

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**FACULDADE DE DIREITO**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE LEGAL DO INSTITUTO E DA COGÊNCIA  
DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS**

Alex Jesus do Nascimento

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**FACULDADE DE DIREITO**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE LEGAL DO INSTITUTO E DA COGÊNCIA  
DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS**

Alex Jesus do Nascimento

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em direito, sob a orientação do Prof. Renato Tinti Herbella.

Presidente Prudente/SP

2017

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE LEGAL DO INSTITUTO E DA COGÊNCIA  
DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Renato Tinti Herbella  
Orientador

---

Guilherme Gonçalves Alcântara  
Examinador

---

Murilo Fabri Calmona  
Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, gostaria de agradecer à minha mãe, Sílvia, que apesar de não estar mais entre nós, me transmitiu valores que foram fundamentais durante a minha vida e sem os quais não teria sido possível chegar até aqui.

Gostaria de agradecer também, ao meu orientador Renato Herbella por toda a generosidade em compartilhar seu conhecimento, pela paciência e por todo incentivo durante esse período. Foi de suma importância para a conclusão desse trabalho.

Por fim, quero agradecer à minha namorada Kathleen pelo apoio e compreensão, ao meu irmão André e aos meus amigos de longa data (Alexandre, Coruja, Douglas, Du, Igor, Leandro, Lukinha, Neto, Raul e Tom), sem os quais esses dias teriam sido muito mais difíceis.

## RESUMO

No cenário contemporâneo, o Brasil vive uma grave crise no âmbito de seu sistema penal, estando em evidência o crescente número de presos provisórios, a violação de direitos fundamentais – como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência – e, também, a inobservância de outros direitos providos no âmbito externo, culminando na vulgarização do direito à liberdade. A presente monografia, ante os problemas expostos, pretendeu analisar, pormenorizadamente, o instituto da audiência de custódia, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, e a cogência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil. Para a elaboração desse trabalho foram levantados os ensinamentos da doutrina, legislação e jurisprudência, tendo como finalidade demonstrar que os Tratados de Direitos Humanos, em que o Brasil é signatário, possuem aplicabilidade imediata após sua ratificação, funcionando como paradigma para aplicação do direito infraconstitucional. Não obstante, procurou-se, ainda, demonstrar os avanços promovidos pela audiência de custódia em coibir maus tratos policiais no momento da prisão em flagrante, assim como o encarceramento massivo de presos provisórios, resultando no esperado progresso em matéria processual penal.

**Palavras-chave:** Princípios, Constituição Federal, Audiência de custódia, Prisões Provisórias, Tratados, Direitos Humanos.

## ABSTRACT

In the contemporary scenario, Brazil is experiencing a serious crisis within its penal system, evidencing the growing number of provisional prisoners, the violation of fundamental rights - such as the dignity of the human person and the presumption of innocence - and also the Non-observance of other external rights, culminating in the popularization of the right to freedom. This monograph, in view of the above problems, sought to analyze in detail the institute of the custody hearing provided for in the American Convention on Human Rights and the co-operation of the International Human Rights Treaties in Brazil. In order to elaborate this work, the teachings of the doctrine, legislation and jurisprudence were raised, in order to demonstrate that the Human Rights Treaties, in which Brazil is a signatory, have immediate applicability after their ratification, functioning as a paradigm for the application of infraconstitutional law. Nonetheless, it was also sought to demonstrate the progress made by the custody hearing in preventing police mistreatment at the time of arrest in the flagrante, as well as the massive incarceration of provisional prisoners, resulting in the expected progress in criminal procedural matters.

**Keywords:** Principles, Federal Constitution, custody hearing, Interim Prisons, Treaties, Human Rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS PRISÕES PRIVISÓRIAS.....</b>	<b>09</b>
2.1 Conceito de Princípio .....	09
2.2 Evolução Normativa dos Princípios .....	10
2.3 Diferenciação Entre Princípios e Regras.....	12
2.4 Princípios em Espécie .....	13
2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	14
2.4.2 Princípio da legalidade .....	16
2.4.3 Princípio da presunção de inocência.....	17
2.4.4 Princípio do devido processo legal .....	19
2.4.5 Princípio da proporcionalidade .....	21
2.4.6 Princípio da isonomia .....	23
<b>3 PRISÕES PROVISÓRIAS E O PANORAMA PRISIONAL BRASILEIRO .....</b>	<b>26</b>
3.1 Conceito de Prisão .....	26
3.2 Espécies de Prisões Previstas na Ordem Jurídica Brasileira .....	26
3.3. Prisão Temporária .....	28
3.4 Prisão Preventiva .....	30
3.5 Prisão em Flagrante .....	32
3.6 O Panorama do Encarceramento no Brasil .....	36
<b>4 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....</b>	<b>39</b>
4.1 A Incorporação dos Tratados no Direito Brasileiro .....	40
4.2 A Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil .....	42
4.3 O Valor Normativo dos Direitos Humanos e o Princípio <i>Pro Homine</i> .....	46
4.4 Controle de Convencionalidade: Por Uma Leitura do Direito Processual Penal Conforme os Tratados Internacionais de Direitos Humanos .....	48
4.5 O Pacto de San José da Costa Rica .....	50
<b>5 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....</b>	<b>52</b>
5.1 Previsão Normativa Externa e Interna.....	54
5.2 Objetivos da Audiência de Custódia.....	56
5.3 Questões Faltantes de Regulamentação .....	58
5.3.1 O termo “sem demora” e a jurisprudência internacional.....	58
5.3.2 Autoridade responsável pela presidência da audiência .....	59
5.3.3 Âmbito de aplicação .....	61
5.3.4 A possibilidade ou não da realização por videoconferência.....	62
5.3.5 Consequência da não realização da audiência de custódia.....	63
5.3.6 Atuação do juiz e o conteúdo da audiência de custódia.....	65
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira, promulgada no ano de 1988, traz em seus dispositivos inúmeros direitos fundamentais, sendo conhecida, inclusive, pela alcunha de “cidadã”. Ao revés, nosso Código de Direito Processual Penal, muito devido ao contexto histórico que permeou seu nascimento, não é notório, exatamente, por seu caráter garantista, ficando muito aquém do esperado na missão de consolidar as diretrizes constitucionais.

No que tange às prisões – notadamente as cautelares – a Constituição Federal estabelece como mandamento nuclear a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência. Entretanto, o regramento ordinário se mostra nitidamente incapaz de promover esses direitos. Como consequência, temos um número vultoso de prisões provisórias ilegais ou desnecessárias, desembocando em um crescente número de encarceramentos.

Com vistas a esse cenário, o presente trabalho monográfico se pautou na audiência de custódia, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no ano de 1992. Esse instituto prevê a apresentação do preso em flagrante, sem demora, à autoridade judiciária para que essa realize o controle acerca da legalidade da prisão – inclusive verificando a existência de qualquer abuso policial – e sobre a necessidade ou não de uma reprimenda cautelar. Em outras palavras, essa audiência visa proporcionar uma eficácia material à dignidade humana e à presunção de inocência apregoadas na Constituição, uma vez que nosso Código de Processo Penal, isoladamente, não é suficiente para cumprir essa função.

Além disso, apesar de ser um instrumento de suma importância, a audiência de custódia só começou a encontrar utilidade prática recentemente, devido a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido, essa produção intelectual se dispôs a demonstrar que, mesmo enfrentando relutância em sua aplicação, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil são perfeitamente vigentes, possuindo aplicação imediata e obrigatória.

Para fomentar a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, partindo de premissas gerais atinentes ao tema abordado para que, em um momento secundário, o enfoque se afunile ao ponto específico que provocou a confecção do trabalho. Ainda,



empregou-se uma análise sobre a doutrina, a legislação interna e externa, e a jurisprudência que cerceiam a temática proposta.

A estrutura do texto foi composta por cinco capítulos: o primeiro, apresentou os princípios aplicados às prisões provisórias; o segundo, teceu considerações acerca das modalidades de prisões provisórias e apresentou o panorama carcerário atual; o terceiro, destacou a importância da necessária compatibilização da lei infraconstitucional frente aos Tratados de Direitos Humanos através do controle de convencionalidade; por fim, no quarto capítulo, fez-se uma análise detalhada da audiência de custódia, demonstrando sua importância no processo humanizatório do Direito Processual Penal brasileiro.

## 2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

O estudo dos princípios é basilar em qualquer ramo do direito, é o que estrutura o conhecimento, não sendo diferente no direito processual penal, especialmente no que tange às prisões.

No presente campo, existe previsão legal autorizando o emprego, por parte do Estado, das prisões denominadas provisórias ou cautelares. Nesse ínterim, os princípios possuem a finalidade de impedir que o uso das mencionadas prisões ocorra de maneira imoderada e autoritária, a fim de guia-las até o conforto da justiça.

Vejamos nos tópicos subsequentes uma abordagem sobre o tema princípios.

### 2.1 Conceito de Princípio

O Direito se expressa, isto é, se projeta no mundo fático através de normas que se destinam a introduzir a ordem e a justiça na vida social. (BARROSO, 2015, p. 224). A melhor doutrina afirma que as normas são gênero, tendo como grandes espécies as regras e os princípios (ALEXY, 2015, p. 87).

No sentido etimológico, princípio deriva da palavra em latim *principium*, significa dizer, grosso modo, que princípio é o ponto de partida, o início, a origem de algo.

Nos dizeres de Sundfeld (2009, p. 143) “os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.”

Vale dizer, nesse diapasão, que como ideia central os princípios têm o encargo de orientar a criação e a aplicação das normas componentes de todo o sistema jurídico. Os princípios são, em suma, a base de toda a estrutura chamada direito.

Evidenciada a extrema importância dos princípios dentro de uma ordem jurídica, deve-se reconhecer que sua transgressão constitui uma conduta mais

gravosa se comparado à violação de uma regra, pois, dada a ideia de sua centralidade, a sua desatenção ofende não apenas o próprio princípio, mas todo o sistema de comandos (MELLO, 2011, p. 54).

É oportuno relatar que os princípios nem sempre tiveram grande relevância no campo do direito. Como veremos a seguir, foi necessário um longo processo de amadurecimento do direito para que os princípios obtivessem o reconhecimento que contam na conjuntura jurídica atual, atingindo o *status* de norma e gozando dos poderes a ela inerentes.

## 2.2 Evolução Normativa dos Princípios

A evolução doutrinária dos princípios percorre três fases completamente distintas: o jusnaturalismo, o juspositivismo e, por fim, a fase do pós-positivismo.

A fase do jusnaturalismo pode ser conceituada como “a corrente de pensamento que reúne todas as ideias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito Natural, sob diferentes orientações” (NADER, 2015, p. 372).

Sobre os ideais fundamentais do jusnaturalismo, Barroso (2015, p. 269) leciona que:

Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.

Em outros termos, existe a convicção de que, além do direito escrito, há uma ordem superior que é a expressão do direito justo, de um direito ideal – ideal não no sentido utópico, mas um ideal alcançável (NADER, 2015, p. 372).

Como consequência da irrelevância do direito positivo no jusnaturalismo, os princípios existem apenas em um plano abstrato, metafísico, possuindo normatividade nula (BONAVIDES, 2010, p. 259).

No início do século XIX, após seu apogeu, os direitos naturais haviam sido incorporados aos ordenamentos positivos. Dessa forma, o direito natural – considerado metafísico e anticientífico – acabou perdendo espaço para o positivismo jurídico, sendo empurrado para a margem da história. O positivismo tinha a pretensão de criar uma ciência jurídica análoga às ciências exatas e naturais, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, separando o direito da moral e dos valores transcendentais (BARROSO, 2015, p. 272-274).

Nesta perspectiva positivista, os princípios começaram a ingressar nos códigos, mas de forma subsidiária, como assinala Gordillo Cañas (1988) apud Paulo Bonavides (2010, p. 262):

[...] os princípios entram nos Códigos unicamente como “válvula de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”.

Destarte, apesar de fazerem parte do direito positivo, os princípios acabaram ficando à margem da normatividade, sendo utilizados apenas em casos de carência da lei, culminando, por assim dizer, em um estado de irrelevância dentro da ordem jurídica.

A derrocada do positivismo, como ensina Barroso (2015, p. 276), é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, pois esses movimentos políticos e militares chegaram ao poder dentro dos ditames legais e promoveram a barbárie em nome da lei. Com isso, no segundo pós-guerra, a ideia de um ordenamento indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.

Surge, desse modo, como uma terceira via, o pós-positivismo que contesta o postulado positivista de separação entre direito, moral e política, reconhecendo a impossibilidade de tratá-los como espaços segmentados que não se influenciam mutuamente. Nesse viés, busca ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto, procurando empreender uma interpretação moral da Constituição e das leis (BARROSO, 2015, p. 282-283).

O principal precursor da tese que reconhece essa força aos princípios foi Ronald Dworkin.

O autor (2002, p. 35-36), em valorosa crítica ao positivismo, especialmente ao sistema de regras desenvolvido por Herbert Hart, onde essas careciam de limites precisos e, portanto, levava à discricionariedade judicial, destaca a necessidade da superação do sistema positivista e da criação de um direito estruturado não só por regras, mas também, essencialmente, por princípios.

Nessa fase, correspondente aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios sobre os quais assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas (BONAVIDES, 2010, p. 264).

Nesse paradigma, portanto, há o reconhecimento da força normativa dos princípios, tornando-os verdadeiros vetores de toda a ordem legal.

### **2.3 Diferenciação Entre Princípios e Regras**

Consagrada essa nova estrutura jurídica composta por regras e princípios, temos um modelo perfeitamente equilibrado.

As regras privilegiam a segurança jurídica, pois tornam o direito mais objetivo e previsível, enquanto os princípios, como possuem conteúdo aberto, permitem uma atuação integrativa e construtiva do intérprete, possibilitando a produção da melhor solução para determinado caso concreto, trabalhando como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos (BARROSO, 2015, p. 244).

Nesse cenário, é de extrema importância traçar uma diferenciação das espécies princípios e regras, pois, como adverte Alexy (2015, p. 85), “seria base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. ”

Robert Alexy (2015, p. 90), partindo dos estudos de Dworkin em que reconhece os princípios como espécie de norma, leciona que esses “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades

jurídicas e fáticas existentes”, dessa maneira, conclui que os princípios são mandados de otimização.

Na mesma esteira, assinala que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, pois os princípios são normas que podem ser satisfeitos em graus variados, enquanto as regras são normas que sempre serão satisfeitas ou não satisfeitas, já que se ela for válida, deverá fazer exatamente aquilo que ela exige (2015, p. 90-91).

Alexy (2015, p. 91-92) salienta que a dissociação entre os princípios e as regras fica mais perceptível nas hipóteses de colisões entre princípios e conflitos entre regras. Apesar de terem em comum o fato de que cada norma aplicada de maneira isolada culminaria com resultados incompatíveis entre si, isto é, dois juízos de dever-ser jurídico contraditórios, as soluções para ambas as demandas são completamente diferentes.

Como solução para o conflito entre regras, deve-se introduzir, em uma delas, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou declarando uma delas inválida. De maneira oposta, em caso de colisão entre princípios, como esses possuem pesos diferentes, deve-se aplicar o método da ponderação para verificar qual dos princípios prevalece, ou seja, qual é o mais efetivo em determinado caso concreto (ALEXY, 2015, p. 93).

Com isso, conclui-se que, em suma, os princípios – caso estejam em conflito com outra figura da mesma espécie normativa – têm a peculiar característica da maleabilidade do seu grau de satisfação diante de um caso fático, o que não significa, entretanto, que seja defeso, caso demande a situação, sua aplicação de forma integral. As regras, de forma oposta, são desprovidas dessa flexibilidade, pois possuem grau de satisfação determinado quando postas frente a um certo caso *in concreto*.

## **2.4 Princípios em Espécie**

As prisões, notadamente as provisórias, não podem encontrar regulação disposta somente por regras, sendo imprescindível uma orientação executada por

princípios. A par disso, façamos um estudo referente aos princípios, em espécie, que regem essas prisões.

#### **2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Após a segunda guerra mundial, diante toda a barbárie promovida pelo nazismo na Alemanha e pelo fascismo na Itália, o mundo começou a abrir os olhos para os direitos fundamentais. As consciências se abriram para o fato de que todos os povos precisavam colaborar para a sobrevivência da humanidade, organizando-se com base no respeito incondicional à dignidade humana (COMPARATO, 2010, p. 226).

O princípio da dignidade da pessoa humana, com isso, começou a encontrar previsão em vários diplomas internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948) e, ainda, em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978) (BARROSO, 2009, p. 251).

No direito brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal como “fundamento da República Federativa do Brasil”, ou seja, trata-se de um princípio fundamental. Dessa forma, é forçoso afirmar que o princípio da dignidade humana seja o alicerce para todos os demais princípios, devendo esses guardarem uma perfeita sintonia, seguindo os mesmos ideais.

Ao qualificar a dignidade humana como princípio fundamental, a Constituição Federal não expressa apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas revela, nitidamente, um fundamento normativo dotado de *status* constitucional formal e material (SARLET, 2006, p. 70). Em outras palavras, a positivação em nosso texto constitucional, faz com que a dignidade humana passe a ser um valor normativo e não apenas moral.

Uma das consequências da consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é um reflexo da ordem jurídica, mas ao contrário, deve constituir seu objetivo supremo (NOVELINO, 2012, p. 380). Nesse sentido, o ser humano ocupa posição central e especial no mundo,

distinguindo-o de outros seres vivos ou coisas, pois possui atributos que lhe projetam a esta condição, como a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de falar (BARROSO, 2015, p. 286).

Sendo assim, a dignidade é adquirida no instante do nascimento do homem. Por isso, “a dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito” (NOVELINO, 2012, p. 380).

Não há razão, neste íterim, para qualquer hipótese que permita questionar a dignidade de alguém ou de invocar qualquer fundamento para ceifar essa qualidade, pois, independentemente de qual fim deseja-se alcançar, esse nunca será lícito ou justificável em qualquer situação real.

Sobre o princípio em análise, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2015, p.128) são enfáticos ao discorrer que:

A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais: (i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; (ii) a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver; e (iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade.

Observa-se que tal princípio compreende um âmbito muito vasto de direitos no universo civilizatório, visando, cada vez mais, um tratamento melhor ao ser humano. Assim, requer seja sempre amplamente tutelado pelo Estado.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana, como valor maior de nosso ordenamento, possui dimensões positivas e negativas. Por sua dimensão negativa impõe-se um dever de abstenção ao Estado, para que ele não pratique qualquer ato atentatório à dignidade pessoal de um indivíduo. Em contrapartida, por sua dimensão positiva, o princípio institui um dever de ação ao Estado para a promoção da dignidade de todos os administrados (SARLET, 2006, p.110-111).

Como visto anteriormente, apesar de os princípios possuírem caráter de mandados de otimização, a dignidade da pessoa humana sempre deverá ser aplicada em seu grau máximo, não podendo ser limitada em nenhuma situação concreta. Por isso, sempre que houver um embate, a dignidade prevalecerá integralmente.



Trazendo para a esfera processual penal, especialmente às prisões provisórias, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um limite ao poder de atuação do Estado. Nesses moldes, ao cercear a liberdade, o Estado deverá fazê-lo respeitando a saúde física e mental do indivíduo, não o afastando de sua condição humana.

#### **2.4.2 Princípio da legalidade**

O artigo 5º, inciso II, da Constituição assevera que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Assim, o princípio da legalidade funciona como uma baliza contra o arbítrio estatal. Nessa acepção, Celso Ribeiro de Bastos (2010, p. 293-294) observa que o princípio da legalidade serve para estreimar o Estado constitucional e o absolutista, pois cessa a vontade do detentor do poder em benefício da lei, constituindo-se mais em uma garantia constitucional do que um direito individual, pois não tutela, especificamente, o bem da vida, mas assegura ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por via distinta da lei.

A partir dessa garantia constitucional, o Estado somente poderia criar obrigações por meio de espécies normativas elaboradas de acordo com as regras do devido processo legal legislativo, pois presume-se que sejam a expressão da vontade do povo (MORAES, 2011, p. 45). Além de obedecer aos requisitos formais para a criação das normas, essas devem estar em consonância com a Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade.

No campo penal, a Constituição (artigo 5º, inciso, XXXIX) e o Código Penal (artigo 1º) estabelecem que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Verifica-se, a partir de tais mandamentos, que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser imposta, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por meio de lei o tipo penal e sua pena respectiva, restando clara a limitação do poder estatal em interferir na esfera das liberdades individuais (TOLEDO, 1994, p. 21).

Como decorrência da legalidade, o artigo 5º, XL da Constituição, assinala, ainda, que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, ou seja, a

lei penal posterior ao fato somente possuirá aplicação quando seu conteúdo for favorável ao réu, nunca em seu desfavor.

Esses preceitos são inerentes à própria ideia de Estado de Direito, com fundamento no princípio liberal, no princípio democrático e na separação de poderes, pois elucida que a decisão sobre a criminalização de uma conduta deve ser expressa estritamente por meio de lei e tomada por quem possui legitimidade, ou seja, o poder legislativo (MENDES, 2015, p. 495).

O princípio da legalidade também guarda estreita relação com a segurança jurídica, como dispõe Nilo Batista (2007, p. 67):

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio Estado de Direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni.

Assim, nesses ditames, o Estado somente encontraria legitimidade para restringir a liberdade, mediante prisão provisória, caso a conduta realizada pelo indivíduo fosse considerada crime no momento de sua execução e, ainda, se há, de fato, permissão legal ensejadora dessa restrição, pois do contrário, a ação estará eivada de ilegalidade.

### **2.4.3 Princípio da presunção de inocência**

Como ensina Paulo Rangel (2015, p. 23-24), na Europa, desde o século XII, vigia um sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, onde o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia, sendo, como regra, presumido culpado pelo Estado. Nasceu, portanto, a necessidade de se insurgir contra esse sistema, o que ocorreu no final do século XVIII, em plena revolução francesa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datado de 1789, prescrevendo, em seu artigo 9º, que:

Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Com isso, houve a consagração do sistema processual penal acusatório, entrando em vigor o princípio da presunção de inocência, onde o acusado permanece em liberdade até o momento da prolação da sentença condenatória.

No ordenamento brasileiro, o princípio da presunção de inocência encontra-se presente no artigo 5º, inciso LVII, assegurando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Do princípio da presunção de inocência surgem algumas regras basilares: o encargo probatório ou regra probatória; o *in dubio pro reo*; a regra de tratamento e a excepcionalidade das prisões processuais.

O encargo probatório garante que cabe à parte acusadora (Ministério Público) o ônus da prova da culpabilidade do acusado, além de qualquer dúvida razoável (BADARÓ, 2003, p. 229). Isso significa que se parte da inocência do acusado e não de sua culpabilidade, cabendo à acusação o encargo de desconstituir o estado de inocência do acusado (GIACOMOLLI, 2014, p. 96).

Pelo *in dubio pro reo*, em um caso concreto onde haja dúvida razoável sobre a culpa do acusado, o magistrado deve decidir pela liberdade dele, uma vez que é dever da acusação demonstrar, categoricamente, a culpabilidade do mesmo. Isso acontece porque “inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo” (LIMA, 2015, p. 45).

A regra de tratamento veda que o acusado seja tratado como se já tivesse sido decretada sua culpabilidade. Nesse sentido, Beccaria (1999, p. 61) afirma que “um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

O alcance da regra de tratamento é delineado nas lições de Nereu Giacomolli (2014, p. 99):

Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério Público, afirmativas da autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão processual como regra, o injustificado recolhimento à prisão para recorrer, a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos em andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes.

Importante destacar, também, a regra de tratamento frente à mídia. Os meios de comunicação não se preocupam em informar a distinção entre o suspeito e o condenado. Assim, a narração e a estigmatização do acusado acabam resolvendo o caso criminal, não necessitando da aplicação da pena pelo juiz, pois essa já fora proferida pela mídia e transitado em julgado perante a opinião pública (VIEIRA, 2003 p.168). Diante disso, esse “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência” (LOPES JR. 2012, p. 239).

Por fim, outra regra que decorre do princípio da presunção de inocência é a excepcionalidade das prisões processuais. Significa que o acusado deve, prioritariamente, responder ao processo em liberdade. Porém, como observa Badaró (2015, p. 58):

Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será compatível com a presunção de inocência”.

Privilegiando a liberdade, portanto, esse direito constitui verdadeira regra dentro de um Estado Democrático de Direito, restando às prisões – sempre decretadas com base em fundamentos concretos que as legitimem – o caráter da excepcionalidade.

#### **2.4.4 Princípio do devido processo legal**

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal expõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O devido processo legal assegura que somente por meio de um processo desenvolvido dentro

dos ditames legais, seriam justificáveis as restrições à liberdade pessoal e aos bens de um indivíduo.

O princípio do devido processo legal pode ser subdividido em duas espécies: o devido processo legal substancial ou material e o devido processo legal formal.

O devido processo legal formal é genuinamente processual, contendo uma série de garantias que hoje são especificadas em várias ordens jurídicas, como o direito ao contraditório e a ampla defesa, o direito ao juiz natural, o direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita e o direito de não ser preso senão por autoridade competente (MENDES, 2015, p. 546).

Em suma, no âmbito formal, o princípio do devido processo legal garante ao ser humano o direito de ser julgado em conformidade com as regras procedimentais previamente estabelecidas pelo poder legislativo.

Todavia, apenas a regularidade formal do processo não se mostra efetiva. Atualmente, o processo é entendido como a manifestação de um direito da pessoa humana, por essa razão, a fim de impedir que leis mal elaboradas possam levar à sua desnaturação, com consequentes danos aos direitos subjetivos, as Constituições buscam discipliná-lo, por meios efetivos de controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de evitar estas tentativas de desnaturação (BASTOS, 2010, p. 343-344).

Dessa forma, o devido processo legal material existe como um meio muito além de uma pura e simples sequência de atos processuais, tendo como finalidade um processo efetivamente garantidor de direitos. Nessa linha, segue-se a explanação de Gustavo Badaró (2015, p. 78):

O devido processo legal substantivo assegura que as leis sejam razoáveis. Nos dizeres de Carlos Alberto de Siqueira Castro, o substantive due process é “capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações (e omissões) do Poder Público. A cláusula erigiu-se, com isso, num requisito de razoabilidade’ (reasonableness) e de ‘racionalidade’ (rationality) dos atos estatais, o que importa num papel de termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito”. Em consequência, também entende que “uma lei (ou outro ato normativo qualquer) que não atenda à razoabilidade (reasonableness) é inconstitucional, por ferir a cláusula do due process. E cabe ao Poder judiciário, desde que foi concebido o judicial review of legislation, a tarefa de aferir a ‘justiça’ da lei”.

Cotejando a justiça da lei, o Poder Judiciário passou a realizar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador verificando a compatibilidade entre o meio empregado por ele e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade desses, tornando-se um importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais (BARROSO, 2015, p. 290).

Então, sempre que o Poder Legislativo editar uma norma que não contenha os preceitos dirigidos pelo princípio do devido processo legal substancial, não há uma vinculação para que o Poder Judiciário aplique tal norma, podendo esse declará-la inconstitucional pelas vias difusa e concentrada.

#### **2.4.5 Princípio da proporcionalidade**

No Brasil, o princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, encontra origem no sistema do devido processo legal substancial do direito norte-americano, onde servia como parâmetro para o controle de constitucionalidade, e do princípio da proporcionalidade alemão que, diferentemente, desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo como uma limitação à discricionariedade administrativa (BARROSO, 2015, p. 290).

Todavia, é importante salientar que, independentemente de previsão expressa e da origem de seu fundamento, é inegável a aplicação do princípio da proporcionalidade em qualquer matéria do direito brasileiro.

No campo processual penal, adverte Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 87) que:

[...] o poder público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do poder público.

Em outros termos, o princípio da proporcionalidade, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, desponta como um instrumento de controle dos

atos dos poderes públicos, atuando no plano da proibição do excesso (SARLET, 2012, p. 406).

Nesse diapasão, ainda há casos em que se faz necessário a realização de um ponderamento entre princípios que se colidem em determinado caso concreto, mesmo com a existência de diversas garantias processuais – frutos de prévios sopesamentos do legislador – que têm como resultado a seguridade aos acusados de um direito definitivo, como a legalidade, o juiz natural, a proibição de provas ilícitas e a motivação (BADARÓ, 2015, p. 84).

A necessidade de sopesamento entre princípios colidentes ocorre, pois, o Estado, para a efetivação de seus direitos de proteção, por meio da atuação de seus agentes, corre o risco de violar direitos fundamentais, inclusive direitos de quem esteja sendo acusado de violar direitos de terceiros, atuando o princípio da proporcionalidade, nesse prisma, como critério de constitucionalidade dessas medidas adotadas (SARLET, 2012, p. 406).

Ao realizar o controle de constitucionalidade dos atos praticados pelo Estado, a maior parte da doutrina costuma subdividir o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo subprincípio da adequação, deve ser feito um juízo de conformidade entre os meios e os fins. Significa que a medida restritiva somente será considerada adequada quando apta a realizar o fim proposto no caso concreto, não se permitindo, portanto, o ataque a direito fundamental se o meio adotado se mostrar inapropriado (LIMA, 2015, p. 88).

Por força do subprincípio da necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim que se almeja, ou seja, uma medida para ser admissível deve ser necessária (BONAVIDES, 2010, p. 397). Nesse sentido, dentre os meios adequados à realização de um fim, deve ser aplicado o menos invasivo possível (NOVELINO, 2012, p. 446).

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação, pois, quando dois princípios válidos se colidem, a satisfação de um dos princípios depende da desestimação do outro, tornando-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do

problema (BRANCO, 2009, p. 177). A proporcionalidade em sentido estrito, em outras palavras, “está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos” (NOVELINO, 2012, p. 446).

No entanto, essa “opção” dada, pelo legislador, ao juiz, com fulcro na ponderação, é passível de severas críticas pela existência de subjetivismos. Nessa senda, André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes (2015), amparados nas lições de Alexy, pontuam que a técnica da ponderação deve ser complementada por uma fundamentação racional, a partir de critérios objetivos, para que demonstre a sua aceitabilidade. Significa que a mera ponderação não torna lúdica a decisão, pois a qualidade dessa está na argumentação formal e substancial, ou seja, encontra-se na sua fundamentação.

Em suma, na existência de conflito entre direitos fundamentais, não basta decidir invocando a ponderação, é imperioso justificar, com bases objetivas, os caminhos que levaram à essa decisão.

Para efeito prático, no exemplo de uma prisão em flagrante, o magistrado deve aferir qual direito, dentre os quais o indivíduo possui, deve prevalecer no caso específico: o direito à liberdade dele ou o direito do Estado em puni-lo. Se entender que a liberdade é preponderante, o juiz concede a liberdade provisória, mas se entender que é um caso excepcional, em que a liberdade deve ser restringida para garantir a realização do poder punitivo estatal, o juiz decretará, sempre de forma minuciosamente fundamentada, a prisão cautelar do sujeito.

#### **2.4.6 Princípio da isonomia**

O princípio da isonomia ou da igualdade encontra fundamento no artigo 5º, caput da Constituição Federal, preconizando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O dispositivo em comento contempla ao princípio da isonomia um caráter formal, assegurando que a legislação dispense tratamento igualitário a todos os administrados, guardando íntima relação com o princípio da legalidade.



Enquanto o princípio da legalidade dispõe que somente a lei poderá emanar obrigações, o princípio da isonomia, possuindo cunho substancial, age no teor da lei, garantindo que a mesma seja produzida sem discriminações.

Assim, o preceito da igualdade é norma voltada não só para o aplicador da lei, mas, também, para o próprio legislador, pois não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição da lei sujeita-se a dispensar tratamento equânime às pessoas, limitando, portanto, a discricionariedade do legislador (MELLO, 2012, p. 9).

O intérprete, por seu turno, em decorrência do princípio da isonomia, não poderá aplicar as leis de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Desse modo, o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deve empregar os mecanismos constitucionais no sentido de dar interpretação igualitária às normas jurídicas (MORAES, 2012, p. 41).

No direito processual penal não ocorre de maneira distinta. Nele, o magistrado deve dispensar tratamento igualitário entre as partes – acusação e defesa – garantindo a paridade de armas entre eles. Contudo, não cabe apenas ao juiz assegurar a isonomia, mas também ao legislador, quando disciplinar sobre a dinâmica processual (BADARÓ, 2015, p. 55). O modelo brasileiro para a solução de conflitos, portanto, pressupõe a igualdade de tratamento entre aquele que se diz detentor da pretensão e aquele que resiste ao direito pretendido, revelando-se o embate de dois interesses indisponíveis que reclamam o trato paritário: o direito de punir e o direito de liberdade (BONFIM, 2012, p. 90).

Todavia, como observa Badaró (2015, p. 55), somente a igualdade formal não se mostra suficiente para atender a finalidade do princípio:

A igualdade formal significa que todos são iguais perante a lei, que não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. Todavia, a realidade demonstra, de forma incontestável, que os sujeitos são substancialmente desiguais e esta desigualdade se potencializa no processo penal em que de um lado há o Estado, com todo o seu poder e aparato oficial, e do outro o indivíduo, em uma situação de inferioridade, quase de mera sujeição. Não basta, pois, a mera igualdade formal. Deve ser buscada uma igualdade substancial. É insuficiente proclamar que todos são iguais. É preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade.

Isso posto, nota-se que a audiência de custódia é um importante mecanismo para alimentar a igualdade no processo penal. Ela prevê a apresentação física do preso em flagrante ao magistrado – não apenas do auto de prisão em flagrante – para que esse decida pelo relaxamento da prisão, pela liberdade provisória, pela decretação de medida alternativa à prisão ou pela prisão preventiva, privilegiando um contraditório real entre as partes interessadas.

Entretanto, a pura e simples formalidade da realização da audiência de custódia não é satisfatória, devendo a autoridade judiciária proporcionar substância a este lúdimo instituto, equilibrando efetivamente os pratos da balança.

### 3 PRISÕES PROVISÓRIAS E O PANORAMA PRISIONAL BRASILEIRO

Apesar da reforma realizada em 2011 pela Lei nº 12.403 ter promovido pequenos avanços em relação às prisões provisórias, ainda existem dispositivos arcaicos que remetem à origem fascista do nosso Código de Direito Processual Penal, revelando que, infelizmente, ainda há um grande caminho até se chegar ao ponto civilizatório ideal.

Diante da obsolescência desse cenário, as prisões provisórias devem ser guiadas pela Constituição Federal e por Tratados Internacionais de Direitos Humanos – onde estão previstos todos os direitos relativos ao cárcere. Neste capítulo, destarte, teceremos considerações acerca das prisões provisórias em espécie e sobre o panorama prisional instalado no Brasil.

#### 3.1 Conceito de Prisão

No sentido etimológico, a palavra prisão é oriunda do latim *prehensio*, de *prehendere*, e significa o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa (DELMANTO, 2008, p. 10).

Na terminologia jurídica, Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 429) conceitua prisão da seguinte forma:

Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória.

Além da existência de graus de intensidade, como destacado, a prisão é classificada em três grandes espécies: a prisão pena, a prisão provisória ou cautelar e, por fim, a prisão pré-cautelar.

#### 3.2 Espécies de Prisões Previstas na Ordem Jurídica Brasileira

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando o princípio da presunção de inocência. A prisão pena, nesse prisma, é aquela cabível após a desconstituição da presunção de inocência, mediante sentença que reconhece a culpa do agente acusado e que não mais passível de recurso.

Pelo menos esse é o entendimento da Constituição Federal. O STF, de modo diametralmente oposto, entendeu, julgando o Habeas Corpus 126292 (2016), possível a execução provisória da pena após a decisão em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença. Isso significa que houve uma relativização do princípio da presunção de inocência, afrontando diretamente o texto constitucional.

Não assimilando esse entendimento, entendemos que “o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória” (LIMA, 2015, p. 850). Contudo, diante de um cenário excepcional, dentro dos ditames legais, o magistrado, de forma fundamentada, poderá decretar uma prisão de natureza cautelar, mas nunca satisfativa.

A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal eficiente. Em outras palavras, embora provoque a segregação, é uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo, portanto, trata-se de um meio; diferentemente da prisão pena que constitui efetiva sanção penal, que é um fim (NUCCI, 2014, p. 30).

Deve-se advertir, nesse sentido, que como a prisão cautelar é apenas o meio para que se tenha uma persecução penal eficaz, essa não pode ser encarada como um cumprimento antecipado da pena, sendo marcada pelo traço da provisoriedade.

Em verdade, o certo é que, seja cautelar ou resultante de sentença condenatória irrecorrível, a prisão é uma medida extrema e indesejada, da qual a humanidade ainda não conseguiu se livrar. Sendo maléfica a prisão pena, é evidente que é ainda mais danosa toda prisão que antecede o trânsito em julgado de sentença condenatória (MARCÃO, 2012, p. 55-56).

Como espécies dessas prisões mais danosas – provisórias ou cautelares – temos as prisões temporárias e preventivas. Quanto à prisão em flagrante, entendemos não possuir caráter cautelar, mas pré-cautelar, como será explicado adiante.

### 3.3 Prisão Temporária

Criada pela Lei nº 7.960/1989, a prisão temporária é modalidade de prisão cautelar de duração limitada a ser utilizada durante a fase de investigação policial, destinada a evitar que o investigado, em liberdade, possa dificultar a colheita de informação durante a investigação policial de crimes de maior gravidade (BADARÓ, 2015, p. 994).

Nessa esteira, a prisão temporária é a constrição da liberdade pessoal que serve, unicamente, durante a fase policial. Noutro turno, na fase judicial, a medida acautelatória adequada é a prisão preventiva.

Como se trata de espécie de medida cautelar pessoal, a prisão temporária exige o preenchimento dos seguintes requisitos para ser decretada: o *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. A análise desses requisitos deve ser feita à luz dos incisos contidos no artigo 1º da Lei nº 7.960, que dispõe acerca das hipóteses de cabimento da medida.

O inciso III afirma que a prisão temporária é cabível quando “houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”, e traz uma série de crimes na sequência; o inciso I assevera que caberá prisão temporária “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”; e, por fim, o inciso II autoriza a reprimenda “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.

A doutrina não é pacífica em elencar quais os incisos devem ser preenchidos para a decretação da prisão preventiva.

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 62) rejeita a hipótese da alternatividade dos requisitos trazidos pelo artigo 1º, sob pena da banalização dessa

modalidade de prisão cautelar, chegando a conclusão pela alternância entre os incisos I e II, cumulativamente com o inciso III.

Todavia, Aury Lopes Jr. (2012, p. 882), em corrente que entendemos ser a mais acertada, enfatiza que “tanto o inciso I como o inciso III, de forma isolada, não justificam a prisão temporária, somente quando combinados”. No ponto divergente da corrente anterior, afirma o autor que o inciso II “é completamente contingencial, ou seja, sozinho não autoriza a prisão temporária e sua combinação apenas com o inciso I ou apenas com o inciso III não justifica a prisão temporária” e, ademais, “o inciso II acaba sendo absorvido pela “imprescindibilidade” do inciso I, sendo logicamente redundante”.

De forma sintética, para que seja decretada a prisão temporária exige-se fundamentação com base no inciso primeiro, pois remete à imprescindibilidade da prisão (*periculum libertatis*), combinado com o inciso terceiro (*fumus commissi delicti*). A situação do inciso segundo, como já demonstrado, já está abarcada pelo inciso I, servindo apenas de complemento à fundamentação.

De acordo com o artigo 2º, caput, da lei 7.960/1989, a prisão temporária somente poderá ser decretada após o requerimento do Ministério Público ou após a representação da autoridade policial (neste caso, após a oitiva do Ministério Público). Ante as assertivas, *contrario sensu*, Pacelli (2014, p. 545-546) salienta que o legislador, se orientando da ordem constitucional de 1988 que impõe um modelo acusatório, corretamente, não contemplou a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão temporária.

O tempo de duração da prisão temporária, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 7º, é de 5 (cinco) dias. Tratando-se de crimes hediondos e equiparados, a prisão temporária poderá ter duração máxima de 30 (trinta) dias. Em todos os casos, admite-se a prorrogação da prisão por igual prazo.

Encerrado o prazo, nos termos do artigo 2º, parágrafo 7º, “o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva”.

Importante destacar o local de cumprimento da prisão. O artigo 3º prevê que “os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos”. Com isso, a lei impõe uma a separação dos presos cautelares e

definitivos e, inclusive, a separação dos presos temporários dos presos de forma preventiva (NUCCI, 2014, p. 67).

### 3.4 Prisão Preventiva

De acordo com o artigo 311 do Código de Processo Penal, “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício**, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (grifo nosso).

Desde já, é forçoso tecer uma crítica à possibilidade da prisão preventiva *ex officio* prevista, de forma errônea, pelo legislador, ferindo o sistema acusatório estabelecido pelo poder constituinte, notadamente a imparcialidade do julgador. No mesmo sentido é a lição de Aury Lopes Jr. (2012, p. 824):

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando [...] ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador.

Portanto, entendemos maculada, mormente inconstitucional, a possibilidade da decretação de ofício, por parte do magistrado, da prisão preventiva, restando legal a decretação da mesma somente quando a autoridade judicial for devidamente provocada.

Pertencendo à classe das prisões cautelares, sendo medida excepcional, a prisão preventiva, assim como a prisão temporária, exige para sua decretação os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O primeiro consiste nos indícios suficientes de autoria e materialidade, enquanto o segundo encontra-se previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, com fundamento na “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”.

Nesse ponto, é inevitável a crítica referente ao disposto no artigo 312 do CPP, cuja Lei nº 12.403/11 ressuscitou a redação original datada de 1941, especificamente quanto à vagueza do termo “garantia da ordem pública”, fundamento usado de maneira constante para justificar a prisão preventiva.

Em verdade, parece que reavivar tal expressão é conveniente para a manutenção e ampliação da discricionariedade do julgador, pois dado seu conteúdo genérico, com um pouco de conhecimento de estrutura linguística, pode-se construir artificialmente esses requisitos, cuja falsificação é inverificável. Exemplo dessa manobra é a prisão preventiva em nome da ordem pública sob o pretexto de risco de reiteração de delitos, pois não há como provar que alguém cometerá ou não cometerá crimes, formando-se um argumento irrefutável e, portanto, inquisitório (LOPES JR.; ROSA, 2015, p. 79-82).

Ademais, com a adição, determinada pela Lei nº 12.403/2011, do parágrafo 6º ao artigo 282 do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” descrita no artigo 319 ou 320 do mesmo diploma legal. Da mesma forma, em caso de prisão em flagrante delito, o inciso II do artigo 310, permite ao juiz convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312, “e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

Podemos concluir, nessa trilha, que o julgador deve aplicar, de forma prioritária, a medida restritiva mais amena possível, reforçando o caráter excepcional da constrição da liberdade. Vejamos a lição de Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 935) cravando esse entendimento:

Pode-se dizer, neste sentido, que o novo sistema de medidas cautelares pessoais trazido pela lei nº12.403/11 evidencia que as medidas cautelares diversas da prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva, dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais.

Além dos requisitos elencados, o artigo 313 do Código de Processo Penal, em seus incisos e parágrafo único, visando restringir o uso da medida, lista as hipóteses de cabimento da prisão preventiva: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (inciso I); se tiver sido



condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvando o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848 [...] (inciso II); 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 (inciso III); 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 (parágrafo único).

Decretada a prisão preventiva, como trata-se de uma prisão precária, prescreve o artigo 316 do Código de Processo Penal que o juiz poderá revogá-la se, no decorrer do processo, verificar a falta do motivo para que fundamentou sua subsistência, bem como decretá-la novamente se sobrevierem razões que a justifiquem.

Ponto tormentoso no âmbito da prisão preventiva é o seu prazo de duração, pois, ao contrário da prisão temporária, como visto anteriormente, não há um prazo legal estabelecido pelo legislador. Nesse sentido, como a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, estabelece que todos têm direito à duração razoável do processo, por óbvio o réu preso possui direito à duração razoável da custódia cautelar, impondo-se célere ritmo dos atos processuais, sob pena da segregação cautelar representar o cumprimento antecipado da pena, afrontando o princípio da presunção de inocência (NUCCI, 2014, p. 107).

### **3.5 Prisão em Flagrante**

Nos exatos termos usados por Renato Marcão, “a prisão em flagrante é modalidade de prisão cautelar, e a palavra “flagrante” procede do latim – *flagrans*, *flagrantis* – e significa aquilo que está queimando; que está em chamas; que se faz evidente naquele momento, em situação de atualidade” (2012, p. 56).

A partir da reforma causada pela Lei nº 12.403/11, a doutrina começou a divergir sobre a natureza da prisão em flagrante. Fernando da Costa Tourinho Filho

(2012, p. 492-493) leciona que a prisão em flagrante possui natureza jurídica cautelar. Vejamos:

[...] não se pode negar seja a prisão em flagrante providência nitidamente cautelar [...] Não obstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, *grosso modo*, pela Polícia Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública.

Embora respeitável, somos obrigados a divergir da opinião de Tourinho Filho. De fato, antes da reforma imposta pela Lei nº 12.403/11, prevalecia o entendimento de que a prisão em flagrante possuía natureza cautelar, sendo capaz, por si só, de justificar a restrição pessoal, não necessitando do ato judicial de conversão em preventiva.

Porém, pós reforma, esse entendimento caiu por terra. Agora, nos termos do artigo 283, contamos com a prisão temporária e preventiva como sendo as duas únicas situações de prisão cautelar, enquanto a prisão em flagrante se mostra de natureza pré-cautelar, tornando-se processual (cautelar) somente quando o juiz a converter em prisão preventiva (BIANCHINI et al., 2011).

No mesmo sentido entende Aury Lopes Jr. (2012, p. 798):

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

A partir dessa posição, para se manter alguém preso por mais de 24 horas, é imprescindível a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva por parte da autoridade judicial, desde que provocado e de forma fundamentada, cessando-se as prisões em flagrante duradouras.

A prisão em flagrante, tratando-se de medida efetuada num pequeno momento posterior ao crime, independe de ordem escrita da autoridade judiciária, podendo ser, inclusive, realizada por particulares (art. 301, CPP). Essa prisão tem como finalidade evitar uma possível fuga do infrator, realizar efetiva colheita probatória

e, quando o delito ainda está em andamento, evitar a consumação do mesmo. Quem delimita quais são as situações que configuram o estado de flagrância, logo permissivas da referida prisão, é o Código de Processo Penal, nos incisos I a IV, do artigo 302.

O inciso primeiro, considera em flagrante quem está cometendo a infração penal, nota-se, portanto, que o indivíduo é abordado ainda praticando o fato típico. Já o inciso segundo, considera em situação de flagrância quem “acaba de cometer” a infração penal, ou seja, já fora realizado o delito, contudo, o agente é surpreendido ainda na cena típica.

Embora haja uma situação de ardência em uma situação (inciso I), caracterizando visibilidade incontestável da prática do fato, e outra situação já deficiente dessa ardência, porém, propiciando a colheita de elementos ainda sensíveis da existência do crime, bem como de sua autoria (inciso II) (PACELLI, 2014, p. 532-533), ambas se revestem de saliente credibilidade, sendo classificadas pela doutrina como flagrante próprio ou perfeito.

O inciso terceiro explicita que há situação de flagrância – chamada pela doutrina como flagrante impróprio ou quase flagrante – quando alguém “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. Dúvida surge acerca do verbete “logo após”. De acordo com Badaró (2015, p. 962), a expressão indica que, desde que não haja solução de continuidade entre o cometimento do delito e o início da perseguição, não importará o tempo de duração desta.

A última situação trazida no diploma legal, classificada como flagrante presumido, encontra-se no inciso quarto, onde o indivíduo “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”. As expressões “logo após” e “logo depois” possuem o mesmo significado, “a diferença é que, no art. 302, III, há perseguição, enquanto que, no art. 302, IV, o que ocorre é o encontro do agente com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração” (LIMA, 2015, p. 903).

Existem, ainda, modalidades de flagrante não previstas no artigo 302 do CPP, como o flagrante preparado e o flagrante esperado. No primeiro, o agente é provocado a cometer o crime por alguém que, além de aspirar prendê-lo, se

resguardou para que o crime não seja consumado, configurando-se crime impossível, nos termos da súmula 145 do STJ, *in verbis*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

O flagrante provocado nada tem a ver com o flagrante esperado. Aqui a autoridade, apesar de também querer prendê-lo, não estimula o agente a cometer nenhum crime, mas aguarda o mesmo proceder a sua execução, sendo perfeitamente válido.

Tomando conhecimento da prisão, após cumpridas todas as formalidades previstas em lei, a autoridade policial procederá, com o fim de documentar a prisão em flagrante, pela confecção do seu respectivo auto. Nele conterà, em síntese, as oitivas do condutor, das testemunhas e o interrogatório do acusado (art. 304, CPP). Após, no prazo de 24 horas, será entregue a nota de culpa ao preso (§ 2º, art. 306, CPP) e o auto será remetido à autoridade judiciária competente (art. 5º, LXII, CF e § 1º, art. 306, CPP).

Recebido o auto de prisão em flagrante, o juiz, após abrir vista ao *Parquet*, nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, deverá, fundamentadamente, “I – relaxar a prisão ilegal; ou 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 III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Na primeira hipótese (inciso I), observando o artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, o juiz deverá, de pronto, relaxar toda prisão ilegal. O relaxamento se dará, diferentemente da liberdade provisória, nos casos de ilegalidade da prisão, como quando esta não se enquadra em nenhuma das situações legais de flagrância (BONFIM, 2012. p. 510).

Verificada legal a prisão, revelando-se, entretanto, a necessidade da manutenção do cárcere, pois existentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (ver item 3.4), e restando ineficazes as medidas cautelares alternativas à prisão, o magistrado poderá converter a prisão em flagrante em preventiva (inciso II).

Por fim, concluindo pela desnecessidade da prisão ou, como prevê o parágrafo único do art. 310, que o agente praticou o delito amparado por alguma excludente de ilicitude, o juiz deverá conceder a liberdade provisória ao acusado

(inciso III). Apesar de ganhar a liberdade, o acusado continua atrelado ao processo, caracterizando a liberdade provisória em uma situação intermediária entre a liberdade e a prisão, a fim de evitar os males da última (BADARÓ, 2015, p. 1042).

### **3.6 O Panorama do Encarceramento no Brasil**

Há muito se descobriu na prisão uma forma inquestionável de se punir quem transgredir uma norma posta no contrato social. Não só isso, o recolhimento ao cárcere privado passou a ser encarado como a solução predileta e mais fácil para todos os problemas inseridos na sociedade.

E o que torna essa ideia totalmente paradoxal, é que, conhecendo a sua ineficácia, quanto mais se prende, mais se quer prender. No mesmo sentido, Foucault (2011, p. 218) afirma que são conhecidos todos os inconvenientes da prisão, sabemos do seu perigo e até de sua inutilidade, porém, não vemos o que pôr em seu lugar, constituindo-se uma detestável solução de que não se pode abrir mão.

Em complemento ao pensamento de Foucault, Nilo Batista (2007, p. 25-26) preconiza que “o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais. Em outras palavras, temos um sistema penal totalmente preconceituoso, que age com o nítido objetivo de excluir as pessoas tidas como inúteis aos anseios do nosso sistema consumista, os denominados por Bauman (2008, p. 75) como “consumidores falhos”.

Os resultados desse sistema penal excludente estão sendo colhidos no plano nacional: Segundo relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, trazendo dados de 2014 (acesso em: <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>), temos a 4º maior população carcerária do mundo com mais de 600 mil presos, ficando atrás, apenas, dos Estados Unidos, China e Rússia – ocasionando, devido a superlotação, rebeliões sangrentas. No cenário contemporâneo, o sistema prisional brasileiro possui o seguinte quadro: mais de 40% dos detentos são provisórios e muitos deles, em caso de condenação, nem regime fechado terão que cumprir; a grande maioria dos presos é de pele negra (61,67%) e

contém grau de escolaridade extremamente baixo (apenas 9,5% concluíram o ensino médio) – o que demonstra, claramente, o viés seletivo da nossa política criminal. Ainda, temos índices de reincidência altos, constatando a falácia da ressocialização mediante a exclusão da sociedade.

A partir desses dados, é imperioso não deixar de relacionar como a causa desse cenário a desigualdade social feroz que experimentamos. Essa também é a visão de Alice Bianchini et al. (2011, p. 28):

O sistema carcerário brasileiro retrata uma das maiores atrocidades de todos os tempos no nosso país. A história de horror das penas supera em muito o horror dos crimes (Ferrajoli). A desumanidade indescritível das prisões só é suportada pela sociedade brasileira, de forma resignada, em razão da irracionalidade da nossa forma (alienada) de viver na era da globalização da riqueza (para alguns) e da miséria (para milhões).

Revela-se, dessa forma, a existência de uma verdadeira indústria do ramo carcerário, pois, ao não fornecer direitos comezinhos à população, têm-se a geração de crimes – ditos de pobreza – e a única resposta que o Estado tem para o problema que ele próprio criou é o aprisionamento, a exclusão do indivíduo da sociedade. Exclusão física, pois à sociedade, em verdade, nunca pertenceu.

Mas nessa indústria, não basta somente a prisão de alguém que não teve seus direitos tutelados enquanto “livre”. Depois de preso, seus direitos continuam a ser violados no próprio cárcere, único lugar que, ironicamente, o indivíduo teve contato direto com a tutela do Estado. Exaurido o cumprimento da pena – se o juiz de execução notar que essa se esgotou, é claro – o indivíduo é punido pela justiça extrapenal, cujo tribunal é formado pela própria sociedade, que sentencia que ele não encontrará aceite para se inserir nela novamente.

Destarte, é notória a urgência da criação de medidas pelos Poderes Públicos que possibilitem mitigar esse cenário, a fim de evitar que esse quadro se agrave ainda mais.

Contudo, apesar de ser iminente essa mudança, ela parece estar cada vez mais distante. Como ficou cabalmente evidenciado a partir da operação Lava-jato, por trás do Estado existe um grande aparato não governamental, ou seja, nossos governantes – que deveriam gerar todo aporte básico à população que os elegeu por meios democráticos – atuam em favor de grandes empresas que os favorecem. Desse

modo, o Governo, na atualidade, deixou de atender à sua finalidade primordial de atenuar o sistema de profunda desigualdade que encontramos e promover os direitos essenciais aos administrados, e passou a agir, paralelamente, em favor do poder privado, acumulando mais riquezas a esse em detrimento dos que, constitucionalmente, deveriam ser tutelados.

Nessa perspectiva, diante de um Estado cada vez mais afastado de sua função e, conseqüentemente da negligência com a qual esse age na garantia dos direitos do seu povo, torna-se difícil a percepção da urgência de uma necessária melhora na gênese do caos carcerário.

Apesar disso, mesmo não constituindo verdadeira solução, vislumbramos no instituto da audiência de custódia um alento ao problema da superlotação prisional, pois visa frear o incessante e abusivo número de presos provisórios.

Ainda, esperamos que a consolidação da audiência de custódia abra portas para o respeito aos direitos listados nos tratados internacionais de direitos humanos e, ademais, conscientize os juízes a não servirem ao maléfico sistema punitivo instalado.

#### 4 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A República Federativa do Brasil passou, entre os anos de 1964 e 1985, pelo período mais obscuro e vazio de sua história, a ditadura militar. No fatídico ano de 1964, com o apoio da sociedade civil, sobretudo das elites empresariais, dos latifundiários e da igreja, os militares, sob a batuta do Coronel Geisel, assumiram o poder após a destituição do, até então, Presidente João Goulart, com o pretexto falacioso de que ele, com as denominadas “reformas de base”, fosse transformar o Brasil num país “comunista”.

Durante esse período, o Brasil viveu um verdadeiro estado de exceção, principalmente após o Ato Institucional nº 5 que recrudescer ainda mais o regime, fechando o Congresso Nacional, cassando direitos políticos de opositores e abolindo direitos dos cidadãos, especialmente os inerentes à tutela da liberdade, como o *habeas corpus*.

Logo em seguida, o país passou por um estágio de redemocratização. Esse processo se consolidou a partir da instauração da Assembleia Nacional Constituinte que resultou na promulgação, no dia 5 de outubro de 1988, da nova Lei Maior Brasileira, apelidada de “Constituição Cidadã”, por prover grande avanço no campo dos direitos sociais.

Apesar de nossa Constituição contemplar, até necessariamente de maneira prolixa, direitos fundamentais, devemos nos ater à evolução constante a que o direito se submete, ou seja, o direito sempre deve acompanhar e garantir os avanços conquistados pela civilização. Dessa forma, além das reformas promovidas pelo legislativo brasileiro, com o ímpeto de ampliar e complementar esse rol, os direitos existentes em outras fontes, mormente em Tratados Internacionais, devem ser incorporados ao ordenamento pátrio.

Como resultado dessa incorporação, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devem servir de paradigma ao direito brasileiro através do Controle de Convencionalidade, explicado nos tópicos subsequentes.

O Tratado, conforme define Francisco Rezek (211, p. 38), “é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. A par disso, no âmbito dos direitos humanos, ao firmar



esse acordo, o Estado compromete-se a promover as garantias previstas no documento aos seus cidadãos.

Tratando-se de fonte extremamente importante de direito, pertinente é o estudo detalhado sobre os Tratados de Direitos Internacionais de Direitos Humanos no Brasil.

#### **4.1 A Incorporação dos Tratados no Direito Brasileiro**

De início, cumpre ressaltar que todas as leis criadas pelo poder legislativo brasileiro, portanto, de origem interna, para que adentrem na esfera do direito produzindo efeitos, devem respeitar todas as formalidades legais consubstanciadas no princípio do devido processo legal legislativo.

No âmbito externo não se foge à regra. Para que um Tratado Internacional se insira no direito brasileiro é imprescindível, ainda que de forma distinta, da observância de um procedimento complexo determinado pelo Estado brasileiro.

Esse procedimento complexo possui, basicamente, as fases de negociação, celebração, apreciação parlamentar, ratificação e promulgação.

A responsabilidade para a concretização desse processo é do Poder Executivo e do Poder legislativo agindo em conluio, como se depreende da junção dos artigos 84, inciso VIII e 49, inciso I, ambos da Constituição Federal. O primeiro assevera que “compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”; e o segundo que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

As etapas de negociação e celebração, dessa feita, ficam a cargo, privativamente, do Chefe do Poder Executivo. Não obstante essa regra, o Presidente da República, costumeiramente, delega essa função ao Ministro das Relações Exteriores ou aos chefes de missões diplomáticas, tornando prescindível sua presença em todas as negociações.

Celebrado o Tratado, esse é encaminhado para aprovação, mediante Decreto Legislativo, no Congresso Nacional. Após o referendo congressional proferido pelo Presidente do Senado, a próxima etapa é a de ratificação expedida pelo Presidente da República, seguida de seu referente depósito.

O ato de ratificar significa o aceite, ou seja, que o Estado se compromete a cumprir o Tratado no plano internacional (PIOVESAN, 2008, p. 47). Ademais, partindo-se de uma praxe brasileira, depois de ratificado, o tratado será promulgado, via decreto presidencial, e publicado no Diário Oficial em respeito ao princípio da publicidade (REZEK, 2011, p. 101-102).

Surge, nesse momento, o questionamento a respeito de quando o tratado se torna parte do direito pátrio.

Nos termos da corrente dualista, posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, majoritária, que entende existir uma ordem jurídica externa e outra interna, para que o Tratado tenha efeito no território brasileiro é necessário a edição de ato normativo nacional – representado no Brasil pelo decreto do Poder Executivo – considerado uma manifestação essencial e insuprimível (PIOVESAN, 2008, p. 88).

Porém, esse entendimento não é uníssono na doutrina brasileira. Para Flávia Piovesan (2008, p. 88), se valendo da teoria monista – onde o Direito Internacional e o direito interno compõem uma mesma ordem jurídica – e embasada pelo artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos possuem aplicação automática e imediata, isto é, no momento da ratificação já produzem efeitos, prescindindo do Decreto Executivo. Entretanto, a mesma autora concorda que, por falta de fundamento constitucional, os tratados que versam sobre assuntos distintos dos direitos humanos só irradiam efeitos após o aludido Decreto, entendendo que o Brasil adotou uma teoria mista.

Ainda, o § 3º, do art. 5º, da Constituição fortalece o entendimento em prol da incorporação automática desses tratados, pois não parece crível que, após todo processo solene e especial de aprovação – com a observância do *quorum* exigido pelo art. 60, § 2º – a sua incorporação fique condicionada a um decreto do Presidente da República (PIOVESAN, 2008, p. 89).

Valério Mazzuoli (2015, p. 399-400), também contrariando a corrente majoritária, leciona:

Para nós a vigência de um tratado no plano interno prescinde do decreto presidencial de promulgação. Ora, a Constituição de 1988 diz competir privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as *leis*, não se referindo aos *tratados* celebrados pelo Brasil. E se a Carta silenciou a respeito, é porque achou desnecessária a promulgação interna do compromisso internacional que, tecnicamente, já começou a vigorar no País - desde que já em vigor no plano internacional - partir da troca ou depósito de seus instrumentos de ratificação. Seria um contrassenso admitir que um Estado seja obrigado a executar um tratado no cenário internacional, desde a sua ratificação, e que esse mesmo tratado não possa ser aplicado internamente por faltar-lhe a promulgação executiva.

Em suma, adotando a de Piovesan e Mazzuoli, entendemos ser totalmente desarrazoado condicionar a incorporação dos tratados de direitos humanos e, por conseguinte, a sua aplicação ao ato emanado pelo Presidente da República. Assim, afim de trazer à baila do Direito Interno, sempre pensando na melhor condição do cidadão tutelado por seus efeitos, os tratados que versem sobre direitos humanos devem ser tidos como inseridos, de forma automática, após a sua ratificação.

#### **4.2 A Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil**

Incorporado à ordem jurídica brasileira, devemos estabelecer qual a posição ocupada hierarquicamente pelos tratados de direitos humanos. Embora importante, trata-se de tema bastante controverso dentro da doutrina e da jurisprudência, passando por algumas mutações ao longo do tempo.

Na jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, até o advento da Constituição de 1988, os tratados, independentemente de seu teor, gozavam o *status* de mera lei ordinária (NOVELINO, 2012, p. 473).

A partir da vigência de nossa Carta Maior, como destaca Bernardo Gonçalves Fagundes (2014, p. 455), à luz do seu artigo 5, § 2, surge uma corrente doutrinária defendendo que os tratados internacionais – sobretudo de direitos humanos – deveriam fazer parte do corpo constitucional. Contudo, o STF, com fundamento na supremacia da Constituição, manteve o posicionamento de que os tratados entram em nosso ordenamento como lei ordinária.

Veja-se, a partir desse entendimento, que a mais alta corte brasileira fechava as portas da Constituição Federal para os direitos providos nos tratados internacionais.

A consequência dessa restrição é que, conferindo o *status* de direito ordinário, o Supremo Tribunal legitimava o descumprimento, por parte do Estado, do tratado e, afrontando a ideia de Estado Constitucional Cooperativo, inviabilizava a tutela dos direitos humanos supranacionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1369).

Ocorre que, em 2004, houve uma grande reforma promovida pela Emenda Constitucional 45, adicionando-se o parágrafo 3º ao texto do artigo 5º da Constituição Federal, com os seguintes dizeres:

Art. 5 [...]

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

Com isso, os tratados comuns seguem pertencendo à classe das leis ordinárias, enquanto os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com a emenda em epígrafe adentrariam no corpo constitucional equivalentes a uma verdadeira emenda.

Em que pese a reforma tenha possibilitado que os tratados gozem, enfim, de *status* constitucional, acabou, de forma infeliz, recrudescendo o rito de incorporação, tornando mais penosa sua aprovação. Ademais, o texto da emenda ignorou completamente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo quórum simples, deixando tormentosa dúvida no tocante ao seu *status* depois de recepcionados, ou seja, se permanecem como lei ordinária ou se passam a ser considerados equivalentes às emendas.

Após toda discussão gerada, esse tema chegou ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343. Nele prosperou a tese defendida por Gilmar Mendes de supralegalidade dos tratados aprovados pelo rito comum, em outras palavras, significa que esses tratados, apesar de não contarem com hierarquia constitucional, não podem ser equiparados às leis ordinárias, sob pena

de subestimar o seu valor, ocupando, portanto, uma posição especial no ordenamento (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1372-1373).

Com esse entendimento proferido pelo STF, restou consolidado na jurisprudência que os tratados internacionais que não tratam de direitos humanos possuem hierarquia infraconstitucional; os tratados de direitos humanos ratificados após a emenda 45/04, aprovados de acordo com o rito do art. 5º, parágrafo 3º (quórum de 3/5 em dois turnos), incorporam-se à Constituição equiparados às emendas; e os tratados de direitos humanos ratificados nos termos do quórum simples vigoram com *status* de supralegalidade.

Embora respeitável, a decisão adotada pelo Supremo ainda encontra relutância. Para parte da doutrina brasileira – posição que entendemos ser a mais acertada – nossa Carta Maior traz em si uma cláusula constitucional aberta admitindo o reconhecimento material de direitos fundamentais não estabelecidos expressamente (em seu corpo) por ela. Em outras palavras, esses direitos seriam implicitamente constitucionais.

Essa cláusula aberta encontra-se no parágrafo 2º, do artigo 5º, que dispõe:

Art. 5º [...]

§ 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.

Em face dessa abertura, a Constituição reconhece a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, na medida em que se associou a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, mostrando que a enumeração desses direitos é meramente exemplificativa, pronta a ser complementada através de outros direitos, por meio de outras fontes, o que demonstra a não tipicidade deles (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 654-655).

Com efeito, a esses direitos é outorgada a mesma importância dos direitos tipicamente constitucionais, como assevera Dirley da Cunha Junior (2011, p. 656):

[...] os direitos materialmente fundamentais, reconhecidos pela cláusula aberta contida no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, sujeitam-se ao mesmo tratamento dispensado aos direitos formalmente fundamentais. Ou seja, os *direitos fundamentais implícitos* (aqueles subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas) e *decorrentes* (aqueles decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição adota) e os *direitos fundamentais previstos na Constituição, mas fora do catálogo e em tratados internacionais* (ou seja, aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) são direitos constitucionais fundamentais, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes: são protegidos pela Constituição; não podem ser abolidos, nem mesmo por emenda constitucional e vinculam imediatamente os poderes públicos, além de desfrutarem de aplicabilidade imediata e servirem de parâmetro obrigatório à atuação estatal.

Nesse sentido, não há que se atribuir *status* constitucional aos tratados de direitos humanos em decorrência do seu rito de recepção, mas de acordo com sua natureza de direito fundamental, ou seja, sua hierarquia independe do processo de sua internalização e o § 3º, do art. 5º, da CF serve, apenas, para permitir o reconhecimento formal desses direitos, como leciona Valério Mazzuoli (2015, p. 928-929):

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja a parte", pois na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui em seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu "bloco de constitucionalidade" e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional [...] o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui status de lei ordinária (ou, que seja, de norma supralegal, como pensa atualmente a maioria dos Ministros do STF) aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida [...] O que se deve entender é que o *quorum* que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia constitucional formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição

No mesmo sentido é a lição de Flávia Piovesan (2008, p. 72):

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Em suma, sejam quais forem os moldes de sua entrada em vigor, no Brasil todos os tratados que discorrem sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, porém, somente os que se adequarem aos ditames implementados pelo artigo 5º, § 3, possuem, de forma suplementar, caráter formalmente constitucional.

Uma vez formalizados, como efeitos principais, os tratados possuem o adicional de reformar a Constituição; não serem passíveis de denúncia, podendo, em caso de descumprimento, o Presidente da república ser responsabilizado; e poderão, ainda, funcionar de paradigma do controle concentrado de constitucionalidade, como veremos em item específico (MAZZUOLI, 2015, p. 930).

Lembrando que o primeiro e, até então, único acordo ratificado pelo Brasil pelo processo qualificado, mediante o Decreto 6949/09, é a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência.

Ainda, cumpre salientar que caso a sua incorporação original tenha sido realizada pelo rito simples, nada impede que o tratado possa ser submetido novamente à aprovação nas casas do Congresso nacional. Após sua aprovação qualificada, o tratado, além de material, se tornará formalmente constitucional, sendo defeso sua reforma pelo poder derivado, nos termos do artigo 60, § 4, inciso IV, da CF.

Portanto, a Constituição Federal brasileira, tendo como base e maior valor a dignidade humana – que guia nossos mandamentos e nossa sociedade – busca alça-la ao patamar de maior eficácia possível, não se fechando aos direitos prescritos em si ou oriundos do poder reformador brasileiro, mas abrindo-se à introdução dos direitos previstos em outros diplomas, notadamente nos tratados internacionais de direitos humanos.

#### **4.3 O Valor Normativo dos Direitos Humanos e o Princípio *Pro Homine***

Como demonstrado acima, há intensa discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Porém, necessário explicitar que

acima de qualquer formalidade, o que deve imperar é a força material dos direitos humanos.

Com a adesão de novos textos legais, podem originar-se alguns conflitos, denominados de antinomia. “A antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto” (TARTUCE, 2016, p. 39).

Como solução para essas antinomias, a doutrina prevê alguns critérios, como o cronológico (lei posterior se sobressai), especialidade (lei especial se sobressai) e hierárquico (lei superior se sobressai).

No âmbito dos direitos humanos, entretanto, nada disso é aplicado. O que importa, em verdade, é o interesse do ser humano, como ensina Nereu Giacomolli (2014, p. 21):

Segundo o art. 4º, II, da CF, os direitos humanos gozam de prevalência sobre os demais, motivo por que, havendo conflito entre a normatividade convencional e a constitucional, aplica-se a norma assecuratória de maior proteção ao direito humano violado [...]. Essa perspectiva se insere, igualmente, no art. 1º, III, da CF, segundo o qual a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República. [...]. Os §§ 2º e 3º do art. 5º da CF também servem de sustentáculo à harmonização das diversas ordens jurídicas protetivas dos direitos fundamentais, de modo que não se trata de opção do julgador, mas de prestação de tutela jurisdicional efetiva.

Nesse sentido, quando houver regras conflitantes, sejam nacionais ou internacionais, deve-se aplicar, para equalizar tal disputa, o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana, ou seja, prevalece sempre aquele que melhor protege o ser humano (COMPARATO, 2010, p. 380).

Esse paradigma hermenêutico obriga à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a considerar a normatividade interna de cada país (no caso *Barbani Duarte e outros vs. Uruguai* (2011), a CIDH considerou a legislação interna do Uruguai), e aos juízes e tribunais a avaliar, além das regras domésticas, a normatividade convencional, aplicando em cada caso concreto, a regra que assegurar maior proteção ao direito fundamental – *pro homine*, ou seja, a norma que o proteger de maneira mais abrangente e intensa, tanto em seu aspecto material quanto processual (GIACOMOLLI, 2014, p. 21).



Assim, pelo princípio *pro homine*, a força normativa dos direitos humanos transcende qualquer regra formal, não importando a hierarquia onde encontra-se tal direito, sendo irrelevante, no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, se sua recepção se deu pelo quorum simples ou qualificado, importando tão-somente a sua essência protetiva de direito fundamental. Reconhece-se, portanto, uma supremacia desses direitos, independentemente de qual norma será sucumbida, mesmo que esta seja a Constituição Federal.

#### **4.4 Controle de Convencionalidade: Por Uma Leitura do Direito Processual Penal Conforme os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

No direito brasileiro, todas as leis infraconstitucionais devem se ater, verticalmente, às diretrizes previstas na Constituição Federal, estabelecida no topo do ordenamento jurídico. Com o objetivo de conferir essa compatibilização, existe o denominado “controle de constitucionalidade”, que pode ocorrer via concentrada ou via difusa.

Vale dizer, entretanto, que como os tratados internacionais de direitos humanos têm, no mínimo, caráter supralegal (posição consolidada pelo STF), sempre se situando acima das leis ordinárias, por uma questão simétrica, essas últimas devem ser consonantes, também, ao que se estabelece nos tratados, isso é, eles traçam novas balizas materiais (direitos humanos) que devem ser atendidos pela norma infralegal.

Assim, sob um prisma de verticalização, as normas constitucionais condicionam as normas supralegais que, por sua vez, condicionam as normas infralegais. O processo que objetiva a compatibilização do direito ordinário ao direito oriundo dos tratados de direitos humanos é chamado de “controle de convencionalidade” e um de seus grandes expoentes é Valério Mazzuoli.

Sobre o controle de convencionalidade, Mazzuoli obtempera (2015, p. 426), nos exatos termos:

No que tange ao controle concentrado de convencionalidade [...] se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao

patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, o que defendemos é ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma infraconstitucional por *inconvenionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um "preceito fundamental" encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundamentadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país.

Nessa trilha, assevera o autor (2015, p. 426-427), que a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) se transformaria em ação direta de inconvenionalidade; a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) seria a ação declaratória de convencionalidade; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) seria utilizada para proteger "preceito fundamental" de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive leis municipais e normas anteriores à data que o dito tratado foi aprovado; e, ainda, seria possível arguir Ação Direta de inconvenionalidade por Omissão (ADO) com o fim de tornar efetiva norma internacional de direitos humanos em vigor no Brasil.

Quanto aos tratados de direitos humanos não recepcionados pela maioria qualificada (sistemática do art. 5º, § 3º, CF), seguindo a lógica do controle difuso de constitucionalidade, serão paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade, ou seja, o controle poderá ser exercido por todos os juízes e tribunais do país, a requerimento das partes ou de ofício, pois, como são materialmente constitucionais, constitui obrigação do Judiciário invalidar leis internas menos benéficas, em respeito ao princípio *pro homine* (MAZZUOLI, 2015, p. 428).

Reconhecendo o contexto histórico onde se originou o nosso Código de Processo Penal, ainda que tenha passado por várias e gigantescas reformas – virando, em verdade, uma colcha de retalhos – é forçoso salientar que ele não se coaduna com o nível de humanidade que deve ser dispendido aos administrados, limitando os direitos desses, tornando-se incabível restringir o direito processual penal ao diploma que carrega seu nome.

Porém, o que se vê é um Judiciário com uma visão fechada, obsoleta, direcionada apenas ao estatuto infraconstitucional, fechando os olhos para uma

universalidade de direitos contidos em outros diplomas, como adverte Nereu Giacomolli (2014, p. 12):

As práticas criminais brasileiras, salvo raras exceções, estão enclausuradas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecendo reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias, bem como pela ausência da capacidade reguladora do direito, encapsulada no tempo.

Precisamos, portanto, de um processo penal menos ordinário e mais atento aos planos constitucional e convencional, como complementa Giacomolli (2014, p. 12):

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

Diante dessa necessária leitura, na atual processualística penal, como trata-se de lei possuidora de *status* ordinário, sempre que existir algum dispositivo em confronto com um tratado internacional de direitos humanos – tanto os supralegais, quanto os constitucionais – é imprescindível a feitura do controle de convencionalidade afim de promover uma atualização do diploma infralegal de modo que se atinja uma simetria perfeita junto aos tratados internacionais de direitos humanos.

#### **4.5 O Pacto de San José da Costa Rica**

Como vimos anteriormente, apesar de não concordarmos, o Supremo Tribunal Federal atribuiu *status* supralegal aos tratados de direitos humanos aprovados antes da emenda constitucional 45/04.

Um desses tratados ratificados pelo Brasil – talvez o mais famoso – entendidos como componente do bloco supralegal é a Convenção Americana dos Direitos Humanos ou, como é mais conhecido, Pacto de San José da Costa Rica.

Tal Convenção é fruto da Organização dos Estados Americanos. De seu preâmbulo, depreende-se que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam de sua nacionalidade, mas da própria condição humana, e que, embora os direitos humanos já encontrassem previsão legal, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, para consolidar esses direitos era necessário ampliar essa proteção, criando um mecanismo de proteção específico para o continente americano, levando em consideração suas particularidades.

Essa Convenção foi assinada no ano de 1969, na cidade de São José, Costa Rica. Contudo, somente entrou em vigor no ano de 1978, no momento em que 11 Estados-membros a aderiram. No Brasil, como vivia-se em tempos de chumbo, não faria diferença sua implementação, pois os próprios direitos internos foram limitados, só ocorrendo sua ratificação no ano de 1992, mediante o Decreto 678.

Sobre o seu conteúdo, segue a explanação de Piovesan (2008, p. 244):

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à o direito de liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro do judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Elementar destacar que é dever do Estado-parte adotar medidas de qualquer natureza necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados, isto é, tem a obrigação de respeitar e assegurar o seu livre e pleno exercício (PIOVESAN, 2008, p. 245).

Um dos direitos previstos na Convenção está no artigo 7.5, é a audiência de custódia, tema de insurgente relevância que será abordado em seus pormenores no próximo capítulo.

## 5 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em que pese o Código de Processo Penal prever a necessidade do crivo judicial para legitimar qualquer prisão, tal regramento, como encontra-se desprovido de contraditório, mostra-se insuficiente se tido em confronto com Tratados de Direitos Humanos, como demonstrado, a seguir, por Rosa e Lopes Jr. (2015, p. 21):

Em diversos julgados a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado que o controle judicial imediato – que proporciona a Audiência de Custódia – é um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, pois corresponde ao julgador “*garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando estritamente necessária, e procurar, em geral que se trate o cidadão de maneira coerente com a presunção de inocência*”, conforme julgado do caso Acosta Calderón contra o Equador [...] Nesta linha, o artigo 306 do Código de Processo Penal que estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para a homologação ou relaxamento, não são suficientes para dar conta do nível de exigência convencional.

Com vistas a sanar essa lacuna jurídica do CPP e proporcionar esse controle imediato, existe o instituto da Audiência de custódia. Sobre seu conceito, segue a colocação de Caio Paiva (2015, p. 31):

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia, consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre Ministério Público e a Defesa, exercer um controle da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas a pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.

A mecânica procedimental da audiência de custódia, em síntese trazida por Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa (2015, p. 25), possui os seguintes atos:

1) A prisão é legal, isto é, era hipótese de flagrante (CPP, art. 302, 303)? 2) Se não, relaxa-se; 2.1.) Relaxada a prisão o Ministério Público pode requerer a prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares; 3) Sustentando-se as razões do flagrante; 3.1.) O Ministério Público se manifesta pelo requerimento da prisão preventiva ou aplicação de cautelares ou acolhe as razões formuladas eventualmente pela autoridade policial; 3.2) A defesa se

manifesta sobre os pedidos formulados pelo Ministério Público. Se não houve pedido por parte do Ministério Público, o juiz não pode decretá-lo de ofício, já que não existe processo (CPP, art. 311, vale conferir a redação); 4) O magistrado decide – fundamentadamente – sobre a aplicação das medidas cautelares diversas ou, sendo elas insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva

Seguindo o rito alhures, há uma maior proteção à integridade física da pessoa e, também, propicia ao sujeito utilizar-se de meios mais idôneos para evitar o cárcere temporário, como a oportunidade de demonstrar suas razões pessoalmente e por meio de um profissional da advocacia, promovendo um verdadeiro devido processo legal substancial, pois o coloca em pé de igualdade com o Poder Público. Ainda, possibilita ao magistrado proferir a decisão mais qualificada possível ao caso concreto.

A audiência de custódia, com isso, proporciona uma relação pessoal entre juiz e acusado, ou seja, o pedaço de papel – o auto de prisão em flagrante – se transforma em uma pessoa, permitindo uma análise mais pormenorizada sobre o fato ocorrido. E isso é de suma importância, pois, não raro, vemos notícias sobre crimes de cunho sensacionalista que demonizam o acusado, nos levando a formar nossa própria decisão com base nessas afirmações, passando ao largo de qualquer fonte racional.

Nesse sentido dissertam Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Jr. (2015, p. 17):

Não raras vezes a notícia de um crime nos assusta e joga com nosso imaginário. Se somos humanos, ao lermos um auto de prisão em flagrante ou uma denúncia descrevendo, por exemplo, a conduta de Paulo K., consistente em ter entrado numa casa, pela madrugada, para o fim de subtrair bens e, no seu percurso, ter sido flagrado pela moradora, senhora idosa, a qual desferiu dois tiros, sem que tivesse morrido, fugindo, na sequência do local do crime e, depois, preso pela polícia, teríamos que preencher as lacunas. Não lembraríamos de um rosto doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si os atributos do mal. Essa conduta humana (preencher os espaços desprovidos de informação) cria o que se denomina de efeito *priming*, ou seja, o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido.

Com isso, “não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto” (ROSA; LOPES JR., 2015, p. 17). A partir dessa humanização, o acusado poderá fornecer detalhes essenciais para ilidir qualquer dúvida que tenha o juiz, não restando espaço para esse preencher qualquer lacuna.

## **5.1 Previsão Normativa Externa e Interna**

A audiência de custódia encontra previsão legal em diferentes Diplomas Internacionais de Direitos Humanos.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos ela é encontrada no artigo 7.5 ao prever que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais [...]”. Já o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 9.3, revela que “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 [...]”.

No Brasil, entretanto, não existe nenhuma previsão legal advinda do nosso legislativo que verse sobre a audiência de custódia e sua efetivação. Contudo, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados são incorporados e perfeitamente eficazes no direito interno, não obstante, essa desídia legislativa, a sua realização. Nos atentando, por exemplo, à Convenção Americana de Direitos Humanos, essa encontra-se vigente no Brasil desde o Decreto 678/1992, obrigando nosso Estado a cumprir todos os seus termos.

Esses Tratados incorporados que versam sobre matérias de Direitos Humanos, como já apontado (ver item 4.2), são tidos pelo Supremo Tribunal Federal como supralegais – como o Pacto de San José da Costa Rica – exceto os aprovados de acordo com o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal que desfrutam de caráter constitucional, logo, ambos estão acima da lei ordinária, devendo essa ser serviente aos anteriores.

Dessa forma, o direito de o acusado ser apresentado perante um Juiz, em prazo exíguo, portanto, não é nenhuma novidade legislativa, ocorre que simplesmente não era aplicada, mas a regra é perfeitamente válida do jogo processual penal (ROSA; LOPES JR., 2015, p. 19).

Atento a isso, visando efetivar a audiência de custódia no direito brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça, a implementaram, através do Provimento Conjunto 3/2015, alinhando o processo penal brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos (ROSA; LOPES JR, 2015, p. 20).

Após, através de sua resolução nº 213, o Conselho Nacional de Justiça dispôs que toda pessoa presa em flagrante delito, a partir de 1º de fevereiro de 2016, deve ser obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente.

Embora louvável a iniciativa, essa regulamentação, na opinião de Rômulo de Andrade Moreira (2015), avançou de forma demasiada, pois tratou de matéria processual penal em sede de resolução, o que é, por óbvio, vedado, tornando a resolução formalmente inconstitucional, pois nos termos do art. 22 da Constituição Federal, a competência legislativa para tanto é da União.

Disso resultou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP, oferecida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). No julgamento da ADIn, o STF, conforme o informativo de jurisprudência nº 795, julgou o pedido improcedente, entendendo que não há nenhuma extrapolação, por parte do CNJ e do TJ/SP, do conteúdo já previsto na Convenção Internacional – que tem *status* supralegal – e do próprio Código de Processo Penal, sendo a ação absolutamente condizente com as referidas normas.

Além da iniciativa do CNJ, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 554/11, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, cuja redação original dispõe:

Art. 306. [...]

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as



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

O que vemos, diante desse cenário, é que em decorrência da inércia do Poder Legislativo na aprovação do Projeto de Lei nº 554/2011, o CNJ e os Estados tomaram uma iniciativa de forma independente implementando as audiências de custódia, realizando o devido controle de convencionalidade.

## **5.2 Objetivos da Audiência de Custódia**

Não é novidade que o sistema penal brasileiro é falho, como já abordado no presente trabalho. Dentre as falhas estão a falta de consonância com os Tratados internacionais de Direitos Humanos, o grande número prisões cautelares infundadas e a condição sub-humana a que são submetidos os encarcerados.

A audiência de custódia, embora não seja a solução para todos esses males, é um grandioso passo para que haja melhorias sistêmicas no sistema punitivo pátrio, notadamente em relação aos problemas elencados.

Caio Paiva (2015, p. 34) adverte que a função elementar da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o nosso direito processo penal aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, pois pouca ou nenhuma importância esses teriam se cada país dispusesse de margem de apreciação a respeito da utilidade dos direitos e garantias constantes nos Tratados a que aderiram.

Por isso dizemos que seria um grande passo, talvez o primeiro, para que, com toda essa discussão a respeito desse importante instituto, caíssemos na realidade sobre o cenário desumano em que encontramos nossos presos, visando, cada vez mais, buscar inspiração nos Direitos Humanos em qualquer ramo do direito, mas, principalmente, quando o assunto em pauta é punição.

Sobre mais uma finalidade da audiência de custódia, nos ensina Paiva (2015, p. 35):

Outra finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade

peçoas das peçoas privadas de liberdade. Assim, prevê o art. 5.2 da CADH que *“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda peçoas privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”*. [...] Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a apresentação imediata ao juiz *“é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”* [...]

Da mesma forma, a finalidade de agir na prevenção da tortura policial, também foi destacada pela Comissão Nacional da Verdade, cujo relatório final recomendou, dentre outras medidas, a criação da audiência de custódia no nosso ordenamento, para garantir a apresentação do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após a prisão em flagrante, em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (PAIVA, 2015, p. 36).

Infelizmente, no Brasil, esses abusos são corriqueiros no âmbito das ações policiais, sobretudo quando o oprimido é negro, pobre, periférico ou LGBTT, pois suas vozes não ecoam nos três poderes públicos.

O último objetivo da audiência de custódia que elencamos é o de coibir prisões arbitrárias e ilegais e a superlotação carcerária, que conta com mais de 40% de presos provisórios. Como afirma Lima (2015, p. 928), o contato próximo com o preso permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições de fazer a triagem daqueles que efetivamente devem ser mantidos presos.

Essa eficácia da audiência de custódia é demonstrada por Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 928):

Só para que se tenha uma ideia da importância desse contato entre juiz e o preso em flagrante, no primeiro dia de atividades do projeto responsável pela implantação da audiência de custódia na comarca de São Paulo, dos 25 (vinte e cinco) indivíduos presos em flagrante apresentados, 17 (dezesete) foram beneficiados com a liberdade provisória, ao passo que somente 8 (oito) tiveram o flagrante convertido em prisão cautelar. Fosse a convalidação realizada sem a audiência de custódia, não temos dúvida em afirmar que a proporção seria inversa.

Aliás, a audiência de custódia contribui para a prevenção de desaparecimentos forçados e execuções sumárias, motivo que levou a Corte Interamericana a analisar, pela primeira vez, o direito à apresentação imediata à

autoridade judicial, no caso *Velásquez Rodrigues vs. Honduras*, no ano de 1988 (PAIVA, 2015, p. 40).

Importante instar novamente que nenhuma valia terá a audiência de custódia enquanto o Poder Judiciário mantiver seu ímpeto encarcerador, pois só com a transformação deste é que se tornará efetivo o instituto e, por conseguinte, lograremos êxito à redução do lamentável contingente prisional.

### **5.3 Questões Faltantes de Regulamentação**

Como vimos, a audiência de custódia está plenamente em vigor no Brasil desde 1992. Todavia, existem questões que provocam uma interpretação aberta de seu conteúdo, o que demanda uma legislação interna para produzir uma interpretação simétrica entre todos os entes federativos.

Passamos, então, a enfrentar essas questões que podem provocar certa insegurança jurídica quanto da aplicação da audiência de custódia.

#### **5.3.1 O termo “sem demora” e a jurisprudência internacional**

A Convenção Americana de Direitos Humanos faz o uso da expressão “sem demora” para aferir o tempo em que o preso deve ser apresentado à autoridade judicial. A partir dessa vagueza terminológica, não é possível compreender exatamente qual o lapso temporal deve ser entendido como inaceitável e, portanto, considerado como constrangimento ilegal.

Visando dirimir essa dúvida, colocando critérios objetivos para a aferição cronológica, nos socorremos à jurisprudência internacional.

Tendo como base a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, Miguel Ángel Encinar del Pozo afirma existir alguns critérios. Pelo primeiro, a Corte geralmente considera violador o prazo da detenção que excede o legalmente previsto no direito interno; no segundo, a Corte costuma julgar com severidade a detenção sem apresentação quando se prolonga por período de 4 dias ou mais; pelo

terceiro e último critério, a Corte não costuma aceitar como justificção para o prolongamento do prazo da detenção o fato de se tratar de luta contra o terrorismo ou de as investigações policiais não terem terminado (BADARÓ, 2015).

De outro turno, no âmbito americano, como adverte Aury Lopes Jr. (2017, p. 621), a Corte Interamericana já reconheceu a violação de tal garantia quando o detido foi apresentado nos lapsos de quatro dias após a prisão – caso Chaparro Alvarez contra Equador – ou cinco dias após – Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores contra México.

No Brasil, levando-se em consideração o disposto no artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal que determina que o auto de prisão em flagrante seja remetido à autoridade judiciária competente para a convalidação da prisão, a tendência é que haja a consolidação desse prazo também para a realização da audiência de custódia, bastando, para se chegar a essa conclusão, a realização de uma interpretação interdisciplinar entre ambos dispositivos legais.

Ora, não teria o menor nexa a autoridade policial remeter o auto de prisão em flagrante ao magistrado para que exerça o competente crivo, como orienta a lei ordinária, postergando a audiência de custódia para outro momento. Se assim fosse permitido, quando da ocasião da audiência, o acusado já se encontraria no cárcere ou o juiz já teria formada a sua decisão.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, por força de sua resolução nº 213, já estabeleceu esse prazo de 24 horas, mesma linha seguida pelo Projeto de Lei nº 544/2011.

### **5.3.2 Autoridade responsável pela presidência da audiência**

A Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve que o preso será levado “à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Dúvida não há no que concerne sobre a legitimidade da autoridade judiciária em presidir a audiência de custódia. Entretanto, resta saber quem seria a

outra autoridade designada a exercer as funções judiciais e se, poderiam ser enquadrados nessa expressão, por exemplo, os Delegados de Polícia Judiciária.

Francisco Sannini Neto e Henrique Hoffmann Monteiro de Castro (2016) entendem ser perfeitamente plausível a realização da audiência de custódia pelo Delegado de Polícia, justificando que o Tratado, de maneira sábia e proposital, não outorgou exclusivamente a presidência da audiência de custódia ao magistrado por tem ciência da dificuldade que enfrentaria o Judiciário para analisar imediatamente a legalidade das prisões.

Continuam os autores dizendo que nosso ordenamento nunca violou a Convenção, vez que toda pessoa presa é apresentada ao Delegado de Polícia (art. 304), responsável pela primeira análise da legalidade da prisão e da observância de direitos fundamentais, cabendo ao juiz a realização de um segundo filtro, num sistema de dupla cautelaridade (2016).

Reafirmando a tese acima, o Desembargador Guilherme de Souza Nucci, em julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*habeas corpus* nº 2016152-70.2015.8.26.0000), entendeu que essa outra autoridade autorizada por lei, é o Delegado de Polícia, *in verbis*:

Quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o artigo 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a. Esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, in concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante.

Em que pese a respeitável opinião trazida pelos autores mencionados, ousamos discordá-la.

Aury Lopes Jr. (2017, p. 621), adverte que a autoridade policial não tem suficiência convencional, isto é, no modelo brasileiro, o Delegado não tem propriamente “funções judiciais”.

Na mesma linha é a compreensão de Caio Paiva (2015, p. 47):

A discussão não tem muito sentido no Brasil. Se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e de repressão a prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, poder para fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade. Justamente por esta razão é que a Corte Interamericana interpreta o art. 7.5 da CADH em conjunto com o art. 8.1 da mesma Convenção, que assegura o direito de toda pessoa de “ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial (...)”.

Dessa forma, a alegação de que o Delegado de Polícia seria essa outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta, já que a polícia judiciária não é um órgão do Poder Judiciário, mas do Poder Executivo, razão pela qual a Audiência de Custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a prisão – o delegado lavra e o juiz controla. (ROSA; LOPES JR, 2015, p. 24).

Assim, em arremate, como a audiência de custódia visa proporcionar um grau de esclarecimento maior sobre o fato ocorrido e de maior participação do preso, já que garante sua presença física diante do prolator da decisão sobre a sua prisão, por óbvio que ela deve ser realizada diante da autoridade que tem os poderes de decidir sobre ela – o juiz de direito.

### **5.3.3 Âmbito de aplicação**

Outra questão que merece análise é o âmbito de aplicação da audiência de custódia. Sendo mais objetivo, é preciso responder se a audiência de custódia poderá ser realizada diante das prisões temporária e preventiva.

Cleber Masson e Vinícius Marçal (2016) entendem que a audiência de custódia realizada em razão do mandado de prisão temporária, preventiva ou definitiva é compatível com o “escopo protetivo”, mas não “meritório”, ou seja, os pedidos de relaxamento e revogação da prisão por mandado ou a sua conversão em medida cautelar diversa da segregação da liberdade, devem ser indeferidos.

Em complemento, os referidos autores (2016) entendem desarrazoado o fato de um mesmo juiz, reconhecendo o “perigo da liberdade” do sujeito da medida,

decretar a competente prisão e depois revogar sua própria decisão tão logo cumprida a ordem, entendimento estendido nas hipóteses de juízes diferentes.

Diametralmente oposta é a posição de Caio Paiva (2015, p. 84-85), entendendo que os Tratados que cuidam da audiência de custódia não preveem nenhuma restrição à prática da audiência de custódia somente na prisão em flagrante, o que legitima sua realização no âmbito das prisões temporárias e preventivas, tendo uma finalidade prospectiva, voltada para o futuro, para verificar a necessidade da prisão e os fundamentos que ensejaram sua decretação.

Entendemos, portanto, perfeitamente possível a aplicação do ato em todas as prisões cautelares, pois a ideia da referida audiência é a elucidação do magistrado sobre a necessidade ou não da prisão, o que se dará de maneira mais apurada a partir da presença do acusado, da mesma forma que respaldamos sua realização na prisão em flagrante.

#### **5.3.4 A possibilidade ou não da realização por videoconferência**

A Convenção Americana de Direitos Humanos profere os seguintes dizeres: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”.

Diante dessa afirmativa, é forçoso concluirmos pela inconveniência da realização da audiência de custódia por qualquer meio que não o presencial, não restando mínima dúvida terminológica sobre a questão, sendo obrigatória a apresentação física do preso à presença do juiz.

Esse também é o posicionamento de Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Jr. (2015, p. 24):

Substituir a apresentação pessoal por uma oitiva por videoconferência é coisificar o preso e inseri-lo no regime asséptico, artificial e distanciado do online, matando ainda a possibilidade de controle dos eventuais abusos praticados no momento da prisão ou da lavratura do auto.

Por fim, apesar de facilitar os administradores da justiça na realização da audiência de custódia, a finalidade da Convenção é proporcionar um encontro humanizado entre preso e a autoridade judiciária, provocando um “olho no olho” entre eles, o que não aconteceria na hipótese da realização do ato por qualquer meio que não atente a essa pessoalidade.

### **5.3.5 Consequência da não realização da audiência de custódia**

Há uma discussão intensa sobre a consequência que acarretará a não realização da audiência de custódia que, é imperioso reforçar, encontra-se perfeitamente em vigor e possui aplicação obrigatória na esfera nacional.

No âmbito do Direito Penal, no estudo sobre tipicidade, consta que essa, sob um aspecto formal, é compreendida como a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato do tipo penal incriminador. No campo Processual Penal, o estudo da tipicidade também se revela de fundamental importância, correspondendo à ideia de que o ato processual deve ser praticado em consonância com a Constituição Federal e com as leis processuais, assegurando um processo penal justo e condizente com o devido processo legal. (LIMA, 2015, p. 1555).

Nesse sentido, o ato praticado em conformidade com o paradigma legal e constitucional é considerado “ato típico”, à medida em que se dá o nome de “ato atípico” àquele praticado em descompasso com as normas estabelecidas (BONFIM, 2012, p. 710).

Visando a efetividade das normas procedimentais, orienta Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 1556) que:

[...] o Estado precisa dispor de instrumento coercitivo para obrigar os sujeitos do processo a praticar os atos processuais conforme o modelo previsto na legislação ordinária e na Constituição Federal. De fato [...] de nada adiantaria a lei prever a formulação de perguntas pelas partes diretamente às testemunhas, tal qual disposto no art. 212, *caput*, do CPP, se nada fosse feito para compelir as partes a agir dessa forma. De nada adiantaria a lei prever que o juiz deve formular suas perguntas ao final da colheita da prova testemunhal, de modo a complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos (CPP, art. 212, parágrafo único), se não houvesse nenhuma sanção cominada à inobservância do modelo típico.



Assim, quando o ato é realizado em descumprimento das regras processuais componentes do devido processo legal, é necessário o reconhecimento de sua nulidade, buscando a imperatividade procedimental.

A partir disso, precisa-se estabelecer qual é a sanção mais adequada para o caso do descumprimento da realização da audiência de custódia.

Entendemos que seria o caso do reconhecimento de uma nulidade absoluta, pois, como ensina Paulo Rangel (2015, p. 942-943), “o defeito do ato, o vício que o inquina é tão grave que não admite sanatória”. Ou seja, na nulidade absoluta a gravidade da atipicidade processual conduz à anulação do ato, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição (LOPES JR., 2012, p. 1124-1125).

Esse é o entendimento delineado por Caio Paiva (2015, p. 89) que enfatiza que a não realização da audiência de custódia configura, conseqüentemente, o seu relaxamento, nos termos do artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, tratando-se de uma etapa procedimental de observância obrigatória para a legalidade da prisão.

Ademais, além de violar a regra procedimental que estabelece a audiência de custódia, sua não realização afronta o princípio constitucional do contraditório, pois este foi reduzido à um pedaço de papel. Há, dessa forma, um ato inconvençional e inconstitucional.

Entretanto, alguns Tribunais, no âmbito de *habeas corpus* impetrados pelas Defensorias Públicas por todo o país, não têm reconhecido essa ilegalidade, mas determinado que a audiência seja realizada, desprezando o fato de que a audiência de custódia consiste em etapa procedimental indispensável à legalidade da prisão e, também, reduzindo sua capacidade, pois o juiz a realizaria sem espontaneidade para analisar as teses de liberdade apresentadas pela defesa (PAIVA, 2015, p. 89).

Com efeito, caso a audiência de custódia seja violada, não há outra solução plausível que não seja a revogação da reprimenda cautelar decretada de forma inconvençional, não impedindo, todavia, que o *Parquet* solicite a fixação de uma cautelar em um momento posterior, desde que preenchidos os requisitos dispostos na lei.

### 5.3.6 Atuação do juiz e o conteúdo da audiência de custódia

Imperioso, também, definir qual é o conteúdo que será objeto de avaliação realizada pela autoridade judiciária na audiência de custódia, para que essa decida, nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, pelo relaxamento ou não do flagrante, pela liberdade provisória, pela decretação da prisão preventiva ou de medida cautelar diversa dessa.

Para Aury Lopes Jr. (2017, p. 623) a audiência de custódia não se presta a uma análise meritória (autoria e materialidade), matéria reservada para eventual processo de conhecimento, limitando-se a permitir uma análise apenas da legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, bem como decidir por uma das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no artigo 319 do CPP.

Para o autor citado acima, portanto, a audiência de custódia possui um conteúdo restritivo, não permitindo ao magistrado uma análise mais ampla do caso concreto.

Sob outro prisma, Caio Paiva (2016) admite uma análise sobre o conteúdo de mérito no âmbito da audiência de custódia. Vejamos alguns argumentos: primeiro, o autor salienta não existir nenhum limite cognitivo nos tratados internacionais de direitos humanos e na legislação processual penal de outros países; segundo, antecipar o interrogatório não seria nenhum retrocesso, pois o preso estará acompanhado de defesa técnica e, principalmente, porque esse interrogatório é limitado ao contexto flagrancial, estando sujeito à ratificação ou retificação em juízo dada a sua provisoriedade. O autor, ainda neste ponto, mostra a incongruência de se admitir que a pessoa adentre no mérito do caso quando é ouvida na lavratura do auto sem a presença de defesa técnica, ao passo que censura essa possibilidade na audiência que contém todas as partes da relação processual; terceiro, é equivocado negar o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois, a partir da judicialização do auto de prisão em flagrante, a prisão adquire a natureza de ato processual, incidindo as garantias avançadas, não podendo ser considerada como ato ou instrumento de investigação, embora realizada como regra na fase investigativa.

Ainda, complementa Caio Paiva (2016) que:

O CPP estabelece que o juiz deve conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato amparado por excludente de ilicitude (artigo 310, parágrafo único), assentando, ainda, que em nenhum caso se admitirá a decretação de prisão preventiva se presente este cenário (artigo 314). Ora, como influenciar o julgador no convencimento sobre essas questões sem entrar no mérito do caso penal?

Nessa situação – crime praticado abarcado por alguma excludente de ilicitude – é inevitável e forçosa a análise judicial do mérito no caso *in concreto*, pois seria absolutamente desarrazoado o juiz se ater, por exemplo, ao fato do preso não possuir residência fixa (morador de rua itinerante), decretando sua prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal – argumento bastante utilizado como fundamento – posto que, tratando-se de uma excludente de ilicitude, a probabilidade de absolvição é gigantesca.

Seria absurda, portanto, a decretação da prisão preventiva de alguém que, provavelmente, não cumprirá pena privativa de liberdade, pela pura e simples razão de ser desfeito ao juiz a análise do mérito na audiência de custódia, constituindo-se em verdadeira pena, pois, diante de uma justiça vagarosa, não raro vemos prisões cautelares perdurarem períodos abusivos.

Ademais, nesse ínterim, a atuação do juiz deve ser de uma autoridade comprometida com a proposta levantada pela audiência de custódia, ou seja, o juiz deve tomar uma atitude que faça valer a finalidade de tal instrumento garantista, consolidando sua eficácia material.

Agindo com esse afincamento, aproveitando o contato pessoal proporcionado pela audiência de custódia, o juiz deve verificar qualquer tipo de violência policial sofrida pelo preso no momento da apreensão, deixando-o à vontade e seguro para relatá-las. Também, o magistrado deve se atentar para o fato da excepcionalidade do cárcere preventivo, isto é, se for o caso de aplicação de alguma reprimenda cautelar, ele deve fazer um processo mental verificando a eficácia de cada opção que lhe cabe, sempre começando pela medida mais branda até a medida mais gravosa.

Nessa esteira, com a devida consciência da fundamentalidade da audiência de custódia e seguindo suas diretrizes, não corremos o risco de vermos um instituto de imensurável importância ser reduzido à uma simples formalidade legal que, apesar de ser observada, resta esvaziada de conteúdo.

## 7 CONCLUSÃO

Ao decorrer do estudo realizado, buscou-se desenvolver um profundo exame pertinente à audiência de custódia, projetando sua aplicação para o âmbito interno, provocando uma reflexão acerca do abusivo número de prisões provisórias decretadas e à obrigatória observação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil.

Em um primeiro momento, não sem antes estudar a gênese da espécie normativa princípio, buscou-se abordar a Principiologia pertinente à aplicação das prisões provisórias, discorrendo da importância de cada princípio em garantir ao ser humano um devido processo legal formal e material, especialmente a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência.

Por conseguinte, foram tecidas considerações acerca das prisões provisórias em espécie previstas na ordem jurídica brasileira – prisão temporária, prisão preventiva e prisão em flagrante. Restou demonstrado que, apesar de passíveis de aplicação, elas devem ser reservadas como última *ratio*, privilegiando o princípio da presunção de inocência. Ainda, foi apresentado, através de números, o panorama atual do encarceramento brasileiro, revelando que a prisão não é tratada como excepcionalidade no plano nacional.

A posteriori, no terceiro capítulo, a explanação versou sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e controle de convencionalidade. Aqui, examinou-se a respeito do procedimento de incorporação desses Tratados e seu *Status* hierárquico de supralegalidade quando aprovados pelo rito antecedente à Emenda 45, estabelecido pelo STF – embora a doutrina apresentada defenda, com muita maestria, o *status* constitucional material, devido a cláusula aberta contida no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal – no direito brasileiro. Trouxe, ademais, a constatação de que, independentemente de qualquer regra formal hierárquica, diante do princípio *pro homine*, toda norma mais benéfica ao ser humano deve ser aplicada ao caso concreto. Por fim, esmiuçou-se a respeito da necessária feitura do controle de convencionalidade, que segue a mesma lógica do controle de constitucionalidade, onde, dada a hierarquia superior dos Tratados de Direitos Humanos – supralegal ou

constitucional – a lei processual ordinária deve corresponder as direções neles inseridos.

No quarto e último capítulo, foi explorado o instituto da audiência de custódia que, apesar de não encontrar regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, está positivada, em especial, na Convenção Americana de Direitos Humanos. Destarte a ausência de regramento, haja vista sua previsão em Tratado aprovado pelo Brasil, a audiência de custódia possui plena aplicabilidade, estabelecendo um novo paradigma material a ser respeitado pela lei ordinária, exigindo-se um controle de convencionalidade para a efetivação desse direito.

Contudo, em que pese a plena aplicabilidade, a falta de uma regulamentação apropriada, como restou demonstrado na análise de algumas questões específicas acerca da sua aplicação, mesmo diante da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça na sua promoção, é necessário que a PLS 554/11 seja aprovada o mais rápido possível, com o objetivo de alterar o artigo 306, do Código de Processo Penal.

Não obstante a consolidação formal da audiência de custódia, como já lastreado no presente trabalho, o Poder Judiciário deve assumir o compromisso de mudar sua mentalidade punitivista, projetando uma verdadeira eficácia material do nobre instituto analisado, combatendo o abuso policial e alavancando a dignidade humana e a presunção de inocência, atenuando o sistema exclusivo resultante da alta desigualdade social enraizada no Brasil.

**BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BIANCHINI, Alice. et al. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 554/2011. Senado Federal**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir**. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo penal no limite**. 1.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?**, 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>. Acesso em 30 de abril de 2017.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Resolução 213 do CNJ e as Audiências de Custódia**, 2016. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/294688197/a-resolucao-213-do-cnj-e-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em 18 de abril de 2017.



NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>>. Acesso em 28 de abril de 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

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

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

\_\_\_\_\_. **Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. Acesso em 7 de maio de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. **Processo penal**, volume 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Debate sobre ponderação no Novo CPC e os perigos do decisionismo**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.