

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CRISTIANE PORTUGAL BUFFARA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEDIDA DE CONVENCIONALIDADE NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**CURITIBA
2015**

CRISTIANE PORTUGAL BUFFARA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEDIDA DE CONVENCIONALIDADE NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

CRISTIANE PORTUGAL BUFFARA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEDIDA DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONVENCIONALIDADE	8
2.1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A POSIÇÃO DO BRASIL.....	8
2.2 LEGISLAÇÃO E CONVENÇÕES.....	11
2.2.1 Constituição Federal.....	12
2.2.1.1 Controle de constitucionalidade.....	13
2.2.2 Processo penal brasileiro.....	14
2.3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	18
3 PRISÃO	22
3.1 PRISÃO PREVENTIVA.....	22
3.2 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO.....	24
3.3 A QUESTÃO DO ENCARCERAMENTO EM NÚMEROS.....	27
4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	29
4.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	30
4.2 INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO PRESO NO PROCESSO PENAL.....	31
4.2.1 Procedimento da audiência.....	33
4.2.2 Impossibilidade de produção probatória.....	36
4.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A LEI 12.403/2011.....	36
4.3.1 Fundamentos para a prisão preventiva.....	39
4.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO COMPARADO.....	41

5 PROJETOS E REALIDADES EM AÇÃO.....	44
5.1 ESTRUTURAS FORENSES.....	45
5.2 RESULTADOS.....	47
6 CONCLUSÃO.....	48

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar de forma a audiência de custódia pode servir como instrumento de convencionalidade no processo penal brasileiro. Pretende ainda, discorrer acerca da implantação da audiência de apresentação do preso no país, investigando-se o cumprimento das normas de direito internacional de direitos humanos. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: convencionalidade; audiência de custódia; direitos humanos; processo penal

1 INTRODUÇÃO

Ser apresentado a um Juiz logo após sua prisão. É este o direito a ser garantido ao preso em flagrante, 24 horas após a sua apreensão, por meio da audiência de custódia.

A presente pesquisa enfrenta o questionamento desta medida como a garantia de um efetivo controle de convencionalidade no sistema processual penal brasileiro.

Isso por meio da análise dos atuais projetos que discutem o assunto, identificação dos direitos fundamentais, dispositivos constitucionais e demais normas e convenções pertinentes ao tema, bem como a comparação do sistema nacional aos paradigmas internacionais.

A imediata apresentação física do preso ao Juiz de Direito, de que trata a audiência de custódia, é uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992. Contudo, tal medida é ainda tímida no procedimento processual penal interno, representando uma lacuna a ser preenchida em nosso sistema jurídico.

A importância do tema caminha por diferentes aspectos referentes à dignidade do preso, desde o simples direito de conhecer seu magistrado, até a garantia de sua saúde e integridade física, em combate, por exemplo, à arbitrariedade policial.

O tema, antigo em discussão, é atual por figurar em recente projeto do Conselho Nacional de Justiça, em parceria com Tribunais de Justiça dos Estados, órgãos do Ministério Público, Defensorias Públicas, Ordem dos Advogados, além de outros institutos de defesa de direitos. Aliás, projeto este que ao final deste estudo já se apresenta como realidade.

Uma pesquisa de grande relevância social, haja vista as garantias de preceitos constitucionais e internacionais inerentes à matéria, ao que se pretende contribuir por meio de um estudo sistemático, capaz de esclarecer os questionamentos propostos, e assim, colaborar, humildemente, com outros estudos sobre este mesmo tema.

2 CONVENCIONALIDADE

2.1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A POSIÇÃO DO BRASIL

Historicamente a evolução dos direitos humanos passou por um processo de internacionalização e universalização, o que sistematizou a normativa internacional de proteção desses direitos.

Flávia Piovesan compartilha do entendimento de que não há um dado momento histórico dos direitos humanos, pois se trata de um construído¹, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução.

Assim, a proteção dos direitos humanos é algo em contínua transformação, que se amolda às necessidades de segurança de cada contexto histórico, quando deflagradas ofensas à dignidade da pessoa humana. *Note-se que o Direito Internacional do Direitos Humanos ergue-se no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos.*²

Muito por isso, os marcos históricos que promoveram a evolução dos direitos humanos estão situados nos períodos de guerra e pós-guerra. À exemplo da Liga das Nações, o Direito Humanitário foi a primeira expressão no plano internacional ao relativizar a soberania dos Estados, impondo limites e regulamentando o emprego de violência no âmbito internacional. O objetivo da Liga, após a Primeira Guerra Mundial, era promover a cooperação, paz e segurança internacional.

Contudo, foi após a Segunda Guerra Mundial que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se consolidou de fato, em resposta às atrocidades e horrores do período nazista, que dizimaram milhares de pessoas. Nesse contexto o Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, decorrente do Acordo de Londres, que instituiu um Tribunal Militar Internacional, foi o ato simbólico que impulsionou a internacionalização dos direitos humanos.

¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 187.

² Ibid, p. 188-189.

No pensamento de Antonio Augusto Cançado Trindade³, o respeito aos direitos humanos é a melhor medida do grau de civilização dos países, havendo a necessidade de um sistema de monitoramento contínuo.

Avalia Piovesan, que no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos.

Aos poucos emerge a idéia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional. A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional.⁴

Nesse mesmo momento histórico, de 1945, a criação da ONU e a Carta das Nações Unidas fortaleceram o processo de internacionalização dos direitos humanos, conforme disposto já em seu primeiro artigo

Art. 1º, item 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião,⁵

Em 1946 foi criada a Comissão de Direitos Humanos da ONU, dirigida pelo Conselho Econômico e Social da Organização. Contudo, a comissão ganhou força e autonomia em 2006 ao ser elevada à categoria de Conselho de Direitos Humanos.

Entre as competências do Conselho, está promover a plena implementação das obrigações de direitos humanos assumidas pelos Estados e contribuir por meio de diálogos e cooperação para a prevenção de violações de direitos humanos.

Três anos após a publicação da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ainda que sem a força jurídica de tratado, trouxe conceitos mais precisos sobre direitos humanos e liberdades fundamentais, estabelecendo uma espécie de código de ética universal, a embasar os artigos da Carta da Nações Unidas.

³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado internacional de direitos humanos, vol.II**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, p. 440. apud BELLI, Benoni. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v42n2/v42n2a15.pdf>> Acesso em: 20/09/2015.

⁴ Op.cit. p. 194.

⁵ **Carta das Nações Unidas**. São Francisco: 1945. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf> Acesso em 20/08/2015.

Somente em 1966, com a Carta Internacional dos Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, integrada pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, é que se inaugurou um sistema global de proteção desses direitos.

Cumprir avaliar qual a posição do Brasil frente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

É patente que diante de um regime de governo autoritário, um país não abre espaço a diálogos internacionais, quiçá quando o assunto envolver temas relativos aos direitos humanos. Não diferente de outros países, a inserção do Brasil no contexto internacional de direitos humanos, deu-se a partir da democratização, mais precisamente com a promulgação de uma Constituição Federal oriunda de um Estado democrático de direito, como a de 1988.

Com efeito, ao longo do processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais desses direitos, aceitando expressamente a legitimidade das preocupações internacionais e dispondo-se a um diálogo com as instâncias internacionais sobre o cumprimento conferido pelo País às obrigações internacionalmente assumidas. No processo de democratização, por outro lado, acentuou-se a participação e mobilização da sociedade civil e de organizações não governamentais no debate sobre a proteção humanitária.

Em sua obra, FACHIN explica que

A luta por direitos e pelos direitos – para que sejam levados a sério – é marca das democracias contemporâneas e constitui exigência inarredável da agenda política interna constitucional e externa do direito internacional dos direitos humanos, mormente desde o Pós-Segunda Guerra.⁶

Cumprir observar, que o Brasil aderiu ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em 1992, o qual entrou em vigor em 06 de julho daquele ano.

⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 14.

E desde então, previa-se pela adesão a esse Pacto a necessidade de se instituir uma audiência de apresentação da pessoa presa ao juiz, conforme artigo 9º, item 3.

Art. 9 (3). Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.⁷

Pondera Piovesan, que diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam equilibrar interesses dos Estados, mas sim garantir direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos.

Atente-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles.⁸

2.1.1 Pacto de San José da Costa Rica

Contudo, ao lado do sistema global, surgem sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Interessa ao presente estudo o sistema interamericano, mormente seu principal instrumento, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969 em uma conferência intergovernamental de membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizada em San José, na Costa Rica.

Embora a entrada em vigor do Pacto date de 1978, o Estado brasileiro ratificou tardiamente esta Convenção, tendo depositado sua carta de adesão em 25

⁷ **Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 17/07/2015.

⁸ Op.cit, p. 239.

de setembro de 1992.⁹ Portanto, a entrada em vigor do Pacto de San José da Costa Rica no Brasil, deu-se com a publicação em Diário Oficial, em 09 de novembro de 1992.

Assim, diz o artigo 7º, item 05 da Convenção Americana para Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica):

Capítulo II
Direitos Cívicos e Políticos [...]
Artigo 7
Direito à Liberdade Pessoal [...]
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.¹⁰

Portanto, o dispositivo citado, ao referir que “a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz” e que “tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável”, impõe a instituição, no processo penal brasileiro, de uma audiência de apresentação do preso ao juiz, o que a doutrina e o legislador nacional¹¹ convencionaram chamar de “audiência de custódia”.

A partir dessa perspectiva humanitária do direito processual penal, a audiência de custódia irá permitir a efetivação dos direitos fundamentais do preso, atendendo preceitos de ampla defesa e devido processo legal.

2.2 LEGISLAÇÃO E CONVENÇÕES

2.2.1 Constituição Federal

No que tange a busca por uma fundamentação axiológica a ser aplicada no direito, tem-se a Constituição da República como vértice do sistema jurídico nacional, autoridade máxima de garantia dos direitos fundamentais.

Na condição de lei fundamental e suprema do Estado brasileiro, nossa Constituição é rígida, e, portanto, impões limites às atuações governamentais e às

⁹ **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 17/07/2015.

¹⁰ Idem.

¹¹ Nomenclatura adotada pelo Projeto de Lei do Senado nº554/2011.

demais normas do ordenamento jurídico, por meio do que está expresso ou implícito em sua normatização positivada.

Neste sentido, José Afonso da Silva destaca a inserção das declarações de direito nos textos constitucionais:

A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direito foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se *garantias* constitucionais dos direitos fundamentais. Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante.¹²

Contudo, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era, mormente com o reconhecimento da existência e validade dos direitos humanos, que incorporaram ao ordenamento jurídico valores morais, não mais adstritos ao puro positivismo.

A obediência à Magna Carta passa a se operar a partir de hermenêutica diferenciada, consubstanciada na subordinação da lei aos princípios constitucionais e de justiça.

2.2.1.1 Controle de Constitucionalidade

Trata-se de imposição derivada do princípio da supremacia, o qual exige que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.

Desta feita, as inconstitucionalidades, segundo José Afonso da Silva,¹³ se verificam a partir de ação ou omissão, conforme a Constituição de 1988 reconhece em seus artigos 102, I, a e III, a, b e c, e 103 e seus §§1º a 3º.

A par do importante mecanismo de controle de legalidade e de atuação jurisdicional, que se obtém através das possíveis ações de controle constitucional, insta destacar, que nas questões relativas ao direito internacional dos direitos

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 168-169.

¹³ Ibidem, 49.

humanos, hodiernamente importa também o instrumento conhecido como controle de convencionalidade, conforme se verificará adiante.

2.2.2 Processo penal brasileiro

Primeiramente, há que se ter em conta que a conceituação de processo é algo complexo e em constante evolução. A palavra ‘processo’ significa ato de proceder ou andar; série de ações sistemáticas visando a um certo resultado¹⁴, o que denota algo que se opera no tempo. A Teoria Geral do Processo define, que do ponto de vista de sua função jurídica, o direito processual é um instrumento do Estado a serviço do direito material.

No ensinamento de notórios processualistas¹⁵, essa instrumentalidade do processo, considerado seu *aspecto positivo* é um instrumento a serviço da paz social. *Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”*.¹⁶

Essa instrumentalidade passada para o campo do Processo Penal se verifica na impossibilidade de dissociar pena e processo. A eficácia do direito penal está na pena cominada a cada delito. E não há como aplicar pena sem que haja o processo, instrumento do Estado-juiz capaz de garantir, por meio de suas formalidades, os direitos fundamentais ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros, concernentes à proteção da liberdade individual.

Contudo, o mencionado *aspecto positivo* da instrumentalidade é por muitos criticado, posto que esta qualidade não pode servir de amparo ao argumento “garantia da ordem pública” no que tange a aplicação infundada de prisão preventiva ou abusiva de medidas cautelares, por exemplo.

Neste sentido, Aury Lopes Jr.¹⁷, defende que o processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”. Para este doutrinador a

¹⁴ MICHAELIS. **Dicionário de português online**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=processo>. Acesso em 20/07/2015.

¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

¹⁶ Id.

¹⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.09.

instrumentalidade deve estar a serviço da máxima eficácia de proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Diferentemente de outros ramos do direito, como direito civil, que permite a autocomposição dos conflitos, aceitando resoluções quando possíveis extrajudiciais, em direito penal, por tratar de sanções penais, somente através do instrumento processual se legitima o exercício do poder punitivo.

Nessa linha, o processo penal pode ser conceituado como um ramo do direito penal público interno de um País, que atua como instrumento estatal metodológico de investigação e instrução, indissociável do exercício do direito de punir, desenvolvido com fiel observância os princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa investigada e do contraditório, em seus diversos aspectos, com vistas à apuração das circunstâncias em que um determinado fato com relevância criminal ocorreu, para que seja possível, ao final, concluir pela possibilidade ou não de imputar responsabilidade penal ao acusado.¹⁸

Portanto, em se tratando de processo penal, verifica-se que a estrutura institucional, para o exercício do poder punitivo, dispõe de um terceiro imparcial, ou seja, o juiz competente para esta aplicação, sendo, portanto, o processo penal instituição estatal legítima para imposição da pena.

É notório que o direito processual é indissociável da Constituição Federal, haja vista as linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixam a estrutura dos órgãos jurisdicionais, a fim de garantir a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo (via processo). Ademais, o texto constitucional estabelece importantes princípios processuais. E no que tange o direito processual penal brasileiro, a Constituição Federal norteia limites nas relações entre autoridade e liberdade.

Inadmissível, portanto, a compreensão e a aplicação da lei processual penal sem que haja uma filtragem constitucional e principiológica.

¹⁸ OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia:** dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 10.

Lopes Jr., em reflexão sobre a obra de James Goldschmidt¹⁹ retrata no modelo nacional a ideia de que o processo penal de uma nação é o termômetro de sua Constituição, conforme for a sua política estatal.

A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático e garantista, até porque a ideia de garantismo brota da Constituição, da noção de garantia substancial que dela emerge.

Assim, devemos definir o fundamento legitimante da existência de um processo penal democrático, através da *instrumentalidade constitucional*, ou seja, o processo como instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas.²⁰

A aplicação dos princípios constitucionais tem importância ímpar para a concreta jurisdição, porquanto o processualista poder dispor da Constituição para promover o equilíbrio social e garantias individuais por meio destes princípios.

Assim explica Cândido Rangel Dinamarco:

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro que a história, a sociologia e a política não de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico.

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade, em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que se deve utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e seus princípios.²¹

Transportado este entendimento para as decisões que irão decorrer da audiência de custódia, cumpre ressaltar que grande parte da doutrina entende que se vive na realidade brasileira o fenômeno da baixa constitucionalidade da aplicação

¹⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosh, 1935. Apud LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.03.

²⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.03.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81. Apud SOUZA NETTO, José Laurindo. **A jurisdição constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos**. RIDB, Ano 3, nº 2: 2014. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_02_01535_01558.pdf, acesso em 17/04/2015.

do Direito, mormente nas decisões que decretam as prisões preventivas,²² onde não raras vezes identificam-se decisões desprovidas de motivação substancial.

Associando-se à análise do artigo 7, que trata da audiência de custódia no Pacto de San José da Costa Rica, não se pode olvidar das garantias processuais a serem observada, as quais também encontram-se dispostas na Convenção.

Assim, o artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) elenca quais são essas garantias, em que destacamos as que, por óbvio, também são imperativas em uma audiência de custódia, como a necessidade da presença de um advogado ou defensor; tradutor ou intérprete, no caso desta necessidade; comunicação sobre os fatos dos quais está sendo acusado; direito de não depor contra si mesmo; e direito de confissão espontânea.

Artigo 8. Garantias judiciais

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

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

²² SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**. Em publicação.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.²³

Referidos requisitos estão presentes no Projeto de Lei do Senado, em trâmite, PLS nº 554/2011, que visa elaborar o texto de inclusão da audiência de custódia ao Código de Processo Penal.

2.3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Ao exemplo do controle de constitucionalidade, que deriva do princípio da supremacia e exige que todas as situações jurídicas se conformem com os dispositivos e princípios constitucionais, cuida-se hoje, em razão do *status* constitucional e supralegal que é dado aos tratados que versam sobre direitos humanos, ratificados e em vigor no Brasil, do chamado controle de convencionalidade.

A partir da Emenda Constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004, o direito brasileiro está integrado a uma nova espécie de controle das normas infraconstitucionais, qual seja o controle de convencionalidade das leis.

Isso devido à introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal que impôs a equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados (com específico *quorum*, devendo ser aprovados em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal) pelo Congresso Nacional, às emendas constitucionais. Deu-se, portanto, *status* supralegal às normativas dos tratados, ou seja, hierarquicamente abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária.

Contudo, ainda pairam divergências acerca deste entendimento na doutrina, e inclusive entre membros do Supremo Tribunal Federal, em razão da preexistência do § 2º do mesmo artigo 5º da Constituição, que colocava as normas de tratados internacionais no mesmo patamar das normas constitucionais, e que muitos

²³ **Convenção americana sobre direitos humanos** (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 16/08/2015.

entendem deva prevalecer em nome do princípio pro ser humano que regem as questões de direitos humanos.

Na lição de Valério Mazzuoli, os tratados de direitos humanos, independentemente do *status*, se constitucional (material), dado pelo art. 5º, § 2º da CF ou se equivalente às emendas constitucionais (material e formal), dado pelo art. 5º, §2º da CF, em ambos os casos podem ser paradigmas de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.²⁴ Portanto, na conclusão deste doutrinador, estas normas quando produzidas no país devem passar pela aprovação da Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado como controle de convencionalidade das leis.

A pretexto da recepção das convenções pelo ordenamento jurídico interno, suscita a problemática de um eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno.

Piovesan, a partir da lição de Cançado Trindade, pondera que a *escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.*²⁵

Os próprios pactos internacionais evidenciam que o melhor critério a ser adotado, por se tratarem de direitos humanos, é o de resolução pela escolha da norma mais favorável ao indivíduo titular do direito, ou seja, da primazia da norma que melhor lhe proteja, porque se tratam de direitos consagrados da pessoa humana.

²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>> Acesso em 05/10/2015.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176.

Neste sentido, da hermenêutica voltada aos direitos humanos, inspirada na prevalência da norma mais favorável, posicionou-se o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 96.772/2009²⁶, ao sustentar argumento disposto no artigo 29, “b” do Pacto de San José da Costa Rica que estabelece regras de interpretação.

Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

Destarte, entendeu o ministro no seu julgado que os magistrados e Tribunais devem, a partir da atividade interpretativa, atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana.

Por outro lado, o tribunal pleno do STF, a partir do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP estabeleceu valor supralegal aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004.

Ao dirigir estudo ao tema da audiência de custódia, Souza Netto critica a jurisprudência que oferece resistência à sua aplicação, a qual considera calcada em um positivismo nacionalista de antiga crença, qual seja a obrigatoriedade dos direitos dos tratados de direitos humanos estarem dispostos em normas internas.

Não se olvida, entretanto, que, independentemente da solução que se tenha dado ao status dos tratados – supralegal, constitucional ou emenda constitucional –, eles integram o ordenamento jurídico brasileiro em hierarquia privilegiada, remetendo o interprete à sua análise obrigatória.²⁷

Em seu estudo acerca da transformação axiológica promovida pela Constituição Federal de 1988, José Laurindo de Souza Netto entende o Direito como um objeto ético, no qual a jurisdição deve se guiar por meio de uma análise de valores.²⁸ Urge, no posicionamento do autor, a superação do positivismo jurídico e da cisão entre moral e direito, a partir do compromisso do Estado-Juiz de privilegiar, na resolução do caso concreto, a condição humana dos indivíduos.

²⁶ BRASIL. Habeas Corpus 96.772 de 09 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162313&base=baseAcordaos>> Acesso em 26/10/2015.

²⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**. Em publicação.

²⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo. **A jurisdição constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos**. RIDB, Ano 3, nº 2: 2014, p.1543 <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/02/2014_02_01535_01558.pdf> Acesso em: 05/10/2015.

Os tratados têm como característica fundamental a proteção dos direitos da pessoa humana sobre qualquer condição.²⁹

Desta feita, segundo Souza Netto:

A Declaração Universal de Direitos Humanos traz uma nova ética de valores, de ordem universal, lastreada axiologicamente na concepção de que o direito atribui valor a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência.

Centrada nesta concepção ética e jurídica se desenvolveu a proteção internacional dos direitos humanos, mediante a criação e implementação de mecanismos que permitem a conformação da ordem internacional a este novo consenso, e na valorização dos direitos humanos como elemento de destaque nos ordenamentos jurídicos.³⁰

Dessarte, muito além da interpretação axiológica, que tem a Constituição como norma-controle a validar os demais dispositivos do ordenamento jurídico, entre eles o direito processual penal, aplicando-se a ele os princípios constitucionais pertinentes, há também o fundamento do controle de convencionalidade, capaz de adequar o sistema jurídico interno às exigências internacionais dos direitos humanos. “Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam a Carta de direitos prevista constitucionalmente, inovando-a, integrando-a e completando-a com a inclusão de novos direitos.”³¹

Portanto, no que tange a inserção da audiência de custódia no processo penal brasileiro, sua aplicação tem respaldo na convencionalidade, e no seu respectivo controle, a fim de prestar efetividade ao cumprimento das prerrogativas de direitos humanos, notadamente o art. 7º, item 5 do Pacto de San José da Costa Rica.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 749. Apud SOUZA NETTO, José Laurindo. **A jurisdição constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos**. RIDB, Ano 3, nº 2: 2014. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_02_01535_01558.pdf, acesso em 17/04/2015.

³⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo. **A jurisdição constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos**. RIDB, Ano 3, nº 2: 2014, p.1543. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_02_01535_01558.pdf

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168.

3 PRISÃO

Trata-se do momento em que se fixa o presente tema, pois a partir da privação da liberdade, independente da modalidade de prisão, é que se exige a aplicação da audiência de custódia.

Em obediência ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, é patente a autoridade judiciária interpretar a norma de acordo com os parâmetros da necessidade e utilidade, não se justificando a imposição da prisão cautelar como regra sempre em que for possível vislumbrar que ainda que haja condenação, esta não implicará em recolhimento do indivíduo ao cárcere, o que não se trata de exercício de “futurologia”, mas sim de respeito à regra da liberdade como justa medida, razoável frente ao que é previsível.

3.1 PRISÃO PREVENTIVA

Fixa-se na modalidade de prisão preventiva a prisão cautelar por excelência, haja vista a própria legislação³² destiná-la a garantir a ordem pública, ordem econômica e a resguardar a regular tramitação do processo penal e sua efetividade (art. 312 do CPP).

Contudo, não pode ser imposta como forma de antecipação punitiva, pois o artigo 5º, LVII da Constituição Federal expressa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O advento da Lei 12.403/2011 limitou o poder de ofício do juiz no art. 311, para decretação da prisão preventiva a requerimento dos legitimados, conforme esclarece Gisele Souza de Oliveira et. al.

A opção do legislador, de vedar o ativismo judicial na fase da investigação criminal, vem ao encontro do fortalecimento do sistema acusatório, pois evita que o juiz se envolva demasiadamente nas investigações e perca da sua legítima condição de garantidor dos direitos individuais do investigado, passando a atuar apenas se provocado pelo Ministério Público (em regra autor da futura ação penal), pelo querelante (quando se tratar de ação penal de iniciativa privada) ou mediante representação da autoridade policial.

³² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 17/04/2015

Essa limitação não abrange as situações previstas no art. 310 do CPP e que, inclusive, constituem a principal fonte de orientação da atuação da autoridade judiciária nas chamadas audiências de apresentação ou de custódia.³³

Destarte, continuam a cargo do juiz, as situações previstas no art. 310 do CPP³⁴, não se exigindo na audiência de custódia, requerimento para tanto daqueles legitimados para atuar na acusação – aliás, a audiência sempre se realizará com a presença de membro do Ministério Público, Advogado ou Defensor.

Além dos fundamentos elencados no art. 312 do CPP, este dispositivo exige a existência de prova do crime e indícios suficientes de autoria. Já o art. 313 do mesmo diploma enumera as situações que admitem a decretação da prisão preventiva. Dizem os referidos artigos com as atualizações da Lei 12.403/2011:

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

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

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

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

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

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

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

Ocorre que os motivos elencados no art. 312 do CPP, por si só, não são suficientes a justificar a decretação da prisão preventiva, entendendo a doutrina e a jurisprudência, que carecem de fundamentação sólida para imposição da prisão, haja vista o critério de última *ratio*, imposto pela Lei 12.403/2011.

³³ OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia:** dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 144.

³⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Art. 310. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 17/04/2015.

3.2 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

Esta modalidade de prisão é beneficiária direta da audiência de custódia, pois após o recebimento do auto de prisão em flagrante se introduz a realização desta audiência, ou seja, antes de decidir por uma das situações elencadas no artigo 310 do Código de Processo Penal. Portanto, há que se permear uma análise das mudanças introduzidas a partir da Lei 12.403/2011.

Importa para o tema da audiência de custódia justamente a parte inquisitiva (pré-judicial) do processo penal, que se dá a partir da prisão em flagrante, não se mostrando relevante uma dispersão em discorrer sobre todos os procedimentos concernentes à ação penal.

Inegável, contudo, que as garantias fundamentais a serem observadas por meio da audiência de custódia, nessa primeira fase de instauração do inquérito, produzirão efeitos para todas as fases. Isso porque se objetiva com a audiência, em respeito à proteção internacional que lhe é própria, a redução do número de presos provisórios, que respondem custodiados até o trânsito em julgado, muitos sem esta necessidade.

O artigo 301 do Código de Processo Penal inaugura o capítulo II, do título IX (Livro I) definindo quem pode e quem deve prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Em seguida o artigo 302 descreve em seus incisos quais são as situações consideradas flagrante delito e o artigo 303 explica o caso dos crimes permanentes.

Sem permear análises de direito material sobre a situação de flagrância, destaque-se a lição prática de Gustavo Badaró:

A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada, tendo por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria.

A prisão em flagrante é um ato complexo, que exige a conjugação de vários atos parciais que redundam na prisão em flagrante delito. Relevante distinguir, pelo menos, três momentos distintos: (1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção.³⁵

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal** (recurso eletrônico). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 722.

Na sequência, o diploma processual penal estabelece as formalidades do auto de prisão em flagrante até que, no artigo 306 do CPP, é mencionado o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para que o referido auto seja encaminhado ao juiz competente. Eis aqui o momento da audiência de custódia.

O investigado, após passar por todos os atos sequenciais, desde a apreensão, condução e documentação, proferidos pelos agentes públicos, ser apresentado em 24 horas à autoridade judiciária competente para realizar a análise da necessidade de aplicação da prisão cautelar ou a sua substituição pelas medidas cautelares inseridas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011.

Assim, após visualizar e ouvir o sujeito apreendido, o juiz terá maiores condições de verificar se foram respeitadas as garantias fundamentais do investigado e então optar com maior segurança por uma das ações previstas no artigo 310 do CPP³⁶.

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

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

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Verifique-se que o *caput* do artigo citado expressa que o juiz deverá atuar “fundamentadamente” e até mesmo para a situação prevista no parágrafo único do artigo citado a audiência de custódia servirá para o convencimento do magistrado, desde que, claro, em análise conjunta do conteúdo do auto de prisão em flagrante.

Destarte, evidencia-se que a audiência de apresentação do preso é absolutamente aproveitada à formação do livre convencimento motivado do magistrado, princípio norteador do sistema jurídico brasileiro.

³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Art. 310. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 17/04/2015.

Diferentemente do princípio da verdade material ou real, regente do processo penal, que somente se aplica à produção de provas com vistas à instrução do processo, o princípio do livre convencimento motivado é essencial à audiência de custódia. Isto porque orienta todas as decisões judiciais, inclusive para a imposição de medidas cautelares que restringem a liberdade do agente – artigos 312 e 313 do CPP – que exigem fundamentação no *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*.

Em recente voto no Habeas Corpus nº 1.358.323-2 (23/04/2015), proferido pelo Desembargador Relator José Laurindo de Souza Netto e acompanhado pelos integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, advertiu-se sobre a implementação da audiência de custódia e o compromisso da jurisdição com a compreensão conjunta da Constituição Federal e da proteção internacional dos direitos humanos.

Contudo, é de se ponderar, num contexto de busca pela a efetividade dos direitos humanos, não basta a compreensão epistemológica da jurisdição como instrumento de efetividade, sendo também necessários a caracterização dos meios que propiciem aos encarregados da jurisdição – os juízes – efetivarem esta proteção.

Deste modo, além do conhecimento crítico da realidade brasileira e do impacto da axiologia dos direitos humanos tem sobre nosso ordenamento jurídico, pressuposto epistemológico da concretização dos direitos humanos, é também necessário o domínio, pelo intérprete, das técnicas do controle de convencionalidade.³⁷

Neste argumento, referida Câmara, em face da ausência da audiência de custódia viabilizou aplicação de medida cautelar diversa da prisão, diante da adequação e necessidade, em razão das circunstâncias do caso concreto.

³⁷Habeas Corpus crime nº 1.358.323-2. ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE.

Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf/56127d1e-5140-4920-9fa7-ee259373a015> Acesso em 13/08/2015.

3.3 A QUESTÃO DO ENCARCERAMENTO EM NÚMEROS

Em recente Seminário, organizado pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná e Coordenação do Observatório do Sistema Carcerário Nacional (COASC), realizado em 24 de abril, na sede da OAB Paraná em Curitiba, o coordenador-geral do programa de fomento às penas e medidas alternativas do Ministério da Justiça, Victor Martins Pimenta, apresentou dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Segundo sua exposição o Brasil é o 4º (quarto) país em população prisional no mundo. Entre 2000 e 2013, o País saltou de 232 mil para 581 mil presos, *um acréscimo de 150% da população prisional em apenas 14 anos. A progressão de encarceramento está ocorrendo em velocidade recorde; acelerada numa velocidade 6 vezes maior que nos Estados Unidos, por exemplo.*³⁸

Destacou ainda, que desta população carcerária 41% são presos provisórios e que recente pesquisa (publicada em novembro de 2014), realizada em parceria entre o Ministério da Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) alertou que cerca de 37% dos casos pesquisados nos quais os réus responderam presos ao processo, ao final ou foram absolvidos ou não foram condenados à pena de prisão.

Não obstante, conforme aponta a pesquisa A aplicação de penas e medidas alternativas, realizada em parceria entre Ministério da Justiça e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e publicada em novembro, a prisão continua reconhecida como principal medida a ser aplicada frente a qualquer evento de violação da lei penal. Tal realidade tem incidência mais aguda sobre parcelas específicas da população, como jovens negros. O cenário mais alarmante aparece no encarceramento provisório, ou seja, sem condenação transitada em julgado. É gravíssima a informação de que em 37,2% dos casos pesquisados nos quais os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo. Projetando esse dado para o gritante número de presos provisórios no país, que ultrapassou a marca de 240 mil pessoas em dezembro de 2013, é provável que tenhamos aproximadamente 90 mil homens e mulheres encarcerados no país que não serão condenados à prisão, na maior parte dos casos com sentenças de absolvição ou condenação a penas alternativas. Em relação a este dado, a pesquisa confirma "o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país".³⁹

³⁸ **Seminário o sistema de encarceramento provisório e a implantação de audiências de custódia no paraná,** Curitiba: OAB-PR, 2015.

³⁹ PIMENTA, Victor Martins, SILVA, Fábio de S  e. **Alternativas   prisão.** Brasília: 2014, Edi o 82 Disponível em

Contudo, diagnóstico mais recente, publicado em 04 de junho de 2014, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que contabiliza também as prisões domiciliares, informa que a população carcerária do Brasil é na verdade de 711.463 presos no total, o que fez o País subir no ranking mundial para a 3ª (terceira) posição, ultrapassando a Rússia que tem 676.400 presos, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College de Londres.⁴⁰

Este novo estudo⁴¹ revelou que o percentual de presos provisórios caiu para 32%. Entretanto, o novo número trouxe mudanças para o déficit de vagas no sistema prisional que era de 206 mil, e considerando as prisões domiciliares passou para um déficit de 354 mil vagas.

<http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3114&catid=29&Itemid=34>, acesso em 10/08/2015.

⁴⁰ AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária no Brasil**. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em 12/09/2015.

⁴¹ **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> Acesso em 12/09/2015.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

É notório que no Brasil os direitos humanos são violados diariamente na esfera criminal. Em que pese o fundamental papel das atividades policiais em nossa sociedade – aliás, bastante insegura em razão da crescente criminalidade – é patente que os casos de abusos noticiados são retratos da realidade que abalam até mesmo a opinião pública mais radical contra a marginalidade. Naturalmente, tratam-se de casos isolados, mas que frente ao ganho de forças das ações criminosas, tendem a incidir em crescente proporção. E porque são seres humanos que integram as corporações de segurança pública, cada qual com sua história de vida, seus sentimentos íntimos, sofrimentos, caráter e personalidades, que podem, inclusive, buscar na profissão policial o caminho para extravasar sua agressividade, vaidade ou ânsia pela sensação de poder.

Os direitos humanos são violados, portanto, pelas ações dos próprios seres humanos. Segundo OLIVEIRA, G, a doutrina e o próprio legislador batizaram o ato de “audiência de custódia” e a referida garantia aos direitos fundamentais do preso toca, principalmente, à sua integridade física e mental, além do respeito ao postulado da presunção de inocência.

Trata-se de relevante instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais, que fortalece a visão do juiz como fiador desses mesmos direitos perante a sociedade e as instituições policiais hoje fragilizadas pela desconfiança de que são protagonistas de abusos e torturas por ocasião da realização de prisões em flagrantes e da documentação. Mesmo que não se justifique essa desconfiança sobre o trabalho policial, a certeza de que o preso será apresentado de imediato a uma autoridade judiciária cumpre uma importante função preventiva contra os possíveis abusos [...]⁴²

A despeito da corrente que rejeita a implantação da audiência de custódia, entre os vários argumentos está o de que, em razão de seu momento incipiente o magistrado possa desde logo atribuir juízo de valor desfavorável ao réu, de modo a levar um convencimento consigo até o momento de sentença.

Entretanto, outro argumento visa destruir esta crítica, qual seja de que o magistrado, sem a audiência de custódia, mantém contato com as alegações e

⁴² OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas** (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 102.

indícios produzidos pelo inquérito policial, sem sua presença e sem a observância do princípio do contraditório.

No dizer de Gisele de Oliveira et. al., audiência de custódia permite, por meio do contato imediato uma humanização contraposta à análise fria da descrição aposta no papel.

Mas, diferentemente do que podem alegar os contrários, a audiência de custódia permitirá ao juiz avaliar os elementos que hoje não lhe são apresentados e que se colhem da presença física do preso-cautelado: suas expressões; seu tom de voz; sua forma de agir e de se portar quando confrontado a uma alegação; suas mãos sujas de graxa ou de tinta, rachadas ou repletas de calos, a evidenciar a sua condição de trabalhador; a presença de sua família na audiência, a evidenciar o seu vínculo familiar, dentre outras impressões só coletadas no contato pessoal.⁴³

Ademais, a audiência de custódia se apresenta como eficiente instrumento a garantir a aplicação do novo modelo de medidas cautelares pessoais, introduzidas pela Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

4.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em análise da perspectiva histórica em que foi publicado o nosso Código de Processo Penal (CPP) vigente, ou seja, ano de 1941, sem entrar no mérito de sua antiguidade – ou suposto estado obsoleto – é fruto de uma legislação criada sob a égide da Constituição de 1937, que espelhava um momento de rompimento com a democracia. A Segunda Guerra Mundial estava em plena expansão e o Brasil era governado pelo Presidente Getúlio Vargas em mandato prorrogado por um golpe de estado.

Pacelli⁴⁴ pondera que o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista.

De fato, referida inspiração encontra-se até mesmo expressa no item II da exposição de motivos do CPP redigida pelo Ministro da Justiça Francisco Campos,

⁴³ Ibidem. P. 123.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 05.

que merece um pequeno trecho de destaque a ilustrar o caráter repressivo do projeto.

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. [...] Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desgosto daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística atual vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto [...]⁴⁵

O modelo do direito processual brasileiro, em que a persecução se divide em duas fases, preliminar ou inquisitiva e processual ou contraditória, acha-se assim consolidado desde as Ordenações do Reino de Portugal, quando nosso sistema jurídico era uma compilação do direito positivo lusitano.

A evolução histórica permitiu a observância e aplicação dos princípios garantidores do devido processo legal à fase judicial – a partir da instauração da ação penal – deixando a fase inquisitiva à margem dessas garantias.

4.2 INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO PRESO NO PROCESSO PENAL

A intolerância aos abusos, violências arbitrárias e torturas, é a proteção que as convenções internacionais de direitos humanos exigem e que o Pacto de San José da Costa Rica reforça por intermédio da audiência de apresentação do preso.

Isso porque é da essência do direito internacional dos direitos humanos a proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário.⁴⁶

⁴⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva. Colaboração: de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 597-598.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI**. Conferências proferidas no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>> Apud SOUZA NETTO, José Laurindo. **A jurisdição constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos**

Insta observar, que também existe no sistema processual penal brasileiro a previsão de apresentação do preso ao juiz dentro do procedimento do Habeas Corpus, insculpido no art. 656 do CPP, previsão esta que pode ser utilizada analogicamente para a audiência de apresentação.⁴⁷

Restringir a liberdade de um indivíduo é por si só medida drástica, pois a prisão é exceção, não à toa a Lei 12.403/2011 ao tratar das medidas cautelares, fixou a prisão como última *ratio* (art. 282, §4º do CPP) para bem frisar a liberdade como regra. A Constituição da República de imediato em seu preâmbulo assegura o direito à liberdade e entre os princípios fundamentais expostos no artigo 1º, a dignidade da pessoa humana (inciso III).

Assim, a Constituição de 1988, ao incorporar diversos tratados internacionais, especialmente em 1992 o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre direitos Cíveis e Políticos, aderiu a um processo penal atrelado aos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana do réu, passando a tratá-lo como sujeito da relação processual e não mais como mero objeto (coisa) de um processo pré-direcionado à sua condenação.⁴⁸

Desta forma, a partir da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é que se evidencia um processo penal capaz de possibilitar ao réu sua ampla defesa e, portanto, desenvolvido com fiel observância ao devido processo legal.

Tal observância encontra-se disposta no artigo 5º, inciso LIV de nossa Carta Magna: *ninguém será privado da liberdade ou seus bens sem o devido processo legal*, dispositivo este que, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, também abarca o princípio da proporcionalidade, proibitivo de arbítrios, excessos normativos e abusos do Poder Público e, portanto, altamente direcionador das matérias processuais.

Mais precisamente, o que se exige com a implementação da audiência de custódia é a imediata adequação ao disposto no artigo 7º da Convenção

direitos humanos. RIDB, Ano 3, nº 2: 2014. Disponível em: <http://www.idb-ful.com/uploaded/files/2014_02_01535_01558.pdf> Acesso em 17/04/2015.

⁴⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso.** Em publicação.

⁴⁸ OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas** (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 11.

Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, o qual define regras para atos de privação de liberdade.

Cumpra observar, que o STF, em duas oportunidades, já declarou a constitucionalidade da audiência de custódia, inclusive impondo a sua realização a todos os Tribunais. Tratam-se da decisão liminar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁴⁹, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil nº 5.240⁵⁰.

Ressalte-se, que a não efetividade da norma que trata da audiência de custódia pode, inclusive, gerar responsabilização do Estado por violações de direitos humanos na Corte Interamericana.

Assim, orienta Eugênio Pacelli de Oliveira acerca da adequação às normas do direito internacional dos direitos humanos:

Mas, que se advirta: normalmente, no que tange às questões penais, e daí àquelas processuais penais, sempre se tangenciará, no mínimo, o tema dos direitos humanos.

De todo modo, no campo da interpretação que estamos cuidando, importa apenas lembrar que a adesão às normas internacionais firmadas em tratados e convenções internacionais, subscritas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil (por meio de Decreto Legislativo e Decreto Executivo), implicará a adoção de regras processuais penais eventualmente ali previstas.⁵¹

Diante deste cenário, cabe, idealmente, aos Estados, nos quais as violações de direitos humanos se manifestam, o dever de punir e remediar essas violações.⁵²

4.2.1 Procedimento da audiência

O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que segue em trâmite, altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo

⁴⁹ ADPF nº 347. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 20/10/2015.

⁵⁰ ADI nº 5.240. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 20/10/2015.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

⁵² STEINER, Henry. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

Portanto, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.⁵³

Na redação que se pretende dar, verifica-se que em até 24 horas da lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, o preso seja conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 do Código 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 violação.

O juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, e, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310 do Código. Esta oitiva do Ministério Público terá de ser registrada em autos apartados e não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente. Versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção de tortura ou de maus tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso, bem como se manifestar previamente à decisão judicial que decretar a decisão do art. 310 do CPP (prisão preventiva).

Prevê-se ainda, que na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça. Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da

⁵³ **Projeto de lei do senado nº 554 de 2011.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em 21/10/2015.

pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

Destaque-se a observação de Gisele Souza de Oliveira et.al.:

No momento em que já caminhamos rumo ao trigésimo aniversário da nossa Constituição Cidadã e de mais de duas décadas de incorporação do direito de o preso entrevistar-se com uma autoridade judiciária, imediatamente após a concretização do cerceamento precário de sua liberdade, é imprescindível que o Estado brasileiro cumpra o seu dever de garantir a eficácia desses mandamentos e viabilizar a implantação de um instrumento com esse objetivo, nos moldes de uma audiência de apresentação ou controle da custódia, que atenda ao contido nos §§ 5º e 6º, do art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, sob pena de contínuo e inaceitável desrespeito à dignidade das pessoas presas sem que tal direito seja observado e que, em tese, em várias situações, garantido o contato pessoal com a autoridade judiciária e podendo expor a sua situação social, familiar e profissional, poderiam demonstrar e fazer jus à liberdade “provisória” ou mesmo à substituição da prisão cautelar por outra medida menos gravosa, como as inseridas no sistema através da Lei 12.403/2011.⁵⁴

Em suma, o principal objetivo da audiência de custódia é garantir a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa presa em flagrante delito.

No que tange a questão da nulidade que possa ser gerada pela desconformidade dos processos com a previsão do tratado, é possível solucionar com a modulação de seus efeitos, aproveitando-se, por exemplo, a própria audiência de instrução e julgamento para se decidir acerca da prisão preventiva ou da aplicação de medidas alternativas com fundamentação substantiva. Isso é possível, notadamente pela característica da audiência, em que o réu será levado à presença da autoridade judiciária, acompanhado de seu defensor, permitindo-se a realização da audiência de custódia na mesma ocasião, o que já foi decidido no HC nº 1402573-3⁵⁵.

⁵⁴ OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia:** dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 13-14.

⁵⁵ HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - MODULAÇÃO DOS EFEITOS - DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA CUSTÓDIA NA MESMA OPORTUNIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO MARCADA PARA O PRÓXIMO DIA 08 DE OUTUBRO - CUSTÓDIA CAUTELAR - MOTIVAÇÃO IDÔNEA - INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA - APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP - INVIABILIDADE - ORDEM CONHECIDA E PARCIALMENTE CONCEDIDA POR UNANIMIDADE.1. Em sede de modulação de efeitos, entendo que o magistrado deve aproveitar a ocasião da audiência de instrução e julgamento já designada para o próximo dia 08

4.2.2 Impossibilidade de produção probatória

Outrossim, sempre bom lembrar que a audiência de custódia não é o momento para adentrar-se em questões de mérito da causa a ser julgada. O projeto de lei 554/2011 dispôs, expressamente, que a audiência versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão, a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos, e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. Deste modo, a oitiva realizada na audiência de apresentação do preso não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente.

Todavia, a produção de provas fica adstrita a casos excepcionalíssimos, como no caso de tortura, ou de provas irrepetíveis, sob pena de violação do contraditório e da presunção de inocência.⁵⁶

Desta feita, a audiência de custódia limita-se, essencialmente, ao cumprimento dos comandos emanados do art. 310 do CPP.

4.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A LEI 12.403/2011

O advento da Lei 12.403, que passou a vigorar no dia 04 de julho de 2011, alterou a dinâmica do regime jurídico das prisões no Código de Processo Penal.

Referida normativa, que teve sua origem no Projeto de Lei 4.208 de 2001, emergiu para ratificar a jurisprudência consolidada de que a prisão cautelar deve ser aplicada como última *ratio*, trazendo um conjunto de medidas cautelares diversas da prisão a serem preferencialmente aplicadas e fiscalizadas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Esta alteração legislativa atenta para uma adequação ao princípio da presunção da inocência, disposto no inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal, e

de outubro, para realização da audiência de custódia, oportunidade em que deverá rever a necessidade da prisão preventiva, e analisar de forma fundamentada o não cabimento de outra medida cautelar, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, tendo em vista os critérios de necessidade e adequação. (TJPR - 5ª C.Criminal - HCC - 1420573-3 - Paranaguá - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - - J. 17.09.2015)

⁵⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**. Em publicação.

reforça a natureza acautelatória e de excepcionalidade da prisão cautelar, presentes nos incisos XLII, XLIV e LXVIII do mesmo artigo.

Cumprido ressaltar, que as mudanças promovidas pela lei de 2011 vêm também ao encontro de enfrentar a problemática aqui exposta (3.3) da superpopulação de presos provisórios.

Gisele Souza de Oliveira et. al. questionam a eficácia da lei diante da falência do sistema carcerário.

Os números do sistema carcerário evidenciam que a Lei 12.403/2011 corre o sério risco de entrar para a história como mais umas daquelas que “não colaram”, podendo ser apontados diversos motivos para seu parcial fracasso, após quase quatro anos de vigência, dentre os quais a falta de debate, nos meios jurídicos e com a sociedade, no período que antecedeu a sua tardia aprovação, para esclarecer sobre as altas cifras despendidas pelo país para manter uma pessoa encarcerada provisoriamente, em casos em que a submissão a outras medidas cautelares garantem eficácia similar, com custos reduzidíssimos e sem estigmatizar a pessoa que ainda não foi condenada e goza do amparo do princípio da presunção de inocência.⁵⁷

Assim, entendem os citados autores, que o descrédito da Lei 12.403/2011 pode ser revertido, graças à iniciativa de implantação da audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, com apoio de instituições integrantes do sistema judiciário.

Aury Lopes Jr., na introdução de sua obra de considerações sobre a Lei 12.403/2011, pondera que de nada serve uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver rompimento do que apelidou de *cultura inquisitorial-encarceradora dominante*, ou seja, entende que as medidas como alternativas à prisão podem ser banalizadas, representando uma expansão do controle penal. *Se não houver uma mudança na mentalidade dos atores judiciários, não haverá qualquer evolução democrática, e mudaremos tudo para que a situação continue como sempre esteve. Ou fique ainda pior...*⁵⁸.

Destarte, o que se evidencia é que a audiência de custódia pode servir de instrumento a desvirtuar a atual lógica judicial, que permanece vinculada ao protagonismo da prisão, em que a homologação do flagrante, ou seja, sua conversão em prisão preventiva *ex officio*, acaba figurando como regra e não exceção no sistema processual.

⁵⁷ Ibidem. P. 104-105.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

Contudo, para que haja uma visível redução do número de presos cautelares – e era o que se esperava com a reforma de 2011 – há que se estabelecer, por meio de cada decisão proferida em audiência de custódia, uma real conexão entre a consciência crítica da realidade brasileira e a efetiva proteção internacional dos direitos humanos, construindo-se uma jurisdição com real observância dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. E isso melhor se evidenciará a partir de uma aplicação mais consciente e bem fundamentada das medidas cautelares diversas da prisão.

No intuito de desconstruir argumentos que sustentam a falta de obrigatoriedade da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, e apresentar perspectivas úteis deste procedimento para os operadores do Direito, José Laurindo de Souza Netto elaborou recente estudo crítico, mormente no que percebe a audiência como a concretização do direito a uma fundamentação substantiva, não só para o decreto da prisão preventiva, como para a aplicação das medidas cautelares alternativas.

Nesta conjuntura, a expectativa que recai sobre a audiência de custódia é não só de impedir atos de maus tratos ou tortura, mas principalmente de possibilitar uma discussão mais humana e adequada sobre a legalidade e necessidade da prisão preventiva, reduzindo o número de presos preventivos desnecessariamente e aprimorando a fundamentação das prisões.⁵⁹

Segundo o autor, a jurisprudência que entende pela não obrigatoriedade da audiência de apresentação, o faz sob o argumento de que não há previsão legal no ordenamento jurídico interno ou orientação dos Tribunais Superiores que imponha a sua realização.

Entretanto, ainda que a Constituição da República silencie sobre o tema, ou sobre o já mencionado controle de convencionalidade, parte da doutrina entende que o Poder Judiciário não pode se furtar de reconhecer e aplicar a proteção internacional dos direitos humanos, eis que aderida pelo país.

⁵⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**. Em publicação.

Assim é o posicionamento de Valério Mazzuoli, que entende que muito além das disposições legislativas, medidas de “*outra natureza*”,⁶⁰ devem assegurar o propósito da Convenção que é a proteção da pessoa.

Ao mesmo passo Luiz Flávio Gomes emenda que o positivismo legalista não compreendia *a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário)*⁶¹

É mister, portanto, que o magistrado tenha clara esta visão humanista, muito além da norma prescrita, para bem aplicar os novos preceitos da Lei 12.403/2011, a fim de aprimorar os fundamentos não apenas das decisões de prisão preventiva, mas também com relação às medidas alternativas que entender cabíveis.

4.3.1 Fundamentos para a prisão preventiva

Acerca do exposto, há que se atentar para a boa fundamentação dos requisitos presentes no art. 312 do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; ou assegurar a aplicação da lei penal.

Ressalte-se, entretanto, que não se trata de uma fundamentação isolada, tendo em vista a necessária justificação conjunta acerca da inaplicabilidade das medidas cautelares alternativas à prisão.

Segundo Aury Lopes Jr.⁶² a conversão da prisão em flagrante em preventiva não é automática e a *fundamentação deverá apontar - além do fumus commissi delicti e periculum libertatis - os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art.319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa*. Isto também conforme previsto no art. 282 do CPP.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 723. Apud. SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**. Em publicação.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 75. Apud. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>> Acesso em 05/10/2015.

⁶² LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54.

Contudo, pondera este autor que o *fumus commissi delicti* não constitui o maior problema, em razão do flagrante já demonstrar verossimilhança de autoria e materialidade. Segundo o ele o ponto nevrálgico se instala no *periculum libertatis*, consubstanciado na demonstração da existência de um perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito, ou seja, um dos motivos do art. 312 do CPP.

Mas, mesmo que se tenha uma situação de perigo a ser cautelarmente tutelada, é imprescindível que o juiz analise à luz dos princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, anteriormente explicados, se não existe medida cautelar diversa, que aplicada de forma isolada ou cumulativa se revele adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo.⁶³

Eugênio Pacelli de Oliveira⁶⁴ também destaca que *necessidade* e *adequação* são os referenciais da aplicação das medidas cautelares, perspectivas que se reúnem no princípio da proporcionalidade, o qual proíbe o excesso.

Depreende-se, portanto, que referida proporcionalidade deve levar em conta todas as circunstâncias do caso concreto, para que as medidas alternativas surtam o desejado efeito acautelatório que delas se espera.

Por outro lado, entre os requisitos da decretação da prisão preventiva está o da *Garantia da Ordem Pública*, configurada como cláusula aberta, o que exige extrema responsabilidade jurídica quanto a sua interpretação e aplicação.

Para Gisele de Oliveira et. al. o fundamento deste requisito deve estar amparado em situação concreta, demonstrando-se que o estado de liberdade do agente representa risco considerável para a segurança ou a ordem social, *o que ocorre, por exemplo, quando o agente comanda uma rede ou organização criminosa, quando ele é autor de crimes em série, quando está evidenciada a periculosidade concreta do agente ou conduta por ele praticada*⁶⁵.

Desse modo, independente do requisito que se eleva no conjunto de situações a ensejar a prisão preventiva, é mister que a decisão do magistrado seja devidamente motivada, com o fundamento que demonstre o *periculum libertatis* do estado de liberdade do sujeito passivo.

⁶³ Idem.

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 503.

⁶⁵ OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas** (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 151.

Portanto, na audiência de custódia o juiz não pode se furtar da avaliação humanística, fundada nos princípios garantidores do direito internacional da pessoa humana, pois a ausência de uma consciência crítica da realidade – que se evidencia nos julgados carentes de adequada fundamentação – irá desvirtuar a finalidade desta audiência, dando continuidade à banalização da prisão preventiva.

4.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO COMPARADO

No intuito apresentar uma breve visão geral da audiência de custódia no direito comparado, merece destaque o estudo realizado pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública de São Paulo para subsidiar o PLS 554/2011, já que especificamente dirigido ao tema, dando-se enfoque às jurisdições do Reino Unido, França, Espanha, Portugal, Alemanha, Suécia, África do Sul e Argentina.

Referido estudo concluiu que em todos os casos pesquisados há uma preocupação quanto à razoabilidade do tempo que deve levar entre a prisão de um indivíduo e sua apresentação ao juiz, havendo ênfase, sobretudo, com relação a necessidade de limitação do tempo máximo de custódia antes da apresentação ao juiz.

O estudo revelou que todas as jurisdições investigadas estão de acordo com as jurisprudências dos órgãos internacionais. *Qualquer coisa para além de poucos dias (presumivelmente, quatro), no entanto, normalmente não se justificaria.*⁶⁶

⁶⁶ WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo estudo de direito comparado para subsidiar o PLS 554/2011.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/DIREITO%20COMPARADO%20-%20Prazo%20para%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20preso%20em%20ju%C3%ADzo.pdf>> Acesso em 10/10/2015.

Em que pese nem todas apresentarem clara disposição constitucional, o estudo revelou que todas fazem referência ao respeito à razoabilidade e proporcionalidade.

Em breve apanhado, é possível verificar que são os seguintes os prazos para a apresentação do preso a um juiz:

Reino Unido: Em regra o prazo é de 24 horas, excepcionalmente podendo ser prorrogado uma ou duas vezes por 36 horas, alcançando, no máximo 96 horas (4 dias);

França: Em regra o prazo é de 24 horas, podendo ser estendido para 48 horas a pedido da Promotoria. Em circunstâncias especiais, a detenção alcançar 72 horas, e de 96 a 120 horas (5 dias) para casos com suspeita de terrorismo.

Espanha: O prazo máximo é de 72 horas.

Portugal: O prazo máximo é de 48 horas.

Alemanha: O prazo máximo é de 47 horas e 59 minutos.

Suécia: O prazo máximo é de 48 horas.

África do Sul: O prazo é de 48 horas, salvo se o seu término se der em dia em que não houver expediente forense, quando se prorroga até o próximo dia útil.

Argentina: O prazo máximo é de 06 horas⁶⁷

Neste contexto foi possível ao estudo concluir que a efetividade da audiência de custódia nada mais é do que uma adequação ao que já se aplica há tempos em parte do cenário internacional, independente dos sistemas jurídicos serem similares ao nosso.

José Laurindo de Souza Netto ressalva que

A esse propósito a Corte Internacional de Direitos Humanos tem decidido reiteradamente 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 render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”*⁶⁸ (Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24/06/2005).

E, ainda, que *“o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”*, concluindo que *“o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção”* (Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30/10/2008. No mesmo sentido, cf. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Sentença de 21/11/2007; Caso Garcia Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentença de 25/11/2005; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentença de 22/11/2005).

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**. Em publicação.

Apontamentos esses à prova de que a demanda pela audiência de apresentação do preso ao juiz logo após sua apreensão no Brasil, constitui-se garantia humanitária de longa data cenário do direito internacional.

5 PROJETOS E REALIDADES EM AÇÃO

No início do presente estudo a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro era ainda embrionária, pois havia apenas dois meses que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançara o chamado “projeto-piloto” para esta modalidade de audiência, em 06 de fevereiro de 2015.

Passados quase nove meses (uma gestação) e o projeto virou realidade nos Tribunais de todo o país, fruto de feliz parceria inaugurada entre CNJ, Ministério da Justiça, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), mediante três acordos de cooperação técnica.

Assim, no dia 09 de abril deste ano, foram assinados três acordos para incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia em todo o País⁶⁹.

O primeiro acordo de cooperação técnica prevê uma conjugação de esforços para a implantação da audiência, bem como *apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal*,⁷⁰ com repasse de recursos pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto e para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas.

O segundo acordo pretende a ampliação do *uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação*.

E o terceiro *tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica*.⁷¹

Destarte, a partir dessa estrutura multidisciplinar, uma série de medidas estão sendo tomadas a fim de concretizar o respeito ao direito de audiência de custódia no momento da prisão em flagrante.

⁶⁹ Histórico. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>> Acesso em 30/10/2015.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem.

5.1.1 Estruturas forenses

Por se tratar de experiência nova, a audiência de custódia é um modelo ainda em construção, devendo ser implementada à luz do princípio da razoabilidade, diante da necessidade de tempo e de recursos orçamentários.⁷²

É neste sentido, inclusive, que pairam algumas críticas daqueles que rejeitam a implantação da audiência de custódia, ou seja, justamente no receio de falta de estrutura e de recursos materiais e humanos, mormente diante do abarrotado sistema judiciário.

Nesta linha, há, por exemplo, o argumento – que encontra brecha na própria norma da Convenção, quando diz “...à presença de juiz ou de outra autoridade habilitada a exercer funções judiciais” – de que essa autoridade não precisa ser um magistrado, podendo ser o próprio delegado do inquérito policial.

Importante, contudo, que se entenda que em se tratando de uma Convenção Internacional, não seria razoável que um Estado permitisse realização da audiência de custódia pela autoridade policial, enquanto os demais signatários seguissem a regra desta ser dirigida por magistrado ou outra autoridade imbuída da mesma investidura.

Para Gisele de Oliveira et. al. deve haver lógica e coerência na interpretação, pois não se concebe que a norma jurídica careça de logicidade, [...] é **óbvio que a “outra autoridade habilitada a exercer funções judiciais” necessita ser alguém que ostente as mesmas competências.**⁷³

Outro argumento crítico, de que a audiência exige a movimentação de todo um arcabouço de segurança pública, a gerar gastos com contratação de novos policiais, veículos para deslocamentos dos presos, enfim, todas as medidas necessárias para a garantia da segurança dos magistrados, promotores e demais envolvidos, é rebatido pelos mesmos autores⁷⁴ como sendo uma retórica tradicional no Brasil para justificar todas as práticas administrativas violadoras de recursos humanos. Assim, o fundamento da escassez de recursos está arraigado na cultura nacional, fruto da má gestão dos orçamentos na administração pública, e deve ser

⁷² OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia:** dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 111-112.

⁷³ Ibidem, p. 121.

⁷⁴ Ibidem, p. 125.

combatido, sob pena do Estado passar da posição de garantidor para a de violador dos direitos humanos.

Outrossim, a implantação das audiências que vem sendo feita, até mesmo pela união de esforços entre os diversos órgãos de comando ligados ao Poder Judiciário, prevê repasses e cursos de capacitação para autoridades e demais profissionais envolvidos.

Destarte, o projeto também prevê a estruturação de *centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.*⁷⁵

As audiências de apresentação dos presos já estão sendo realizadas em crescente escala nas principais capitais e em alguns grandes centros, ao que, presume-se, os Tribunais irão gradualmente aprimorar suas infra-estruturas para aprimorar e estender aos fóruns.

Segundo dados do CNJ⁷⁶, ao todo já está implantada em 27 estados da federação (havendo resistência somente por parte do Distrito Federal), tendo iniciado também na Justiça Federal, com primeira audiência na Subseção Judiciária do Paraná, em Foz do Iguaçu.

⁷⁵ **Audiência de custódia.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em 30/10/2015.

⁷⁶ **Agência CNJ de notícias.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80816-audiencia-de-custodia-alia-mudanca-cultural-e-economia-diz-presidente-do-cnj>> Acesso em 01/11/2015.

5.1.2 Resultados

Segundo o presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, um preso custa hoje cerca de R\$ 3 mil mensais para os cofres públicos. O ministro destaca que, desde que o projeto foi implantado, já foram economizados cerca de R\$ 500 milhões.

Se o projeto se desenvolver – e certamente se desenvolverá –, ao cabo de um ano, levando em conta que temos uma média de 50% de liberdades condicionais, nós vamos deixar de prender 120 mil pessoas que não oferecem perigo à sociedade e economizaremos quase R\$ 43 bilhões para os cofres públicos, que poderão ser investidos em saúde, educação, transportes e outros benefícios para a coletividade. Pelos nossos cálculos, também deixaremos de construir 240 presídios em um ano. Ao custo de R\$ 40 milhões por presídio, significa que economizaremos R\$ 9,6 bilhões.⁷⁷

Dados apresentados pelo CNJ evidenciaram que do início das realizações das audiências até 10 de outubro deste ano cerca de 8 mil pessoas deixaram de entrar para o sistema carcerário⁷⁸.

Até 30 de outubro já se chegou ao resultado de que cerca de 50% das pessoas apresentadas em audiência de custódia passaram a responder ao processo criminal em liberdade provisória.

⁷⁷ Idem

⁷⁸ Globo. Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil em presídios. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em 30/10/2015.

6 CONCLUSÃO

A audiência de custódia, cuja implantação no Brasil apresentou grandes evoluções, concomitantemente à elaboração deste estudo, representa o preenchimento de uma lacuna normativa, sedimentada em atender ao importante comando do direito internacional dos direitos humanos, consubstanciado, primordialmente, no artigo 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

O ativismo protagonizado pelo CNJ, em união de esforços com as demais instituições e organizações ligadas ao Poder Judiciário, representa um marco histórico na justiça brasileira a fim de garantir a efetividade de uma série de direitos fundamentais do preso, a exemplo do que já acontece em outros países.

A iniciativa, em menos de um ano de realização, já apresenta resultados positivos, mormente na verificação de queda do número de entrada de presos provisórios no sistema carcerário nacional.

Desta feita, a introdução da audiência de apresentação do preso no Brasil, mais que um cumprimento do Pacto – no sentido de coibir prisões ilegais decorrentes de atos arbitrários, torturas e outras práticas atentatórias ao princípio da dignidade da pessoa humana – é também um instrumento que renova os objetivos da Lei 12.403/2011, que alterou artigos do Código de Processo Penal referentes à prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares alternativas, a favor, portanto, da desobstrução do sistema carcerário hoje em colapso.

A despeito da problemática enfrentada, acerca de se tratar a audiência de custódia como medida de convencionalidade no processo penal brasileiro, foi possível compreender que o conceito de controle de convencionalidade é ainda recente e não totalmente sedimentado nas jurisdições nacionais.

No entanto, a aceitação do referido controle vem aumentando no país, a partir dos argumentos de modernos doutrinadores e aplicação por alguns juristas da suprema corte, sob o entendimento de que em matérias referentes ao direito internacional dos direitos humanos, impõe-se além do controle de constitucionalidade, também o controle de convencionalidade.

Tal medida se infere numa hermenêutica pluralista, que conjuga normas, preceitos constitucionais e elementos de proteção internacional dos direitos humanos, o que aplicado na jurisdição constitucional se evidencia como instrumento potencializador dos direitos humanos.

Ao romper a barreira entre o juiz e o preso, a audiência de custódia permite uma atuação jurisdicional humanizada, pois aproxima o juiz da realidade. Ao visualizar as condições da prisão o magistrado tem maior segurança para se decidir pela decretação ou não da prisão preventiva.

A conclusão a que se chega é a de que o controle de convencionalidade das leis se dá pela via da jurisdição, e nesse contexto, a audiência de custódia é um instrumento que permite que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais.

Por fim, a partir da interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais em audiências de custódia, é possível desconstituir a banalização das prisões preventivas, até então verificada, pois, sob o prisma dos direitos humanos, a audiência de apresentação do preso se opera como ferramenta de transformação social, efetivando a proteção prevista nas Convenções Internacionais e promovendo garantias mínimas de dignidade aos indivíduos sujeitos à custódia.

REFERÊNCIAS

ADI nº 5.240. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 20/10/2015.

ADPF nº 347. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 20/10/2015.

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária no Brasil.** Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em 12/09/2015.

_____. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80816-audiencia-de-custodia-alia-mudanca-cultural-e-economia-diz-presidente-do-cnj>> Acesso em 01/11/2015.

Audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em 30/10/2015.

Carta das Nações Unidas. São Francisco: 1945. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf> Acesso em 20/08/2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal** (recurso eletrônico). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BELLI, Benoni. **Resenhas.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v42n2/v42n2a15.pdf>>

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 17/04/2015

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva. Colaboração: de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 597-598.

BRASIL. **Habeas Corpus 96.772 de 09 de junho de 2009.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162313&base=baseAcordaos>> Acesso em 26/10/2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 18ª Ed. São Paulo: Malheiros.

Convenção americana sobre direitos humanos. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 16/08/2015.

Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 17/07/2015.

Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 17/07/2015.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Globo. **Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil em presídios.** Disponível em:

<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em 30/10/2015.

Habeas Corpus crime nº 1.358.323-2. Disponível em:

<https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf/56127d1e-5140-4920-9fa7-ee259373a015> Acesso em 13/08/2015.

Histórico. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>> Acesso em 30/10/2015.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

____ **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>> Acesso em 05/10/2015.

MICHAELIS. **Dicionário de português online.** Disponível em

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=processo>. Acesso em 20/07/2015.

Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Brasília: 2014. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> Acesso em 12/09/2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et.al. **Audiência de custódia:** dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PIMENTA, Victor Martins, SILVA, Fábio de Sá e. **Alternativas à prisão.** Brasília: 2014, Edição 82 Disponível em

<http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3114&catid=29&Itemid=34>, acesso em 10/08/2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Projeto de lei do senado nº 554 de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em 21/10/2015.

Seminário o sistema de encarceramento provisório e a implantação de audiências de custódia no paraná, Curitiba: OAB-PR, 2015.

Seminário o sistema de encarceramento provisório e a implantação de audiências de custódia no paraná, Curitiba: OAB-PR, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**. Em publicação.

_____. **A jurisdição constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos**. RIDB, Ano 3, nº 2: 2014. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_02_01535_01558.pdf, acesso em 17/04/2015.

WEIS, Carlos. FRAGOSO, Nathalie. **Apresentação do preso em juízo estudo de direito comparado para subsidiar o PLS 554/2011**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/DIREITO%20COMPARADO%20-%20Prazo%20para%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20preso%20em%20ju%C3%ADzo.pdf>> Acesso em 10/10/2015.