o “ser” e o “dever ser”. É totalmente viável a existência de uma norma válida, porém ineficaz, o que para o garantismo de nada convém; é necessário que a norma além de estar positivada seja efetivamente aplicada¹²³.

Aclarando esta premissa de Luigi Ferrajoli, Salo de Carvalho ensina que na incorporação constitucional dos direitos fundamentais, é necessária a separação das esferas de validade e efetividade das normas, sendo este o maior erro do dogmatismo. O positivismo dogmático baseia-se na visão acrítica e contemplativa das normas, sendo estas válidas e eficazes desde que atendidos os critérios formais de validação, o que não ocorre no garantismo, em que validade e efetividade se

¹²² COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016, p. 06-07.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

distinguem, não se contentando com a mera proposição descritiva sem amparo no plano da eficácia¹²⁴.

É nessa toada que Lênio Streck resume este pensamento no sentido de que, em se tratando de garantismo, é fácil delinear um ordenamento dito “garantista”, difícil é assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, completando que o garantismo deve ser entendido “como uma maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como ‘tipo ideal’ o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito”¹²⁵.

Com esse intuíto, poder-se-ia questionar o que tudo isto tem a ver com as audiências de custódia e os interesses das classes institucionais? Pois a resposta é simples, tudo. Viu-se que, numa perspectiva garantista, não basta que os direitos humanos fundamentais, e aqui está se falando das audiências de custódia pelo que ela representa e pelo que visa assegurar e proteger, sejam válidos - meramente positivados no ordenamento jurídico -, é necessário que possuam efetividade e que esta, para um positivismo crítico, deve advir de uma leitura crítica e preocupada do operador do direito.

E vai-se além, podendo-se indagar se isto aconteceu ou está acontecendo com as audiências de custódia, sendo a resposta um tanto quanto titubeante. Explanou-se no primeiro capítulo deste trabalho que as audiências de custódia foram ratificadas pelo Brasil há mais de vinte anos, contudo, neste ínterim, nunca foram postas em exercício. E, agora, quando finalmente começam a ser concretizadas, encontram massiva relutância e embaraço por partes daqueles que mais deveriam estar atentos a sua importância como meio protetivo dos direitos humanos fundamentais dos presos em flagrante, restando o alento (e por isso a hesitação da resposta) no interesse de parte do Ministério Público e da Defensoria Pública que, a contrario sensu, caminham no sentido oposto, fazendo jus à visão crítica a que se refere Ferrajoli, efetivando as audiências e, por consequência, os direitos dos flagranteados.

Impossível deixar de retomar aqui o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois considerando tudo que foi exposto, este princípio sempre esteve pairando sobre todas nuances abordadas. Viu-se que ele é, ao mesmo

¹²⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 100-102 passim.

¹²⁵ STRECK apud CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102).

tempo, objetivo a ser alçado pela proposta dos direitos humanos fundamentais, a ser protegido pela teoria do garantismo penal e fundamento dos direitos humanos. Assim, no saber de Ingo Wolfgang Sarlet, este princípio deve ser reconhecido, respeitado e protegido, já que é atribuído a cada ser humano como algo que lhe é inerente, irrenunciável e inalienável. A dignidade da pessoa humana tem como principal exigência a garantia dos direitos humanos fundamentais, o que decorre do fato de que, infelizmente, ela está sempre suscetível de ser violada e transgredida quando o indivíduo (e aqui se inclui o preso em flagrante) é rebaixado à condição de objeto/instrumento, vindo a ser descaracterizado como um sujeito de direitos¹²⁶.

Nesse sentido, completa o autor:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças¹²⁷.

Nesse contexto, Ingo W. Sarlet conclui que todos os órgãos, funções e atividades estatais estão vinculados à dignidade da pessoa humana, cabendo-lhes respeitá-la e protegê-la, impondo-se ao Estado tanto um dever de abstenção no tocante a comportamentos que porventura sejam contrários à dignidade humana, como também condutas positivas, tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos, o que, repita-se, inclui os presos em flagrante. Nesta linha, finaliza, cabe a todos os órgãos estatais edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do referido princípio¹²⁸.

Cabe, ainda, registrar que o autor confere este mesmo raciocínio aos direitos fundamentais, afirmando, em outra célebre obra de sua autoria, que estes possuem eficácia vinculante (vide artigo 5º, §1º, da CRFB/88), obrigando todos os poderes estatais a sua observação, renunciando a qualquer ingerência, tomando-os como baliza e referencial em todo e qualquer ato, a fim de dar-lhes eficácia. Por fim, especificadamente ao Poder Judiciário, afirma que “juízes e tribunais estão

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52-70 passim.

¹²⁷ Ibid., p. 71.

¹²⁸ Ibid., p. 132.

obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”¹²⁹.

Percebe-se, portanto, que todos os poderes estatais, e aqui se faz especial menção às instituições do Estado retratadas no capítulo anterior, devem, ou seja, não se trata de uma faculdade, prestar respeito à dignidade humana, o que, pelo aqui visto, repercute na proteção e efetivo exercício dos direitos humanos fundamentais, neste trabalho sintetizado aos direitos dos presos em flagrante e exercido pela audiência de custódia. Logo, quando se verifica que algumas das instituições a quem cabe realizar essa proteção manifestam-se contrariamente ao exercício das audiências, é dizer que estão se opondo à efetividade dos direitos humanos fundamentais, mitigando-os, pois estão se omitindo de um de seus principais deveres, muitas vezes, como visto, sob subterfúgios meramente formalistas, como a discussão quanto a legalidade de seu regulamento.

É nesse sentido que, com muita sabedoria e criticismo, Dalmo de Abreu Dallari, na sua obra “*O Poder dos Juízes*”, aborda o posicionamento dos magistrados (e do Poder Judiciário em si) frente à questão dos direitos humanos, podendo-se, sem alterar o pensamento do autor, difundir essa posição a todas as instituições opoentes à audiência de custódia.

Entende o autor que, quanto à matéria dos direitos humanos, o judiciário envelheceu, se manteve estagnado, enquanto o mundo avançou; os juízes preferem deixar prevalecer suas convicções políticas e jurídicas não reconhecendo o dever que lhes é imposto de respeitar e proteger as normas de direitos humanos, exigindo, por vezes, requisitos formais abusivos, quando não deixam de aplicá-los por mero desconhecimento legal, constituindo um verdadeiro escárnio à justiça. São esses juízes que simulam um desejo por justiça e envolvem suas decisões numa capa de respeitabilidade, ajudando a criar e manter a ilusão de um controle judicial¹³⁰.

Em dissonância com um dos principais artifícios utilizados para embasar o descontentamento às audiências de custódia, qual seja, a inconstitucionalidade das Resoluções que as regulamentam, o referido autor aduz que muitos juízes são acometidos por uma “acomodação inconsciente”, fazendo com que, ao invés de

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 374-381 passim.

¹³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06-39 passim.

exercerem sua função social, dizem-se submissos à lei, visando acomodarem-se, apregoando uma falsa neutralidade e um demasiado formalismo legal, que indubitavelmente mitiga a efetividade dos direitos humanos fundamentais¹³¹.

Conveniente se utilizar das próprias palavras do autor, devendo, entretanto, expandir esta conclusão não somente aos magistrados, como o faz Dallari, mas a todos aqueles que se opõem a materialização das audiências de custódia:

Em conclusão, são muitos os obstáculos para difundir em todo o mundo o império do direito e para que não exista mais a impunidade dos violadores de direitos humanos. Esses obstáculos não são intransponíveis, mas para superá-los é necessário trabalhar permanentemente, com determinação e coragem, sem desânimo nem transigências, cabendo à magistratura [e não somente a ela] papel ativo na busca desse resultado. Essa é uma tarefa que deve ser assumida por todos os juízes [e não só eles] realmente empenhados em que o mundo tenha justiça para que possa viver em paz¹³².

Interessante perceber que a conclusão de Dallari se comunica perfeitamente com o posicionamento de Norberto Bobbio, demonstrado algumas linhas acima, em que o respeito aos direitos do homem constituem a base das constituições democráticas. Contudo, Bobbio vai mais além, e neste ponto conversa harmoniosamente com Dallari, afirmando que a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem, seja internamente ao Estado ou no sistema internacional¹³³.

Por fim, não se pode deixar de trazer a este trabalho o posicionamento de Ferrajoli quanto à prisão preventiva (reiterando que uma das principais finalidades das audiências de custódia é diminuir o número de presos provisórios), bem como seu posicionamento favorável por uma apresentação sem demora do preso em flagrante à presença do juiz, para tomada de seu depoimento, doutrinando o autor, talvez inconscientemente, pelo exercício das audiências de custódia.

O autor garantista entende que a prisão preventiva reveste-se de caráter torturador, ainda mais quando levado em conta o atual sistema penal, configurando uma antecipação da eventual pena imposta¹³⁴. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli entende que o único motivo hábil a levar um autuado provisoriamente ao cárcere

¹³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40-54 passim.

¹³² Ibid., p. 45.

¹³³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 93.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 556 e 717.

seria no sentido de salvaguardar eventuais provas, o que mesmo assim não condiz com os preceitos do garantismo penal, pois retira do preso a paridade de armas para se defender em relação à acusação, restando submissa a esta. Nesse sentido, aponta o autor que a solução mais eficiente e condizente com a defesa dos direitos do preso em flagrante seria a sua condução imediata à presença do juiz para obter antecipadamente seu interrogatório, podendo ser utilizado posteriormente na instrução processual¹³⁵.

Percebe-se que Luigi Ferrajoli, inconscientemente, traz a lume o que hoje se define como audiência de custódia, uma medida processual que, para ele, amolda-se perfeitamente com os preceitos garantistas de processo penal, pois protege e prima pela eficácia dos direitos humanos fundamentais daqueles que se encontram com um dos seus direitos mais basilares cerceado, sua liberdade. Assim, a fim de não distorcer suas palavras, cabe expor literalmente a dinâmica trazida pelo autor:

Mas uma exigência semelhante pode ser satisfeita, em lugar da custódia cautelar, pela simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário – por horas ou no máximo dias, mas não por anos – para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas. [...] Mas depois do interrogatório e da imediata apreciação dos argumentos defensivos a custódia do imputado não há mais se justificativa¹³⁶.

Portanto, é animador verificar nas últimas linhas desta monografia que dentro da teoria escolhida e que mais se adequa com a preservação dos direitos humanos fundamentais do preso em flagrante encontra-se expressamente mencionado, dentro do possível, o procedimento da audiência de custódia. Isso revela e já antecipa a conclusão deste trabalho que, sim, as audiências de custódia são um meio idôneo de proteção e garantia dos direitos daqueles restringidos de liberdade, bem como uma forma apta a evitar prisões ilegais e arbitrárias, barrando o superencarceramento decorrente de prisões desnecessárias. Nessa perspectiva, inegável que colocar-se contrário a tal procedimento, mesmo este ainda sendo incipiente e passível de melhorias, é colocar-se contrário aos direitos humanos fundamentais dos presos em flagrante; é mitigá-los quando se deveria enaltecê-los.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 513-515 passim.

¹³⁶ Ibid., p. 513.

CONCLUSÃO

As audiências de custódia foram ratificadas pelo Brasil há mais de vinte anos, quando da assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, sendo que, até pouco tempo, mantiveram-se adstritas somente ao plano da validade, sem qualquer intenção estatal quanto a sua eficácia. Somente no ano de 2015, com iniciativa do CNJ, foi devidamente regulamentado seu funcionamento em todo o território nacional, assumindo finalidades combativas à precária e subumana situação carcerária.

De imediato, apareceram as primeiras críticas e elogios à sua execução e, com o tempo, foi possível delimitar um cenário em que se pôde identificar quem era contrário e quem era favorável ao seu exercício. Nesse sentido, esta pesquisa conseguiu identificar, dentre as principais instituições estatais atreladas às audiências de custódia, que os interesses da Magistratura e da Polícia inclinavam-se pela oposição a este novo procedimento processual, enquanto a Defensoria Pública e expressiva parcela do Ministério Público manifestavam-se favoravelmente.

Diversos foram os argumentos utilizados para construir o posicionamento de tais instituições, devendo-se atentar àqueles que objetivam desmoralizar e impedir o avanço das audiências de custódia, pois, como se viu, são esses interesses que obstam o respeito e a proteção aos direitos humanos fundamentais, tão visados pelas audiências. Ademais, foi possível identificar que, dentre os interesses contrários às audiências, a maioria se alicerça em formalismos e interesses institucionais narcisistas, como a inconstitucionalidade das Resoluções que as implementaram, o acréscimo de atividade, e o suposto aviltamento da instituição.

Pouco se percebeu quanto a um engajamento no sentido de sobrepujar tais argumentos, que nada acrescentam na efetivação das audiências de custódia. O que se verificou foi diversas evasivas no sentido de fazer com que este novo procedimento não prosperasse.

Nesse passo, em consonância com o objetivo deste trabalho, que era verificar em que medida os interesses de tais classes institucionais se sobrepujam à eficácia das audiências de custódia e mitigavam os direitos humanos e fundamentais do preso em flagrante, foi possível chegar a uma conclusão. Em que pese este novo procedimento ainda necessite de algumas melhorias e ponderações doutrinárias e jurisprudenciais quanto a algumas nuances processuais, bem como forte

investimento financeiro e material, é inegável que suas finalidades (ajuste do processo penal pátrio às normas internacionais; prevenção da tortura policial; evitar prisões arbitrárias e o combate ao superencarceramento) são, do ponto de vista do garantismo penal, extremamente condizentes com a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais do preso em flagrante, sendo que qualquer interesse que não venha a contribuir para a sua melhor efetivação deve ser de imediato rechaçado.

Portanto, é de se concluir que os interesses estatais contrários à implementação das audiências de custódia se sobrepõem a sua execução na medida do desinteresse do agente estatal em querer dar guarida aos direitos do flagranteado. De nada adianta ter uma previsão normativa e posteriormente adotar toda uma estrutura para recebê-las se a mentalidade daqueles que são responsáveis por sua concretização não mudar.

Não se pode partir do pressuposto de que este instrumento visa somente à contenção do superencarceramento, pois a questão é muito mais profunda que uma crise carcerária-populacional. As audiências vão além, preservam diversos direitos humanos fundamentais elencados na Constituição e na normativa internacional e, neste sentido, em hipótese alguma pode o magistrado, o promotor ou o delegado/policial se manifestar pela sua ineficácia. Manifestar-se nesse sentido é vilipendiar direitos arduamente conquistados, é retroceder no tempo.

Igualmente, deve restar apontado que esta monografia jamais visou se filiar a qualquer comportamento antijurídico, e tal ressalva, infelizmente, deve ser feita, visto muitos considerarem o apoio às audiências de custódia como um apoio à impunidade. O que se defendeu, no decorrer deste trabalho, foi uma maior humanização do processo penal, com a conseqüente garantia de direitos mínimos inerentes à dignidade da pessoa humana, abrangendo, também, o preso em flagrante.

Por conseguinte, defender as audiências de custódia é defender um processo penal mais humano, é defender os direitos humanos fundamentais, é dar voz àqueles que se encontram cerceados de liberdade e que merecem um devido processo. É lembrar que o processo penal deve ser célere e que não se pode esquecer alguém nas imundices do cárcere. É, enfim, renovar o criticismo do operador do direito, dar-lhe consciência da dimensão do seu ofício.

REFERÊNCIAS

3ª REGIÃO. Tribunal Regional Federal. **Habeas Corpus que relaxou prisão em flagrante em virtude de Audiência de Custódia realizada por meio de videoconferência**. HC nº 0010089-04.2016.4.03.0000. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP. Relator: Desembargador Federal Paulo Fontes. 22 ago. 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5429167>>. Acesso em: 03 set. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL. **Petição Inicial na ADI n.º 5240. Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, Brasília, DF, 2015**, p. 07-09. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7777061&ad=s#2%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20-%20Peticao%20inicial%201>>. Acesso em: 30 set. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE GOIÁS. **Nota Técnica dos magistrados goianos sobre as Audiências de Custódia**. Goiânia, GO, 2015. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias/>>. Acesso em: 07 out. 2016.

Associação Nacional dos Defensores Públicos. **ANADep entra com Reclamação no STF para garantir implantação efetiva de audiência de custódia em todo o país**. 2016. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=27285>>. Acesso em: 17 out. 2016.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS. **Petição Inicial na ADI n.º 5448. Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, Brasília, DF, 2015**, p. 06-07. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4911778>>. Acesso em: 07 out. 2016.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Audiência de Custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Lei Complementar n. 80 de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado** n.º 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado** n.º 554, de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115?o=d>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240. Requerente: ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 12 fev. de 2015. **STF**. Brasília. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5448. Requerente: ANAMAGES. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 jan. de 2016. **STF**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4911778>>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI nº 5240. Requerente: ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4711319>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADPF n.º 347. Requerente: PSOL. Requerido: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 fev. 2016. Ata n.º 13/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Termo de Cooperação Técnica nº 007, de fevereiro de 2015. Termo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, para os fins que especifica. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, fev. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

CAMARGO, Jayme Silvestre Corrêa. Audiência de Custódia – Vantagens e Desvantagens. In: SILVA, Jane Ribeiro; LEMES, Gilson Soares. **Amagis Jurídica**. VII ano. 12 ed. Belo Horizonte: Amagis, 2015/1, p. 70.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASSIOLATO, Bruno Luiz. **Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16654>. Acesso em: 10 out. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Resolução**. Brasília, DF, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 05 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Nota Técnica n.º 06/2015**. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Nota_T%C3%A9cnica_6_de_25-08-2015_PL_554-2011.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

COSTA, Andrea Miranda. **Audiência de Custódia - Reflexão**. 2016. Disponível em: <<http://www.abcj.net.br/index.php/artigos>>. Acesso em: 11 out. 2016.

CURCINO, Naiôn (Ed.). Audiências de custódia estão suspensas por falta de estrutura em Santa Maria. **Diário de Santa Maria**. Santa Maria, 27 jun. 2016. Disponível em: <<http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/geral-policia/noticia/2016/06/audiencias-de-custodia-estao-suspensas-por-falta-de-estrutura-em-santa-maria-6212991.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Defensoria Pública do Rio de Janeiro. **3º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas Audiências de Custódia**. 2016. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/21575595-3o-relatorio-sobre-o-perfil-dos-reus-atendidos-nas-audiencias-de-custodia-1.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

EDITORIAL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **O esforço de Sísifo e a audiência de custódia**. 2013. Boletim n. 252, novembro/2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/293-252-novembro2013>. Acesso em: 17 out. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Kenneson Lima. **O controle social localizado exercido pela polícia como ponto de partida para a seletividade da criminalização secundária**. [201-]. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/21.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

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

GORCZEVSKI, Clovis; RICHTER, Daniela. A Evolução dos Direitos Humanos. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). **Direitos Humanos: A primeira geração em debate**. Porto Alegre: Ufrgs, 2008. t. 1. Cap. 1.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. 2016, p. 12. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**: Relatório de Pesquisa. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LAMAS, João Pedro (Ed.). Após um mês em vigor em Santa Maria, audiências de custódia são avaliadas como 'fracasso'. **Gaúcha**. Porto Alegre, 17 jun. 2016. Disponível em: <<http://m.gaucha.com.br/noticia-aberta/apos-1-mes-em-vigor-em-santa-maria-audiencias-de-custodia-sao-avaliadas-como-fracasso-169460.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Liberdades**, São Paulo, v. 17, p.11-23, set. 2014. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em: 15 ago. 2016.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **[artigo de opinião]**. 2015. Disponível em: <<https://asmego.org.br/2015/08/05/em-artigo-juiz-lazaro-alves-critica-a-adocao-da-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 11 out. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Nota Técnica n.º 14/2014**. São Paulo. SP. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/notas_tecnicas/nota%2014.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PGR. **Manifestação do Procurador Geral da República na ADI n.º 5240. Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, Brasília, DF, 2015, p. 12-20** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4711319>>. Acesso em: 30 set. 2016.

MIRANDA, Bernardo. **Para policiais civis, audiência de custódia eleva criminalidade**. 2016. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/para-policiais-civis-audiencia-de-custodia-eleva-criminalidade-1.1318908>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; TREIN, Aline. **O Constitucionalismo Latinoamericano e os Direitos Fundamentais**: Neoconstitucionalismo?. In: Conpedi XXIII, 2014, Florianópolis. Teoria do estado e da constituição. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 20. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5d4d48d0359e45e4>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

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

PEREZ, Eduardo et al. **Audiência de Custódia: para que serve?**. 2016. Disponível em: <<https://asmego.org.br/wp-content/uploads/2016/03/audiencia-de-custodia.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Diego. **Soltura de presos em flagrante coloca juízes e policiais em lados opostos**. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/soltura-de-presos-em-flagrante-coloca-juizes-e-policiais-em-lados-opostos-cwsu3wtar0w8t3e6dnh59rvpi>>. Acesso em: 05 out. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Quando o juiz manipula a audiência de custódia**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral. Ministério Público Estadual. **Ministério Público e Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/MinisterioPublicoeAudienciadeCustodia.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOBREIRO, Ramon Miguel Pereira. **O projeto audiência de custódia do Conselho Nacional de Justiça e o ordenamento jurídico**. 2016. 117 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/08/O-PROJETO-AUDIENCIA-DE-CUSTODIA.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua concretização**. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Provimento Conjunto nº 03, de 22 de janeiro de 2015. **Provimento**. São Paulo, SÃO PAULO, Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>. Acesso em: 20 ago. 2016.

WEIS, Carlos. **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: Comparativo entre as previsões dos tratados de direitos**

humanos e do projeto de código de processo penal. 2011. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata do preso ao juiz \(1\).pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo_sobre_a_obrigatoriedade_de_apresentacao_imediata_do_preso_ao_juiz_(1).pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.