



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação da Audiência de Custódia, prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como Meio Para Efetivação da Proteção dos Direitos Fundamentais

Karina Correa Bargiona

Rio de Janeiro
2015

KARINA CORREA BARGIONA

Aplicação da Audiência de Custódia, prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como Meio Para Efetivação da Proteção dos Direitos Fundamentais

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PREVISTA NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Karina Correa Bargiona

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla no rol de direitos fundamentais, a liberdade. Igualmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê como direito humano de todo indivíduo, a sua liberdade. As mudanças na estrutura da sociedade e no ordenamento jurídico pátrio devem se adaptar às novas realidades apresentadas dentro do sistema carcerário brasileiro. É perceptível a superlotação do sistema carcerário brasileiro, seu aumento ao longo dos anos e a necessidade de uma solução constante e em respeito ao ordenamento jurídico pátrio, assegurando ao indivíduo a proteção de seus direitos fundamentais e principalmente a proteção e prevenção contra a tortura. A essência do trabalho é abordar a aplicação da audiência de custódia, inserida na Convenção Americana de Direitos Humanos, e, conseqüentemente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando a efetivação do princípio fundamental da não tortura, prevenindo, portanto a prisão desnecessária.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Audiência de Custódia. ADI 5240. PL 554. ADPF 347. Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Tortura.

Sumário: Introdução. 1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Prevenção da Tortura. 2. Audiência de Custódia e a ADI 5240. 3. Correlação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Audiência de Custódia e a Efetivação da Proteção De Direitos Fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata da aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente a aplicação da audiência de custódia nele prevista, como meio para efetivar o direito fundamental da não tortura, bem como para efetivar o direito à prevenção de prisão desnecessária.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a possibilitar a discussão da necessidade da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e na atualidade carcerária brasileira, apresentando também, o modelo implementado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o direito fundamental de ninguém ser torturado, bem como não ser mantido preso, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, a atual panorama carcerário brasileiro é exatamente o oposto, sendo imperiosa a necessidade da implementação da audiência de custódia no Código de Processo Penal, de forma que deva ser observada por todos os magistrados.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, porém merece análise cuidadosa, uma vez que trata-se de um direito fundamental previsto na CRFB/88 e em um tratado internacional sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua repercussão na prevenção da tortura, sob a perspectiva de dentro do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando as alterações legislativas feitas neste sentido.

No segundo capítulo, segue-se ponderando acerca da audiência de custódia, prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como acerca da ADI nº 5240 e do Projeto de Lei nº 554 de 2011, em trâmite no Senado Federal, que pretende regulamentá-la,

demonstrando, também, a implementação da aludida audiência nos Tribunais de Justiça do país, inclusive o pioneirismo do Estado de São Paulo.

O terceiro e último capítulo, será destinado a analisar a correlação entre a observância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da audiência de custódia como um meio efetivo para proteção de direitos fundamentais, abordando, inclusive, a ADPF nº 347, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A PREVENÇÃO DA TORTURA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada como um grande avanço e como um marco histórico no reconhecimento de obrigações internacionais no que concerne aos direitos humanos.

Tal avanço se deve ao parágrafo 2º do artigo 5º da CRFB/88 que determina: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”¹

Dessa forma, o Estado Brasileiro reconhece que os direitos e garantias previstos em tratados internacionais dos quais seja signatário não de ser reconhecidos e jamais excluídos, de forma aqueles direitos e garantias previstos nos tratados internacionais somam-se aos já previstos na CRFB/88, possuindo, portanto, status de direito fundamental.

Ainda, na CRFB/88 em seu artigo 5º, incisos III, XLIII e XLVII, a tortura é considerada crime inafiançável, constituindo um direito fundamental do ser humano de não ser torturado, sendo ainda, proibidas penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos e cruéis.

Na ordem internacional, o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Protocolo Facultativo), pelo Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991.²

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, teve seu nascedouro no Sistema Regional Interamericano de proteção

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

² BRASIL. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

dos direitos humanos, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.³

Em seu artigo 5º, alínea 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos há disposição expressa da proibição da tortura: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos, ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”⁴

Por fim, o Brasil editou a Lei nº 9.455/1977⁵ que tipifica penalmente a tortura, estabelecendo sanções severas para aqueles que a praticarem.

No entanto, a despeito da existência de várias normas internas editadas e internacionais ratificadas, o Brasil é, ainda hoje, destaque no que diz respeito a não prevenção da tortura, existindo lacunas entre as normas e a sua aplicação prática.

Assim, segundo o relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁶, realizada no ano de 2012, verificou-se que a legislação nacional é amplamente ignorada, sendo essa a razão pela qual ainda existe grande número de denúncias e casos de tortura no Brasil.

Ademais, foi verificado durante as entrevistas realizadas pelo Subcomitê⁷ que muitos detentos não haviam sido informados devidamente acerca de seus direitos no momento de sua prisão, direito este fundamental contra a prisão arbitrária e contra a tortura.

Igualmente, foi verificada a existência de pessoas detidas por longos períodos em delegacias, em casos em que já havia sentença, tendo sido recomendado pelo Subcomitê⁸ que

³ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁴ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁵ BRASIL. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁶ BRASIL. Relatório Visita ao Brasil Subcomitê de Prevenção à Tortura. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁷ Ibidem. p. 16.

o uso de delegacias para detenção de pessoas por período prolongado é inapropriado e sujeita o detento à superlotação em celas, e o conseqüente tratamento desumano.

Segundo o Subcomitê⁹, os juízes, que deveriam sempre permanecer vigilantes quanto a quaisquer sinais de torturas ou de maus-tratos, devendo corrigir tais situações, raramente faziam perguntas aos detentos acerca do tratamento recebido durante a fase de investigação.

Sendo assim, foi recomendado pelo Subcomitê que os juízes fossem obrigados por lei a consultar todos os detidos acerca do tratamento recebido ao longo da investigação, de modo que devem registrar por escrito qualquer alegação de tortura e determinar imediatamente a realização de exame médico forense.

O Subcomitê¹⁰ recomendou, ainda, que os juízes não aceitem confissões, mormente se houver motivo razoável para acreditar que tenha esta sido obtida por meio de tortura, devendo, neste caso, ser notificado imediatamente a Polícia e/ou o Ministério Público a fim de iniciar investigação acerca da tortura noticiada.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, editou em 01 de abril de 2014 a Recomendação nº 49¹¹, fundamentada em tratados internacionais no combate direto ou indireto à tortura, na qual foi recomendado aos Tribunais que observem as diretrizes e normas do Protocolo de Istambul da ONU¹² – conjunto de diretrizes internacionais para avaliação de pessoas que alegam tortura e maus-tratos –, de forma que comuniquem as conclusões ao poder judicial e a qualquer outro órgão de investigação.

Além disso, a recomendação do Conselho Nacional de Justiça direciona-se também aos magistrados que receberem notícias concretas ou fundadas da prática de tortura, a fim de

⁸ Ibidem. p. 17.

⁹ Ibidem. p. 9.

¹⁰ Ibidem. p. 10.

¹¹ BRASIL. Recomendação n. 49 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_49_01042014_03042014155230.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

¹² ONU. Protocolo de Istambul. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/FP_8.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

que formulem quesitos ao perito médico-legista ou a outro perito criminal para terem a certeza se há caracterização de tortura física, psíquica ou de execução sumária.

A recomendação do Conselho Nacional de Justiça teve como objetivo preencher a lacuna existente, conforme o Relatório do Subcomitê de 2012, consistente no desrespeito à legislação nacional e internacional existentes.

Portanto, verifica-se que existe legislação interna e internacional suficientes e adequadas para a prevenção da tortura no Brasil, sendo necessária a sua aplicação prática como forma de efetivar o direito fundamental, previsto na CRFB/88, que todo ser humano possui de não ser torturado.

Ademais, não ser torturado constitui um verdadeiro viés do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é valor supremo na ordem jurídica internacional, e deve orientar o constitucionalismo contemporâneo.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A ADI 5240

A audiência de custódia encontra-se prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 7º, alínea 5¹³, bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 9º, alínea 3¹⁴, sendo ambas as normas internacionais ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1992.

Segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁵, a audiência de custódia se perfaz no momento da prisão, devendo o preso ser remetido de forma imediata à presença do juiz ou outra autoridade responsável, tendo est o direito a ser remetido a um julgamento em

¹³ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, op. cit., nota n. 3.

¹⁴ BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 02 set. 2015.

¹⁵ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, op. cit. 3.

um período razoável ou então posto em liberdade, sem prejuízo da continuação do processo, sendo necessário, em certos casos, o comparecimento em juízo.

Redação semelhante possui o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos¹⁶ acerca da audiência de custódia:

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.

Portanto, a denominada audiência de custódia pode ser definida como aquela em que o preso deve ser apresentado à presença do juiz, sem demora, sendo um direito fundamental do preso.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004¹⁷ acrescentou ao artigo 5º da CRFB o parágrafo 3º, determinando que os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Contudo, os referidos tratados internacionais foram ratificados pelo Brasil em 1992, antes, portanto, da edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Assim, havia na doutrina e na jurisprudência a controvérsia acerca do status dos tratados internacionais que versassem sobre matéria relacionada a direitos humanos ratificados anteriormente à edição desta emenda.

De fato, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ainda que tratem sobre direito humanos, não podem ser comparados às normas constitucionais. Por outro lado, tal emenda à CRFB/88 teve

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, op. cit., nota n. 14.

¹⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 54, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

o intuito de ressaltar o caráter peculiar dos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação aos demais tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal assentou o posicionamento de que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a direitos humanos possuem caráter infraconstitucional e supralegal. Destaca-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP¹⁸:

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade “A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central” [CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2003, p. 515].

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o Brasil vive um Estado Constitucional Cooperativo, que representa um Estado Constitucional que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais, no qual possui extrema importância o papel dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou em seu voto a premente necessidade de efetivar a proteção dos direitos humanos no plano interno e internacional objetivando que o Brasil adote uma postura mais adequada às realidades emergentes voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Além de concluir que, a ratificação pelo Brasil de tratados internacionais sobre direitos humanos diante do seu caráter especial, culminou em

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343-1/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com aquela conflitante.

Sendo assim, a previsão da audiência de custódia em tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil desde o ano de 1992, que possuem hierarquia supralegal, bem como através de uma interpretação teleológica de todo o ordenamento jurídico brasileiro – a CRFB/88 que consagra a regra e o direito fundamental de ninguém ser preso, exceto após o devido processo legal – verifica-se que a aludida audiência busca a máxima efetividade do direito fundamental de todos de não serem presos ilegalmente e desnecessariamente.

Neste viés de conferir máxima efetividade ao direito fundamental de todo cidadão de não ser arbitrariamente preso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento Conjunto nº 03¹⁹, na qual disciplinou o procedimento a ser seguido na condução da audiência de custódia.

Contra o Provimento Conjunto nº 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁰ pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil sob a alegação de violação aos artigos 5º, II e 22, I da CRFB/88.

Sustentou a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil que o referido Provimento Conjunto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possuía vício material, uma vez que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão devido à lei, bem como padecia de vício formal, por ser da competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

¹⁹ BRASIL. Provimento Conjunto n. 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5240&processo=5240>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 set. 2015.

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento em 20 de agosto de 2015, julgou improcedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, que entendia que a ação deveria ser extinta e julgava procedente o mérito.

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através da relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou o entendimento de que o aludido provimento editado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não trouxe qualquer inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, mas tão somente disciplinou o procedimento com as normas já vigentes, referindo-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos ratificados em 1992.

Dessa forma, o referido provimento teve como finalidade a aplicação da norma de direito fundamental sobre direitos humanos, posto que a despeito de não possuir aplicabilidade imediata, há a necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Ressaltou o Ministro Luiz Fux que o referido provimento foi ato de autogestão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ainda, segundo o Ministro Luiz Fux, a audiência de custódia deveria ser denominada de ‘audiência de apresentação’, aludindo ao fato de que a pessoa detida deve ser imediatamente apresentada ao juiz, para que então seja decidida sobre a manutenção ou não da prisão.

Neste sentido, a regulamentação da audiência de custódia ou da audiência de apresentação, se revela um poder-dever do Poder Judiciário como forma de conferir aplicação imediata às normas de direitos fundamentais.

Tendo em vista a relevância que a audiência de custódia obteve face ao grande número de presos provisórios no Brasil, outros Estados da Federação estão implementando-a através do Projeto Audiência de Custódia²¹ do Conselho Nacional de Justiça.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjssp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 02 set. 2015.

O Projeto Audiência de Custódia foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e com o Ministério da Justiça, e consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar dentro dos Tribunais de Justiça para que possam receber presos em flagrante, para uma primeira análise acerca do cabimento e da necessidade da manutenção da prisão ou da imposição de medidas alternativas à prisão, em até 24 (vinte e quatro) horas ser apresentado e entrevistado pelo Juiz, bem como ouvir o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o advogado. O Juiz poderá, nesta oportunidade, avaliar a ocorrência de eventual tortura, maus-tratos ou outras irregularidades.

No Estado do Espírito Santo, após um mês de funcionamento do Projeto Audiência de Custódia, verificou-se que do total de 505 autos de prisão em flagrante, 317 pessoas foram liberadas após a audiência de custódia, ou seja, houve redução em 50,63%²² do número de presos provisórios.

Enquanto que nos Estados de São Paulo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Paraná e Amazona, em que já implementadas as audiências de custódia, a redução do número de presos provisórios foi reduzida em cerca de 40% a 50%²³.

A audiência de custódia é também objeto do Projeto de Lei nº 554 de 2011²⁴ no Senado Federal, que visa a alterar a redação do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal²⁵ para dispor o seguinte:

§1º 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 oitavas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79751-audiencias-de-custodia-no-es-reduzem-em-50-o-numero-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80086-audiencias-de-custodia-sao-implantadas-em-to-pelo-presidente-do-cnj>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁴ SENADO FERAL. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

No Estado do Rio de Janeiro, a audiência de custódia é disciplinada pela Resolução TJ/OE/RJ nº 29 de 2015. Na resolução, não foi estabelecido prazo para a apresentação do preso, além de possibilitar a dispensa da aludida audiência em razão das condições pessoais do preso, sendo facultada a presença do membro do Ministério Público e do defensor do preso.

Merece destaque o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pela iniciativa em disciplinar a audiência de custódia. Contudo, verificam-se aspectos preocupantes na resolução.

Um dos aspectos preocupantes é a ausência de previsão expressa de prazo para apresentação do preso. Ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos disponha que o preso deva ser apresentado “sem demora” ao Juiz, fazendo-se uma comparação com outros Estados da federação que adotaram o prazo de 48 horas, percebe-se a possibilidade de discricionariedade do juiz para a manutenção cautelar do preso, em contradição com o ordenamento jurídico brasileiro, no qual vige o princípio de que ninguém será preso senão após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Outro aspecto preocupante consiste na previsão da possibilidade de dispensa da audiência de custódia. Gustavo Henrique Badaró²⁶ sustenta que a obrigatoriedade desta audiência reside na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de modo que as condições pessoais do preso podem justificar uma possível demora na realização desta, mas jamais dar ensejo a sua não realização.

Badaró²⁷ ainda se posiciona acerca da faculdade da presença do membro do Ministério Público e do defensor do preso, sustentando que a presença deste é fundamental para assegurar o respeito aos direitos do preso, como, por exemplo, o direito de permanecer calado,

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-tj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 16 set. 2015.

²⁷ *Ibidem*.

bem como a presença daquele é essencial, eis que não pode o Juiz de ofício decretar medidas cautelares na fase de investigação. Por fim, ressalta a obrigatoriedade da presença de ambos, membro do Ministério Público e do defensor do preso, previsto expressamente na CIDH.

No entanto, cumpre registrar alguns poucos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que determinaram a realização da audiência de custódia.

Contudo, o Projeto de Lei nº 554 de 2011 ainda encontra-se pendente de aprovação. Assim, não pode a pessoa presa em flagrante depender de norma futura para ter resguardado um direito fundamental já incorporado no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1992, que determina, expressamente, a apresentação pessoal do preso, sem demora, perante a autoridade judiciária.

3. CORRELAÇÃO ENTRE A OBSERVÂNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça²⁸, o Brasil é o terceiro país com a maior população carcerária no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e China. O total de presos registrado pelo Conselho Nacional de Justiça em Maio de 2014 foi de aproximadamente 567 mil pessoas, desconsiderando aquelas cumprindo pena domiciliar, ou em regime aberto, ou semiaberto, ou não cumprindo pena por falta de vagas.

Dados do Conselho Nacional de Justiça ainda revelam o aumento do déficit de vagas nas penitenciárias brasileiras, cerca de 358 mil vagas. Assim, segundo ressaltou Guilherme Calmon²⁹, supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema

²⁸ OLIVEIRA, Mariana. *Total de pessoas presas no Brasil sobe para 715 mil*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/06/total-de-pessoas-presas-no-brasil-sobe-para-715-mil-diz-cnj.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

²⁹ Ibidem.

Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, “se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão (373.991), a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas”. Embora alarmantes os registros realizados pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do número de encarcerados no Brasil, é possível constatar que não há redução nos índices de violência³⁰.

Nesse sentido, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental³¹ (ADPF nº 347), em que pede providências para a crise prisional vivida pelo Brasil, devendo ser reconhecida a violação a direitos fundamentais da população carcerária e determinada a adoção de providências no tratamento da questão prisional no país.

Na ADPF nº 347, o Relator Ministro Marco Aurélio destacou o fato de que o Supremo Tribunal Federal tem o papel de retirar as autoridades públicas do estado de inércia, de forma a provocar a realização de novas políticas públicas, aumentando a deliberação política e social acerca da matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas.

Assim, para o Ministro Marco Aurélio, o déficit prisional evidenciar a superlotação, “que pode ser a origem de todos os males”. Isto é, a superlotação sujeita o preso a condições de torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de água potável, comida imprestável, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, além de deixa-lo suscetível ao domínio de organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas impostas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Por fim, segundo o Ministro, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais

³⁰ Debate na Emerj, 2015, Rio de Janeiro. Audiência de Custódia. Rio de Janeiro: Emerj, 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23004>>. Acesso em: 16 set. 2015.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&rcurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 16 set. 2015.

no tocante à dignidade, ou seja, “o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente medida cautelar³² na ADPF nº 347, reconhecendo a violação a preceitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, e proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) e determinou aos juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia a fim de viabilizar a apresentação do preso à autoridade judiciária, no prazo de até 24 horas do momento da prisão.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu o voto do Ministro Relator e reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”³³, medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia em 1997, o qual possui três pressupostos³⁴: constatação de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais a afetar amplo número de pessoas; ausência de estrutura estatal que tende a agravar a situação e; necessidade de mudanças estruturais e de novas políticas públicas a fim de superar as violações aos direitos fundamentais.

Exatamente nesse sentido que o Ministro Ricardo Lewandowski posicionou-se acerca da crise prisional brasileira, sustentando que a permanente violação a direitos fundamentais enseja a intervenção do Poder Judiciário diante da incapacidade legislativa e administrativa em resolver o problema, ou sequer amenizá-lo.

Segundo Daniel Sarmiento³⁵, em sua sustentação oral na ADPF nº 347, há a necessidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer, através de decisão vinculante, a obrigatoriedade das audiências de custódia, ressaltando que existe a possibilidade de anulação dos processos judiciais nos quais esta não foi aplicada.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 28 nov. 2015.

³⁵ GRILLO, Breno. *Estado de Coisas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/veja-sustentacao-oral-daniel-sarmiento-sistema-carcerario-stf?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 16 set. 2015.

Possuem o mesmo entendimento Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa³⁶:

Podemos, assim, dizer que desde a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento brasileiro, ausente audiência de custódia (artigo 7º, 5), todas as prisões são ilegais, conforme decidiu recentemente, em Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública do RJ (defensor Eduardo Newton), o Desembargador Luiz Noronha Dantas (Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000, Julgamento: 25/01/2015, Sexta Câmara Criminal).

Neste contexto, cumpre ressaltar que a realização da audiência de custódia não tem como objetivo, e sequer foi idealizada, com o intuito de relaxar todo e qualquer tipo de prisão, mas sim tem como essência a proteção do direito humano e fundamental que toda pessoa possui de ter resguardada sua liberdade pessoal.

Assim, a audiência de custódia é medida necessária, útil e vantajosa para o ordenamento jurídico, pois diminui o número de presos provisórios, controlando a superlotação carcerária, esta que culmina na colocação de réus primários ao lado de réus pertencentes a organizações criminosas.

Portanto, ainda que a audiência de custódia tenha obtido êxito em vários Estados da federação, cabe ressaltar que não se deve banalizar o instituto. Isso porque a audiência deve ser tratada como meio para efetivação da proteção do direito fundamental do preso (evitar ocorrência de torturas e maus-tratos). Logo, se após o contato com o juiz for verificada a legalidade da prisão, não sendo hipótese de relaxamento e, se requerida prisão preventiva ou aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão pelo Ministério Público, e ouvido o defensor, deverá o juiz decidir fundamentadamente, pela decretação da prisão preventiva ou pela aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 16 set. 2015.

CONCLUSÃO

A audiência de custódia assumiu importante destaque na sociedade jurídica nos últimos anos devido a sua forma de prevenir a prática de tortura de presos, e devido ao sucesso no relaxamento de prisões desnecessárias, além do arbitramento de fianças ou outras medidas cautelares diversas da prisão.

Ainda que prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, e ratificada pelo Brasil desde o ano de 1992, a audiência de custódia passou a ser noticiada devido à ação do Conselho Nacional de Justiça e ao pioneirismo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro Tribunal de Justiça do Brasil a regulamentá-la no ano de 2015.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se acerca da legitimidade do Tribunal de Justiça de São Paulo em regulamentar a audiência de custódia, ponderando que esta possui fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo inovação. Isso porque considerou o Supremo Tribunal de Justiça que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos, a despeito de possuírem hierarquia supralegal aqueles ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, possuem caráter especial em razão da máxima efetividade do direito fundamental.

Dessa forma, o conteúdo dos tratados internacionais sobre direitos humanos não constituem inovações no ordenamento jurídico brasileiro, mas a extensão da proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional.

Todavia, a audiência de custódia vem sendo muito criticada como uma forma do preso ser solto após a prática do delito. Porém, esta não é sua finalidade, que consiste, na verdade, em um meio para evitar a prática de torturas de presos e de prisões ilegais e desnecessárias.

Desta forma, conclui-se que com a implantação da audiência de custódia nos Estados através da campanha do Conselho Nacional de Justiça, as consequências serão: a máxima

efetividade aos direitos fundamentais previstos na CRFB/88; a prevenção à tortura; a redução de prisões ilegais ou desnecessárias e; a diminuição da população carcerária, tirando o Brasil do ranking de países com mais números de custodiados.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 02 set. 2015.

_____. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Emenda Constitucional n. 54, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Provimento Conjunto n. 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5240&processo=5240>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Recomendação n. 49 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_49_01042014_03042014155230.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Relatório Visita ao Brasil Subcomitê de Prevenção a Tortura. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wpcontent/uploads/2014/08/PM_relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5240/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 16 set. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 28 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tj-sp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79751-audiencias-de-custodia-no-es-reduzem-em-50-o-numero-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80086-audiencias-de-custodia-sao-implantadas-em-to-pelo-presidente-do-cnj>>. Acesso em: 02 set. 2015.

Debate na Emerj, 2015, Rio de Janeiro. Audiência de Custódia. Rio de Janeiro: Emerj, 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23004>>. Acesso em: 16 set. 2015.

GRILLO, Breno. Estado de Coisas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/veja-sustentacao-oral-daniel-sarmento-sistema-carcerariostf?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 16 set. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 16 set. 2015.

OLIVEIRA, Mariana. Total de pessoas presas no Brasil sobe para 715 mil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/06/total-de-pessoas-presas-no-brasil-sobe-para-715-mil-diz-cnj.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

ONU. Protocolo de Istambul. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/FP_8.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 02 set. 2015.