



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG**

FACULDADE DE DIREITO - FADIR

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**Audiência de Custódia: a superação da “fronteira do papel”**

Raquel de Magalhães Loureiro

Rio Grande

2016

**RAQUEL DE MAGALHÃES LOUREIRO**

**Audiência de Custódia: a superação da “fronteira do papel”**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Salah H. Khaled Jr.

Rio Grande

2016

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito necessário para  
obtenção de título de Bacharel em Direito.

---

**RAQUEL DE MAGALHÃES LOUREIRO**

Apresentado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

---

Orientador Prof. Doutor Salah H. Khaled Jr.

---

1º Examinador: Otávio Pontes Corrêa

---

2º Examinador: Ignácio Nunes Fernandes

---

Coordenador Prof. Doutor Anderson Lobato

À memória de Eduardo, meu amado pai,  
exemplo de força e determinação, que me  
ensinou, dentre tantas coisas, a sempre  
lutar por meus objetivos.

À minha amada mãe Mariângela, exemplo  
de superação, companheira de todas as  
horas, por toda paciência e dedicação.

*“Dos nossos medos nascem as nossas coragens, e em nossas dúvidas, vivem as nossas certezas. Os sonhos anunciam outra realidade possível, e os delírios outra razão. Nos descaminhos esperam-nos surpresas, porque é preciso perder-se para voltar a encontrar-se.”*

Eduardo Galeano

## RESUMO

O presente estudo busca realizar uma análise acerca da audiência de custódia, que consiste na garantia da apresentação de toda a pessoa presa em flagrante a uma autoridade judiciária, sem demora, para que a prisão seja analisada sob o aspecto de sua legalidade, adequação e necessidade, e também seja verificada a ocorrência de tortura ou maus-tratos à pessoa detida. Ela está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil no ano de 1992. Entretanto, ainda não foi implementada em nosso ordenamento jurídico interno, o que representa um desrespeito às normativas emanadas pelo Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos e à própria Constituição Federal de 1988. Na sistemática do Código de Processo Penal brasileiro vigente, o juiz realiza a análise em torno da prisão, ou da aplicação de outra medida cautelar, através do auto de prisão em flagrante, sem qualquer contato com a pessoa detida. Objetiva-se demonstrar que a adoção da audiência de custódia é fundamental para a busca de uma humanização do processo penal brasileiro, no sentido de assegurar os direitos fundamentais do acusado, e que poderá, além disso, representar um instrumento eficaz no combate de inúmeros problemas do sistema penal brasileiro, em especial o da banalização do uso da prisão provisória. Para tanto, este trabalho será contextualizado sob um olhar constitucional, a partir do qual o processo penal se revela um instrumento de contenção do poder punitivo estatal, resguardando os direitos fundamentais assegurados por nosso Estado Democrático de Direito, fundados, sobretudo, no valor da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Direitos Humanos. Prisão Preventiva. Audiência de Custódia.

## ABSTRACT

The present study intends to perform an analysis about custody hearing, that consist, basically, in the arrested person's right to a prompt meeting with a judicial authority to examine the arrest under the aspect of its legality, adequacy and necessity, and also, verify the occurrence of torture or mistreatment toward the detainee. The custody hearing is provided by the American Convention on Human Rights (Pacto de San José da Costa Rica) and by the International Pact on Civil and Political Rights, both ratified by Brazil in 1992. However, it hasn't yet been implemented in our domestic judicial ordainment, which represents a disrespect to the International Protection of Human Rights rules, and to the Federal Constitution of 1988. In the current criminal procedural systematic, the judge performs the analysis of the arrest, or the application of another precautionary measure, without any contact with the detained. This study is intended to demonstrate that the adoption of the measure is fundamental to achieve a humanization of the Brazilian criminal procedure, ensuring the fundamental rights of the indictee, and also, that it can be an effective tool for combating various issues revolving around the Brazilian penal system, especially the problem of trivializing the use of pre-trial detention. Therefore, this work is contextualized in a constitutional vision, from which the criminal procedure is a punitive power restriction, regarding the fundamental rights assured by our Democratic Rule of Law, founded, above all, in the value of human dignity.

**Keywords:** Criminal Procedure. Human Rights. Pre-trial detention. Custody Hearing.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – Artigo

APF – Auto de prisão em flagrante

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CPP – Código de Processo Penal

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. Processo Penal e Estado Democrático De Direito .....</b>	<b>11</b>
1.1 O processo penal como instrumento de contenção do poder punitivo .....	11
1.2 Sistema Acusatório .....	17
1.2.1 Princípio da Presunção de Inocência .....	24
1.2.2 Princípio do Contraditório .....	26
<b>2. Dignidade da Pessoa Humana e Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos .....</b>	<b>27</b>
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
2.2 Desenvolvimento do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos ...	32
2.3 A convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.....	36
<b>3. Prisão Cautelar e situação carcerária do Brasil .....</b>	<b>42</b>
3.1 Considerações gerais acerca das prisões cautelares.....	42
3.2 Prisão em flagrante .....	47
3.3 Banalização do uso da Prisão Preventiva.....	52
3.4 A superlotação e a situação carcerária do Brasil .....	57
<b>4. Audiência de Custódia.....</b>	<b>60</b>
4.1 Conceito e previsão normativa.....	60
4.2 Tentativas de implementação da audiência de custódia no Brasil.....	63
4.2.1 Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. ....	63
4.2.2 Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 .....	65
4.2.3 Projeto Audiência de Custódia – Conselho Nacional de Justiça .....	66
4.3 Dinâmica processual da audiência de custódia .....	68

4.3.1. Prazo de apresentação do preso .....	70
4.3.2. Autoridade a quem o preso deve ser apresentado .....	71
4.3.3. Objeto da oitiva do preso .....	73
4.4 Finalidades .....	72
4.4.1 Superação da “fronteira do papel” - evitar prisões ilegais, arbitrárias e desnecessárias .....	72
4.4.2 Prevenção contra violência policial .....	76
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>77</b>
<b>Referências</b> .....	<b>79</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo realizar um estudo acerca da audiência de custódia, apresentando suas definições, finalidades, previsões normativas, bem como as tentativas de sua implementação no Brasil. A audiência de custódia consiste, basicamente, no encontro de toda pessoa presa em flagrante com um juiz, para que seja analisada a legalidade e a necessidade de se converter a prisão em preventiva, ou a aplicação de uma medida cautelar diversa. Além disso, pode ser verificada, durante a audiência, a ocorrência de violência contra a pessoa detida.

Partindo da premissa de que o processo penal não se limita a um instrumento de aplicação da lei penal, e de que a noção de jurisdição penal não pode ser sinônimo de punição, este trabalho adota a visão do processo penal como um instrumento de contenção do poder punitivo estatal. Nesse sentido, todo estudo será contextualizado a partir da diretriz de que ao processo penal inserido na vigência de um Estado Democrático de Direito se vislumbra a função de instrumento garantidor da eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Para tal, será trabalhada ao longo do primeiro capítulo a teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, a fim de demonstrar que os direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, adquirem a função de estabelecer os limites do direito penal nas sociedades democráticas. Em seguida, buscar-se-á demonstrar que o sistema processual penal que possibilita a proteção desses direitos é o sistema acusatório, traçando-se as principais características do mesmo.

Após, irá se discorrer acerca do valor da dignidade da pessoa humana, a partir da qual emergem os demais direitos fundamentais inerentes ao homem. Também realizar-se-á uma breve análise evolutiva dos direitos fundamentais, de origem jusnaturalista, até o momento em que são positivados pelos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos.

Ao longo do segundo capítulo, será realizada uma abordagem acerca do desenvolvimento do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, que emerge a partir das consequências drásticas ocasionadas pela falta de limites da intervenção estatal durante a Segunda Guerra Mundial. Depois, se buscará demonstrar a importância da convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo no âmbito processual penal, discorrendo-se acerca do controle de convencionalidade das leis.

Antes de se adentrar no tema central do presente estudo, qual seja, a audiência de custódia, será realizada, ainda, uma necessária abordagem das prisões cautelares no ordenamento jurídico pátrio. Serão averiguados os pressupostos para a decretação da prisão cautelar, necessários para que ela atenda ao seu caráter excepcional. No mais, será exposta a problemática da banalização do uso da prisão provisória no Brasil, em nome da garantia da ordem pública, bem como a situação alarmante do sistema carcerário brasileiro.

Finalmente, será apresentada a audiência de custódia, como um instrumento de controle judicial imediato da prisão. Primeiramente, expondo seu conceito e sua previsão normativa e, depois, as tentativas de implementação e regularização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 e o projeto Audiências de Custódia, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. Serão apresentados os pontos mais relevantes sobre o tema, tais como as suas finalidades e sua dinâmica processual, em consonância com a interpretação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O método adotado para fornecer as bases lógicas desta pesquisa foi o dialético, a partir do qual se busca uma interpretação dinâmica da realidade, identificando o processo, os conflitos existentes e as contradições envolvidas na análise do problema de pesquisa. Para isso, leva em consideração influências externas como fatores políticos, econômicos, culturais, etc. Os métodos de procedimento adotados são: histórico, estatístico e comparativo.

Os dados foram extraídos a partir de uma investigação bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica foi baseada, especialmente, em parte da doutrina que adota uma postura mais crítica no que se refere ao processo penal

brasileiro, tais como os autores: Geraldo Prado, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Salo de Carvalho, Aury Lopes Jr. e Salah Khaled Jr. Além disso, recorreu-se à pesquisa jurisprudencial, oriunda, especialmente, dos Tribunais Internacionais que tratam sobre direitos humanos.

Atualmente, a audiência de custódia é alvo de inúmeros debates e polêmicas no Brasil, os quais tiveram início, principalmente, após a introdução do Projeto de Lei do Senado 554/2011, que tem como objetivo a adoção da audiência de custódia pelo Código de Processo Penal brasileiro.

Ela está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992. Entretanto, passados mais de duas décadas, ainda não foi inserida em nosso ordenamento jurídico interno, e só começou a ser realizada no ano de 2015, a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. Tal realidade representa um desrespeito às normas internacionais protetivas dos direitos humanos, e à própria Constituição Federal de 1988, conforme será exposto ao longo do presente trabalho.

É importante mencionar que o Brasil se encontra atrás de diversos países latino americanos nesse ponto, a exemplo da Argentina, Peru, México, Chile e Equador, os quais já adotam a audiência de custódia em seu ordenamento jurídico.

Na atual sistemática do processo penal brasileiro, o preso é conduzido à autoridade policial e é formulado o auto de prisão em flagrante, que posteriormente é encaminhado ao juiz, o qual decidirá, nos termos do art.310 do CPP, se homologa ou relaxa a prisão, e sobre o pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa. Ou seja, o juiz não tem contato nenhum com o preso, e caso decrete a prisão preventiva, somente irá ouvi-lo meses (ou até anos) depois.

Dessa maneira, o modelo atual tem se mostrado insuficiente para garantir um efetivo controle judicial da legalidade e necessidade da prisão provisória, bem como para verificar eventual prática de violência ou desrespeito aos direitos da pessoa presa. Além disso, ele acaba por agravar o superlotamento carcerário do País, tendo em vista que até ser ouvido pelo Magistrado, o preso provisório é mantido na cadeia.

Em suma, trata-se de um tema bastante atual, e seu estudo se mostra extremamente necessário, tendo em vista que pode servir como instrumento amenizador de graves problemáticas de nosso sistema penal. Ademais, não se pode olvidar que é dever de nosso Estado Democrático de Direito garantir a maior eficácia possível na proteção dos direitos fundamentais do cidadão, sobretudo sua vida, dignidade e liberdade.

## **1. PROCESSO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **1.1 O processo penal como instrumento de contenção do poder punitivo**

O processo penal é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição de uma pena, é o instrumento por meio do qual se concretiza e se pode exercer o poder punitivo. Ele surge, enquanto instituição estatal, com a superação da vingança privada (autotutela), na medida que o Estado, a partir da Idade Moderna, assume a titularidade do direito de punir aquele indivíduo que cometeu um delito. Assim, em um Estado de direito, diferentemente do que ocorreria em um Estado de natureza, a jurisdição penal é exercida exclusivamente pelo poder estatal.<sup>1</sup>

Nesse sentido, revela-se o caráter instrumental do processo penal em relação do Direito Penal, uma vez que ele é o caminho necessário para a aplicação da pena, o que caracteriza o princípio da necessidade - *nulla poena sine iudicio*. Entretanto, é fundamental compreender que essa instrumentalidade não significa que o processo penal é mero instrumento de aplicação da lei penal, a serviço de uma única pretensão, qual seja, a punição. Isso porque, para o processo penal inserido na vigência do Estado Democrático de Direito também está a função de instrumento garantidor da eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado, conforme se passará a expor.

Evidencia-se, dessa maneira, uma aparente contradição que caracteriza o processo penal, na medida que ele é o meio através do qual o Estado exerce seu direito/dever de punir, e ao mesmo tempo protege os direitos e garantias do acusado. Nesse sentido, assevera Lopes Jr<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.32

<sup>2</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.40

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.

No contexto histórico do século XX, com as modernas Constituições sociais, compromissórias e dirigentes, emerge o direito através do paradigma do Estado Democrático de Direito. As Constituições, construídas nos moldes daquilo que se denominou neoconstitucionalismo, representam a autonomização do direito face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. “Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis”<sup>3</sup>. Nesse sentido, deve-se reconhecer a importância funcional da Constituição como garante não só das formas como dos conteúdos da democracia política, social e cultural.<sup>4</sup>

Os Estados de Direito constitucionais são aqueles que incorporam limites ao exercício de qualquer poder, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Dessa maneira, são caracterizados, segundo o mestre Ferrajoli<sup>5</sup>, por dois elementos essenciais:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplina, as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado às garantias dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

Para o teórico italiano, o campo mais importante destas vedações legais de prestação é aquele que se refere ao uso da força, e por isso, antes de tudo, ao direito

---

<sup>3</sup> STRECK, Lenio. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Rio de Janeiro: Revista NEJ – Eletrônica, vol.15, 2010. p.163

<sup>4</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.40

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.790

punitivo. Nenhuma lei pode dispor ou consentir que um homem seja punido sem que haja cometido algum fato proibido ou sem culpa, e um cidadão, sobretudo se dissidente ou marginalizado, não está minimamente coberto de garantia, sem que tenha sido demonstrada a prova de sua culpabilidade em um juízo desenvolvido sob o contraditório e com sua defesa. Nesse sentido, um Estado de Direito tem por fundamento a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário de poder, particularmente dentro do direito penal.

Para a teoria garantista de Ferrajoli, é fundamental a diferenciação entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou condições formais e condições substanciais impostas ao exercício do poder. As condições formais dizem respeito à forma de governo, definindo as regras sobre *quem* pode e sobre *como* se deve decidir, das quais dependem o caráter **democrático** do sistema político, em contrariedade ao monárquico, oligárquico ou burocrático. Já as condições substanciais dizem respeito à estrutura dos poderes, definindo as regras sobre o *que* se deve ou não decidir, das quais dependem o caráter de **direito** do sistema jurídico, em contrariedade ao absoluto ou totalitário. As regras da democracia política são aquelas que disciplinam as formas de expressão da soberania popular, por exemplo. Já as regras do Estado de direito são principalmente aquelas que garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, assinalando para tal fim vedações legais e obrigações aos poderes do Estado.<sup>6</sup>

Historicamente, o direito sempre representou um instrumento simbólico de limitação do Poder, estabilizando as expectativas dos integrantes da sociedade. Com o advento da era contemporânea, e a superação do domínio do poder estatal pela religião, o Direito é orientado por premissas jusnaturalistas baseadas na ideia de um conjunto de direitos inerentes ao homem, inalienáveis e oponíveis até mesmo aos detentores do poder. A partir disso se edifica o moderno conceito de constitucionalismo, o qual, baseado na ideia do *pacto social*, estabelece um novo Direito, caracterizado pelo pensamento democrático.

O desenvolvimento do paradigma da modernidade radicou-se no ideal democrático, de modo que nada é mais natural que o relevo dado à Constituição entre as demais leis, decorrente do convencimento de que aquela assegura a divisão dos poderes do Estado, mediante

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p.690

sistema de freios e contrapesos, bem como tutela os *direitos fundamentais*, conformando toda ordem jurídica.<sup>7</sup>

A teoria do garantismo penal, desenvolvida por Ferrajoli, representa o máximo grau de tutela desses direitos, bem como a credibilidade na legislação e na jurisdição como limite do poder punitivo e garantia contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. Ao interpretar a teoria garantista, Moraes da Rosa<sup>8</sup> elucida que:

Essa perspectiva teórica encontra esteio na Constituição da República dado que baseada na **dignidade da pessoa humana**, entendida na matriz Kantiana, e nos **Direitos Fundamentais**, os quais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação democrática das Instituições. Em face da **supremacia Constitucional** dos direitos indicados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, § 2º, incluídos os documentos internacionais de Direitos Humanos), como a brasileira de 1988, e do **princípio da legalidade**, a que todos os poderes estão submetidos, emerge a necessidade de garantir esses direitos a todos os sujeitos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam.

Nos ordenamentos jurídicos modernos, portanto, a fonte de toda a ordem jurídica passa a ser a garantia dos direitos individuais, ou, direitos fundamentais do homem, e em especial o direito à liberdade, considerada um valor supremo para a sociedade contemporânea. Como assinalam Salo e Amilton de Carvalho<sup>9</sup>, “os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.

Sendo assim, ao processo penal em consonância com o Estado Democrático de Direito corresponde a finalidade de garantir os direitos fundamentais do acusado contra eventuais excessos do poder punitivo estatal, adquirindo a função de contenção. Nesse sentido, assinala Khaled Jr<sup>10</sup> que “o que se deseja é um modelo

---

<sup>7</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.44

<sup>8</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandra. **Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli**. Florianópolis: Empório do Direito, 21. Fev.2015. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>>

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19.

<sup>10</sup> KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p.143.

democrático condizente com o limite constitucional e que, como tal, mostra-se apropriado para uma perspectiva de redução de potenciais danos”.

Na esteira desse pensamento, sustenta Prado<sup>11</sup> que:

Trata-se, pois, de assegurar que o exercício legítimo do poder punitivo, reservado com exclusividade ao Estado, seja implementado de acordo com princípios éticos adotados expressa ou implicitamente na Carta Constitucional. Dessa maneira, o que se pretende é fazer valer em concreto os direitos e garantias proclamados pelo legislador constituinte e evitar, justamente no exercício daquela expressão de poder mais danosa ao conjunto das mínimas condições de dignidade da pessoa humana, que se opere indevida e desproporcional limitação aos denominados direitos fundamentais.

É imprescindível apontar que para cumprir a função de instrumento de limitação do poder punitivo estatal, o processo penal deve obedecer às “regras do jogo”<sup>12</sup> estabelecidas pela Constituição, a qual garante o devido processo legal, estabelecendo princípios como a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa. O respeito as regras do jogo é condição de legitimidade do próprio processo, e acima de tudo, é resultado do nível de evolução civilizatória do Direito.

A partir dessa perspectiva, não se pode atribuir à noção de jurisdição penal apenas o poder do Estado de exercer sua pretensão punitiva. A jurisdição penal deve ser vista como um direito fundamental, consagrado que está na Constituição, de ser julgado por um juiz, natural, imparcial, em prazo razoável, e sob o crivo do contraditório. “Trata-se de uma inovação que rompe com concepções profundamente assentadas no imaginário jurídico e que abre a possibilidade de reforço da estrutura de contenção do poder punitivo”.<sup>13</sup>

Segundo os ensinamentos de Zaffaroni, o poder punitivo não é exercido pelos juízes, mas sim pelas agências executivas (agências policiais, penitenciárias e de comunicação social). Nessa senda, o papel do Magistrado e do próprio Direito Penal, é a contenção do poder punitivo, pois sem a contenção judicial o poder punitivo estaria a dispor da liberalidade das agências executivas e políticas, desaparecendo o Estado de direito e a própria República. Segundo o autor, “a contenção e redução do

---

<sup>11</sup> PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.27.

<sup>12</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>13</sup> KHALED JR., Salah. Ob. cit., p.140

poder punitivo, planejadas pelo direito penal para uso judicial, impulsionam o progresso do estado de direito. ”<sup>14</sup>

Apesar disso, ideia de jurisdição como poder, ou direito de punir, ainda prepondera no imaginário da sociedade, bem como de muitos juristas e doutrinadores. Como alerta Khaled Jr.<sup>15</sup>:

(...) infelizmente temos que reconhecer que historicamente tem se mostrado difícil fazer com que prevaleça o aspecto de proteção do cidadão contra a arbitrariedade do poder na prestação jurisdicional. Ou seja, a ideia de jurisdição como poder (mais ou menos condicionado, dependendo do contexto-histórico em questão) tem preponderado. No bojo dessa noção de poder, no que se refere à jurisdição penal, está a ideia (acolhida por Carnelutti) de que o poder jurisdicional se conheça sob o nome de direito de punir, coincidindo o poder de punir e o poder de jurisdição penal. Trata-se de uma concepção em que a ideia de jurisdição penal fica restrita à noção de punição, o que certamente não é aceitável. Portanto, é necessária a superação dessa articulação para a construção de um sistema de garantias mínimas orientadas por um olhar constitucional, que se coloquem como limite ao poder punitivo.

É importante registrar que o respeito às garantias fundamentais do acusado e a noção de processo penal como instrumento limitador do poder punitivo não significa compactuar a impunidade, discurso não raramente é propagado pelas agências de comunicação social, políticas, e até mesmo judiciárias.

Em síntese, buscou-se demonstrar até aqui que o processo penal não pode ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo, tendo em vista que deve garantir os direitos fundamentais do acusado, desempenhando papel de limitador do poder. O processo é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena, razão pela qual sua existência se justifica quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).<sup>16</sup>

Como será exposto ao longo do presente estudo, a introdução da audiência de custódia no Brasil pode servir como um mecanismo de redução de danos do sistema penal, tendo em vista que ela potencializa a função do processo na contenção

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. vol I. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2013. p.40-41

<sup>15</sup> KHALED JR., Salah. Ob. cit., p.141

<sup>16</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.63

do poder punitivo e se revela como um instrumento eficaz para a proteção dos direitos humanos.

## 1.2 Sistema Acusatório

A partir da noção kantiana, entende-se por sistema a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. A partir do que o filósofo denominou de “arquitetônica”, todo sistema deve estar fundado em um “princípio unificador”, o qual deverá unificar o conhecimento mediante uma ideia.<sup>17</sup> Nesse sentido entende Coutinho.<sup>18</sup> que a ideia básica de sistemas se resume no “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.

Para o processo penal, se reconhece historicamente a existência de dois sistemas processuais: o inquisitório e o acusatório, orientados a partir do princípio inquisitivo e dispositivo, respectivamente. Embora seja fundamental para a compreensão desses sistemas uma análise de seu desenvolvimento histórico, deixará de ser expor detalhadamente tal aspecto, devido sua significativa complexidade. Apesar disso, é fundamental apresentar as principais características de cada um dos sistemas, bem como expor qual deles se relaciona com o Estado Democrático de Direito.

O sistema inquisitório tem origem na Roma antiga, mas tomou forma, da maneira em que conhecemos até os dias de hoje, com a Santa Inquisição (Tribunal Eclesiástico), estrutura através da qual a Igreja Católica investigava e punia aqueles considerados hereges. O Tribunal Eclesiástico foi responsável pela legitimação e o aperfeiçoamento da prática da tortura dentro da persecução penal, sendo palco de verdadeiros horrores. Nas palavras de Coutinho<sup>19</sup>, a Inquisição é o “maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos”.

---

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden, Coleção Os Pensadores. São Paulo: Ed. Abril, 1974. p. 19.

<sup>18</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Ed. Nota Dez, n. 01, 2001. p. 165

<sup>19</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ob. cit., p.18

A função predominante do processo inquisitório é a realização do direito penal material, ou seja, o objetivo principal é o exercício do poder de punir. Com isso, os atos atribuídos ao juiz são compatíveis com esse objetivo, o que permite a reunião da atribuição de julgar, acusar e defender na figura do juiz, e confere a ele o poder de produção de provas de ofício.<sup>20</sup> A estrutura desse processo foi construída a partir do conceito de busca pela “verdade real”, ou “absoluta”. É importante destacar que tal característica transforma a prisão cautelar em regra geral, na medida que o inquisidor precisa dispor do corpo do herege.<sup>21</sup>

O sistema inquisitório é identificado pelas seguintes características:

- a) Reunião das funções: o juiz julga, acusa e defende;
- b) Não existem partes – o réu é mero objeto do processo penal e não sujeito de direitos;
- c) O processo é sigiloso;
- d) Inexistem garantias constitucionais, pois se o investigado é objeto, não há que se falar em contraditório, ampla defesa, devido processo legal, etc;
- e) A confissão é a rainha das provas (prova legal e tarifação das provas);
- f) Existência de presunção de culpa, ou seja, o réu é culpado até que se prova o contrário.<sup>22</sup>

O sistema acusatório, por sua vez, tem origem na Grécia antiga, onde se desenvolve com a participação direta do povo no exercício da acusação e como acusador. O sistema predominou também em Roma, durante a época republicana, vindo a decair posteriormente com o Império, no qual predominaram características inquisitórias.<sup>23</sup> Como destaca Coutinho<sup>24</sup>, “a análise do sistema acusatório não pode deixar de levar em consideração a sua direta vinculação com a questão da cidadania”, a qual emerge na Revolução francesa, e posteriormente toma lugar na Inglaterra, através do processo penal inglês dentro do *common law*.

---

<sup>20</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.173

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.126

<sup>22</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.59

<sup>23</sup> KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal: o São Paulo: Atlas, 2013. p.21-34.**

<sup>24</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ob. cit., p.37

O processo acusatório, ao contrário do inquisitório, no qual o juiz tem poder quase absoluto, configura-se como um processo de partes, composto por três sujeitos principais: acusação, defesa e o magistrado. Nesse modelo, acusação e defesa possuem direitos, deveres, ônus e faculdades. E o réu, “antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados”.<sup>25</sup>

Conforme elucida Prado<sup>26</sup>, o sistema acusatório real é aquele capaz de articular segurança e direitos fundamentais, controle social e dignidade humana. Para o autor, o que define o horizonte do processo acusatório é defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir.

Segundo a doutrina de Lopes Jr., o sistema acusatório caracteriza-se na atualidade pelos seguintes elementos<sup>27</sup>:

- a) Clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) A iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) Mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) Tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) Procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) Plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) Contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) Ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivo do órgão jurisdicional;
- i) Instituição, atendendo a critério de segurança jurídica (e social) da coisa julgada.
- j) Possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

A principal diferenciação entre os dois sistemas processuais é determinada pelo critério da gestão da prova. Enquanto no processo inquisitório o órgão julgador detém inteiramente o poder sobre a gestão da prova, no acusatório as partes são as protagonistas da atividade probatória, tornando-se o processo uma disputa entre partes, dispensando o juiz dessa tarefa e buscando assim sua imparcialidade.

---

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.17

<sup>27</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.118

Outro traço distintivo dos sistemas é a observância das “regras do jogo”: no processo inquisitório ela não existe, se admitindo um resultado obtido de qualquer modo, pois prevalece o objetivo de realizar o direito penal material; já no acusatório, as “regras do jogo” devem ser observadas, uma vez que é assegurado o devido processo legal.<sup>28</sup>

A Constituição da República de 1988, embora não contenha previsão expressa, atribui ao processo penal as características de um sistema acusatório. Tal afirmação encontra respaldo nos seguintes aspectos de previsão da norma constitucional: assegura ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, assegura o julgamento por um juiz imparcial, garante a todos os acusados o devido processo legal, oral e público, estabelece princípios fundamentais como: o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Além disso, o projeto democrático constitucional que impõe a valorização do homem e da dignidade da pessoa humana são pressupostos básicos do sistema acusatório, em oposição à lógica persecutória que no passado organizou sistemas voltados para a perseguição de “indesejáveis”, considerados inimigos.<sup>29</sup> “Democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”, como afirma Lopes Jr.<sup>30</sup>, lembrando que “a transição do sistema inquisitório para o acusatório, é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático”.

Ademais, o sistema acusatório não depende de positivação constitucional, pois é pressuposto de uma sociedade, que é – ou pretende ser – democrática.<sup>31</sup> No mesmo sentido entende Prado<sup>32</sup>, ao afirmar que

a edificação de qualquer política criminal em um estado democrático está condenada à incoerência normativa se for desenvolvida à margem do nível jurídico superior e não considerar que o respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático.

---

<sup>28</sup> PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.172

<sup>29</sup> KHALED JR, Salah. Ob. cit., p.138

<sup>30</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 5. Ed. Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2010. p.182

<sup>31</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O fim da farsa da presunção de inocência no sistema (ainda) inquisitório?** In: PRADO, Geraldo. MALAN, Diego (Coord.). Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 06

<sup>32</sup> PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.63

Como sustenta o autor, a tutela constitucional da dignidade da pessoa humana no âmbito do processo penal pode ser percebida antes mesmo da propositura da ação penal, com a necessidade de demonstração prévia das condições mínimas de viabilidade da pretensão do autor. O processo penal, como se sabe, exige justa causa para sua deflagração, a qual demanda indícios de autoria e prova razoável da existência de infração penal, sob pena de estar caracterizada coação ilegal, contra a qual poderá ser impetrado *habeas corpus*.<sup>33</sup>

A ideia que se relaciona com a dimensão de poder da jurisdição penal, que ainda prevalece, parece adequar-se mais à epistemologia inquisitória do que à epistemologia acusatória. Entretanto, o cenário político-constitucional delineou uma nova concepção de jurisdição penal que exige um repensamento de toda a lógica do sistema processual, que deve estar orientada pela perspectiva de proteção de direitos fundamentais e contenção do poder punitivo. Nesse sentido, sustenta Khaled Jr.<sup>34</sup> que

Somente uma jurisdição estruturada em torno do sistema acusatório (de acordo com uma leitura constitucional) pode em alguma medida cumprir sua função de limite (de garantia) face aos excessos do poder punitivo. Nesse sentido, acreditamos que não há mais espaço para uma concepção de jurisdição como poder incontestável do Estado, que pode ser utilizado e definido segundo suas necessidades.

Dessa maneira, não há dúvidas em afirmar que um processo penal em correspondência com o Estado Democrático de Direito deve necessariamente adotar o sistema processual acusatório, tendo em vista que ele é o único capaz de permitir a contenção do poder punitivo estatal. Vale ressaltar que tal sistema tem como finalidade evitar as atrocidades cometidas por integrantes do na vigência dos regimes totalitários.<sup>35</sup>

Apesar do exposto, o Código de Processo Penal brasileiro, que é anterior a Constituição de 1988, possui diversas previsões normativas com características claramente inquisitórias. É importante registrar que se trata de uma legislação abertamente inspirada no Código Penal italiano de 1930 - caracterizado pela lógica persecutória do fascismo – e elaborado durante um período autoritário da história brasileira – Estado novo de 1941 – adquirindo expressamente características antidemocráticas.

---

<sup>33</sup> Ibidem, p.269

<sup>34</sup> KHALED JR., Salah. Ob. cit., p.142

<sup>35</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.142.

Em âmbito nacional, autores como Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa, Geraldo Prado e Jacinto Coutinho já demonstraram extensivamente e exaustivamente a incompatibilidade entre o devido processo legal exigível pelo sistema acusatório estabelecido pela Constituição Brasileira e os dispositivos de caráter inquisitório do Código de Processo Penal de 1941.<sup>36</sup>

Diante de tal problemática, após a promulgação da Constituição ocorreram incessantes reformas parciais do Código, na tentativa de adequar o processo às exigências do Estado Democrático estabelecido após o período ditatorial. Tais reformas acabam gerando inconsistência e incoerência sistêmica, “transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos”.<sup>37</sup>

Em virtude desses dispositivos de caráter inquisitório, a doutrina majoritária aponta para a adoção de um sistema processual penal misto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, diversos autores, em especial Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, apontam para a inexistência desse terceiro sistema, denominado “misto”, “reformado” ou “napoleônico” (pois foi criado por Napoleão Bonaparte). Segundo o entendimento do autor, o denominado “sistema misto” só pode ser considerado como um terceiro sistema formalmente, pois seu princípio unificador sempre será característico de apenas um dos dois sistemas, ainda que o processo apresente características de ambos.

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre *sistemas mistos*, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua *inteireza*, acaba recepcionado como um *terceiro sistema*, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.<sup>38</sup>

Dessa maneira, se considerado que a característica determinante para diferenciar o princípio dispositivo do inquisitivo é a gestão da prova, “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio

---

<sup>36</sup> KHALED JR., Salah. Ob. cit., p.15

<sup>37</sup> LOPES JR., Aury. **A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais**. In: Boletim IBCCRIM, n. 223, jun. 2011.

<sup>38</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ob. cit., p.16

inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.<sup>39</sup> Nessa perspectiva, ainda que haja a separação as funções de acusar e julgar, característica do sistema acusatório, isso não é suficiente, pois ao magistrado ainda é conferido o poder de buscar provas e praticar atos típicos da parte acusadora.

São exemplos de dispositivos do Código de Processo Penal que dão ao juiz a possibilidade de gerir a produção probatória: a possibilidade de ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas, bem como determinar, de ofício, a realização de diligências para sanar dúvidas (artigo 156); de ouvir testemunhas não arroladas pelas partes (artigo 209); a autorização para, a todo tempo, proceder novo interrogatório de ofício (artigo 196); de providenciar a juntada de documentos que entenda relevante (artigo 234); de alterar a tipificação da denúncia e, inclusive, determinar que o Ministério Público adite a exordial acusatória e inclua fatos novos (artigos 383 e 384).

Todas essas previsões demonstram que a legislação processual penal coloca o juiz na posição de buscar a “verdade real” a qualquer preço, conferindo a ele os instrumentos necessários para alcançá-la. Dessa forma, é seguro dizer que nosso sistema processual, ainda que apresente características acusatórias, se revela essencialmente inquisitório, uma vez que o juiz possui papel ativo na busca da prova e pratica atos tipicamente inquisitórios.

Portanto, a busca da verdade real pelo magistrado invariavelmente remete à epistemologia inquisitória [...], que foi preservada pelo sistema misto, ainda que de forma velada; uma epistemologia que por definição contraria o devido processo legal imposto pela leitura democrático-constitucional e, logo, que é incompatível com a estrutura de contenção regrada do poder punitivo exigível em um Estado Democrático de Direito.<sup>40</sup>

Tendo em vista a supremacia da Constituição em nosso ordenamento jurídico, bem como a visão do processo penal como instrumento limitador do poder punitivo, exposta até então, o presente trabalho aborda o processo penal em conformidade com o sistema acusatório. Isto posto, irá se expor o conceito de dois princípios processuais penais, garantidos constitucionalmente, os quais são fundados na dignidade da pessoa humana, valor máximo de nosso Estado Democrático de Direito: a presunção de inocência e o contraditório.

---

<sup>39</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ob. cit., p.29

<sup>40</sup> KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal**: o São Paulo: Atlas, 2013. p.147

### 1.2.1 Princípio da Presunção de Inocência

Nas palavras de Lopes Jr.<sup>41</sup>, “a presunção de inocência é um princípio reitor do processo penal constitucional e democrático, podendo-se perfeitamente avaliar o grau de civilidade do processo a partir do seu nível de eficácia”. Ela estabelece garantias ao imputado frente à atuação punitiva estatal, sendo considerada um princípio fundante, em torno do qual é constituído todo o processo penal liberal.<sup>42</sup>

Segundo a doutrina de Ferrajoli, a presunção de inocência decorre do princípio da jurisdicionalidade, tendo em vista que, se o processo é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena.<sup>43</sup>

O princípio surge no Brasil pela primeira vez com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mas só passou a ser analisado e aplicada mais profundamente após a promulgação da Constituição de 1988. Ele constitui uma garantia processual penal fundamental, expressamente consagrada pela Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LVII, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A partir desse dispositivo decorre a noção de que o acusado deve ser considerado inocente, enquanto não se demonstre o contrário.

Segundo a doutrina de Lopes Jr.<sup>44</sup>, ao exigir que o réu seja tratado como inocente, o princípio impõe um dever de tratamento, o qual deve ser observado em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Na primeira, esse dever é imposto de três maneiras: primeiramente ao juiz, determinando que é o acusado que deve provar a culpa do acusado, e não o réu que deve provar sua inocência; determinando que no caso de dúvida, o réu deve ser obrigatoriamente absolvido; e

---

<sup>41</sup> LOPES JR, Aury. **Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.53

<sup>42</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.87

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>44</sup> LOPES JR, Aury., Ob. cit. p.55

implicando severas restrições ao uso das prisões cautelares, tendo em vista que se trata de uma prisão sem sentença condenatória.

Já na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe a proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu. Sendo assim, ela deve ser utilizada para coibir a abusiva exploração midiática do fato criminoso e do processo judicial, fortemente presente entre a sociedade brasileira. Cumpre ressaltar que é nesse ponto que a presunção de inocência se diferencia do princípio do *in dubio pro reo*, pois essa é mais abrangente, sendo considerada um princípio maior, enquanto aquele deve ser observado apenas na esfera processual.

A principal finalidade da presunção de inocência penal é tutelar a liberdade do indivíduo, e em razão disso ela manteve-se relacionada, ao longo da história, com a validade constitucional das prisões processuais, ou prisões cautelares em sentido amplo, que são aquelas aplicadas sem uma sentença penal condenatória. As prisões cautelares, ao restringir a liberdade do indivíduo, violam direitos fundamentais, de modo que só devem ser admissíveis nos casos absolutamente necessários. Nesse sentido sustenta Giacomolli<sup>45</sup>, citando Chiavario, que

Por ser um princípio de elevado potencial político e jurídico, a presunção de inocência indica um modelo basilar e ideológico de processo penal, interferindo, substancialmente, na limitação do direito de liberdade do cidadão. Quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana (CHIAVARIO, 200, p.75), afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa.

Conforme assinala Khaled Jr., a presunção de inocência é o valor supremo de um processo penal fundado na dignidade da pessoa humana, em contraste com um processo penal fundado na perseguição ao inimigo, cujo valor supremo é a ambição de verdade. “Em última análise, em um processo o juiz entra predisposto a absolver e no outro o juiz entra predisposto a condenar, movido por insaciável ambição de verdade.”<sup>46</sup>

Portanto, a garantia da presunção de inocência pela Constituição comprova a adoção do sistema processual acusatório, reforçando que a liberdade do indivíduo

---

<sup>45</sup> GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100

<sup>46</sup> KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p.147

deve ser a regra, e nunca a prisão antes de sentença condenatória com trânsito em julgado. Com isso, o princípio aludido reforça o caráter excepcional e cautelar dessas prisões, tema que será analisado no próximo capítulo.

### 1.2.2 Princípio do Contraditório

Conforme preceituam Lopes Jr. e Moraes da Rosa, o contraditório é o que diferencia o *processo* do *procedimento*, e mais do que isso, é condição de legitimidade do provimento judicial, representando o resultado do nível de evolução civilizatória de uma sociedade.<sup>47</sup> Ao lado do princípio da ampla defesa, ele é a “pedra fundamental de todo o sistema penal, e é assim porque é direito fundamental da pessoa humana a ciência do que e porque está sendo acusado”.<sup>48</sup>

O referido princípio está assegurado, em conjunto com a ampla defesa, como uma garantia constitucional prevista pelo art.5º, LV da Lei Maior. O significado dessa norma constitucional consiste na utilização da defesa técnica somada à autodefesa na medida que a possibilidade de uma ampla defesa depende, essencialmente, de se conhecer todas as circunstâncias do fato imputado.

Ele se define como o “direito de participação, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *inter procedimental*”<sup>49</sup>. O contraditório é fundamental para assegurar a estrutura dialética do processo, fundando-se no conflito, disciplinado pelo devido processo legal, entre partes contrapostas na confrontação de provas. Em razão disso, está diretamente relacionado com o direito de audiência conferida a ambas as partes, na qual cada uma apresentará sua versão dos fatos.

O direito de participação das partes não se refere apenas à acusação e defesa, mas também à atividade do magistrado, o qual deve atuar intensamente no processo, respondendo adequadamente aos requerimentos das partes, fundamentando todas suas decisões, evitando atuações de ofício, etc.<sup>50</sup> Ainda, é importante destacar que o respeito ao contraditório não significa apenas a possibilidade de as partes serem ouvidas, mas a “efetiva participação, com paridade

---

<sup>47</sup> LOPES JR. Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Processo Penal no Limite**. 1.Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.15

<sup>48</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.96

<sup>49</sup> LOPES JR. Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Ob. cit. 18

<sup>50</sup> LOPES JR. Aury. **Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.195

de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se a comunicação entre as partes, mediada pelo Estado julgador”<sup>51</sup>.

Segundo a doutrina de Khaled Jr. <sup>52</sup>, o contraditório possui uma função corretiva que faz com que as representações narrativas apresentadas pelas partes não sejam pura e simplesmente tidas como verdadeiras, sem antes passar pelo crivo provatório. Em razão disso, o autor explica que tal princípio se revela como instrumento de constrangimento de evidências que visa a redução de danos, no sentido de garantir uma convicção suficientemente forte para que a evidência seja elevada à condição de prova, sendo refutado o mero juízo de fato.

Portanto, não admitimos de forma alguma qualquer flexibilização ou relativização da exigência probatória e da posição receptiva do juiz, em nome da metafísica proteção de bens jurídicos ou de qualquer outra lógica intimidatória: caso as evidências não tenham passado pelo crivo de um efetivo contraditório na plenitude que o termo exige, não podem receber a nomenclatura de provas, pois seu caráter de rastro não foi juridicamente atestado de acordo com os critérios exigidos pela democraticidade, que impõe um contraditório em igualdade de condições entre as partes e que favoreça o caráter dialógico de correlação de evidências no processo.<sup>53</sup>

A existência de um contraditório pleno e efetivo é elemento definidor do próprio processo judicial, afastando a possibilidade de decisionismos potestativos pautados na consideração da evidência como verdade.<sup>54</sup> Ao separar explicitamente a função de acusar e julgar, exigindo do juiz a máxima imparcialidade na apreciação das provas, o sistema acusatório possibilita a plenitude do contraditório e do diálogo processual.

## **2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

### **2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Diante da importância conferida pelo Estado Democrático de Direito à proteção dos direitos fundamentais do homem, expressados através do princípio da dignidade da pessoa humana, e seu conseqüente reflexo para a sistemática

---

<sup>51</sup> LOPES JR. Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Ob. cit., p.12

<sup>52</sup> KHALED JR., Salah. Ob. cit., p. 426-427

<sup>53</sup> KHALED JR., Salah. Ob.cit. p.437

<sup>54</sup> KHALED JR., Salah. Ob. cit., p. 429

processual penal, em conformidade com o sistema acusatório, é fundamental um aprofundamento na temática.

A questão sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos sempre gerou controvérsias doutrinárias, porquanto há divergência se são direitos naturais, positivos, históricos, ou que derivam da moral. No presente estudo inclina-se para o entendimento de que os direitos humanos são históricos, na medida em que são construídos, através da intervenção humana, em um constante processo de construção e desconstrução, em conformidade com a visão de Hannah Arendt.<sup>55</sup>

Conforme abordagem histórica realizada por Prado<sup>56</sup>, a noção acerca dos direitos fundamentais desponta já na Antiguidade, fundada na consciência de um Direito Superior. A partir da Grécia antiga se percebe o início de um pensamento filosófico acerca da existência de princípios ideais, através da ideia da predominância da lei sobre a vontade do soberano, o que se pode perceber nas obras *Antígona*, de Sófocles, e *Da República* de Cícero. Já em Roma é concebida uma ideia universal de humanidade, baseada na noção de igualdade essencial entre os homens, relacionando-se com uma noção de dignidade inerente a cada um deles.

É a partir do cristianismo que se inicia a era de promoção dos direitos fundamentais, muito diferente, é claro, da concepção atual, tendo em vista a realidade daquela sociedade, marcada por contradições históricas, tais como a escravidão de índios e negros e a prática da tortura. Apesar disso, a ideia de proteção aos direitos fundamentais, com base na dignidade da pessoa, emerge da ideia de igualdade de todas as pessoas perante Deus, ganhando destaque o pensamento de Tomás de Aquino, segundo o qual todo homem correspondia à imagem e semelhança de Deus, proclamando que mesmo os considerados infiéis possuíam direitos naturais.

A partir da segunda metade da Idade Média, os direitos fundamentais começam a ser reconhecidos em documentos como a *Magna Charta Libertum*, outorgada em 1215 na Inglaterra. No mesmo ano o Papa Inocêncio III proibia a prática das ordálias, reduzindo o sofrimento causado pela persecução criminal da época. Além disso, com o declínio do sistema feudal de produção, difundiu-se a consciência

---

<sup>55</sup>ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 1951. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

<sup>56</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.47

de direitos básicos, relacionados à liberdade do indivíduo, uma vez descaracterizada a condição de servo dos integrantes da sociedade.

Segundo a doutrina do referido autor, o primeiro grande passo na direção do reconhecimento dos demais direitos fundamentais de primeira geração ocorre com a quebra do vínculo entre o Estado e Igreja Católica, seguida da Reforma. Tal reconhecimento é positivado através de documentos como o *Petition of Right* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), as declarações de independência dos Estados Unidos e de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789). Nesse sentido, o papel dos ingleses, e posteriormente dos norte-americanos, foi fundamental para o desenvolvimento histórico da doutrina dos direitos humanos, sendo por força das Declarações que se instituiu o novo modelo constitucionalista, influenciando até hoje os ordenamentos jurídicos modernos ocidentais.

Sob o ponto de vista metodológico, os direitos fundamentais são divididos em três categorias, ou três gerações: a primeira, correspondente as liberdades públicas; a segunda, aos direitos sociais; e a terceira, aos direitos de solidariedade. No presente trabalho, se tratará, especificamente, apenas dos direitos de primeira geração, devido a importância dos mesmos para a proteção do acusado dentro do processo penal. São exemplo dos chamados direitos fundamentais de primeira geração, também reconhecidos como “direitos de liberdade”, o direito à vida, à segurança, à justiça, à locomoção, à liberdade de pensamento, ao voto, à expressão e à crença.

Merece destaque a importância do pensamento iluminista, no contexto da Revolução Francesa, para a positivação e o fortalecimento dos direitos fundamentais, com marcantes características individualistas, configurando o que conhecemos como a primeira geração de direitos humanos. Na tentativa de contrapor o poder absoluto do Estado, concentrado na figura do monarca, os iluministas lutaram pela consolidação de direitos e garantias individuais a todos os homens, sob a máxima “*Liberté, Egalité, Fraternité*”.

É bem verdade que os predicados históricos de uma época única, quando burguesia e proletariado se uniram para retirar do poder a classe aristocrática dominante, acabaram por fortalecer a ideia dos direitos fundamentais, essenciais à dignidade da pessoa, com marcantes características individualistas, configurando, nessa atmosfera, a primeira geração de direitos humanos.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.53

Nesse ponto, cumpre destacar que a vitória do ideal liberal iluminista permite o início de uma caminhada no sentido da humanização da intervenção penal. Nesse contexto, destaca-se a contribuição de Cesare Beccaria, com seu clássico *Do delito e das penas*, no qual preconiza uma série de limitações ao poder punitivo, destacando, principalmente, a ideia de proporcionalidade dentro do direito penal.

Como destaca Castanho de Carvalho<sup>58</sup>, “foi com o Iluminismo que a noção de dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão mais racional e passou a irradiar efeitos jurídicos, sobretudo por influência do pensamento de Immanuel Kant”. A grande maioria das definições acerca do conceito de dignidade da pessoa humana baseia-se na filosofia de Kant, a qual tentará se expor, de forma resumida.

Para o filósofo alemão, o ser humano, enquanto ser racional e com capacidade de autodeterminação, o que permite o exercício de sua liberdade, é sempre influenciado por valores morais, caracterizando o que denominou de imperativo categórico. O imperativo categórico é dividido em três fórmulas, e na segunda delas, denominada “*Fim em si mesmo*”, Kant estabelece: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Como define Garcia<sup>59</sup>, “esse imperativo estabelece que todo homem, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas um valor intrínseco, que é a sua dignidade. ”

Em razão disso, Kant afirma que deve existir uma lei moral universal, decorrente da autonomia racional do ser humano e igual para todos, que estabeleça que o homem deve ser sempre considerado como um fim em si mesmo, e nunca apenas como meio, para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Ou seja, o homem nunca deve ser encarado como um instrumento para a satisfação dos interesses de outrem. E como essa condição só é alcançada através da ação moral, a moralidade e a humanidade são as únicas coisas dotadas de dignidade.

Segundo o pensamento kantiano existem duas esferas normativas que se complementam: o direito e a moral - e é a partir delas que se legitima e se institui o

---

<sup>58</sup> CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P.25

<sup>59</sup> GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p.156

Estado Democrático de Direito. Ou seja, em oposição ao que previa o positivismo clássico, ao separar o direito e a moral, Kant afirma que na construção de um Estado democrático essas esferas não se excluem, pois é um regime dotado de valores morais que o fundamentam e justificam:

A relação entre essas duas ordens normativas assume função destacada no quadro do estado contemporâneo porque em função delas é que se pode estabelecer o argumento legitimador do sistema democrático. A leitura das constituições do estado democrático de direito torna-se, assim, necessariamente diferenciada em virtude da fonte moral de onde nasce o sistema político-institucional e jurídico. A Constituição por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social.<sup>60</sup>

Cumprе alertar, ao se discorrer sobre a moral, que apesar de ela se juntar ao direito enquanto elemento legitimador do Estado democrático, a partir da visão de Kant, ela não poderá mais influenciar ou interferir no Direito, após estabelecido esse Estado, o que se dá através da Constituição. Isso porque, como já mencionado, a Constituição representa a autonomia do direito em relação a dimensões como a moral, a economia, a política, de modo que, ao permitir a interferência das mesmas, o Estado democrático de direito correrá o risco de sucumbir, perdendo sua autonomia. A partir dessa premissa, parte a lógica de que uma decisão judicial, por exemplo, é fundamentada (ou deveria ser) no ordenamento jurídico, respeitando, sobretudo, os preceitos constitucionais, e nunca em valores morais. Partindo dessa premissa, Streck alerta que:

Dito de outro modo, o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente.<sup>61</sup>

A busca por valores morais, inerentes a todos os seres humanos, é resgatada como resposta às emergências deixadas pela Segunda Guerra Mundial,

---

<sup>60</sup> BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2010. P.37

<sup>61</sup> STRECK, Lenio. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Rio de Janeiro: Revista NEJ – Eletrônica, vol.15, 2010. P.164

causadas sobretudo pelo fenômeno totalitário nazista, momento em que se inicia a construção do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

## **2.2 Desenvolvimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos**

A expressão “direitos humanos” combina lei e moralidade e expressam, desde o século XVIII, o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade e à igualdade de todos os homens perante a lei, marcando o caráter absoluto e único da pessoa humana, razão pela qual são irrevogáveis e inalienáveis.<sup>62</sup> “Os direitos humanos, direitos reconhecidos nos diplomas internacionais, quando positivados na ordem jurídica interna de um país, recebem a denominação de direitos fundamentais”.<sup>63</sup> Por essa razão, atribui-se aos direitos fundamentais a qualidade de direitos humanos constitucionalizados.

A internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, que surge a partir do pós-guerra como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. Como elucida Piovesan<sup>64</sup>:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

É a partir dessa realidade que os direitos humanos se tornam uma legítima preocupação internacional, o que se concretiza com a criação das Nações Unidas e a promulgação da Carta da ONU de 1945. A ONU foi criada com o propósito de impedir que os Estados tratem seus cidadãos da forma que quiserem - como aconteceu com o fenômeno nazista - sem sofrer qualquer responsabilização de cunho internacional, e tem como objetivo principal promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos. Suas finalidades incluem: manter a segurança e a paz mundial, promover os direitos humanos, auxiliar no desenvolvimento

---

<sup>62</sup> BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2010. p.18

<sup>63</sup> SCARLET (2008, p.805-814) *apud* GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

<sup>64</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14.Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.191.

econômico e no progresso social, proteger o meio ambiente e prover ajuda humanitária em casos de fome, desastres naturais e conflitos armados.<sup>65</sup>

A ONU é composta por diversos órgãos, sendo os principais deles, nos termos do art. 7º da Carta da ONU: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado. Em 1946, foi criada a Comissão de Direitos Humanos da ONU, posteriormente substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, no qual a eleição de seus 47 membros pela Assembleia Geral deve levar em consideração a contribuição dos candidatos para a promoção e proteção dos direitos humanos, excluindo a seletividade política e conferindo maior credibilidade ao órgão.

Cumprir destacar que com a vitória dos aliados na Segunda Guerra, é instituído o Tribunal de Nuremberg, com o objetivo de impulsionar o movimento de internacionalização dos direitos humanos. O Tribunal julgou entre os anos de 1945 a 1949 os crimes cometidos por líderes nazistas e oficiais militares durante a guerra.

A adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, é fundamental para a consolidação do movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ela objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, consagrando valores básicos universais e afirmando que a dignidade é inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Tal concepção viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Uma contribuição marcante da Declaração foi o fato de que ela estabeleceu igualdade de importância entre os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, afirmando a indivisibilidade e a interdependência de tais direitos, e afastando a classificação dos direitos humanos em gerações, como aponta Piovesan<sup>66</sup>:

Ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos

---

<sup>65</sup> Carta das Nações Unidas de 26 junho de 1945.

<sup>66</sup> PIOVESAN, Flávia. Ob. cit., p.207

essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação.

É imprescindível destacar que a Declaração possui inúmeras previsões aplicáveis ao sistema criminal e ao processo penal, fornecendo os paradigmas axiológicos e éticos, positivos e negativos da intervenção estatal criminal.<sup>67</sup> É o que se pode observar nos direitos e garantias previstos entre os artigos 3º a 21, nos quais se incluem: a proibição da tortura, do tratamento e de castigo cruéis, desumanos ou degradantes; vedação da prisão arbitrária; direito de audiência, a um juiz imparcial e independente; direito a uma decisão fundamentada; estado de inocência; julgamento público e garantia da defesa; dentre outros.

Sob uma visão estritamente legalista, a Declaração não possui força jurídica obrigatória e vinculante aos Estados pactuantes, e por essa razão ela passou a ser “juridicizada” sob a forma de tratados internacionais, considerados obrigatórios e vinculantes no âmbito do Direito Internacional. Assim, foram firmados no ano de 1966, na cidade de Nova York, dois tratados internacionais cujo objetivo foi operacionalizar a proteção dos direitos humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os referidos diplomas representam um significativo marco no movimento internacional dos direitos humanos, dando efetividade ao sistema de proteção. Ambos foram ratificados pelo Brasil, sendo promulgados pelo Decreto nº 529 de 1992.

Integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966, é elaborada a Carta Internacional dos Direitos Humanos, a qual pode-se dizer, inaugura um sistema global de proteção de direitos. Através desse sistema, são criados tratados de direitos humanos pertinentes a específicas violações de direitos, dos quais advém a adoção da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racional; da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; da Convenção sobre os Direitos da Criança, etc.

Cumprido apontar que os tratados internacionais sobre direitos humanos, diversamente dos tratados internacionais tradicionais, não têm como finalidade

---

<sup>67</sup> GIACOMOLLI, Nereu. Ob. cit., p.04

equilibrar interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício dos direitos fundamentais aos indivíduos. Além disso, o Direito Internacional de proteção aos Direitos Humanos, através dos seus mecanismos, não pretende substituir o sistema interno de cada País, mas atuar como direito subsidiário, consagrando parâmetros protetivos mínimos e permitindo a superação de omissões e deficiências do sistema nacional. Dessa maneira, os procedimentos internacionais consistem em uma garantia adicional de proteção aos direitos humanos, devendo ser utilizados quando falharem as instituições nacionais.<sup>68</sup>

Em 1998, através do Estatuto de Roma, é criado o Tribunal Penal Internacional, também conhecido como Corte Penal Internacional, o qual possui sede em Haia, Holanda. O Tribunal possui jurisdição permanente, automática (não necessita de aderência), independente (atinge nacionais de países que não aderiram ao Estatuto) e complementar (não exclui a jurisdição penal nacional, atuando quando houver omissão, insuficiência ou descumprimento da legislação interna na investigação e punição de crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão).<sup>69</sup>

O Tribunal foi aprovado no Brasil através do Decreto Legislativo nº112 de 2002, e o Decreto nº 4.388 de 2002 promulgou o Estatuto de Roma referente ao Tribunal, passando a integrar nosso ordenamento jurídico como entidade normativa constitucional, por força do art.5º, §2º da CF. A jurisdição do Tribunal é admitida expressamente pela CF através da Emenda Constitucional nº45 de 2004, que acrescentou o §4º ao seu art.5º, dispondo que: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha manifestado adesão”.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é criado através da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Somando-se a eles, é firmada em 1969 a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, que entra em vigor no plano internacional somente em 1978. O Brasil ratificou a CADH através do Decreto Legislativo nº27 de 1992, e a promulgou pelo Decreto Executivo nº 678 do mesmo ano. “O Brasil, ao ratificar a CADH, assumiu a obrigação convencional-internacional de cumpri-la, de

---

<sup>68</sup> PIOVESAN, Flávia p.241

<sup>69</sup> GIACOMOLLI, Nereu. Ob. cit., p.05

fazer cumpri-la em todo o seu território e por todas as suas instituições, poderes, agentes públicos e cidadãos”.<sup>70</sup>

A proteção dos direitos humanos se efetiva no âmbito regional através da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A Comissão, com sede em Washington, é um órgão da OEA e da CADH, e sua função protetiva funciona através do recebimento de reclamações (que podem ser realizadas por um indivíduo, um grupo de pessoas ou entidades não-governamentais) acerca da violação dos direitos humanos. Após a investigação, na qual o Estado acusado tem o direito de formular defesa, há a possibilidade de conciliação, e caso não haja acordo, são enviados proposições e recomendações ao Estado. Descumpridas as proposições ou recomendações, o caso poderá ser submetido à Corte.

A CIDH é um órgão jurisdicional internacional, com competência consultiva automática e contenciosa sobre os Estados que ratificaram a CADH e que tenham reconhecido sua jurisdição. Após o processamento de cada caso, o que está disciplinado em seu Regulamento de 2009, é emitida sentença de mérito, cuja validade interna é imediata e independe de homologação do Supremo Tribunal de Justiça, não se equiparando a uma sentença estrangeira, já que é oriunda de órgão com competência internacional com jurisdição interna já admitida legalmente. Cumpre apontar que, face a incorporação constitucional de tratados e convenções de direitos humanos, as decisões de casos da CIDH constituem fontes de direito dentro de nosso ordenamento jurídico.

### **2.3 A convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**

O processo penal é o ramo do Direito em que há a maior interferência (ou deveria haver) da normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. Em razão disso, para se chegar ao devido processo não basta que ela seja legal e constitucional, ele deve também ser convencional.<sup>71</sup> Nesse sentido, sustenta Giacomolli<sup>72</sup> que

---

<sup>70</sup> Ibidem. p.10

<sup>71</sup> LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal.** Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>72</sup> GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

Não mais encontram legitimidade o discurso e a argumentação dos juristas e dos sujeitos do processo quando arraigados no paradigma solitário e perfeito do arcabouço ordinário das regras do CPP, de sua validade pelo fato da existência, sem questionamentos constitucionais e convencionais. Portanto, há necessidade de rompimento dessas barreiras, na direção da construção de um processo penal constitucional e humanitário.

Da mesma maneira, Lopes Jr. e Moraes da Rosa<sup>73</sup> alertam que “o controle de compatibilidade das leis não se trata de mera faculdade conferida ao julgador singular, mas sim de uma incumbência, considerando a supremacia da Constituição”. E ao exercer tal controle, o juiz deve tomar como parâmetro não só a Constituição – realizando o denominado controle difuso de constitucionalidade – mas também os diplomas internacionais subscritos pelo Brasil, sobretudo os que tratam sobre Direitos Humanos.

A integração das normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ao seu direito interno está consagrada no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, que dispõe: “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”.

É importante apontar que a Constituição prevê<sup>74</sup>, em seu art.5º, §1º, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, assegurando a força dirigente e vinculante dos mesmos, e tornando tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Por força do que dispõe o §2º, já citado, o princípio se aplica também às normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos, de modo que elas possuem eficácia plena e imediata. Tal previsão significa que a Constituição acolhe os tratados de direitos humanos os equiparando às normas constitucionais, independentemente de aprovação legislativa por maioria qualificada.

A questão da hierarquia das normas de tratados de direitos humanos perante a legislação interna é alvo de inúmeras controvérsias. Com o intuito de

---

<sup>73</sup> LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 1)**. Revista Consultor Jurídico, fevereiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>

<sup>74</sup> Art. 5º, §1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

uniformizar a questão, o constituinte derivado inseriu, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, mais um parágrafo ao art.5º da Constituição. Com a inovação, os tratados aprovados por maioria qualificada passam a ter equivalência de emenda constitucional:

§3º - Os tratados e convenções internacionais de 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.

Anteriormente a alteração, os tratados ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro através de Decreto Legislativo, apenas com a aprovação por maioria simples. É o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais foram incorporados ao ordenamento jurídico interno através de Decretos Legislativos promulgados pelo Presidente da República, consoante o art. 84, VIII, da CF.

A partir da combinação dos dois dispositivos, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter duas classificações: materialmente constitucionais (art. 5º, §2º), ou materialmente e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º).<sup>75</sup>

Entretanto, após a inovação, estabeleceu-se uma grande dúvida: e quanto aos tratados assumidos anteriormente à vigência da EC nº 45, e aqueles assumidos após sua vigência, mas sem a aprovação pelo rito do quórum qualificado?

No ano de 2008 a questão foi uniformizada pelo Superior Tribunal Federal, em julgamento de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP). O Supremo firmou o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos que não passaram pelo rito do §3º possuem natureza infraconstitucional e supralegal. Dessa maneira, encontram-se em uma posição intermediária: acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição.<sup>76</sup>

Apesar disso, cumpre apontar forte corrente doutrinária (defendida por Flávia Piovesan, Valerio Mazzuoli, Ada Pelegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes, dentre outros) que considera que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. Tal posição se baseia, principalmente, no art.5º, §2º da Constituição.

---

<sup>75</sup> GIACOMOLLI, Nereu. Ob. cit., p.26

<sup>76</sup> LOPES JR., Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Processo Penal no Limite**. 1.Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.18

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição "os inclui" no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu "bloco de constitucionalidade".<sup>77</sup>

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que os tratados de direitos humanos se incorporam ao Direito interno brasileiro através de três maneiras: (a) como Direito constitucional (CF, art.5º, §2º); (b) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º); ou, (c) como Direito supralegal (STF).

A harmonização dos tratados internacionais ratificados por um país com o seu ordenamento jurídico interno é realizada através do chamado **controle de convencionalidade**. A doutrina busca demonstrar a função do controle de convencionalidade comparando-o com o controle de constitucionalidade: enquanto esse toma como parâmetro a compatibilidade das leis com a Constituição, o controle de convencionalidade toma como parâmetro as normas de tratados internacionais.

Na definição de Mazzuoli<sup>78</sup>, esse controle consiste na "compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país." Como aponta o referido autor, pioneiro da temática, a expressão "controle de convencionalidade" ainda é pouco conhecida no Brasil<sup>79</sup>, sendo pouco trabalhada pela doutrina até então.

Cumprir-se atentar que no entendimento do referido autor, o controle de convencionalidade refere-se apenas aos tratados internacionais protetivos dos direitos humanos, enquanto a compatibilização das leis com os demais tratados internacionais consiste em um controle de supralegalidade. Em entendimento diverso, pode-se citar Luiz Flávio Gomes, que considera o controle de supralegalidade um sinônimo de controle difuso de convencionalidade.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 233

<sup>78</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.81

<sup>79</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Brasília: Revista de Informação Legislativa. n.181, 2009. p.128

<sup>80</sup> RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Belo Horizonte: Revista do Centro Acadêmico Afonso Pereira. V.XVIII, 2012. p.64

A Convenção Americana de Direitos Humanos determina, em seu artigo 1<sup>o</sup><sup>81</sup>, a obrigação dos Estados pactuantes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, garantindo seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição. Sendo assim, ao ratificar a CADH, o Brasil assumiu o dever de adotar medidas para dar efetividade aos direitos preconizados pela Convenção. Essa obrigatoriedade atinge todos os poderes do Estado, como explica Giacomolli<sup>82</sup>

Ao Legislativo cabe suprir a carência legislativa à efetivação da normatividade internacional, estatuidando um regramento assecuratório dos direitos fundamentais ou substituindo o que contrariar a convencionalidade (obrigação positiva), sendo-lhe vedado legislar em contrariedade às normas internacionais, salvo para dar maior proteção aos direitos humanos (obrigação negativa). O Poder Executivo, dentro de sua competência constitucional, também há de pautar sua atuação na efetivação dos direitos humanos. Ao Poder Judiciário reserva-se uma função essencial na efetivação dos direitos fundamentais, em cada situação concretizada, ou no plano abstrato ou concentrado de controle, mantendo a potencialidade assecuratória de maior amplitude protetiva. Nesse labor poderá afastar norma interna que confronte com a maior proteção internacional.

O controle de convencionalidade poderá, portanto, ser uma técnica legislativa de compatibilização, ao ser realizada pelo Poder Legislativo, e também pode ser um meio de controle judicial, a partir do qual poderá ser declarada a invalidade de leis incompatíveis com tratados internacionais. No controle judicial, o controle de convencionalidade poderá ser realizado através da via difusa, por um juiz ou tribunal, ou pela via concentrada, na qual ele será exercido pelo Superior Tribunal Federal, e também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cumpre apontar que controle concentrado de convencionalidade só é possível para as normas de tratados aprovados pelo rito do art. 5<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup>, da Constituição.

Para demonstrar a possibilidade do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário, se utilizará de jurisprudência na qual o magistrado determinou a realização de audiência de custódia, tendo em vista norma prevista pela Convenção Americana de Direitos Humanos. As fundamentações da decisão são de extrema relevância, especialmente pela notável referência à doutrina nacional e internacional

---

<sup>81</sup> CADH (1969) - 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

<sup>82</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Ob. cit., p.40.

a respeito do controle de convencionalidade, bem como aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>83</sup>

EMENTA: HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - PREJUDICIALIDADE - PEÇA OFERECIDA EM 29/05/2015 E RECEBIDA NA MESMA DATA - DISCUSSÃO ACERCA DA AUTORIA - INVIABILIDADE DA VIA ELEITA - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE - EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL - DECISÃO CASSADA - DETERMINAÇÃO AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REALIZE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PREVISTA NO ARTIGO 7º, ITEM 5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR MAIORIA.1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)". No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos 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 (...)".2. **"Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional"**.3. "Nem se argumente que a audiência de custódia não estaria regulamentada em nosso ordenamento jurídico, vez que, rediga-se, **uma vez que figurando o Brasil como signatário dos Tratados Internacionais, e tendo-os ratificado, as normas daí advindas não são inexistentes, como propagam alguns, mas sim, presentes e de hierarquia equivalente à dos primados constitucionais**".4. "Considerando as circunstâncias do presente caso, entendo que a cassação da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente se impõe, devendo, assim, o paciente ser levado à presença do juiz, a fim de que o mesmo seja ouvido, na presença de seu defensor, em respeito ao disposto no artigo 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), quando, nesta oportunidade, a Autoridade Judicial poderá rever a necessidade da prisão preventiva, ou mesmo atribuir outra medida cautelar alternativa à prisão, ou ainda, manter o réu solto, caso verifique que restam ausentes os pressupostos da cautelaridade, sempre se pautando pelos critérios de necessidade e adequação". (BRASIL, TJPR, HC n. 1.388.226-7, 16/07/2015 ) (sem grifos no original)

---

<sup>83</sup> CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves. **O controle de convencionalidade e o Poder Judiciário nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná: uma análise das decisões proferidas pelos tribunais**. 23 de fevereiro de 2016. Dissertação – Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

O art. 306 do Código de Processo Penal prevê que “em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante”. A disposição é compatível com o Art. 5º, LXII da Constituição Federal, entretanto, vai de encontro à garantia prevista no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como o art. 9º, item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis. Tal garantia consiste na condução da pessoa detida, sem demora, a uma autoridade judicial, o que corresponde ao objeto do presente trabalho, que é a audiência de custódia.

Na decisão em comento, o julgador realizou o exercício do controle de convencionalidade, através da via difusa. Para isso, afastou a aplicação de uma norma infraconstitucional, ainda que condizente com a Lei Maior, aplicando uma garantia prevista em tratado internacional de proteção aos direitos humanos.

### **3. PRISÃO CAUTELAR E SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL**

#### **3.1 Considerações gerais acerca das prisões cautelares**

Sob o ponto de vista dogmático, são previstas em nosso ordenamento jurídico dois tipos de prisões: a prisão pena e a prisão processual. A prisão pena é aquela destinada ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, decorrente de uma condenação criminal. Já a prisão processual, também denominada de prisão sem pena, prisão cautelar, ou prisão preventiva em sentido amplo, é decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nosso ordenamento jurídico prevê as seguintes modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), prisão preventiva (CPP, arts. 311 a 316), prisão temporária (Lei 7.960/89) e prisão domiciliar (CPP, arts. 317 e 318).

Inexiste em nosso ordenamento um processo de natureza cautelar, ou seja, uma “ação cautelar”, o que se tem são medidas cautelares penais, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento, e até mesmo do processo de execução. Nesse sentido, o termo *providência cautelar* surge para distinguir as medidas cautelares que decorrem do exercício do poder estatal, do exercício do direito de ação provocador da atuação do poder judiciário. Uma providência cautelar pode ser resultado de uma ação penal, entretanto, pode ser

imposta pelo Estado antes de qualquer atuação jurisdicional, como é o caso da prisão em flagrante.<sup>84</sup>

Nas palavras de Lopes Jr.<sup>85</sup>, o objetivo das medidas cautelares de natureza processual penal é garantir o normal desenvolvimento do processo, e conseqüentemente, a eficaz aplicação do poder de penar. Assim, são medidas destinadas à tutela do processo.

De acordo com o art.282, inciso I do Código de Processo Penal, a aplicação de uma medida cautelar deve ser fundamentada nos seguintes motivos: para a aplicação da lei penal; para a investigação ou instrução criminal; e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Ainda, conforme o inciso II do mesmo dispositivo, deve ser observada a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado.

No ano de 2011 o Código de Processo Penal sofreu uma reforma parcial, após a promulgação da Lei 12.403, vindo a modificar o Capítulo I, Título IX, que trata das medidas cautelares pessoais. Antes da alteração o sistema cautelar brasileiro resumia-se à prisão cautelar ou a liberdade provisória, mas com a mudança foram estabelecidas medidas cautelares (pessoais e patrimoniais) diversas da prisão, as quais estão previstas no art.319 do CPP.

O objetivo da mudança era estabelecer a liberdade como a regra, e a prisão cautelar como a exceção, a *ultima ratio*, devido seu caráter cautelar e excepcional, bem como o respeito ao princípio da presunção de inocência. A principal motivação para a reforma é o estado de emergência em que se encontra o sistema carcerário no Brasil, que no ano de 2011 apresentava a marca de 500 mil presos, sendo que destes, quase 200 mil se tratavam de presos cautelares.<sup>86</sup> Tal problemática será abordada de maneira mais aprofundada ao final deste capítulo.

Como destaca Lopes Jr.<sup>87</sup>, as principais alterações advindas da Lei 12.403 são:

---

<sup>84</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.105

<sup>85</sup> LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.p.13

<sup>86</sup> LOPES JR., Aury. Ob.cit.,p.02

<sup>87</sup> LOPES JR., Aury. Ibidem. p.03

- A adoção do modelo polimorfo, rompendo com o binário reducionista: prisão cautelar ou liberdade provisória, oferecendo ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva;
- A revitalização do instituto da fiança;
- A prisão em flagrante é finalmente colocada em seu devido lugar, como uma medida pré-cautelar, sem a possibilidade de “prender por si só”.

Conforme exposto no capítulo anterior, o sistema processual penal adotado pela nossa Constituição é o acusatório, o qual tem como base valorativa o respeito aos direitos inerentes à pessoa humana. Em razão disso, as medidas cautelares pessoais se situam no “ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos.”<sup>88</sup>

Para proteger as garantias constitucionais, em especial o direito à liberdade e a presunção de inocência, existem requisitos essenciais a serem observados para a imposição de uma prisão cautelar.

A doutrina tradicional, ao apontar os requisitos ou pressupostos do cárcere cautelar, se utilizam de conceitos oriundos do instituto da medida cautelar do processo civil: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.<sup>89</sup> Entretanto, como elucida Lopes Jr.,<sup>90</sup> devem ser utilizados termos adequados ao processo penal, consistindo em uma impropriedade jurídica e semântica a aplicação de requisitos da doutrina processual civil quando se trata de medidas cautelares de natureza penal, visto que a fumaça do bom direito e o perigo na demora do processo não satisfazem as peculiaridades da imposição de qualquer modalidade provisória.

Nesse passo, o requisito para decretação de uma medida cautelar não é a probabilidade da presença do direito de acusação, por não se discutir no processo penal um direito propriamente dito, mas sim a verificação de um fato aparentemente

---

<sup>88</sup> MARTINEZ, Sara Aragoneses *et al.* Apud, LOPES JR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.p.31

<sup>89</sup> DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de Duração.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.83

<sup>90</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., p.13

punível. Dito isso, os requisitos essenciais adequados para a aplicação de uma prisão cautelar são: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.<sup>91</sup>

A presença do ***fumus commissi delicti*** significa a demonstração efetiva da ocorrência de um crime, necessitando estar minimamente comprovada a materialidade e a autoria da conduta criminosa - minimamente pois se trata aqui de uma cognição sumária, ou seja, um juízo de probabilidade.<sup>92</sup>

Importante ressaltar que o juízo de probabilidade significa a “existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhança ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos”<sup>93</sup>, os quais correspondem à conduta aparentemente típica, ilícita e culpável. Além dos requisitos positivos, o referido autor aponta para a necessidade de ausência de requisitos negativos, quais sejam: causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade. Ainda, é fundamental a análise do dolo na conduta do agente, sendo que em crimes culposos não é possível a decretação de prisão preventiva.

Outro requisito essencial é o ***periculum libertatis***, o qual se caracteriza pelo perigo na liberdade da pessoa, que pode decorrer do risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, conforme a redação do art.312 do CPP. A demonstração do perigo na liberdade do indivíduo deve estar presente de forma inequívoca, configurando a urgência na preventividade e a indispensabilidade da privação da liberdade do indiciado.<sup>94</sup>

A condição de coexistência das prisões cautelares com a presunção de inocência, princípio reitor de todo o processo penal acusatório, é a observância dos princípios orientadores do sistema cautelar. Segundo a doutrina de Lopes Jr., esses princípios são: a jurisdicionalidade e motivação, o contraditório, a provisionalidade, a provisoriedade, a excepcionalidade e a proporcionalidade. Cumpre tecer algumas considerações sobre cada um deles, ainda que de forma bastante resumida.

O princípio da **jurisdicionalidade e motivação** corresponde ao fato de que toda prisão cautelar somente pode ser decretada mediante ordem judicial fundamentada. No caso da prisão em flagrante, o controle jurisdicional ocorrerá

---

<sup>91</sup> LOPES JR., Aury. Ibidem. p.14

<sup>92</sup> MINAGUÉ, Thiago. Ob. cit., p.143

<sup>93</sup> LOPES JR., Aury. Ob. cit., p.73-74

<sup>94</sup> MINAGUÉ, Thiago. Ob. cit., p.111

imediatamente após a prisão, momento em que o juiz deverá tomar alguma das medidas do art. 310 do CPP, conforme irá se expor no item seguinte.

O **contraditório** ocorre de maneira “tímida” no que tange a aplicação das prisões cautelares, mas deve ser assegurado quando possível e compatível com a medida cautelar a ser adotada. Ele é possibilitado a partir da intimação do acusado, para que a defesa se manifeste sobre o pedido. Conforme sustenta Lopes Jr.<sup>95</sup>, o direito a uma audiência após a decretação de uma prisão cautelar seria de fundamental importância para o exercício do contraditório, conferindo humanidade no tratamento dispensado ao detido, e podendo evitar muitas prisões injustas e desnecessárias.

Nesse sentido, cumpre apontar que a implementação da audiência de custódia possibilitaria a exercício do contraditório antes da eventual decretação de uma prisão cautelar, na medida que possibilita a comunicação de todas as partes processuais, especialmente o contato do preso com o juiz, para que seja melhor avaliada a legalidade e a necessidade de manutenção da prisão, conforme irá se detalhar mais adiante.

A **provisionalidade** das prisões cautelares corresponde ao caráter situacional das mesmas<sup>96</sup>, visto que elas servem para tutelar uma situação específica. A prisão preventiva, ou qualquer outra medida cautelar, pode ser revogada ou substituída, a qualquer tempo, desde que desapareçam os motivos que a legitimam, assim como pode ser decretada quando surgir a necessidade. Ou seja, uma vez descaracterizados o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. Ela está consagrada no art.282, §4 e 5º do CPP.<sup>97</sup>

Já a **provisoriedade** está relacionada ao fato de que toda a prisão cautelar deve ser temporária, ou seja, de breve duração. Apesar disso, grande problemática

---

<sup>95</sup> LOPES JR., Aury. Ob. cit., p.21

<sup>96</sup> LOPES JR. Aury, Ob. cit., p.23

<sup>97</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 4o No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

de nosso ordenamento jurídico é a absoluta inexistência de fixação de um período máximo para a duração da prisão cautelar, com exceção da prisão temporária.<sup>98</sup>

O princípio da **excepcionalidade**, o qual decorre da presunção de inocência, consagra que a privação da liberdade deve ser tratada como uma atuação excepcional do Estado<sup>99</sup>. A partir dele, decorre a premissa de que prisão preventiva deve ser sempre o último instrumento a ser utilizado, sendo cabível somente quando se revelarem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, consoante o art.310, II do CPP.

Por fim, o princípio da **proporcionalidade** determina que a prisão cautelar não poderá, em hipótese alguma, ser de igual ou maior gravidade que a própria pena prevista de forma hipotética.<sup>100</sup> Isso porque, a prisão cautelar não pode representar uma antecipação da pena, sob pena de violação da presunção de inocência. Tal princípio está diretamente ligado ao valor da dignidade humana, devendo sempre ser sopesado.

No presente capítulo irá se tratar das modalidades de prisão cautelar mais corriqueiras dentro do sistema criminal: a prisão em flagrante e a prisão preventiva. A temática será contextualizada dentro da situação carcerária de nosso País, sobretudo no que tange ao fenômeno da banalização da prisão provisória.

### 3.2 Prisão em flagrante

Apesar de ser considerada pela doutrina majoritária como uma espécie de prisão cautelar, a natureza da prisão em flagrante gera controvérsias, tendo em vista que alguns autores entendem que se trata de uma medida cautelar, enquanto outros de uma medida pré-cautelar. A pré-cautelaridade da prisão em flagrante é defendida, dentre outros autores, por Nereu Giacomolli e Aury Lopes Jr<sup>101</sup>, que sustenta que

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.

---

<sup>98</sup> A Lei nº 7.960/89 determina que o prazo para a prisão temporária é de 5 dias, prorrogáveis por igual período, ou de 30 dias em se tratando de crime hediondo.

<sup>99</sup> MINAGUÉ, Thiago. Ob. cit., p.112.

<sup>100</sup> MINAGUÉ, Thiago. Ibidem. p.113

<sup>101</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2.ed. Vol.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 70.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o flagrante é uma medida precária, uma mera detenção, através da qual o detido será colocado à disposição do juiz para que ele adote ou não uma verdadeira medida cautelar, razão pela qual adapta-se melhor à natureza pré-cautelar.

O referido autor também aponta para a autonomia e a instrumentalidade da prisão em flagrante. A autonomia reside no fato de que ela nem sempre irá acarretar a aplicação de uma medida cautelar, assim como uma medida cautelar pode ser aplicada sem a ocorrência da prisão em flagrante; enquanto a instrumentalidade manifesta-se no fato de ela ser uma “exceção da exceção”, um instrumento (flagrante) do instrumento (medida cautelar).<sup>102</sup>

A expressão flagrante deriva do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagrare*, que significa queimar, arder, que está em chamas, brilhando, incandescente. O flagrante é uma situação em que há a visibilidade do cometimento de um delito, o que autoriza a prisão do indivíduo quando surpreendido no cometimento da infração penal, seja ela tentada ou consumada.<sup>103</sup>

Para Paulo Rangel, a configuração da prisão em flagrante depende de dois elementos imprescindíveis: a atualidade e a visibilidade. A primeira corresponde a situação de flagrância, ou seja, o crime precisa estar acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer; e a segunda indica que a ocorrência do delito é externa ao ato, quando alguém atesta a ocorrência do ato ligando-o ao sujeito que o pratica.<sup>104</sup>

A prisão em flagrante é única modalidade de prisão em nosso ordenamento jurídico que não necessita de uma ordem escrita emanada por autoridade competente, conforme dispõe o art.5º, LXI da Constituição Federal. Outra peculiaridade dessa modalidade é que ela pode ser efetivada tanto pelo agente público, quanto por um particular, de acordo com o art. 301 do Código de Processo Penal. Importante destacar que o agente público tem a obrigação de prender alguém que seja encontrado em flagrante delito, enquanto o particular possui a faculdade, ou seja, não está obrigado a realizar a prisão.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.163

<sup>103</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.683 e 771

<sup>104</sup> RANGEL, Paulo. Ob. cit., p.772

<sup>105</sup> MINAGUÉ, Thiago. Ob. cit., p.163

A prisão em flagrante tem como objetivo cessar um ato delituoso que está sendo cometido ou que acaba de ser praticado, sendo está justificada em casos excepcionais, de necessidade e urgência, visando a proteção da sociedade. Esses casos estão previstos taxativamente no art.302 do CPP, que dispõe

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O inciso I corresponde ao “flagrante propriamente dito”, ou simplesmente “próprio”, o qual é motivado pela patente autoria e materialidade de um agente no momento que está cometendo o delito.<sup>106</sup> Ou seja, o agente é surpreendido cometendo o crime, durante o *inter criminis*, praticando conduta descrita no tipo penal, ainda que não tenha o percorrido integralmente.<sup>107</sup>

No inciso II o agente é surpreendido quando acabou de cometer o delito, já tendo sido cessada a prática do verbo nuclear do tipo penal.<sup>108</sup> Essa prisão deverá acontecer imediatamente após a visualização da prática do crime, e não depois de certo lapso temporal.

As situações elencadas nos artigos I e II estão relacionadas a visualização do delito, razão pela qual são detentoras de maior credibilidade. Por isso diversos autores, dentre eles Aury Lopes<sup>109</sup>, classifica ambos os tipos como flagrante próprio. Entretanto, outras doutrinas classificam o inciso I como flagrante próprio e o inciso II como “flagrante impróprio”.<sup>110</sup>

O inciso III, por sua vez, ocorre quando o agente é perseguido, logo após o cometimento do delito, quando se presume que ele é o autor do fato. Exige, portanto, a conjugação de três fatores: a perseguição do agente (requisito de atividade), logo após (requisito temporal) a situação que faça presumir sua autoria (elemento circunstancial). Destaca-se que essa a perseguição exige uma continuidade, ou seja, não permite interrupções, ainda que o sujeito se tenha perdido o sujeito de vista. A

---

<sup>106</sup> BRITO, Alex Couto de; FABRETTI, Humberto; LIMA, Marco Antônio. **Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 228

<sup>107</sup> LOPES JR., Aury. Ob. cit., p. 74

<sup>108</sup> LOPES JR., Ibidem. p. 75

<sup>109</sup> LOPES JR., Ibidem. p.75

<sup>110</sup> BRITO, Alex Couto de; FABRETTI, Humberto; LIMA, Marco Antônio, Ob. cit. p.229

perseguição pode durar por várias horas, mas é necessário que ela ocorra logo após o fato.<sup>111</sup>

Quanto ao inciso IV, destaca Lopes Jr., que é o flagrante “mais fraco, mais frágil e difícil de se legitimar”, exigindo-se para sua ocorrência a conjugação de três elementos: requisito de atividade: encontrar o suspeito; requisito temporal logo depois; e armas ou objetos do crime: presunção de autoria. Quanto ao primeiro requisito, deve haver uma vinculação previamente estabelecida em relação ao delito, ou seja, não se trata de um simples encontrar. Embora não esteja definido em lei, o lapso temporal desse caso, ainda que no artigo conste a expressão “logo após”, pode ser maior que do inciso anterior, visto que o ato de encontrar permite um maior intervalo de tempo.<sup>112</sup>

Por considerar que os flagrantes previstos nos incisos III e IV são mais frágeis, a doutrina nacional os classifica como “quase-flagrantes”, ou “flagrantes impróprios”. Entretanto, tal classificação difere daquela citada anteriormente, utilizada por Brito, Fabretti e Lima, os quais atribuem a esses tipos de flagrante a denominação de “flagrante presumido”.

Independentemente do tipo de flagrante, a prisão não autoriza, de maneira alguma, que o agente permaneça preso ao longo da instrução criminal. A duração da prisão em flagrante deve ser breve, pois ela será submetida a averiguação e análise da autoridade judicial em até 24 horas, conforme o art. 306, §1º do CPP.

Segundo o Código de Processo Penal, o da prisão em flagrante procedimento ocorre da seguinte forma, resumidamente:

- Imediatamente após a prisão, o preso deve ser levado à Delegacia de Polícia, onde será interrogado pelo Delegado, que será o responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante (APF). Serão também ouvidos o condutor do preso, e eventuais testemunhas que tenham presenciado o fato (art.304);
- Caso a suspeita contra o conduzido seja fundada, a autoridade competente mandará recolhê-lo a prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou prestar fiança; (art.304, §1º);
- A prisão será comunicada imediatamente ao Ministério Público e a família do preso, ou à pessoa por ele indicada (art.306);

---

<sup>111</sup> LOPES JR., Aury. Ob.cit.p.75

<sup>112</sup> LOPES JR, Aury. Ibidem, p. 77

- Em até 24 horas após a prisão, o APF será encaminhado ao juiz competente, e caso o preso não informe o nome de um advogado, será enviada cópia para a Defensoria Pública (art.306, §1º);
- Ao receber o APF, o juiz deve fundamentadamente: (art.310)
  1. Relaxar a prisão, caso considere que ela é ilegal; ou
  2. Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presente os requisitos do art.312<sup>113</sup> do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão; ou
  3. Conceder a liberdade provisória.

Além das disposições do Código de Processo Penal, nossa Constituição Federal assegura ao acusado diversas garantias que regulamentam todas as prisões processuais, as quais tem como função a limitação do *ius puniendi* estatal. Dentre elas, encontram-se as seguintes:

Art. 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá inicialmente analisar o aspecto formal do mesmo, homologando-o caso estejam presentes todos os requisitos. Contudo, se verificar que o flagrante foi ilegal, quando

---

<sup>113</sup> “Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).”

por exemplo não corresponder a uma situação de flagrância prevista no art.302 do CPP, o juiz deve relaxar a prisão, determinando a soltura imediata do detido.

Homologado o flagrante, o juiz poderá conceder a liberdade provisória (mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo) ou decretar uma medida cautelar diversa da prisão. Caso contrário, o juiz poderá manter a pessoa presa, convertendo a prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que exista pedido do Ministério Público e estejam presentes os requisitos necessários, que serão analisados a seguir.

### 3.3 Banalização do uso da Prisão Preventiva

É seguro afirmar que a prisão provisória, ou prisão preventiva em sentido estrito, é a principal modalidade de prisão cautelar de nosso ordenamento jurídico.<sup>114</sup> Preceitua Tucci<sup>115</sup>, acerca da conceituação da terminologia da prisão provisória, que

Considerando-se o vocábulo *provisória*, no senso de temporariedade que ele, precipuamente, indica, *prisão provisória* consiste na segregação da liberdade do suposto infrator da lei penal antes de apurada, por sentença definitiva, pronunciada por órgão jurisdicional, sua culpabilidade.

Anteriormente à Lei 5.329 de 1967, que alterou o art. 312 do CPP, a prisão provisória era uma medida que obrigatoriamente deveria ser tomada após a prisão em flagrante. Quase dez anos depois, com a promulgação da Lei 6.416 de 1977, que acrescentou o parágrafo único ao referido artigo, a prisão preventiva somente pode ser imposta quando verificados os pressupostos e requisitos estabelecidos. Os requisitos específicos para a utilização da prisão preventiva estão previstos no art.312 do CPP, que dispõe:

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

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

---

<sup>114</sup> DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de Duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.161

<sup>115</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p.218.

Cumpra ressaltar que a exigência da “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” corresponde ao requisito essencial do *fumus comissi delicti*. Já o perigo na liberdade do investigado, ou seja, o *periculum libertatis*, poderá ser fundamentado na garantia da ordem pública, da ordem econômica, na conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Esses são os denominados requisitos específicos para a aplicação da prisão preventiva.

A “garantia da ordem pública” é seguramente o fundamento mais utilizado pelos magistrados para a imposição da prisão preventiva. Ela vem sendo utilizada nas jurisprudências sob diversas justificativas, tais como a periculosidade do réu, a gravidade do crime, a insensibilidade moral do acusado, credibilidade da justiça, clamor público e inclusive a repercussão da mídia<sup>116</sup>. Pode-se dizer que o conceito de ordem pública remete à paz e à tranquilidade no meio social<sup>117</sup>. Segundo Nucci<sup>118</sup>, tal fundamento é legítimo para casos de organização criminosa, por exemplo, e também para atender ao clamor público, em casos que ganham destaque na mídia, o que geraria um abalo à credibilidade da justiça e do sistema penal.

Entretanto, tal posição é bastante criticada pela doutrina garantista, especialmente porque a “garantia da ordem pública” consiste em expressão extremamente vaga e de conteúdo indeterminado. Essa subjetividade, bem como a falta de limites semânticos, concede larga margem discricionária ao julgador, podendo este utilizá-la ao seu bel-prazer.

O fundamento da “ordem pública” é considerado inconstitucional por Lopes Jr. e Moraes da Rosa<sup>119</sup>, que explicam ela nada tem a ver com a finalidade cautelares e processual. Os autores explicam que sua origem remonta ao nazifascismo da Alemanha, onde o fundamento foi originado como uma autorização geral e aberta para prender. Nesse sentido, sustentam que a utilização da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva é uma medida que

---

<sup>116</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.149.

<sup>117</sup> TOURINHO FILHO, F da C. **Processo Penal**. 21.ed.São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>118</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 633

<sup>119</sup> LOPES JR., Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva**. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>

(...) atende a uma dupla natureza: pena antecipada e medida de segurança, já que pretende isolar um sujeito supostamente perigoso. É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Cumprido destacar que é no mínimo controverso colocar um indivíduo na prisão, local no qual ele terá seus direitos fundamentais diariamente violados, sob a justificativa de que se estará assegurando a segurança pública, uma vez que esse indivíduo sairá do cárcere muito mais propenso a cometer novos delitos. Não por outra razão as cadeias brasileiras são conhecidas como verdadeiras “escolas do crime”.

Na lição de Delmanto Junior<sup>120</sup>, o clima emergencial gerado pela violência urbana, que desaponta de fatores como a desigualdade social, a pobreza cultural de grande parcela da população, o tráfico ilícito de entorpecentes, a dependência toxicológica, as dificuldades de um policiamento efetivo, dentre outros; marcam o dia-dia dos cidadãos pela ocorrência diária de crimes como roubo e latrocínio. Como resposta do Estado a essas emergências, a prisão preventiva se apresenta como um analgésico, de efeito quase imediato. Se apresenta como uma providência cômoda que, pela celeridade com que é decretável, gera à comunidade uma sensação de segurança, eficácia do sistema penal e de justiça.

Insta apontar o papel da mídia na disseminação de uma cultura do medo na sociedade. As notícias sensacionalistas propagadas pelos meios de comunicação, que buscam chamar a atenção do público, na maioria das vezes se referem a fatos negativos, como crimes e catástrofes. Tal fator gera a disseminação de um sentimento de insegurança coletivo, o qual contribui com a propagação de um discurso punitivista e, conseqüentemente, com o encarceramento em massa.

Nesse sentido, cumpre apontar a lição do mestre Zaffaroni, que ao tratar do fenômeno da disseminação do medo no tecido social, sustenta que uma sociedade dominada pelo medo coletiva passa a fabricar naturalmente seus próprios inimigos, na medida em que elege algumas classes como sendo perigosas. Tal realidade contribui para a criação de inimigos em potencial (pobres, condenados, viciados, etc.), problema que agrava ainda mais a segregação e a desigualdade social.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. ob.cit.p.11

<sup>121</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 190-191.

Por conseguinte, é reproduzida uma crença na eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, amenizando clamor público causado pelo delito. Com isso, a prisão preventiva adquire a finalidade de punição, adquirindo “ ‘funções reais’ (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza”, conforme elucida Sanguiné<sup>122</sup>.

No mesmo sentido, elucida Lopes Jr.<sup>123</sup> que

A perigosa viragem discursiva que nos está sendo im(posta) atualmente pelos movimentos repressivistas e as ideologias decorrentes faz com que, cada vez mais, a “liberdade” seja provisória (até o CPP consagra a liberdade provisória...) e a prisão cautelar (ou mesmo definitiva) uma regra. Ou ainda aprofundam-se a discussão e os questionamentos sobre a legitimidade da própria liberdade individual, principalmente no âmbito processual penal, subvertendo a lógica do sistema jurídico-constitucional.

Ocorre que, diversamente da prisão penal propriamente dita, que só pode ser imposta ao final da instrução processual, a prisão cautelar, devido sua instrumentalidade, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e da eficácia de eventual sentença condenatória. Sendo assim, jamais pode ser tida como uma antecipação da pena, e tampouco como um meio de se cumprir a satisfação punitiva que anseia a sociedade quando da ocorrência de um delito, sob o risco de violação da desconsideração prévia de culpabilidade e da presunção de inocência.<sup>124</sup>

Nesse contexto, é válido trazer à tona a visão de Beccaria<sup>125</sup> acerca da prisão, cujos argumentos se mostram de grande relevância até os dias atuais:

Erro não menos comum, porque contrário ao fim social, que é a opinião da própria segurança, é deixar ao magistrado, executor das leis, o alvedrio de prender o cidadão, de tirar a liberdade do inimigo sob frívolos pretextos e de deixar o amigo impune, mesmo havendo os mais fortes indícios de culpabilidade. Prisão é pena que, por necessidade, deve, diversamente de todas as outras, ser precedida da declaração do delito, mas este caráter distintivo não lhe tira o outro traço essencial, a saber, que somente a lei determine os casos em que o homem merece a pena. [...] O homem acusado de delito, encarcerado e depois absolvido, não deveria trazer consigo nenhuma

---

<sup>122</sup> SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 114.

<sup>123</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Penal Processual**. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.71.

<sup>124</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. Ob. cit., p.83

<sup>125</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. rev. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.81

nota de infâmia. Quantos romanos acusados de delitos gravíssimos, e depois considerados inocentes, foram reverenciados pelo povo e honrados com magistraturas! Por que razão, pois, é tão diferente, em nossos dias, a absolvição de um inocente? É porque, no sistema penal de hoje, segundo a opinião dos homens, prevalece a ideia da força e da prepotência sobre a da justiça; porque se atiram, indistintamente, no mesmo cárcere, não só os acusados como os condenados, porque a prisão é mais lugar de suplício do que de custódia do réu e porque a força interna, tutora das leis, é separada da força externa, defensora do trono e da nação, quando deveriam estar unidas.

Não obstante, vivencia-se no Brasil um verdadeiro fenômeno de banalização da prisão preventiva, a qual vem sendo tratada como uma medida habitual e rotineira na prática diária dos tribunais. O excesso de prisão no sistema penal brasileiro se inicia pelo excesso de prisões em flagrante e se completa pela alta taxa de conversão das mesmas em prisões provisórias.<sup>126</sup>

Nesse contexto, a prisão provisória acaba sendo aplicada sem a observância dos requisitos essenciais (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*), o que culmina em um grande número de prisões desnecessárias e ilegais. Tal realidade faz com que ela perca seu caráter de medida excepcional, revelando um abismo entre a teoria processual penal e a prática.

Conforme exposto anteriormente, diante do auto de prisão em flagrante o juiz poderá relaxar a prisão (caso verifique sua ilegalidade), aplicar uma medida cautelar diversa da prisão, conceder a liberdade provisória, ou, caso nada disso seja possível, converter a prisão em preventiva, desde que presentes os requisitos legalmente estabelecidos. Entretanto, a conversão do flagrante, ao invés de ser a exceção, conforme pretendeu a alteração imposta pela Lei 12.403/11, segue figurando quase como uma regra em nosso sistema processual penal.

É importante destacar que na sistemática processual penal atual, os presos provisórios permanecem encarcerados durante meses, e até mesmo anos, aguardando o julgamento do processo. Com isso, só vão ter contato com um juiz quando do interrogatório, que é o último ato da instrução penal.

Cumprе ressaltar que na grande maioria das vezes os presos provisórios são colocados nas mesmas dos presos condenados, que cumprem pena privativa de liberdade, não obstante a redação do art.300 do CPP, que dispõe: “As pessoas presas

---

<sup>126</sup> MINAGUÉ, Thiago. ob.cit.p.107

provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

A prisão fere o direito fundamental de liberdade do acusado, bem como sua dignidade, de modo que consiste em uma violação de direitos exercida pelo Estado de forma autorizada e legítima<sup>127</sup>. Não há dúvidas em afirmar que se trata da “mais violenta medida processual penal que pode ser imposta contra uma pessoa sujeita a persecutio criminis”.<sup>128</sup> O cárcere, ainda que não decorra de sentença penal condenatória, terá reflexo em todas as searas de vida do indiciado, causando um enorme e incalculável abalo psíquico e moral, tanto ao preso quanto a sua família.

Mesmo com a absolvição, a prisão preventiva gera a desmoralização do indivíduo perante a sociedade, o que pode afetar sua honra, e até mesmo sua condição econômica. Isso porque ela representa um juízo de reprovabilidade, um juízo de culpa àquela pessoa, independentemente da existência da presunção de inocência para o Direito. Cumpre ressaltar que inúmeros são os casos de pessoas que são presas preventivamente e ao final da instrução penal são absolvidas.

Portanto, para que seja decretada a prisão provisória, devem ser observadas sua **necessidade cautelar**, **excepcionalidade**, **adequação** e **proporcionalidade**, bem como a existência dos requisitos essenciais e específicos para sua aplicação.

### 3.4 A superlotação e a situação carcerária do Brasil

Todos sabemos que as penitenciárias brasileiras se encontram em situação emergencial: superlotação, violência (entre os presos, e entre esses e policiais), condições desumanas, rebeliões, dentre outras problemáticas. Tais condições impossibilitam totalmente a função da prisão como uma forma de reintegrar o apenado à sociedade, o que representa grande falha do sistema penal. Nesse sentido, Nelson Hungria<sup>129</sup>, já na década de 50, alertava que

Os estabelecimentos da atualidade não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução

---

<sup>127</sup> MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.113

<sup>128</sup> DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de Duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.81

<sup>129</sup> HUNGRIA apud MUAHAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 21.

moral para a vida livre do amanhã, induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, ao invés de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativoiro.

As condições degradantes e desumanas das penitenciárias brasileiras representam um verdadeiro atentado aos direitos fundamentais do indivíduo, em especial o direito à dignidade humana e à própria vida, constituindo, assim, a negação máxima dos direitos humanos. Nas palavras de Sarmiento, as prisões brasileiras “*são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos.*”<sup>130</sup>

Tais problemas agravam-se, especialmente, devido à superlotação carcerária do País. Segundo a última contabilidade realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional<sup>131</sup>, em dezembro de 2014, o número de presos no Brasil era de 622.202 (a quarta maior população carcerária do mundo) para 371.884 vagas nas cadeias, o que representa um déficit de 230.318 vagas. Desse total, 41% da população carcerária brasileira se tratava de presos provisórios. Ou seja, quatro a cada dez presos estavam encarcerados sem terem sido julgados e condenados

Quanto à violência, a qual faz parte do cotidiano dos presídios, pode-se apontar, a título exemplificativo, o caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas - Maranhão, que chocou o país no ano de 2014. Os episódios de violência foram expostos pela mídia através de cenas de decapitações de presos, de detentos esfolados vivos e de cadáveres empilhados após brigas entre facções criminosas. O Conselho Nacional de Justiça registou que 60 pessoas foram mortas dentro no Complexo, apenas no ano de 2013.<sup>132</sup> Foram constatadas também a ocorrência de inúmeros casos de tortura e até mesmo de violência sexual contra familiares durante os dias de visita. Em razão da situação emergencial, a Corte Interamericana de

---

<sup>130</sup> SARMENTO, Daniel. apud PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: O Conselho Nacional de Justiça Empório do direito, 2015.p.22.

<sup>131</sup> DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Dezembro de 2014. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>

<sup>132</sup> Revista Consultor Jurídico. **Corte interamericana cobra garantia de direitos humanos em Pedrinhas**. 21 de novembro de 2014. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-nov-21/corte-interamericana-cobra-garantia-direitos-humanos-maranhao>>

Direitos Humanos expediu Medida Provisória determinando ações imediatas do Brasil para preservar a vida e a integridade pessoal dos presos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, e também a de seus parentes, dos agentes e dos visitantes.<sup>133</sup>

As violações aos direitos humanos e a falta de condições mínimas de encarceramento do Presídio Central de Porto Alegre, maior unidade prisional do Rio Grande do Sul, também foi alvo de inúmeras denúncias, que levaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos a determinar uma série de medidas cautelares no presídio. Dentre as providências determinadas pelo tribunal estão: garantir a vida e a integridade pessoal dos detentos, assegurar as condições de higiene e tratamentos médicos adequados, implantar plano de prevenção de incêndio, e medidas para recuperar o controle de segurança e reduzir a lotação na cadeia, atualmente entregues a facções criminosas. A determinação prevê a tomada de medidas urgentes para a redução da superlotação no presídio — no ano de 2013 foram contabilizados 4.591 presos para uma capacidade de 1.984.<sup>134</sup>

A tortura de pessoas detidas por parte das autoridades policiais é um problema crônico em delegacias de polícia e centros de detenção do País. Segundo Relatório realizado pela Human Rights Watch (organização internacional não-governamental que defende e realiza pesquisas sobre os direitos humanos), entre janeiro de 2012 e junho de 2014, a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos no Brasil registrou a ocorrência de 5.431 denúncias de tortura e de tratamento cruel, desumano ou degradante em todo País, por meio do Disque Direitos Humanos. Dessas denúncias, 84% se referiam a abusos em presídios, cadeias públicas, delegacias de polícia, delegacias que operam como unidades prisionais e unidades de medida sócio educativa.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Portal Brasil. **Direitos Humanos divulga nota sobre presídio de Pedrinhas**. 10 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/direitos-humanos-divulga-nota-sobre-presidio-de-pedrinhas>>

<sup>134</sup> Revista Consultor Jurídico. [on-line]. **OEA reconhece condições precárias de presídio gaúcho**. 3 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/112298207/oea-reconhece-condicoes-precarias-de-presidio-gaучo>>

<sup>135</sup> SILVA ARAUJO, Guilherme. **A audiência de custódia como contenção à violência policial em desfavor da pessoa presa**. Empório do Direito, 2015. Disponível em <<http://emporiოდireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-como-contencao-a-violencia-policial-em-desfavor-da-pessoa-presa-por-guilherme-silva-araujo/>>

Além de tudo isso, grande problema das penitenciárias é a disseminação de doenças, ocasionada pelas condições precárias dos ambientes, pela falta de higiene, falta de assistência médica, alimentação inadequada e a superlotação das celas, que proporcionam um rápido e fácil contágio.

No capítulo seguinte irá se apresentar o instituto da audiência de custódia, um mecanismo que tem como finalidade o combate aos problemas aqui apontados, tais como: a banalização da prisão provisória, a superlotação dos presídios e a tortura de presos. Como assevera Paiva<sup>136</sup>, a implementação da audiência de custódia não irá representar a solução de todos os problemas do encarceramento, mas surge, conforme se verá, como uma tentativa ambiciosa de freá-los.

## **4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

### **4.1 Conceito e previsão normativa**

Conforme exposto no capítulo 2 do presente trabalho, após a Segunda Guerra Mundial, surgem no cenário internacional incisivas manifestações em prol da coibição do arbítrio punitivo estatal e do asseguramento dos direitos humanos. Nesse cenário, os direitos da pessoa presa, ou detida, passam a ser efetivamente uma preocupação.

Nesse panorama, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, adotada pelo Conselho da Europa no ano de 1950, inspirada nos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê em seu artigo 5.3 que:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

Tal previsão foi instituída com o objetivo de assegurar um mecanismo de controle sobre a atividade de persecução penal do Estado, e sobretudo, sobre as instituições encarregadas da investigação criminal, ou seja, dos atos anteriores ao ajuizamento da ação penal. O principal objetivo seria evitar a incidência de um

---

<sup>136</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p.22

problema recorrente na fase inicial de investigação ao longo da história, que é a ocorrência de tortura ou maus-tratos aos indivíduos presos em flagrante ou a título preventivo.

A partir da Convenção, surgiram diversos textos internacionais que também asseguram a rápida apresentação da pessoa detida. Dentre eles, a garantia está prevista em dois tratados internacionais ratificados pelo Brasil no ano de 1992: A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. No primeiro diploma ela é encontrada no artigo 7º, item 5, que dispõe:

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

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, prevê em seu artigo 9º, item 3 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 e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

No Brasil, tal medida é denominada “audiência de custódia”, e também “audiência de apresentação” ou “audiência de garantia”. No presente trabalho será utilizada a primeira denominação, tendo em vista que ela vem sendo amplamente utilizada pela imprensa brasileira, bem como pelos instrumentos judiciais e legislativos que visam sua implementação no País.

A audiência de custódia caracteriza-se como um instrumento de controle judicial imediato da prisão. O conceito da palavra “custódia” no dicionário corresponde ao ato de *guardar, deter* ou *proteger*. O ato de guardar e proteger refere-se, portanto, à condução a qual deve ser submetida a pessoa detida, logo após a prisão<sup>137</sup>.

Na prática, ela consiste na condução do preso, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade com poderes judiciais, a qual deverá exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, e também verificar a

---

<sup>137</sup> TÓPOR, Klayton Augusto Martins. NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de Custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.29

ocorrência de violência ou tortura contra a pessoa detida. Deverão presidir ao ato, obrigatoriamente, a defesa do preso e o representante do Ministério Público.<sup>138</sup> Cumpre ressaltar que, caso o detido não constitua um advogado particular, será intimado um Defensor Público para presidir o ato.

O contato da pessoa detida com o juiz proporciona uma análise muito mais profunda de toda a circunstância da prisão, e conseqüentemente, mais completa e justa. Com isso, a garantia dos direitos fundamentais do preso e a análise apropriada da legalidade e da necessidade da prisão preventiva serão muito mais eficazes do que com a mera análise do auto de prisão em flagrante pelo juiz.

Na atual sistemática do Código de Processo Penal, conforme preceitua o artigo 306 caput e parágrafo único, o juiz deverá ser imediatamente comunicado da prisão de qualquer pessoa, sendo lhe remetido o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas. Tal normativa, obviamente não atende o objetivo pretendido pela audiência de custódia, como já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos: “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente.”<sup>139</sup>

Na lição de Pacelli<sup>140</sup>, a adesão às normas internacionais firmadas em tratados e convenções internacionais, subscritas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil, implicará a adoção de regras processuais penais neles previstas. Entretanto, desde a incorporação ao ordenamento jurídico dos dois tratados internacionais anteriormente citados o Brasil vem se mostrando inerte na adoção de medidas efetivas para assegurar ao sujeito preso o contato pessoal com uma autoridade judicial.

Cumpre registrar que, nesse ponto, o País se encontra atrás de diversos países latino americanos, a exemplo da Argentina, Chile, Equador, Guatemala, Peru e México, os quais já adotam o instituto da audiência de custódia em seu ordenamento jurídico. Alguns, a exemplo da Guatemala, inseriram a necessidade da apresentação do preso em sua própria Constituição, enquanto outros preferiram inseri-la na legislação infraconstitucional, como é o caso do Código de Processo Penal de la Nación da Argentina (art.64).

---

<sup>138</sup> PAIVA, Caio. PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Empório do direito, 2015.p.31

<sup>139</sup> CORTE IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença proferida em

<sup>140</sup> PACHELLI, Eugênio. 7ª **Curso de Processo Penal.** ed. São Paulo Editora Atlas S.A, 2013. P.19

## **4.2 Tentativas de implementação da audiência de custódia no Brasil**

Com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), já seria o bastante para que a audiência de custódia fosse respeitada e observada no País. No entanto, ainda que os tratados internacionais de direitos humanos não necessitem de implemento interno normativo algum, não se pode olvidar que a regulamentação do direito interno é fundamental para a promoção de um direito.

No caso da audiência de custódia, uma regulamentação normativa interna seria fundamental por duas razões, como aponta Paiva<sup>141</sup>: se trata de um enunciado com expressões abertas, passíveis de ajustamento às realidades locais; e pelo fato de que não temos uma cultura (social e jurídica) de cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos, que geralmente são tidos como meras recomendações.

Não obstante, passados mais de 20 (vinte) anos da ratificação da CADH, o Brasil ainda não implementou a audiência de custódia em seu ordenamento jurídico, o que enseja a responsabilidade internacional do Estado por omissão na produção legislativa.<sup>142</sup> Cumpre lembrar que, conforme trabalhado no capítulo 2, a omissão legislativa pode ser superada pelo Poder Judiciário, aplicando diretamente a CADH através do controle de convencionalidade.

Passará a se analisar agora, as tentativas de implementação normativa da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

### **4.2.1 Projeto de Lei do Senado nº 156/2009.**

O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 foi instituído com o objetivo de juntar uma comissão para a confecção de um novo Código de Processo Penal brasileiro. Uma importante inovação apresentada no PLS foi a figura chamada “juiz das garantias”, que seria um juiz com atuação exclusiva para a fase de investigação, estando impedido de atuar após o ajuizamento de ação penal.

---

<sup>141</sup> PAIVA, Caio. PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Empório do direito, 2015.p.58

<sup>142</sup> PAIVA, Caio. Ob. cit., p.59

De acordo com o artigo 14 da redação final do PLS, o juiz de garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença. Entretanto, tal proposição não pode ser considerada como precursora da audiência de custódia. Primeiramente porque se trata de uma faculdade do juiz, e depois, pelo fato de que seria mantido o sistema cartorial que permite apenas a análise do auto de prisão em flagrante.

Entretanto, em meio à tramitação do projeto no Senado Federal, o então Senador José Sarney apresentou duas emendas (emendas nº 170 e nº 171) propondo que a apresentação do preso fosse uma obrigação nos casos de prisão em flagrante, atingindo, assim, os fins da audiência de custódia. A redação da emenda nº170 era a seguinte:

Emenda nº 170

Dá-se a seguinte redação ao art.551:

Art.551. Observado o disposto no art. 533, dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será apresentado ao juiz competente o preso em flagrante, juntamente com o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas.

Parágrafo único. Nas comarcas em que a autoridade judiciária não estiver presente todos os dias, o preso será apresentado na primeira oportunidade em que o juiz aparecer na comarca.

Confira-se a justificativa apresentada pelo Senador:

Há mais de uma década, desde a ratificação e promulgação internas, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova Iorque, existe, em nosso ordenamento legal, o *dever* das autoridades policiais rapidamente *apresentarem* a um juiz de direito, o preso em flagrante. Não é sem motivo que essa disposição consta dos diplomas internacionais, tratando-se de importantíssimo instrumento de combate à tortura policial. Além disso, o novo Código de Processo Penal deverá estar em sintonia com os referidos Diplomas Internacionais.

Entretanto, ambas as emendas foram rejeitadas no relatório final do PLS, cujo relator foi o Senador Renato Casagrande, sob a justificativa de que a normativa internacional já está sendo cumprida pelo art.551, ao prever a apresentação do preso em flagrante ao delegado de polícia, que corresponderia a “outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Ocorre que, a figura do delegado de polícia no Brasil não está apta a exercer funções judiciais, razão pela qual não preenche os requisitos previstos na CADH, conforme irá se detalhar mais adiante.

#### **4.2.2 Projeto de Lei do Senado nº 554/2011**

Desde o ano de 2011, está em tramite no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/11, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, cujo objetivo é a implementação da audiência de custódia no sistema processual brasileiro. O projeto prevê a alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal vigente, para prever que o preso em flagrante seja conduzido pela autoridade policial à presença de um juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para a realização de audiência, juntamente com seu defensor e o representante do Ministério Público, no seguinte teor:

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.

Submetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, houve a apresentação de uma emenda, tendo como relator o Senador Randolfe Rodrigues, que teve por base o acatamento parcial de sugestões encaminhadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Com a aprovação da emenda, foi inserida a necessária presença do Ministério Público e da defesa técnica da pessoa presa.

Com novo parecer por parte da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o PLS recebeu nova emenda constitutiva, apresentada pelo Senador João Capiberibe, que contém uma normativa praticamente completa sobre a audiência de custódia, definindo que a autoridade a quem o preso deve ser apresentado é o juiz, e garantindo o contraditório e a ampla defesa ao prever a imprescindibilidade da defesa técnica no ato. A redação do PLS ficou a seguinte:

Art. 306.

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

autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º A oitiva a que se refere o § 1º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 3º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 4º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Em novembro de 2013, o PLS 554/2011 foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos. Posteriormente, em junho de 2014, foi aprovada mais uma emenda substitutiva, de autoria do Senador Francisco Dornelles. A emenda alterou a versão original do PLS para incluir a possibilidade de realização da audiência de custódia mediante o sistema de videoconferência. Dentre as justificativas utilizadas pelo Senador estão “a diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do poder Judiciário”, afirmando que “o deslocamento de presos coloca em risco a segurança pública, a segurança institucional e, inclusive, a segurança do preso”.

#### **4.2.3 Projeto Audiência de Custódia – Conselho Nacional de Justiça**

Diante da omissão do Poder Legislativo federal, permanecendo o PLS 554/2011 em tramitação há quase 5 (cinco) anos, os Estados começaram a agir pela implementação da audiência de custódia em seus territórios, o que se deu partir de iniciativa contundente tomada pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o *Projeto Audiência de Custódia*, fazendo com que o assunto se tornasse uma pauta nacional do Poder Judiciário. O projeto tem como objetivo a implementação da audiência de custódia nos estados brasileiros.

Segundo o histórico do projeto<sup>143</sup>, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que têm por objetivo incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia em todo o País, o uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica. Tais medidas buscam combater a cultura do encarceramento que se instalou no Brasil.

Para possibilitar a concretude do Projeto, alguns Tribunais de Justiça, incentivados pelo CNJ, passaram a regulamentar a audiência de custódia por meio de atos internos exarados pelos próprios Tribunais (provimentos e resoluções). São exemplos: o Provimento nº 24/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Resolução nº 13/2015 do Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e a Resolução nº 796/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Em maio de 2016, o Conselho da Magistratura (Comag) do Rio Grande do Sul aprovou, por unanimidade, a Resolução Nº 1143/2016, que regulamenta a realização de audiências de custódia nas comarcas de Porto Alegre, Caxias do Sul, Passo Fundo, Pelotas, Santa Maria, Rio Grande, Vacaria, Santa Cruz do Sul e Uruguaiana. Nas demais comarcas do interior, as audiências serão implementadas de acordo com a disponibilidade orçamentária das instituições envolvidas, especialmente da Susepe.<sup>144</sup>

De acordo com o mapa de implementação das audiências de custódia, disponibilizado pelo site do CNJ<sup>145</sup>, as audiências já estão sendo realizadas em todas as unidades federativas do País. Os dados mostram que no período de 30/07/2015 a 14/06/2016 foram realizadas 2.994 audiências de custódia no Estado do Rio Grande do Sul.

Ainda, durante sua 223ª Sessão Ordinária, o CNJ aprovou, por unanimidade, a Resolução nº 213, que entrou em vigor em fevereiro de 2016. A Resolução detalha todo o procedimento a ser adotado para a realização das

---

<sup>143</sup> Site do CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>

<sup>144</sup> Site do Conselho Nacional de Justiça. **Programa audiências de custódia avança nas comarcas gaúchas em maio.** 10 de maio de 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82272-programa-audiencias-de-custodia-avancas-comarcas-gauchas-em-maio>>

<sup>145</sup> Site do CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>

audiências de custódia, e vem sendo utilizada enquanto o Congresso Nacional não aprova o PLS 554/2011.

### 4.3 Dinâmica processual da audiência de custódia

A audiência de custódia ainda não foi regulamentada pelo ordenamento jurídico interno do País, permanecendo o PLS nº 554/2011 em tramitação no Senado Federal, encontrando-se atualmente pendente de deliberação em plenário, conforme consulta ao site oficial do Senado Federal.<sup>146</sup> Cumpre asseverar que a competência legislativa para atuar em matéria processual penal é privativa da União, nos termos do art. 22, inciso I da Constituição Federal.

Todavia, é importante ressaltar que a falta de regulamentação em Lei não torna inconstitucional a realização de audiências de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais, tendo em vista que encontra amparo legal na própria Constituição Federal, em respeito aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Diante da omissão legislativa, a prática das audiências vem sendo regulamentadas pelos próprios Tribunais, bem como pelo CNJ em sua Resolução nº 213/2015. A partir desses provimentos e resoluções, bem como as normativas dos tratados internacionais de direitos humanos, na audiência de custódia devem ser verificados os seguintes passos, conforme elucidam Lopes Jr. e Morais da Rosa:

- 1) A prisão é legal, isto é, era hipótese de flagrante?
- 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, artigo 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.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> Site do Senado Federal. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115?o=d>>. Acesso em 09 de agosto de 2016

<sup>147</sup> LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 3)**. Revista Consultor Jurídico, fevereiro de 2015. Disponível em

As redações dos tratados internacionais de direitos humanos que dispõem sobre a audiência de custódia apresentam expressões em aberto, que exigem certa atividade interpretativa.

Conforme explica Paiva<sup>148</sup>, a doutrina especializada indica que a interpretação dos direitos humanos deve ser realizada a partir de três critérios: o da máxima efetividade, o da interpretação *pro homine* (interpretação mais favorável ao indivíduo) e o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Portanto, é a partir desses critérios que devem ser interpretados os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que dispõem acerca do procedimento da audiência de custódia.

#### 4.3.1 Prazo de apresentação do preso

A primeira expressão em aberto se trata do termo “*sem demora*”, previsto tanto pela CADH (art.7º, item 5), como pelo PIDCP (art.9º, item 3). Ou seja, nenhum dos tratados internacionais estabelece um prazo determinado para a apresentação do preso à autoridade judicial.

Em razão da ausência de previsão nos textos internacionais, cada país que adotou o procedimento vem estabelecendo um prazo específico. A Constituição da Guatemala (artigo 6º), por exemplo, estabelece que o prazo deverá ser de no máximo 6 horas. A Constituição do Haiti (artigo 26), da Nicarágua (artigo 33.2), do México (artigo 16) e de Portugal (artigo 28.1) estabelecem o prazo máximo de 48. Já a Constituição da Espanha admite um prazo maior, de 72 horas.

A jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos entende que a definição da expressão “*sem demora*” poderá ser interpretada conforme as características de cada caso concreto, havendo precedentes nesse sentido tanto da Corte Interamericana quanto da Corte Europeia de Direitos Humanos. Mas a jurisprudência internacional tenta estabelecer um parâmetro nesse sentido, a exemplo da Corte Interamericana, que já decidiu que viola a CADH a condução do preso ao

---

<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>

<sup>148</sup> PAIVA, Caio. PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do direito, 2015.p.42

juiz nos seguintes lapsos temporais: quase uma semana, quase cinco dias, aproximadamente trinta e seis dias, quase seis meses, quase dois anos.<sup>149</sup>

No Brasil, o PLS nº 554/2011 e a Resolução nº 213 do CNJ estabelecem o prazo de 24 horas para a apresentação do detido, contadas desde o momento da prisão em flagrante, utilizando-se, assim, do prazo estabelecido no CPP para a análise do auto de prisão em flagrante pelo juiz.

#### 4.3.2. Autoridade a quem o preso deve ser apresentado

A segunda expressão que enseja diferentes interpretações é “juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”, constante em ambos os tratados. Tal previsão tem sido alvo de controvérsias no Brasil, pois para alguns, o delegado de polícia poderia se enquadrar nesse requisito.

Weis e Junqueira<sup>150</sup> apontam que a discussão não tem muito sentido no Brasil, em razão do primado da jurisdição em nosso País, tendo em vista que a Constituição Federal prevê que a comunicação da prisão em flagrante seja feita ao “juiz competente” (art.5º, caput, LXII) e que a prisão ilegal será relaxada pela “autoridade judiciária” (art.5º, caput, LXV).

No mesmo sentido, Lopes Jr. e Moraes da Rosa<sup>151</sup> asseveram que o regime da Constituição e do Código de Processo Penal confere ao delegado de polícia a função de lavrar o flagrante, bem como a possibilidade de conceder fiança nas hipóteses legais, não cabendo à autoridade policial, entretanto, deferir liberdade provisória ou aplicar medidas cautelares. Os autores explicam que, apesar na nomenclatura, a polícia judiciária não é órgão do Poder Judiciário, mas do Executivo. Sendo assim, a alegação de que o delegado de polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta.

---

<sup>149</sup> PAIVA, Caio. Ob. cit., p.45

<sup>150</sup> WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz.** In: Revista dos Tribunais [on-line], vol.921/2012. P.331-355.

<sup>151</sup> LOPES JR., Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O difícil caminho da audiência de custódia.** Florianópolis: Empório do direito, 2015. Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>>

Registra-se que tal afirmação não tem a pretensão de diminuir a importante atuação do delegado de polícia, entretanto, a audiência de custódia consiste em um controle judicial imediato da prisão, na qual poderão ser adotadas as seguintes medidas: relaxar prisão ilegal ou arbitrária, conceder liberdade provisória, converter a prisão preventiva em preventiva e fazer cessar eventual violência praticada contra o preso. Sendo assim, o ato não cumpriria suas finalidades caso não fosse realizado por um juiz, que é a única autoridade independente e imparcial, com competência para tomar essas medidas no Brasil.<sup>152</sup>

Conforme destaca Paiva<sup>153</sup>, não seria possível confiar a tutela do direito à integridade física e psíquica da pessoa detida à autoridade policial, tendo em vista que uma das principais finalidades da audiência de custódia é atuar na prevenção da tortura policial contra o preso.

#### 4.3.3 Objeto da oitiva do preso

É mister esclarecer que a audiência de custódia não é uma audiência para fins de colheita de prova. Dessa maneira, não há interrogatório, nem produção antecipada de provas. Em outras palavras, ela não se presta para análise do mérito (autoria e materialidade), a qual será oportunamente analisada quando do interrogatório durante eventual processo de conhecimento.<sup>154</sup> Nesse sentido, esclarecem Lopes Jr. e Morais da Rosa<sup>155</sup> que

A audiência de custódia não é uma audiência para fins de colheita de prova. É o espaço democrático em que a oralidade é garantida. Seu objeto é restrito, ou seja, não há interrogatório, nem produção antecipada de provas. Há uma prisão decorrente do flagrante e a necessidade de controle jurisdicional. O ato que era praticado exclusivamente pelo magistrado, sem participação dos jogadores processuais (Ministério Público e Defesa), agora muda completamente sua morfologia.

---

<sup>152</sup> PAIVA, Caio. Ob. cit., p.42

<sup>153</sup> Ibidem., p.51

<sup>154</sup> LOPES JR., Aury. Prefácio. In: PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p.13

<sup>155</sup> LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 3)**. Revista Consultor Jurídico, fevereiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>

O PLS 554/2011 prevê que a oitiva do acusado versará exclusivamente sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso, devendo ser registrada em autos apartados, e não poderá ser utilizada como meio de prova contra o acusado (art.306, §6º). Da mesma maneira, o Projeto Piloto de São Paulo, o artigo 6º, §1º determina expressamente que “não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução probatória de eventual processo de conhecimento. ”

Dadas as circunstâncias da situação, é muito provável que no decorrer da audiência a pessoa detida queira negar a autoria ou a existência do fato. Nesses casos, o magistrado deverá ter a cautela para não adentrar no mérito da questão, tendo em vista que o objetivo da audiência é analisar a prisão daquela pessoa, e não se ela praticou o delito.

#### **4.4 Finalidades**

Primeiramente, cumpre registrar que a finalidade primordial da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro às normas emanadas pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme se trabalhou ao longo do presente estudo. Ou seja, é buscar a necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal.

##### **4.4.1 Superação da “fronteira do papel” - evitar prisões ilegais, arbitrárias e desnecessárias**

Conforme já mencionado, na atual sistemática da prática processual penal (ou seja, sem a implementação da audiência de custódia), após a prisão em flagrante de uma pessoa ela é levada até a autoridade policial, que lavrará o auto de prisão em flagrante. Depois, o APF será enviado para análise do juiz plantonista, que deverá tomar alguma dessas medidas (art.310 do CPP): relaxar a prisão, caso considere que ela é ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presente os requisitos do art.312 do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder a liberdade provisória.

Trata-se, portanto, de um sistema puramente cartorial, na qual o juiz não tem contato com o cidadão preso. Nessa lógica, caso a prisão seja convertida em prisão preventiva, o acusado só terá contato com o juiz no último quando do interrogatório, que irá ocorrer depois de muitos meses, ou até anos. Importante

ressaltar que com a reforma processual de 2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução penal, com notórias vantagens para o direito de defesa, mas um grande sacrifício da liberdade pessoal.<sup>156</sup>

Com a audiência de custódia, o preso tem contato direto e pessoal com a figura do juiz, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel”<sup>157</sup> estabelecida pelo art.310 do CPP, a qual se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. A apresentação do preso inegavelmente proporciona uma “melhor qualidade e quantidade de informação capaz de tornar, tanto a decisão que decreta a preventiva, como a decisão que solta o agente, mais próxima da realidade e do impacto humano proporcionado pelo contato pessoal do conduzido”.<sup>158</sup>

Nas palavras de Lopes Jr. e Morais da Rosa<sup>159</sup>

Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação.

Dessa forma, a apresentação do preso é uma medida fundamental, e que representa uma humanização do processo penal, possibilitando melhores condições para a análise dos requisitos essenciais da prisão preventiva, além da possibilidade de adoção de medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse sentido entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Bayarri vs. Argentina*<sup>160</sup>, que só com a apresentação do preso poderão ser valoradas *“todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad (...) lo contrario equivaldría a*

---

<sup>156</sup> Ibidem., p.14

<sup>157</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal.** Revista Consultor Jurídico, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>158</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Quando o juiz manipula a audiência de custódia.** Revista Consultor Jurídico. [on-line] 8 de julho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>>

<sup>159</sup> LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 1).** Revista Consultor Jurídico, fevereiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>

<sup>160</sup> CIDH, Caso *Bayarri vs. Argentina*. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas. § 65, Sentença proferida em 30/10/2008.

*despojar de toda efectividad el control judicial dispuesto em el artículo 7.5 de la Convención”.*

A partir do controle judicial imediato da prisão, poderão ser evitadas prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. Segundo Badaró<sup>161</sup>, o juízo a ser realizado na audiência de custódia pode ser considerado um juízo “bifronte”, na medida que

No caso de prisão em flagrante, o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou *bifronte*: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar

Sobre essa finalidade, a CIDH já firmou o entendimento em diversas decisões que:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência.<sup>162</sup>

Ao evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, a audiência de custódia mostra-se bastante útil para a pronta identificação de casos que ensejam a aplicação de prisão domiciliar, por exemplo, em situações de doença grave, gravidez, maior de 80 anos, etc. (hipóteses do art. 318 do CPP).

---

<sup>161</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** [on-line]. Disponível em <[https://www.academia.edu/9457415/Parecer\\_-\\_Pris%C3%A3o\\_em\\_flagrante\\_delito\\_e\\_direito\\_%C3%A0\\_audi%C3%Aancia\\_de\\_cust%C3%B3dia?auto=download](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia?auto=download)>

<sup>162</sup> CIDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. Fundo, reparações e custas. §76, Sentença proferida em 24/06/2005; *Caso Bayarry vs. Argentina*. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas. § 65, Sentença proferida em 30/10/2008; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas. § 93, Sentença proferida em 26/11/2010; *Caso Família Barrios vs. Venezuela*. Fundo, reparações e custas. §54, sentença proferida em 24/11/2011.

Para ilustrar a questão abordada, se utilizará de dois casos reais, nas quais duas mulheres permaneceram presas preventivamente durante meses, sendo posteriormente absolvidas.

O primeiro caso trata de uma situação semelhante a muitas outras que ocorrem no cotidiano da realidade brasileira: em investigação de um crime de tráfico de drogas, a polícia invadiu determinada residência, encontrando no local uma quantidade significativa de drogas e efetuando a prisão de todas as pessoas ali presentes. Dentre eles estava Dona Maria, uma senhora negra de 82 anos de idade, mãe de um dos acusados e que se encontrava de passagem, a passeio, na casa da família do filho. Dona Maria tinha como comprovar que residia em outro município e que estava, na hora errada, no lugar errado. Ainda assim, Dona Maria foi presa em flagrante e assim permaneceu durante 4 meses, até a data da audiência de instrução e julgamento, quando foi liberada pelo juiz e absolvida de todas as acusações. Dona Maria faleceu 6 meses após ser liberada, e no seu último ano de vida conheceu a realidade da prisão.<sup>163</sup>

O segundo caso retrata a situação traumática vivida por Daniele Toledo do Prado, apresentada pela mídia, na época, como “o monstro da mamadeira”. Dentro do pronto socorro de um Hospital em Taubaté/SP, ela foi acusada por uma médica de matar a própria filha, uma criança de um ano e três meses, com uma overdose de cocaína (a criança morreu vítima de convulsões e três paradas cardíacas). Em estado de choque, sem conseguir dizer quase nada em sua defesa, foi presa em flagrante e levada para a cadeia. O caso gerou comoção nacional, e ao ficarem sabendo da acusação através de uma reportagem na televisão, as detentas que dividiam cela com Daniele a espancaram, quase até a morte. Ela teve a clavícula e a mandíbula quebradas, e perdeu a visão e a audição do lado direito (uma das detentas introduziu uma caneta em seu ouvido). Somente após duas horas do ocorrido, Daniele foi levada, em coma, para um hospital. Após 37 dias presa, ela foi liberada depois que um laudo do Instituto de Criminalística constatou que o pó branco encontrado na mamadeira de

---

<sup>163</sup> LORA, Deise Helena Krantz. **Audiência de Custódia: os fragmentos de uma iniciativa que “anda a pé”**. Empório do Direito. [on-line], 2016. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-os-fragmentos-de-uma-iniciativa-que-anda-a-pe-por-deise-helena-krantz-lora/>>

sua filha era uma medicação para controlar as crises de convulsão do bebê. Em 2008, o processo foi encerrado e Daniela absolvida das acusações.<sup>164</sup>

Os casos narrados são exemplos que talvez poderiam ser evitados, caso essas mulheres tivessem sido submetidas à uma audiência de custódia, tendo em vista que, conforme já exposto, ela permite uma análise mais completa dos requisitos essenciais da prisão cautelar (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), e conseqüentemente, de sua necessidade – que deve ser sempre excepcional.

#### 4.4.2 Prevenção contra violência policial

Como se demonstrou no capítulo 3, os casos de tortura policial contra pessoas presas é uma realidade constante no sistema penal brasileiro. A audiência de custódia pode contribuir para a prevenção da tortura e de maus tratos, tendo em vista que um de seus objetivos é zelar pela integridade física e psíquica da pessoa presa.

O artigo 5º, item 2 da CADH prevê que *“ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”*

Na sistemática adotada pelo CPP, se torna muito mais difícil, para não se dizer impossível, a verificação de qualquer tipo de violência contra a pessoa presa, uma vez que apenas o auto de prisão em flagrante será analisado pela autoridade judiciária. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, em diversos casos que a apresentação imediata do preso 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”.<sup>165</sup>

Em um caso brasileiro, envolvendo a morte de um menino por policiais no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1992, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos censurou o Brasil por não garantir a apresentação da vítima a uma

---

<sup>164</sup>Folha de São Paulo. Inocentada da morte da filha de 1 ano, mãe narra sequelas da prisão. 03/06/2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1777769-inocentada-por-morte-da-filha-mulher-tem-sequelas-da-prisao.shtml>>

<sup>165</sup> CIDH. Caso *Acosta Calderón vs. Equador*. Fundo, reparações e custas. § 78. Sentença proferida em 24/06/2005. Caso *López Álvares vs. Honduras*. Fundo, reparações e custas. § 87. Sentença proferida em 01/02/2006. Caso *Palamara vs. Chile*. Fundo, reparações e custas. § 221. Sentença proferida em 22/11/2005.

autoridade judicial, entendendo que a privação de sua liberdade se deu de forma ilegal, pois não houve qualquer motivo para sua detenção, e nem mesmo situação de flagrante<sup>166</sup>. Na decisão a Comissão apontou que o menino

Não foi apresentado imediatamente ao juiz. Não teve direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade de sua detenção ou ordenasse a sua liberdade, uma vez que foi morto logo após sua prisão. O único propósito de sua detenção ilegal e arbitrária foi mata-lo.<sup>167</sup>

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>168</sup>, publicados em março do corrente ano, o programa Audiência de Custódia, após um ano de funcionamento, registrou 2,7 mil denúncias de tortura e maus-tratos a pessoas presas em todo o País. De acordo com os relatos feitos por presos apresentados nas audiências, os episódios que envolvem violência policial teriam ocorrido geralmente entre o momento da prisão e a apresentação do preso a um juiz.

A prática da tortura é um “método de investigação” que pode ser observado ao longo da história, e no Brasil se intensificou no período ditatorial, permanecendo até os dias de hoje. A audiência de custódia certamente não irá resolver tal problemática, mas poderá contribuir para a repressão da violência contra a pessoa detida nas primeiras horas após a prisão, momento considerado de maior risco, visto que o cidadão está exclusivamente sob a guarda de agentes policial.<sup>169</sup>

## CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito vigente, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, toda a ordem jurídica gira em torno da proteção de direitos fundamentais inerentes ao homem, respaldados no valor da dignidade da pessoa humana, tais como a vida e a liberdade. A partir dessa premissa, o processo penal apresenta uma dupla função: exercer o poder/dever punitivo do Estado e, ao mesmo tempo, garantir a proteção dos direitos fundamentais do acusado. A partir disso, a

---

<sup>166</sup> PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p. 35

<sup>167</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil* (caso 11.634). § 59. Sentença proferida em 11/03/2004. Disponível em <<http://www.cidh./annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>>

<sup>168</sup> Site do CNJ. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>

<sup>169</sup> PAIVA, Caio. Ob. cit., p.36

ideia de jurisdição penal não pode estar restrita ao direito de punir, pois deve estar, sobretudo, ligada a ideia de conter, ou limitar eventuais excessos cometidos pelo poder punitivo estatal, em prol dos direitos e garantias fundamentais.

Com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, concretiza-se o processo de internacionalização dos direitos humanos fundamentais. No Brasil, esses direitos são reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, sendo estabelecidos como direitos fundamentais de todo cidadão. Com o fim de promover a efetivação da proteção dos direitos humanos, a referida Declaração passou a ser incorporada por diversos tratados internacionais, dentre os quais incluem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992, através de Decreto Legislativo.

A ratificação de um tratado internacional de direitos humanos pelo Brasil já permite a adoção de medidas para a efetivação de suas normas. Entretanto, se mostra fundamental a regulamentação normativa interna de determinados direitos, como o direito a audiência de custódia, prevista pelos referidos tratados, tendo em vista que ela viria a alterar significativamente a sistemática processual penal brasileira. Todavia, passados mais de duas décadas, a audiência de custódia ainda não foi regulamentada pelo ordenamento jurídico interno do País, embora venha sendo realizada de forma experimental, a partir de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça.

O presente trabalho buscou demonstrar que a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico interno do Brasil é fundamental para a adequação do processo penal com os tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificados. Conforme a jurisprudência da Corte Interamericana, o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida – o que no processo penal brasileiro se dá através do auto de prisão em flagrante - não é o suficiente para satisfazer a garantia prevista no artigo 7º, item 5 da CADH e artigo 9º, item 3 do PIDCP.

O contato pessoal do preso com o juiz, possibilitado pela audiência de custódia, permite uma análise muito mais adequada acerca das circunstâncias da prisão em flagrante, sobretudo sua legalidade. Dessa maneira, o juiz pode analisar de forma mais completa a necessidade de decretar ou não a prisão preventiva, bem como de se aplicar uma medida cautelar diversa.

A audiência de custódia pode, ainda, combater a banalização do uso da prisão provisória no Brasil, a qual, inúmeras vezes, é decretada sem a observância de seus requisitos essenciais, em prol da segurança pública, adquirindo caráter de pena antecipada e sendo desvirtuada de sua finalidade exclusivamente cautelar. Tal realidade, além de violar a natureza excepcional da prisão preventiva, violando a garantia da presunção de inocência e o direito fundamental da liberdade, contribui para o problema da superlotação carcerária, tendo em vista que 41%<sup>170</sup> dos presos no Brasil se tratam de presos provisórios.

Além disso, a implementação da audiência de custódia se mostra necessária como medida de repressão à tortura policial contra as pessoas presas, uma realidade constante no sistema penal brasileiro.

Diante de todo o exposto, entende-se que a superação da “fronteira do papel” possibilitada pela audiência de custódia representa um grande passo rumo à evolução civilizatória do processo penal, e, esperançosamente, também a uma mudança de mentalidade judicial rumo à sua humanização. Tal medida não apenas se revela como um instrumento eficaz na proteção dos direitos fundamentais da pessoa presa, como também se adapta a uma nova política criminal, orientada a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo a partir do diálogo inclusivo dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>170</sup> DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Dezembro de 2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 1951. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

ARGENTINA. Código de Processo Penal de la Nación da Argentina.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. [on-line]. Disponível em <[https://www.academia.edu/9457415/Parecer\\_-\\_Pris%C3%A3o\\_em\\_flagrante\\_delito\\_e\\_direito\\_%C3%A0\\_audi%C3%Aancia\\_de\\_cust%C3%B3dia?auto=download](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia?auto=download)>

BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. rev. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>

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

BRITO, Alex Couto de; FABRETTI, Humberto; LIMA, Marco Antônio. **Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

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

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Ed. Nota Dez, n. 01, 2001.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969.

DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de Duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Dezembro de 2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>

ESPANHA. Constituição da Espanha de 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Folha de São Paulo. **Inocentada da morte da filha de 1 ano, mãe narra sequelas da prisão. [on-line]** 03/06/2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1777769-inocentada-por-morte-da-filha-mulher-tem-sequelas-da-prisao.shtml>>

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

GUATEMALA. Constituição da Guatemala de 1993.

HAITI. Constituição do Haiti de 1987.

HUNGRIA apud MUAHAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden, Coleção Os Pensadores. São Paulo: Ed. Abril, 1974.

KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais**. In: **Boletim IBCCRIM**, n. 223, jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Processo Penal no Limite**. 1.Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

\_\_\_\_\_ **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 1)**. Revista Consultor Jurídico [on-line], fevereiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 3)**. Revista Consultor Jurídico [on-line], fevereiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva**. Revista Consultor Jurídico [on-line], fevereiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Revista Consultor Jurídico [on-line], agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>.

LORA, Deise Helena Krantz. **Audiência de Custódia: os fragmentos de uma iniciativa que “anda a pé”**. Empório do Direito. [on-line], agosto 2016. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-os-fragmentos-de-uma-iniciativa-que-anda-a-pe-por-deise-helena-krantz-lora/>>

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_ **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Brasília: Revista de Informação Legislativa. n.181, 2009.

\_\_\_\_\_ **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÉXICO. Constituição do México de 1917.

MINAGUÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_ **Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli**. Florianópolis: Empório do Direito [on-line], fevereiro de 2015. Disponível em

<http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>>

\_\_\_\_\_. **Quando o juiz manipula a audiência de custódia.** Revista Consultor Jurídico [on-line], julho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>>

MUAKAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade.** São Paulo: Atlas, 1996. p. 21.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NICARÁGUA. Constituição da Nicarágua de 1987.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 7.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966.

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

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

Portal Brasil. **Direitos Humanos divulga nota sobre presídio de Pedrinhas.** 10 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/direitos-humanos-divulga-nota-sobre-presido-de-pedrinhas>>

PORTUGUAL. Constituição da República Portuguesa de 1976.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 16.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna.** Belo Horizonte: Revista do Centro Acadêmico Afonso Pereira. V.XVIII, 2012.

Revista Consultor Jurídico. [on-line]. **Corte interamericana cobra garantia de direitos humanos em Pedrinhas.** 21 de novembro de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-21/corte-interamericana-cobra-garantia-direitos-humanos-maranhao>>

Revista Consultor Jurídico. [on-line]. **OEA reconhece condições precárias de presídio gaúcho.** 3 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/112298207/oea-reconhece-condicoes-precarias-de-presidio-gaucha>>

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva.** Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 114.

SILVA ARAUJO, Guilherme. **A audiência de custódia como contenção à violência policial em desfavor da pessoa presa.** Empório do Direito [on-line], setembro de 2015. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-como-contencao-a-violencia-policial-em-desfavor-da-pessoa-presa-por-guilherme-silva-araujo/>>

Site do Conselho Nacional de Justiça. **Programa audiências de custódia avança nas comarcas gaúchas em maio.** [on-line] maio de 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82272-programa-audiencias-de-custodia-avanca-nas-comarcas-gauchas-em-maio>

STRECK, Lenio. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Rio de Janeiro: Revista NEJ – Eletrônica, vol.15, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, F da C. **Processo Penal.** 21.ed.São Paulo: Saraiva, 1999.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins. NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de Custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro.** vol I. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 190-191.

WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz.** In: Revista dos Tribunais [on-line], vol.921/2012. P.331-355. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/79560>>