



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Audiência de custódia na prisão em flagrante: possibilidade de aplicação imediata?

Paula do Amaral Ferraz Rodrigues

Rio de Janeiro
2015

PAULA DO AMARAL FERRAZ RODRIGUES

Audiência de custódia na prisão em flagrante: possibilidade de aplicação imediata?

Artigo Científico 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

Rafael Mario Iorio Filho

Audiência de custódia na prisão em flagrante: possibilidade de aplicação imediata?

Paula do Amaral Ferraz Rodrigues

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O objetivo do trabalho é demonstrar a efetividade da implantação da audiência de custódia, mediante a aplicabilidade dos Decretos 678 e 592, ambos ratificados pelo Brasil em 1992, cujo indivíduo apreendido deverá ter o contato com o juiz, no prazo de 24h após a prisão em flagrante, com o objetivo precípua de garantia do controle judicial das prisões provisórias, mediante a análise da legalidade, necessidade e adequação da continuidade da prisão, bem como a concessão da liberdade ou a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. A essência do trabalho é demonstrar que, com a implantação da audiência de custódia, além proporcionar ao preso em flagrante um primeiro contato com o juiz, haverá uma grande redução do número de presos preventivos, razão pela qual o Estado deixará de gastar milhões na manutenção destes apenados, possibilitando investir em outras áreas deficientes de políticas públicas, tais como a saúde e educação.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prisão provisória. Audiência de Custódia.

Sumário: Introdução. 1. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. 2. Requisitos da Prisão Cautelar. 3. Efetividade da Audiência de Custódia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo debater o tema acerca da obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, a qual está prevista, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, respectivamente introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pelos Decretos 592/92 e 678/92, mas não, no Código de Processo Penal.

O tema central da discussão surgiu diante da inédita decisão no *Habeas Corpus* n. 0064910-46.2014.8.19.0000 de relatoria do Desembargador Luiz Noronha Dantas, da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 25 de janeiro de 2015, uma vez que foi determinada a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente,

que havia sido preso por tráfico ilícito de entorpecentes, sob o argumento da não realização da audiência de custódia, em consonância com o artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), à qual o Brasil se vinculou em 1992, bem como ao artigo 9, número 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Decreto 592/92.

De outro lado, há o Projeto de Lei do Senado Federal n. 554/2011, que propõe alterar o artigo 306, §1º do Código de Processo Penal, que trata da audiência de custódia, sendo que o Conselho Nacional de Justiça propôs um substitutivo em que amplia o projeto, entendendo que a audiência de custódia reduzirá o número de presos que teve o seu flagrante convertido em prisão provisória.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a forma como os tratados internacionais entram no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo tem por objetivo apresentar a efetividade quanto à aplicação dos Tratados Internacionais que versem sobre a audiência de custódia, e vigente no ordenamento jurídico desde 1992 quando o Brasil aderiu a eles, uma vez que havendo o primeiro contato com o Magistrado após 24h da prisão em flagrante, será possível analisar primeiramente a legalidade e necessidade da prisão ou aplicar outras medidas cautelares, bem como, analisar a ocorrência de maus tratos ou tortura.

O terceiro capítulo destina-se a analisar os requisitos da prisão cautelar e, conseqüentemente, demonstrar que mediante a realização da audiência de custódia, tais requisitos, que muitas vezes são analisadas no curso da instrução processual, poderão ser analisados rapidamente após 24h da prisão em flagrante.

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

1. DE QUE FORMA OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS ENTRAM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi adotada no âmbito da Convenção dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, e entrou em vigor internacionalmente no dia 18 de julho de 1978, sendo que o Brasil a ratificou em 25.09.1992 através da Carta de Adesão a esta Convenção e, através do Decreto n. 678, entrou em vigor na data de sua publicação, 6 de novembro de 1992. Também no ano de 1992, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem quaisquer reservas, através do Decreto n. 592, de 06.07.92.

Com relação à inserção do Pacto no ordenamento jurídico brasileiro, afirma o professor brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade¹, Juiz e ex- Presidente da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, que:

[...] se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo e ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais nele garantidos, consoante art. 5 (2) e 5 (I) da Constituição de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. [...]

Assim, por força do que dispõe o art. 5, § 1º, da CRFB/88, é assegurada a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, cujo Pacto de São José da Costa Rica tem por objeto direitos e garantias, razão pela qual conclui-se que as suas normas demandam aplicação imediata.²

No que tange aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, é necessário dizer que a EC n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5, CRFB/88,³ utiliza a

¹ ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Brasília, vol. 46, n. 182, p. 27-54, jul/dez/93.

² CUNHA, José Sebastião Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 50.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

expressão “equivalente” pelo fato de que não há poder constituinte fora do Estado. Além disso, direitos humanos não podem ser emendados, por serem cláusulas pétreas, podendo sim ser ampliados.

Ressalte-se que foi a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP⁴, (Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.12.2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009, com repercussão geral) o qual resolveu acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O voto que prevaleceu foi o do Ministro Gilmar Mendes o qual afirma o status supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, estando numa situação intermediária entre a norma constitucional e a legal. Como não possuem o status constitucional, não podem alterar a Constituição, uma vez que a finalidade é tornar inaplicáveis as normas legais com eles conflitantes.

Assim, é a expressão “efeito paralisante” adotada pelo Min. Gilmar Mendes, o qual alega que pelo fato de haver o caráter especial dado aos tratados internacionais sobre direitos humanos, ocorrerá a paralisação da eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Logo, se os dois Pactos acima citados, considerados “equivalentes” à emenda constitucional (§3º, art. 5, CRFB/88) possuem previsão expressa da audiência de custódia, sendo um direito subjetivo e fundamental do preso, este direito individual petrificado, conforme art. 60, §4º, IV, CRFB/88, deve ser interpretado de forma ampla a fim de englobar todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais de maneira estrita.⁵

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 04 set. 2015.

⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Processo penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184.

Saliente-se que Valério Mazzuoli⁶ sustenta o status constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 5, § 2º, CRFB/88, razão pela qual a Convenção Americana de Direitos Humanos seria um paradigma de controle da produção e aplicação normativa.

Logo, com relação à audiência de custódia, o controle de convencionalidade se aplica a fim de que as leis ordinárias, mais especificamente o CPP, se adequem e cumpram as garantias delimitadas nos dois pactos acima mencionados.

Vale ressaltar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, de acordo com o §1º, art. 5, CRFB/88, as quais estão incluídas no rol das cláusulas pétreas, impedindo a supressão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do Poder Constituinte Derivado.⁷

Assim, diante da aplicação das normas do Código de Processo Penal, os Magistrados deverão observar não só a conformidade das normas infraconstitucionais com a CRFB/88 mas também, a convencionalidade da lei a ser aplicada, ou seja, deverá ser observada se norma legal está em conformidade com a Convenção Americana sobre Direito Humanos, bem como ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, pelo fato de a Constituição não ser o único parâmetro de controle das leis ordinárias.

⁶ “No nosso entender, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (por não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação. A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio - hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais - da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 89, n. 889, nov. 2009, p. 109)

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 79.

2. OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, OBRIGATORIAMENTE, DEVERIAM APLICAR OS DECRETOS N. 592/92 E 678/92, QUE SÃO MAIS GARANTIDORES QUE O CPP, SEM A NECESSIDADE DE UMA LEI ESPECÍFICA?

A audiência de custódia significa que dentro de 24 horas da ocorrência do flagrante, o juiz entrevista o preso e ouça as manifestações do seu advogado ou da Defensoria Pública, além do Ministério Público. O objetivo do contato com o Magistrado nesse primeiro momento é analisar a legalidade e necessidade da prisão, podendo relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos contidos no art. 321, 312, ambos do CPP e também 282, I e II, CPP caso haja necessidade e adequação ou conceder a liberdade provisória com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, requisitos estes contidos no art. 310 do CPP. Também poderá avaliar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos.

O projeto piloto de implantação das audiências de custódia ocorreu em São Paulo, por meio do Provimento Conjunto n. 3/2015, cujo início se deu em 24 de fevereiro de 2015, que contou com o apoio do Conselho Nacional de Justiça, TJ/SP e Ministério da Justiça, com o objetivo de cumprir o que consta expressamente nos tratados internacionais em que o Brasil comprometeu-se a impedir a demora na análise da situação de presos. Inclui também a criação de centrais de penas alternativas, de monitoramento eletrônico, de serviços e assistência social e de Câmaras de mediação penal.

Ademais, o projeto possui resistência de muitos Magistrados, do Ministério Público Estadual e dos Delegados de Polícia, tanto é que foi ajuizada uma ADI 5240 em fevereiro de 2015, pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, que tem como relator o Ministro Luiz Fux, sob o argumento de que a audiência de custódia é uma inovação jurídica, possuindo uma inconstitucionalidade direta, material e formal, uma vez que necessariamente deve estar prevista no Código de Processo Penal pois tal matéria é competência legislativa do Congresso Nacional, e também, que a audiência de custódia repercute nos interesses

institucionais dos Delegados de Polícia, cujas atribuições são determinadas pela CRFB/88 no artigo 144, § § 4º e 6º.

Assim, no dia 20 de agosto de 2015, o Pleno do STF, por maioria, e nos termos do voto do Relator Ministro Luiz Fux, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, cuja publicação ocorreu em 01 de setembro de 2015⁸.

De acordo com a matéria veiculada no site Consultor Jurídico, do dia 24 de março de 2015⁹, um mês após a implantação das audiências de custódia em São Paulo, foram atendidos ao menos 428 presos em flagrante no período e soltaram 40% desse total. Tais dados incluem os atendimentos até o dia 23 de março de 2015.

Tais iniciativas são pontuais e regionalizadas, no entanto, do ponto de vista legislativo, há um Projeto de Lei no Senado Federal n. 554/2011, com um substitutivo do CNJ, que propõe alterar o §1º do artigo 306, do Código de Processo Penal, para incorporar a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa ao juiz, no prazo de 24 horas, em audiência de custódia, *verbis*:

Art306.....

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e 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.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em: 16 set. 2015.

⁹ Audiências de custódia libertam 40% dos presos em flagrante em um mês. *Revista Consultor Jurídico*, 24 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes_>. Acesso em: 04 set. 2015.

autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Apesar de previsto expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos acerca da obrigatoriedade da apresentação de toda pessoa presa em flagrante em juízo, “sem demora”, o Brasil é um dos poucos países da América Latina a desrespeitar a norma internacional com status de suprallegalidade conferido pelo STF.

Em 25 de janeiro de 2015, houve uma decisão inédita proferida pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da lavra do Desembargador Luiz Noronha Dantas, ao apreciar liminarmente o Habeas Corpus n. 0064910-46.2014.8.19.0000, em que foi determinada a expedição do alvará de soltura ao Paciente, o qual estava preso por tráfico de drogas, pelo fato de o juiz de primeira instância ter negado a realização da audiência de custódia, cujo Desembargador taxou a decisão de absurda e teratológica.

Conforme a decisão, o fato de não conter expressamente no Código de Processo Penal acerca da audiência de custódia, não pode servir de justificativa para a omissão estatal. Sustenta Nereu Giacomolli¹⁰ que uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário.

Saliente-se que os dados do último diagnóstico de pessoas presas no Brasil do Conselho Nacional de Justiça¹¹, de junho de 2014, registraram 563.526 presos, cujo Brasil é o quarto país com a maior população carcerária do mundo. Assim, os Tratados Internacionais

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal* – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

¹¹CNJ. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf >. Acesso em: 04 set. 2015.

sobre Direitos Humanos deveriam ser aplicados na sua integralidade, mesmo ausente alguma norma sobre certo assunto, em uma lei infraconstitucional federal.

A audiência de custódia já se encontra incorporada nas legislações internas de alguns países da América Latina, tais como na Argentina (art. 286 do Código de Processo Penal federal), no Chile (art 131 da Lei 19.696/00), na Colômbia (art 2 da Lei 906/2004), no México (art. 193 do Código Federal de Procedimientos Penales).

Com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que ampliou o rol das medidas cautelares, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei, nada dispôs sobre a audiência de custódia. Assim, deveriam os Magistrados e os Tribunais de Justiça, obrigatoriamente, aplicar os Tratados Internacionais que versam a respeito da audiência de custódia, que são mais garantidores que o CPP, sem a necessidade de uma lei específica versando sobre tal audiência?

Ressalte-se que o projeto piloto implantado no TJ/SP, representa um marco na história da defesa dos direitos humanos no país uma vez que além de constar expressamente nos Pactos Internacionais desde 1992, tais direitos subjetivos das pessoas presas em flagrante estão sendo suprimidos há mais de 20 anos sob um argumento positivista sem fundamentação. A falta de previsão nesse sentido em norma de direito interno, não é óbice para a plena aplicabilidade da medida.¹²

3. DIANTE DA PREVISÃO DO ARTIGO 282, INCISOS I E II DO CPP, A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO É A MAIS DESEJÁVEL PARA QUE O MAGISTRADO POSSA DECIDIR DE FORMA FUNDAMENTADA NA DECISÃO, ACERCA DA NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO?

A Constituição Federal, em seu artigo 5, XV, estabelece, como direito fundamental do indivíduo, a liberdade de locomoção em todo o território nacional, ou seja, a regra é a liberdade, a exceção é a sua privação nos termos da lei.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 178.

O objetivo da audiência de custódia é o contato com o juiz no prazo de 24h após a prisão em flagrante, iniciativa esta que encontra respaldo em normas internacionais, com o objetivo precípua de garantia do controle judicial das prisões provisórias, mediante a análise da legalidade e necessidade, bem como combate à tortura. Também visa a assegurar o acesso imediato à garantia da jurisdição, a possibilidade de defesa, e até melhores condições de eficácia das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP), tendo em vista que havendo o contato direto e pessoal do imputado, poderá o Magistrado aferir a cautelar mais adequada.

Saliente-se que, atualmente, prevê o CPP no seu art. 310, *caput*¹³, o encaminhamento ao juiz do auto de prisão em flagrante, a fim de relaxar a prisão ilegal, analisar a necessidade e legalidade da medida cautelar, conforme requisitos do art. 312, CPP, mediante a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para a ocorrência das prisões cautelares, as quais tutelam uma situação fática, provisionalidade, e devem sempre ser fundamentadas, sendo que um dos princípios que regem as cautelares é o da presunção de inocência, é relevante que haja dois requisitos fundamentais, quais sejam, o *fumus commissi delicti* e/ou *periculum libertatis*, sendo estes os suportes fáticos legitimadores da medida. Deverá também ser observada a necessidade de aplicação da lei penal, a adequação e proporcionalidade da medida à gravidade do crime, conforme art. 282, incisos I e II, CPP, bem como a temporariedade da prisão cautelar, para que não assumam contornos de pena antecipada e violação da presunção de inocência, uma vez que o indivíduo preso deve ser tratado como sujeito de direitos.

A prisão preventiva ou quaisquer das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os

¹³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade.

Afirma Luigi Ferrajoli que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades e não só como é hoje, e que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo, pelo fato de não haver regime semiaberto ou saídas temporárias.¹⁴

Destaque-se que a Lei n. 12.403/2011 apresenta dois campos de modificações, quais sejam, que sejam preestabelecidos limites para a ocorrência do estabelecimento inicial da prisão preventiva, bem como a adoção, sob o rótulo de prisão preventiva, de alguma disciplina para as verdadeiras “prisões para averiguações”.¹⁵

Assim, a implantação da audiência de custódia será muito importante ao direito de defesa e ao contraditório. Esse, é um dos princípios mais caros do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que sua inobservância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo ao acusado.¹⁶

Vive-se, atualmente, em uma realidade de superlotação dos estabelecimentos prisionais, cujo valor do preso para o Estado é em torno de R\$ 2.000,00 a R\$ 3.000,00 mensais¹⁷, em que o indivíduo permanece detido por muitos meses, sem sequer ter o primeiro contato com o juiz. E o fato de não conter expressamente no CPP acerca da audiência de

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 792.

¹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual – comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 93.

¹⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

¹⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (agosto de 2015). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>>. Acesso em: 16 set. 2015. p. 72.

custódia, tal argumento não pode servir para que haja dificuldade na sua implementação, bem como de justificativa para a omissão estatal.

Conforme Ana Paula de Barcellos, *ex vi*:

[...] No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção. [...] ¹⁸

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil encontra-se em quarto lugar no ranking dos 10 países com a maior população prisional, ficando atrás dos Estados Unidos (primeiro lugar: 2.228.424 presos), China (segundo lugar: 1.701.344 presos) e Rússia (terceiro lugar: 676.400).¹⁹

Ressalte-se que o relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro, finalizado em agosto de 2015, chegou à conclusão de que, tendo em vista que 41% da população carcerária é composta por presos provisórios, uma das medidas a fim de reduzir o número de prisões provisórias desnecessárias, é mediante a implantação da audiência de custódia em todos os Tribunais²⁰. Consequentemente, poderá resultar em uma economia de R\$ 4,3 bilhões, valor este que poderá ser aplicado em educação, saúde, transporte público, e outros serviços, de acordo com a estimativa do Presidente do STF e CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski.²¹

Aduz o jurista e Desembargador Paulo Rangel²², *verbis*:

[...] No Brasil a prisão preventiva foi banalizada. Pessoas que deveriam estar soltas foram presas desnecessariamente. Outras, que deveriam estar presas, permaneceram soltas, inexplicavelmente, durante o processo. Para tanto, a lei exige a demonstração da necessidade e da adequação da medida, sob pena de ilegalidade em sua adoção. [...]

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010. p. 45. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 17 set. 2015.

¹⁹ CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 04 set. 2015. Acesso no dia 02 jun. 2015.

²⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (agosto de 2015). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>>. Acesso em: 16 set. 2015. p. 177.

²¹ CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79916-pais-pode-economizar-r-4-3-bi-com-audiencia-de-custodia-diz-lewandowski>>. Acesso em: 16 set. 2015.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.29

O direito à liberdade, como um dos principais direitos humanos fundamentais, somente pode ser cerceado, de maneira legítima, quando houver a aplicação da prisão-pena, fruto de condenação, com trânsito em julgado²³. E, em situações excepcionais, pode-se decretar a prisão.

Logo, não há motivos para a não realização da audiência de custódia, visto que além garantir o direito público subjetivo²⁴ do direito de defesa, tem como objetivo humanizar o processo penal, e cumpre a norma expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, que não pode ser desprezada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o objetivo também será o de que haja a redução das injustiças das prisões, a fim de que uma pessoa inocente não aguarde meses para ter o primeiro contato com o magistrado, na AIJ, especificamente em seu interrogatório, e que não espere anos para o seu julgamento, em decorrência do excesso de burocracia e acúmulo de processos do Judiciário.

Ressalte-se que no dia 27 de maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL ajuizou a ADPF com pedido de concessão de medida cautelar n. 347 no STF²⁵, representado pelos advogados que integram a Clínica UERJ Direitos, dentre os quais subscrevem a presente está o Doutor Daniel Sarmiento, com o objetivo de se obter melhores condições ao sistema carcerário no Brasil. O ilustre jurista sustentou a tese de “estado de coisas inconstitucional” para justificar as várias violações aos preceitos fundamentais relacionadas ao sistema carcerário e, dentre as medidas cautelares requeridas está o reconhecimento da aplicabilidade dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias.

²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.790

²⁴ CARVALHO. op cit., p. 147.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560> >. Acesso em: 04 set. 2015.

Assim, em 09 de setembro de 2015, a liminar pleiteada foi deferida em parte pelo Plenário do STF, por maioria, e nos termos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio, para determinar a realização da audiência de custódia, em até noventa dias, decisão esta que foi publicada no dia 14 de setembro de 2015.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no dia 26 de agosto de 2015, publicou a Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015²⁶ com o objetivo de regulamentar e criar condições para a implementação do direito do preso a uma audiência de custódia, cujo evento de adesão à realização das audiências de custódia ocorrerá no dia 18 de setembro de 2015, no Plenário do Órgão Especial do TJ/RJ, contando com a presença do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski.

Logo, mediante as informações acima elencadas, constata-se uma grande efetividade na implementação das audiências de custódia em todos os Tribunais do Brasil, a fim de haja a redução da população carcerária, em que muitos acusados encontram-se encarcerados provisoriamente, sem nenhuma condenação em seu desfavor e sem nenhuma previsão para que haja o seu primeiro contato com o Magistrado e poder exercer o seu direito constitucional de defesa, que é na AIJ, em seu interrogatório.

CONCLUSÃO

A implementação da audiência de custódia tem por objetivo ajustar o processo penal aos tratados internacionais de direitos humanos, mediante a redução das prisões ilegais e o encarceramento em massa no país, com a consequente economia aos cofres públicos.

Conforme dados contidos no site do CNJ, em junho de 2014, existem quase 600 mil presos encarcerados no Brasil, contendo um déficit de vagas no sistema, de 206.307 vagas e capacidade do sistema para 357.219 vagas, estando o Brasil no terceiro lugar do ranking dos

²⁶ BRASIL. Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

países com a maior população carcerária, computadas as pessoas que estão em prisão domiciliar no Brasil, atrás apenas dos Estados Unidos e China.

Apesar de o STF ter conferido a natureza supralegal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, há uma insegurança jurídica no ordenamento jurídico, uma vez que os Tribunais do Brasil não estão cumprindo o estipulado nos Pactos Internacionais, razão pela qual não faz sentido em ter um diploma garantidor dos direitos fundamentais no âmbito do processo penal, desprovido de aplicabilidade pelos julgadores sob o argumento de que só será aplicada a norma se prevista em lei ordinária federal.

Assim, com a implementação das audiências de custódia nos Tribunais, o Magistrado decidirá previamente e de forma fundamentada em sua decisão, antes do início da demorada instrução processual, acerca da necessidade e adequação da conversão da prisão em flagrante em preventiva, conforme artigos 312 e 282, incisos, I e II, ambos do Código de Processo penal, assegurando ao acusado as garantias fundamentais petrificadas do contraditório e ampla defesa, previstas no art. 5, LV, CRFB.

REFERÊNCIAS

ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Brasília, vol. 46, n. 182, p. 27-54, jul/dez/93.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 17 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____. BRASIL. Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 16 set. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 04 set. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (agosto de 2015). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>>. Acesso em: 16 set. 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Processo penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual – comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REVISTA Consultor Jurídico. 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrantes>>. Acesso em: 04 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.