

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO A
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MARIA ALICE CABRAL SANTANA

Rio de Janeiro

2017 / 2

MARIA ALICE CABRAL SANTANA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO A
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Nilo César M. Pompílio da Hora**

Rio de Janeiro

2017 / 2

CIP - Catalogação na Publicação

CIP e CDD

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo autor.

MARIA ALICE CABRAL SANTANA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO A
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Nilo César M. Pompílio da Hora**

Data de aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017 / 2

RESUMO

SANTANA, Maria Alice Cabral. *A audiência de custódia como instrumento de proteção a direitos fundamentais*. 81 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O objeto de estudo do presente trabalho guarda direta relação com as Audiências de Custódia, que já se encontravam previstas em pactos internacionais, dos quais o Brasil é signatário. No entanto, tardiamente instituiu-se no Brasil, se materializando de maneira mais efetiva e consistente com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. Tal audiência deve ser realizada quando houver prisão em flagrante, devendo o suposto autor do delito ser levado à presença de um magistrado para ser realizado o exame da legalidade da prisão, bem como a averiguação de eventuais torturas. Assim, é possível afirmar que a nos Estados onde já foi implantada, a Audiência de Custódia tem se mostrado eficaz, contribuindo para prevenir a violação dos direitos dos presos e reduzir a população carcerária. Assim, o instituto constitui uma medida de proteção de direitos humanos dos presos. As implicações e a análise dos direitos e garantias efetivamente assegurados por este instrumento serão minuciosamente analisados ao decorrer do trabalho.

Palavras-Chave: Audiência de Custódia. Autodefesa. Prisão em Flagrante. Garantias Fundamentais. Processo Penal.

ABSTRACT

SANTANA, Maria Alice Cabral. *A audiência de custódia como instrumento de proteção a direitos fundamentais*. 81 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The object of this study is directly related to the Hearings of Custody, which were already foreseen in international agreements, of which Brazil is a signatory. However, late institute became effective in Brazil, materializing more effectively and consistent with Resolution 213 of the National Council of Justice. Such a hearing must be carried out when there is a red-light arrest, and the alleged offender should be taken to the presence of a magistrate to carry out an examination of the legality of the arrest, as well as the investigation of any torture. Thus, it is possible to affirm that in the States where it has already been established, the Hearing of Custody has been effective, helping to prevent the violation of prisoners' rights and reduce the prison population. Thus, the institute is a measure to protect the human rights of prisoners. The implications and analysis of the rights and guarantees effectively ensured by this instrument will be thoroughly analyzed in the course of the work.

Keywords: Custody Hearing. Self-defense. Prison in Flagrante. Fundamental Guarantees. Criminal proceedings

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEITOS E DELIMITAÇÕES	13
1.1 Audiência de custódia ou apresentação.....	13
1.2 Prisão em flagrante	16
<i>1.2.1 Flagrante próprio.....</i>	<i>17</i>
<i>1.2.2 Flagrante impróprio.....</i>	<i>18</i>
<i>1.2.3 Flagrante presumido</i>	<i>19</i>
<i>1.2.4 Flagrante preparado</i>	<i>19</i>
<i>1.2.5 Flagrante esperado</i>	<i>20</i>
<i>1.2.6 Flagrante forjado</i>	<i>20</i>
<i>1.2.7 Flagrante retardado</i>	<i>21</i>
<i>1.2.8 Flagrante facultativo.....</i>	<i>25</i>
<i>1.2.9 Flagrante obrigatório.....</i>	<i>25</i>
2 DIREITO A AUTODEFESA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	27
2.1 O <i>status</i> de norma supralegal dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	27
2.2 Direito a ampla defesa: classificações, normas e sua ampliação pelas Leis 10.792/2003 e 11.719/2008	29
<i>2.2.1 Defesa técnica</i>	<i>31</i>
<i>2.2.2 Autodefesa</i>	<i>37</i>
<i>2.2.3 A autodefesa e a Audiência de Custódia: previsão normativa e origem histórica</i>	<i>47</i>
3 A RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	52

3.1 A resolução 213 perante as controvérsias de alguns entes federativos	53
3.2 O prazo de 24 horas e suas peculiaridades	61
3.3 O procedimento da Audiência de Custódia	64
3.4 Considerações sobre a exposição de motivos da Resolução 213/2015	68
4. CONTROVÉRSIAS EM RELAÇÃO A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	74
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

Com a ruína do atual sistema carcerário brasileiro, não é possível assegurar um legítimo respeito tampouco um tratamento dignamente humano ao indivíduo preso. Mais presos, mais presídios e mais prisões não estão trazendo a segurança que uma sociedade democrática almeja. Infelizmente, a cultura do encarceramento se instalou entre a sociedade brasileira e pode ser vista na forma como agem os personagens da justiça criminal. Ela contamina epidemicamente o pensamento da coletividade, dificultando compreender que a prisão, por si só, não é a solução para a criminalidade.

Constantemente, uma pessoa acusada de cometer um crime é submetida à prisão, porém não se analisa a real necessidade desse indivíduo aguardar o julgamento segregado da sociedade, desrespeitando flagrantemente o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, consagrados pela Constituição Federal¹. Em outras palavras, sem o devido processo legal ninguém será privado de sua liberdade e que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém será considerado culpado. Contudo, a realidade está severamente distante dessas garantias fundamentais.

Além de trazer impacto positivo para o sistema carcerário, as audiências de custódia protagonizam feliz e efetiva mudança de paradigma no sistema processual penal. Elas são uma providência concreta para confrontar a ideologia de que somente com a prisão tudo se resolve. Além disso, tal instituto mostra-se essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física, posto que com a sua realização há uma significativa prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e, nos casos que venham a ocorrer tais abusos, uma efetiva punição dos agentes que assim o fazem, respeitando desse modo os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988): promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017. Art. 5º, incisos: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Deste modo, com o escopo de evitar o encarceramento em massa, o cometimento de maus tratos entre outros abusos por parte de agentes policiais e, principalmente, adequar o Brasil aos tratados internacionais, realiza-se a audiência de custódia, medida esta porém que não trata-se de uma inovação, pois o seu procedimento é previsto no Pacto de São José da Costa Rica² e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³, sendo a mesma é utilizada em diversos países, obtendo resultados bastante positivos.

No entanto, mesmo com a ratificação de duas cartas internacionais que servem de amparo aos direitos fundamentais, o país por longo tempo seguiu percorrendo o caminho diverso ao, frequentemente, desprezar os direitos humanos e fundamentais dos indivíduos presos.

Não obstante, decorridos mais de vinte anos, tal instituto foi implementado de forma administrativa por ato do Conselho Nacional de Justiça, o qual resumidamente possui como função analisar a legalidade da prisão do indivíduo preso em flagrante, detectar e coibir possíveis maus-tratos e, por derradeiro, verificara necessidade ou não da manutenção da prisão.

Neste diapasão, segundo o Código de Processo Penal, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil e as diversas legislações internacionais das quais o Brasil é signatário, observa-se que a *jus puniendi* a ser executado deve ser realizado com a comprovação de culpa do acusado, com a possibilidade de ampla defesa ao denunciado, pela decisão de um julgador imparcial e sem nenhum tipo de tortura, não sendo aceito qualquer relativização a estes pressupostos a fim de que os direitos fundamentais possam ser efetivamente observados e executados.

²BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Presidência da República. Promulgada: Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

³BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Presidência da República. Promulgado: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

Cabe salientar que a audiência de custódia garante também que o preso seja julgado em um prazo minimamente razoável, caso contrário, deverá ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo e também deverá o acusado. Tal prazo é essencial para o fim das grandes esperas - que muitas vezes decorriam por meses - pelo encontro com o Magistrado, requisito fundamental para a adequação do instituto aos tratados internacionais ratificados.

Eis outro ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental em que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do *periculum libertatis*, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Desse modo, tal pesquisa se faz necessária para compreendermos tamanha necessidade de adotarmos medidas diversas da prisão quando possível e, diante da prisão em flagrante, analisar se a mesma ocorreu dentro dos padrões legais.

Num momento inicial trataremos, no primeiro capítulo, acerca dos conceitos e delimitações da audiência de custódia, a necessidade da utilização de tal instituto como ferramenta de um verdadeiro sistema processual penal acusatório e da prisão em flagrante, analisando os tipos de flagrante.

Em seguida, no segundo capítulo, abordaremos o direito a autodefesa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, trazendo as normas aplicáveis ao direito a defesa técnica, a autodefesa e ao instituto da audiência de custódia pela análise dos dispostos no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como a equiparação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos as normas supralegais, além da consideração sobre os julgados relevantes sobre o instituto da autodefesa na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Logo após, no terceiro capítulo, analisaremos a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, discorrendo sobre as controvérsias ainda encontradas no que tange a

realização do instituto pelos entes federativos brasileiros, citando seu artigo 13 e a realização da audiência de custódia em casos de cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva, bem como a reflexão sobre o prazo de 24 horas estipulado para a apresentação do preso a autoridade judicial e seus casos peculiares, frisando também a decisão do Superior Tribunal Federal em relação a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5240, além da . Abordaremos também o rito da audiência de custódia, seu procedimento, bem como as considerações sobre a exposição de motivos da resolução.

E, finalmente, no quarto capítulo, trataremos sobre as controvérsias em relação a audiência de custódia, as reflexões sobre a crise do sistema prisional brasileiro, a importância das medidas cautelares para um processo penal mais humanizado, conforme a intenção da audiência de custódia, bem como a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Superior Tribunal Federal.

1 CONCEITOS E DELIMITAÇÕES

1.1 Audiência de custódia ou apresentação

A audiência de custódia ou audiência de apresentação é o instrumento processual que determina que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, sem demora, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão, bem como verificar o cometimento de eventuais abusos.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux⁴, prefere utilizar a nomenclatura “audiência de apresentação”, propriamente pelo fato de que o conduzido deve ser apresentado pessoalmente à autoridade judicial ou aquela autorizada por lei para exercer funções judiciais. Não obstante, os dois termos estão corretos, não sendo relevante uma discussão em torno da melhor terminologia.

Segundo o expediente do Conselho Nacional de Justiça⁵:

“Trata-se de uma ação do CNJ mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão.”

Sua função, portanto, é de assegurar a apresentação e entrevista do preso pelo Magistrado em até 24 horas, por meio de uma audiência na qual haverá também a oitiva do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Dessa forma, dentro do espaço de tempo da audiência, a autoridade judicial deverá analisar a prisão sob o aspecto da

⁴ Extraí-se de seu voto na ADI nº 5240: “[...] depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.”

⁵ Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Audiência de Custódia. -- Brasília: CNJ, 2016. 230p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

legalidade e da necessidade, realizando uma revisão judicial dos motivos da prisão, e examinar eventuais ocorrências de maus-tratos ou torturas, além de outras irregularidades.

Não obstante, o principal escopo da Audiência de Custódia é assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, avaliando com mais segurança a questão do *status libertatis* da pessoa presa, prevenindo e punindo a prática de abusos físicos.

Em respeito ao sistema processual acusatório e contrapondo-se a fronteira do papel ⁶, ao mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado, a audiência de custódia garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, fato que amplia o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes que ocorra uma possível deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Tal presença física também permite ao Magistrado conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura cometidos no ínterim da realização da prisão.

Com a realização de tal instituto, evitam-se então prisões desnecessárias, diminuindo-se assim a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios, os quais atualmente representam 34% da população carcerária brasileira, custando R\$ 6,4 bilhões por ano ao erário público⁷.

Sobre sua natureza jurídica, entende-se que a audiência de custódia possui natureza de direito fundamental do preso, uma vez que é assegurada pela ratificação de alguns tratados internacionais sobre direitos humanos - que possuem status de norma Constitucional - quais

⁶LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, São Paulo, n. 17, p. 11-23., set./dez. 2014.

⁷FOLHA DE SÃO PAULO. Presos provisórios somam 34% nas cadeias e custam R\$ 6,4 bi por ano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1881581-presos-provisorios-somam-34-nas-cadeias-e-custam-r-64-bi-por-ano.shtml>>. Acesso em 05 de junho de 2017. "Mais de 221 mil presos provisórios do país, que custam aos cofres públicos quase 6,4 bilhões ao ano. Mantidos atrás das grades antes de sentença definitiva, os presos provisórios representam ao menos um terço (34%) da massa carcerário brasileira, segundo levantamento de janeiro do CNJ".

sejam: a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual prevê em seu artigo 7.5 que *“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”*; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), da mesma forma, estabelece em seu art. 9.3 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 a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, garante por meio de seu art. 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 (...)”*.

Sobre o instituto, recorre-se ao previsto por Aury Lopes Jr. e Caio Paiva:

“A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. O expediente, anota **Carlos Weis**⁸, “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”

Desse modo, Mauro Fonseca Andrade entende que a audiência de custódia tem, como finalidade ou objetivo, o resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso, bem como, prevenir atos de tortura de qualquer natureza, possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário. Embora a lógica legislativa haja sido pensada apenas para as prisões decorrentes de flagrância, ela pode ser aplicada a todas as formas de privação de liberdade ao ter como um de seus objetivos prevenir ameaças e maus-tratos (leia-se tortura), bem como detectar e prevenir prisões e detenções ilegais e arbitrárias.⁹

Além dos objetivos explicitados acima, há que salientar que a audiência de custódia prestar-se-á nos casos de prisão definitiva, também para que o acusado informe o modo que sua prisão foi efetuada pelas autoridades públicas, para analisar possível prescrição da pena

⁸Weis, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. *Informativo Rede Justiça Criminal*, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedJusticaCriminal.pdf>

⁹ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 56

para casos em que a prisão se dá longo tempo depois da condenação, para que o juízo averigue se a identidade da pessoa apresentada coincide com a identidade da pessoa que iniciará cumprimento de pena já decretada.¹⁰

1.2 Prisão em flagrante

O termo flagrante vem do latim *flagrare*, que significa arder, queimar, brilhar. É o crime que ainda está queimando, figuradamente, que ainda está acontecendo, está sendo praticado ou acabou de sê-lo. Desse modo, a prisão em flagrante é aquela que ocorre no momento da prática criminosa ou momentos após.

Para Hélio Tornaghi a expressão flagrante origina-se de *flagrans, flgrantis*, que significa ardente, brilhante, que está a pegar fogo.¹¹

Essa expressão pode representar a evidência de um fato e nas palavras do referido autor “é o que está sendo perpetrado, portanto, prender é capturar alguém no momento em que comete um crime”.

O flagrante pode ser considerado uma das provas mais robustas acerca da ocorrência de um crime e sobre sua autoria. Isso se deve ao fato de o agente ser surpreendido no momento da prática do ato, ou logo após sua ação, quando ainda estão em evidência os vestígios do crime.

A autoridade policial competente deve se atentar para as situações montadas que visam unicamente a satisfação de outros interesses além da apuração do crime, em que pese se tratar de algo próximo da verdade.

O fundamento para a prisão preventiva pode ser extraído da Teoria Geral do Processo, através do *periculum in mora*, porém aqui revestido de outro sentido. Enquanto naquela o conceito está relacionado ao risco da demora na prestação estatal, no campo penal o conceito veste outra característica.

¹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 59

¹¹ TORNAGHI, Hélio B. Instituições de processo penal. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 48.

Neste sentido, o *periculum in mora* deve ser entendido como *periculum libertatis*, ou seja, o risco que a liberdade de quem foi encontrado em flagrante pode proporcionar. Assim, o instituto da prisão em flagrante atua como inviabilizador da fuga do agente e garante, se preciso, a aplicação da medida cautelar posteriormente, até mesmo com a manutenção da prisão.

Quanto a sua realização, a prisão em flagrante é a modalidade de prisão em que não há a expedição de mandado pela autoridade judiciária vez que não tem como saber quem e onde será praticado o delito, assim trata-se de uma forma de autodefesa da sociedade. Sua previsão está contida no artigo 5º, inciso LXI da CRFB/88 e nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante ainda há divergências doutrinárias. Há correntes que sustentam tal instituto como sendo ato meramente administrativo, não tendo natureza jurisdicional, enquanto outros doutrinadores sustentam que trata-se de prisão cautelar.

Para a doutrina majoritária, a prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar. De forma didática, a prisão em flagrante pode ser classificada em flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido, flagrante compulsório, flagrante facultativo, flagrante provocado, flagrante esperado e flagrante prorrogado.

1.2.1 Flagrante próprio

Também denominado de real, propriamente dito ou verdadeiro. Esta espécie de flagrante encontra sua disposição nos incisos I e II do art. 302 do Código de Processo Penal. Caracteriza-se pela situação na qual o sujeito é surpreendido cometendo a infração penal ou momentos após cometê-la.

Quanto a primeira hipótese, cumpre esclarecer que o termo “estar cometendo o crime” deve ser considerado como a efetiva prática de atos de execução e, por isso, o agente seria “flagrado” em tal situação, uma vez que poderia ser visualizado, ouvido ou surpreendido.

Resguardadas as hipóteses em que o crime é punível antes mesmo de entrar nos atos executórios, é necessário precisar que a cogitação e a preparação, integrantes do *iter criminis*, não tem o condão de caracterizarem o estado de flagrância, eis que nem mesmo existirá crime diante destas situações.

Com relação à outra possibilidade, sua ocorrência se dará quando o autor estiver se retirando do local em que praticou o delito, sendo reconhecido e portando ainda objetos que o relacionem com o cenário do crime.

1.2.2 Flagrante impróprio

Também denominado de imperfeito ou quase flagrante. Esta espécie de flagrante encontra sua disposição no inciso III do art. 302 do CPP. Caracteriza-se quando o agente não foi surpreendido cometendo a infração penal ou momentos após de cometê-la, mas é preso após consecutiva perseguição pela vítima, autoridade policial ou qualquer pessoa, logo após concluir o delito ou tiver sido interrompido por terceiros.

Para Hélio Tornaghi¹²:

“delito flagrante é o delito que está sendo cometido, o que está ardendo, queimando, pegando fogo. A exceção do inciso I, todos os demais não podem ser considerados flagrante, mas sim quase flagrante. Acrescenta, informando que na realidade a lei sabe que não há flagrante, mas as trata como se flagrante houvesse. Em outras palavras, ela finge que há flagrante.”

A autuação em flagrante com a posterior condução será possível quando após ser detido estiver comprovado por meio de evidências que o relacionem com o cenário delituoso ser reconhecido efetivamente como autor do crime.

A expressão “logo após” utilizada pelo legislador indica um êxito momentâneo do agente na fuga, frustrado posteriormente pela captura, realizada após perseguição e detenção por agentes da segurança pública, ou mesmo terceiros.

Destaque-se que a situação supra se adequa melhor ao conceito de flagrante impróprio, enquanto o flagrante presumido dispensa a perseguição, mas a relação com objetos e coisas

¹²¹² TORNAGHI, Hélio B. Instituições de processo penal. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 52.

relacionados ao crime o credenciam como presumido autos do crime.

Para se caracterizar é necessário que após a fuga ocorra a comunicação à polícia, para que esta, através de diligências baseadas em tais informações, encontre o autor. Dessa forma, a descoberta casual de um crime não se presta para configurar o estado de flagrância presumida.

Desse modo, caracteriza-se como requisito do flagrante impróprio o abandono do local do delito por parte do agente e sua consecutiva perseguição pela vítima, autoridade policial ou qualquer pessoa do povo.

1.2.3 Flagrante presumido

Também denominado de flagrante ficto. Esta espécie de flagrante encontra sua disposição no inciso IV do artigo 302 do CPP. Caracteriza-se quando logo depois da prática do delito, o agente é encontrado em posse dos instrumentos, armas, objetos ou papéis, demonstrando assim, de forma presumida, ser ele o autor do delito. Não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita.

Desse modo, o sujeito é localizado, portando itens que a situação fática faça concluir que ele é o autor do delito.

Assim, em virtude do encontro de objetos e coisas pertencentes à vítima, ou do fato de o conduzido estar trazendo consigo a arma que provavelmente fora utilizada na prática da infração, é possível presumir ter sido ele o autor do crime. Há que se efetuar nessa hipótese uma interpretação extensiva da construção lógica dos fatos ocorridos.¹³

1.2.4 Flagrante preparado

Também denominado de flagrante provocado. Nesta espécie de flagrante existe a figura

¹³¹³ TORNAGHI, Hélio B. Instituições de processo penal. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 54.

de um agente provocador que induz outrem a cometer infração penal para poder prendê-lo. Agindo assim, o agente provocador simultaneamente induz a prática do crime e impede que o mesmo seja consumado, tornando o crime impossível.

Sobre o flagrante preparado tem-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na Súmula 145, no sentido de que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Aqui a conduta seria considerada atípica em razão da inexistência de vontade livre e espontânea do agente e a ação se configuraria crime impossível, porque a vigilância sobre o autor do delito lhe retira a possibilidade de consumá-lo, o que o torna impraticável.

1.2.5 Flagrante esperado

Nesta espécie de flagrante não ocorre a intervenção de um agente provocador, mas sim a comunicação à polícia de que haverá o cometimento de uma infração penal, sendo que a mesma aguardará até o momento exato para efetuar a prisão. Trata-se de uma modalidade legal de flagrante, pois não haverá nenhum tipo de preparo para que o agente cometa o delito.

Nesta hipótese, a atividade consiste em aguardar o momento da prática do crime, sem que ocorra induzimento ou instigação. Assim, não podemos confundir os flagrantes preparado e esperado, pois no flagrante esperado há a informação de que um crime irá acontecer, podendo ou não ser verdade, sendo que autoridade ou o terceiro avisado esperará que aconteça para efetuar a prisão.

1.2.6 Flagrante forjado

Nesta espécie de flagrante alguém “planta” provas para incriminar terceiro, montando uma situação, normalmente através da introdução de provas ilícitas visando revestir de legalidade a prisão em flagrante.

Tal situação pode ocorrer diante da dificuldade em alcançar os objetivos da investigação ou até mesmo por condutas reprováveis como a malícia, vaidade, ou sentimentos pessoais.

É certo que tal situação visa constituir uma hipótese de crime que não existiu e, portanto a prisão deve ser considerada ilegal, não tendo que se falar em flagrante, que ocorrendo, deve ser imediatamente relaxado.

1.2.7 Flagrante retardado

Em uma investigação policial, há certos momentos em que a intervenção de seus agentes pode ser desinteressante ao caso, podendo comprometer a finalidade da investigação. Desse modo, é mais interessante que a autoridade aguarde um pouco antes de intervir imediatamente e prender o agente que está praticando o ilícito. Assim, em determinados casos se a autoridade aguardar, retardando o flagrante, poderá obter maiores vantagens para a persecução penal como reunir provas mais robustas, conseguir recuperar o produto ou proveito do crime, descobrir outras pessoas envolvidas na prática da infração penal. E nesse ínterim surge o instituto da ação controlada, também chamado de flagrante diferido.

Nesse sentido, dispõe Greco Filho¹⁴:

Adotada a medida e dentro dos parâmetros estipulados, fica suspenso o dever de a autoridade prender em flagrante os agentes envolvidos até que a operação alcance seus objetivos, quer se trate de crime consumado ou consumando-se como os crimes permanentes, quer de uma fase executiva da tentativa. É óbvio que se o acompanhamento se refere a ato preparatório a questão nem se coloca. (GRECO, 2014, p.36)

Tal hipótese é prevista no ordenamento jurídico através da Lei nº 12.850/13, dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas, procedimento criminal e definindo organização criminosa. Especificamente os artigos 8º e 9º preconizam sobre a “ação controlada” e como esta deve ser realizada e assim dispõem:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

A ação controlada não é uma prova nem um meio de prova. É um instrumento, uma estratégia, uma prática ou uma técnica para a obtenção de provas ou informações. A prova ou o meio de prova será o que for possível obter com o retardamento da ação policial¹⁵. Não trata-se de uma inovação em nosso ordenamento jurídico, já que se encontrava disposição na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06, art. 53, II)¹⁶, na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98, art. 4ºB, com redação dada pela Lei nº 12.683/12)¹⁷ e atualmente, na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, art. 8º), revogando a antiga Lei 9.034/95.

Com a ação controlada surge, portanto, a autorização legal de não efetuar a prisão do criminoso em estado de flagrante, podendo ser postergado para um momento oportuno. É de grande importância tal autorização, uma vez que o artigo 301 do Código Penal¹⁸ em vigência dispõe que a autoridade policial e seus agentes têm o dever de realizar a prisão quando se deparam com alguém em situação de flagrante.

Importante salientar que o art. 8º da Lei nº 12.850/13 dispõe que, não apenas

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. pg. 75.

¹⁶ Art. 53. *Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:(...)II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.*

¹⁷ Art. 4º-B. *A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (Incluído pela Lei nº 12.683/2012)*

¹⁸ BRASIL. Código Penal. Art. 301. *Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.*

intervenções policiais possam ser proteladas, mas inclui-se também as intervenções administrativas, relacionadas ao ilícito da organização.

Em casos de investigação de organização criminosa, a ação controlada deve ser comunicada ao juiz competente, não dependendo de autorização judicial, conforme art. 8º, § 1º “O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público”. O objetivo do legislador em tal disposição seria não prejudicar a investigação, evitando possíveis trâmites burocráticos, que poderiam atrapalhar o desenrolar das investigações.

Contudo, se tratando de casos de crimes contidos na Lei de Drogas ou na Lei de Lavagem de Dinheiro será sim necessária a prévia autorização judicial porque o art. 52, II, da Lei nº 11.343/2006 e o art. 4ºB da Lei nº 9.613/98 assim o exigem.

A previsão do art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, dispendo sobre a comunicação prévia da ação controlada ao juiz é extremamente relevante considerando que, na antiga Lei do Crime Organizado (Lei n.º 9.034/95), não se impunha uma participação efetiva do Poder Judiciário no curso da ação controlada. Desse modo, evita-se uma eventual simulação de ação controlada por parte da autoridade policial. Pois a não comunicação ao juiz da realização da ação controlada era brecha para realização de abusos e atos de corrupção por parte das autoridades policiais. Isto é, a autoridade policial poderia identificar a prática de um crime em curso e não reprimi-lo por conta de corrupção. E, caso houvesse o descobrimento de tal atitude da autoridade policial, a mesma poderia arguir que tal fato trata-se de ação controlada e que atuaria num momento mais oportuno. Desse modo, a nova Lei demonstra um cunho de prevenção aos atos de corrupção relacionados ao instituto da ação controlada.

Por outro lado, a Lei nº 12.850/13 fez bem ao dispensar a prévia autorização da autoridade judicial, exigindo-se apenas a comunicação da realização da ação controlada. Isso porque, em muitas situações, não haveria sequer tempo hábil para que se aguardasse uma autorização judicial para a ação controlada, já que os fatos relacionados a prática de crimes acontecem de forma célere e a execução do delito, muitas vezes, é mais célere que o tempo necessário para o magistrado autorizar o deferimento da atuação policial.

Logo, a comunicação prévia ao juiz evita uma eventual simulação de ação controlada por parte da autoridade policial e, concomitantemente, não prejudica a dinâmica das investigações.

A lei não estabelece expressamente que deve haver autorização judicial para a ação controlada, mas o juiz “estabelecerá seus limites, se for o caso”. Desse modo, Greco Filho entende que se o juiz pode estabelecer os limites poderia ele também determinar a não realização da operação, se entender ilegal, abusiva ou incabível. Desse modo, o autor entende que haverá sim certo tipo autorização judicial, porque não se pode aceitar a passividade pura do juiz, simplesmente silenciando diante de comunicação de eventual ato abusivo. A função judicial no caso da ação controlada, seria então fiscalizar o interesse público, em uma atividade naturalmente de terceiros, no caso, as autoridades policiais, sendo considerada então uma jurisdição voluntária¹⁹.

Importante ressaltar que, se o crime de tráfico de drogas ou de lavagem de capitais estiverem sendo praticados por organização criminosa que se enquadre no conceito da Lei nº 12.850/13, há a possibilidade de a autoridade policial utilizar-se do art. 8º, § 1º de tal Lei e realizar a ação controlada, valendo-se da mera comunicação prévia, considerando que neste caso estará sendo investigada uma organização criminosa.

Assim, protocolizada a comunicação, a ação controlada pode ser levada a efeito pela autoridade policial até que venha - se vier - uma limitação imposta pelo juiz. Nesse sentido, após análise do caso, poderá o juiz estabelecer limites para a postergação da intervenção policial. Não obstante, poderá também o juiz simplesmente indeferir a ação controlada, determinando a imediata intervenção policial sempre que não estiverem previstos os requisitos legais ou quando a postergação não for recomendada.

Desse modo, o procedimento no caso de comunicação da ação controlada dar-se-á da seguinte forma: I. A autoridade policial ou administrativa comunica o juiz sobre a realização da ação controlada, demonstrando a conveniência da medida e o planejamento de atuação; II. No setor de protocolo da Justiça, a comunicação deverá ser sigilosamente distribuída, de

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. pg. 76.

forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada; III. O juiz comunicará o Ministério Público acerca do procedimento e poderá estabelecer limites à ação controlada; IV. Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações; V. Ao término da diligência, a autoridade policial ou administrativa deverá elaborar um auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Segundo o disposto no artigo 9º da Lei de Organizações Criminosas, se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer se houver cooperação das autoridades dos outros países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

1.2.8 Flagrante facultativo

O art.301do Código de Processo Penal dispõe sobre a possibilidade de qualquer pessoa do povo realizar a prisão de quem esteja em flagrante delito. Tal possibilidade caracteriza-se como espécie de flagrante facultativo, de modo que não há a obrigatoriedade de se efetuar a prisão, mas sim uma faculdade do indivíduo, configurando assim exercício regular de direito prevista no art. 23, inciso III, segunda parte do Código Penal.

Ao contrário do que ocorre para os agentes da segurança pública, o particular que presenciar uma cena criminosa não estará obrigado a realizar a prisão em flagrante, tampouco responderá pela omissão no caso de não tomar nenhuma atitude.

No entanto, é muito comum que a prisão em flagrante seja realizada por populares, que cercam o autor do crime e comunicam a autoridade policial, que assume a ocorrência após chegarem ao local.

1.2.9 Flagrante obrigatório

Também denominado de flagrante compulsório. Esta espécie de flagrante encontra sua disposição no artigo301, segunda parte, do CPP. É aquele atribuído à autoridade policial e seus

agentes, pois estes têm o dever - e não uma faculdade - de realizar a prisão de quem se encontre em situação de flagrância. Desse modo, não há discricionariedade sobre a conveniência ou não de realizar a prisão.

O flagrante obrigatório ocorre em qualquer das hipóteses previstas no art. 302 (flagrante próprio, impróprio, e presumido). É importante que tal ato observe o estrito cumprimento do dever legal previsto no art. 23, inciso III, primeira parte do CP.

Aqui cabe destacar que a omissão do agente da segurança pública pode ocasionar responsabilidade criminal e administrativa, pois se configura como um dever jurídico.

2 DIREITO A AUTODEFESA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1 O *status* de norma supralegal dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Os tratados internacionais de direitos humanos ganharam significativa relevância no pós 2º guerra mundial, com a criação de órgãos voltados a preservação da paz e da segurança internacional, bem como a conservação de direitos humanos.

Os direitos humanos foram positivados nos tratados internacionais para trazer maior segurança e efetividade a esses direitos. Em âmbito nacional, foram ratificados diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Contudo, Sempre se discutiu a posição hierárquica dessas normas no ordenamento jurídico interno.

Visando pacificar o conflito, o Poder Legislativo criou então a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a qual introduziu o § 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988²⁰. Porém, a emenda cuidou apenas dos tratados de direitos humanos quando estes forem equivalentes a emendas constitucionais, ou seja, aprovados por maioria absoluta dos membros do Congresso; deixando assim a Magna Carta de versar claramente sobre a hierarquia dos tratados comuns e dos tratados de direitos humanos aprovados por maioria relativa, cabendo desta forma a doutrina e jurisprudência consolidar entendimento a respeito do tema.

Desse modo, em 2008 que o Supremo Tribunal Federal passou adotar a tese da supralegalidade de tais normas, no voto do Min. Gilmar Mendes em decisão sobre a possibilidade de prisão civil por dívida dos contratos de alienação fiduciária em garantia²¹.

No entendimento do ilustre ministro:

²⁰BRASIL. Constituição Federal (CF/1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2017. Art. 5º, § 3º: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

²¹MENDES, Gilmar. STF. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1. SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

“O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC.”

Desta forma verifica-se dois requisitos os quais o STF interpretou do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O requisito material é que o tratado verse sobre direitos humanos e o requisito formal é que o tratado seja aprovado tal qual emenda constitucional, ou seja, por três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação; desta forma os tratados aprovados por maioria qualificada possuem *status* constitucionais enquanto que os incorporados pelo rito comum tem *status* supralegal.

Assim, o entendimento jurisprudencial criou duas espécies internacionais de direitos humanos, sendo estas os tratados com *status* supralegal e os tratados com *status* de norma constitucional.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes assim destrincha o posicionamento doutrinário perante o assunto:

“Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos”.

Isto posto, o entendimento doutrinário é no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos compõe o bloco de constitucionalidade, independentemente do seu quórum de aprovação, além de também possuírem aplicação imediata. Nesse sentido Mazzuoli²²:

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

“Em suma, a conclusão que se chega é que quaisquer tratados internacionais em vigor no Brasil têm, no mínimo, nível supralegal, estando abaixo da Constituição e acima de todas as leis nacionais (ordinárias, complementares e etc). Já os tratados de direitos humanos guardam nível constitucional no Direito brasileiro, independentemente da aprovação qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição, resolvendo-se o eventual conflito entre tais tratados e as normas constitucionais pelo princípio pro homine, que preza pela aplicação da norma mais favorável ao ser humano.”

Porém, ainda no julgamento do Recurso acima exposto, o mesmo ministro expõe que com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, dispondo sobre a obrigatoriedade da votação e aprovação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos para serem equivalentes às emendas constitucionais, a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada, pois tal Emenda trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais²³. Com isso, o entendimento do STF traz a impressão de que apenas na hipótese do art. 5º, § 3º, da Constituição o tratado passará a ter hierarquia de norma constitucional.

Desse modo, verifica-se que apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, seguindo o procedimento da EC 45/2004, podendo ser considerada Emenda Constitucional, o que não se aplica a outros tratados internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente chamada de Pacto de São José da Costa Rica.

2.2 Direito a ampla defesa: classificações, normas e sua ampliação pelas Leis 10.792/2003 e 11.719/2008

²³ MENDES, Gilmar. STF. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1. SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

Assegurada pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal²⁴, o princípio da ampla defesa é composto pela defesa técnica e pela autodefesa. Na seara do processo penal, a defesa técnica é obrigatória - trata-se de garantia constitucional - e garantida pelo defensor, pelo profissional de qualificação equivalente à do acusador, sendo essencial para a real efetivação do contraditório, uma vez que somente a defesa feita pelo acusado não é suficiente para a tutela jurídica de sua liberdade, pois não se encontra paridade de habilidade jurídica entre acusado e acusador, tão somente. Nesse diapasão, aduz Moura e Bastos:

"Autodefesa e defesa técnica, a primeira manifestando-se mediante o direito de presença (direito de assistir e intervir em quase todos os atos processuais) e direito de audiência (ser ouvido sobre os fatos imputados); e a segunda por meio da defesa, produzida por advogado, constituem, pois, dois aspectos de uma mesma garantia: a da mais ampla defesa".

Há também a diferenciação entre defesa pública e privada, para dar à primeira o significado de autodefesa da parte, no seu próprio interesse; e à segunda a atividade do defensor, o qual defende a parte, não como indivíduo, mas como membro de uma coletividade juridicamente organizada.²⁵

Aury²⁶ aduz que a defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. Desse modo, a defesa exercida pelo técnico deve ser **suficiente, efetiva e real**.

A Constituição garante, no art. 5º, LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tanto a Convenção Européia (no artigo 6.3,c) quanto a Interamericana de Direitos Humanos (no artigo 8.2, e) preveem a obrigação dos Estados em prestar assistência jurídica gratuita aos acusados que não dispuserem de meios para custear um defensor.

²⁴ Brasil. CFRB. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. "Defesa Penal: Direito ou Garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 04. São Paulo: RT, 1993.

²⁶ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – p. 37. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

Desse modo, cabe salientar a importância da Defensoria Pública representa para as camadas mais pobres da população brasileira. Os hipossuficientes formam um contingente considerável de pessoas que procuram o Poder Judiciário na condição de autor ou réu, necessitando de um advogado ou defensor. Com a valorização de tal instituição, com a proatividade dos defensores públicos há que se falar numa real defesa técnica de qualidade destinada a população carente.

2.2.1 Defesa técnica

Sobre a indispensabilidade da defesa técnica, Moura e Bastos entendem que ainda que o acusado recuse a defesa, levada a cabo por quem tenha habilitação técnica, não pode o juiz atendê-lo. A defesa, porque exculpa protege e ampara o acusado, realiza-se com, sem e contra sua vontade, no' direito nacional.²⁷ Nesse conforme, expõe Oliveira e Cardoso:²⁸

“Deste modo, por ser um direito do acusado, a defesa técnica é obrigatória na maior parte dos países, até mesmo em decorrência das normas de direito internacional, que assim determinam. No Brasil, a defesa técnica é parte do conjunto das garantias processuais, e por isso é indispensável e inviolável, e pode ser exercida mesmo contra a vontade do acusado”.

Conforme leciona Malan, a defesa técnica é indisponível, devendo ser assegurada pelo Estado mesmo contra a vontade expressa do acusado. Nesse caso, o defensor nomeado de ofício pelo juiz caracteriza o que Victor Moreno Catena chama de “mecanismo de auto-proteção do sistema processual penal”, pelo cumprimento das regras da dialética e da igualdade entre as partes.²⁹

Nesse sentido, é essencial que a defesa técnica preocupe-se com a efetividade do exercício da ampla defesa. Apenas a nomeação de um defensor a favor do acusado não garante o exercício de uma defesa técnica digna ao réu. Além da nomeação do defensor, é necessário que o mesmo realize de maneira eficaz o ato de assistência, como por exemplo

²⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. “Defesa Penal: Direito ou Garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 04. São Paulo: RT, 1993.

²⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; CARDOSO, Debora Mota. Direito a autodefesa e defesa técnica na Corte Interamericana de direitos humanos: análise de casos e cotejo com as regras nacionais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 201-225, set./out. 2014.

²⁹ MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista de Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 253 - 277 | Jan - Jun / 2006.

requerendo provas, arrolando testemunhas e oferecendo alegações finais precisas. Há que se preocupar com o conteúdo da defesa e não apenas com cumprimento de prazos processuais, levando ao Estado-juiz fundamentações pífias. Procedimentos que não venham a assimilar um comprometimento verdadeiro com a realização de uma defesa técnica digna podem resultar numa causa anulada.

Destarte, cremos ser possível esboçar alguns parâmetros para o juízo de valor acerca da falta de efetividade da defesa penal, conforme duas ordens de considerações distintas que o julgador deve ter em vista: uma concernente ao empenho pessoal e outra à capacitação técnica do defensor. Aquela pode ser desmembrada em três critérios distintos: (i) comparecimento aos atos processuais: a ausência injustificada do defensor devidamente notificado aos atos processuais inquestionavelmente indica negligência; (ii) protocolização de peças processuais: a falta de alegações preliminares (CPP, art. 395), de alegações finais (CPP, art. 500) ou de razões de apelação (CPP, art. 600) do defensor devidamente notificado a nosso ver comprova, por si só, a sua negligência. Em se tratando de acusado preso, a falta de pedido de relaxamento de prisão ou de concessão de liberdade provisória ou de impetração de habeas corpus igualmente indicam negligência, máxime se a prisão for ilegal; (iii) requerimentos de provas: as alegações preliminares consubstanciam a única oportunidade processual para se exercer o direito fundamental à prova defensiva (CPP, art. 399), sendo difícil conceber uma defesa penal efetiva dissociada do requerimento de provas no ato processual em exame.³⁰

Malan ensina ainda que o método da capacitação técnica do defensor deve observar o conteúdo jurídico das suas alegações finais (CPP, art. 500) e razões de apelação (CPP, art. 600). Na fase de apresentação das alegações finais e razões de apelação a (i) fundamentação jurídica minimamente consistente e plausível, preferencialmente baseada em citações doutrinárias e jurisprudenciais; (ii) análise dos elementos de prova contidos nos autos; (iii) pedido de absolvição do acusado são requisitos fundamentais para o pleno exercício da defesa técnica. Apesar de tais construções jurídicas minuciosas, tratando-se de estratégia da defesa, admite-se a construção de alegações preliminares (CPP, art. 395) de forma breve³¹.

³⁰ MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista de Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 253 - 277 | Jan - Jun / 2006.

³¹ MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista de Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 253 - 277 | Jan - Jun / 2006.

Destarte ser essencial a observação dos requisitos supracitados para um exercício do direito de defesa pleno e efetivo, a defesa técnica não deve almejar a absolvição do acusado como principal objetivo na seara penal. Seu principal escopo deve ser atuar no processo de forma sensata e diligente. Desse modo, a absolvição do acusado virá como consequência da exata postura do defensor penal.

A prática forense demonstra que por vezes a defesa penal é efetiva – com evidente empenho pessoal de defensor tecnicamente capacitado – e mesmo assim ela não atinge o resultado absolutório colimado pelo acusado e seu defensor. E isso por motivos completamente alheios à vontade destes últimos: a robustez das provas acusatórias amalhadas. Nessas hipóteses, a nosso ver é correto se afirmar que (i) a defesa penal pode, sob certo sentido, ser considerada “ineficiente”, pois não logrou o resultado que almejava; (ii) a defesa penal foi efetiva, não cabendo falar-se em nulidade processual.³²

A defesa técnica é pressuposto processual de validade. Sua necessidade na seara do processo penal está expressamente consagrada no art. 261 do CPP, onde se pode ler que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Nesse conforme, a falta de defesa constitui nulidade absoluta no processo penal. O disposto encontra-se na Súmula 523 do STF e a sua deficiência poderá anular quando evidenciado o prejuízo.

Os tribunais brasileiros algumas vezes anulam julgamentos por considerarem que o réu estava indefeso, mesmo tendo advogado constituído. No julgamento do HC 110271 / ES, a ministra da Suprema Corte, Rosa Weber, em seu voto expõe que no caso em tela foi flagrante "a deficiência técnica da Defesa, que não requereu provas e apresentou alegações finais e razões de apelação ineptas, atingiu grau tão elevado que equivale à ausência de defesa"³³.

No mesmo sentido, no habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça – de nº 173.126, distribuído ao Ministro Sebastião Reis Júnior, sustentou-se nulidade do processo-

³² MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista de Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 253 - 277 | Jan - Jun / 2006

³³STF. WEBER, Rosa. HABEAS CORPUS 110.271/ES. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4096668>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

crime, pois o paciente teria ficado indefeso, porquanto o advogado então constituído não apresentara defesa prévia e formalizara alegações finais com apenas duas laudas³⁴.

Portanto, a defesa deficiente, precária, inepta equipara-se a ausência de defesa, de modo que mascara a própria defesa.

Contudo, praticamente todas as decisões do Supremo Tribunal Federal que deixam de declarar a nulidade por falta de efetividade da defesa penal se louvam em um único argumento: a ausência de demonstração do prejuízo infligido ao acusado. Parece-nos que a jurisprudência está a exigir que o acusado, ao ensejo da alegação da nulidade em apreço, comprove que caso tivesse tido uma defesa penal efetiva inexoravelmente teria sido absolvido. Ocorre que essa circunstância é empiricamente indemonstrável. Vale dizer: é humanamente impossível para o acusado provar que caso sua defesa técnica tivesse sido efetiva ela insofismavelmente acarretaria a sua absolvição.³⁵

É praticamente impossível uma pessoa que não detém o "*know-how*" forense, e a destreza de um defensor jurídico (e se o tivesse, não necessitaria obviamente de um representante para tal) comprovar, por ao Estado-juiz, por meios técnicos que sua defesa foi insuficiente, prejudicando a tutela de seu direito de liberdade. Tampouco conseguiria comprovar que em outra situação conseguiria ser absolvido.

Desse modo, cabe ao juiz, na qualidade de principal responsável pela regularidade dos atos processuais (CPP, art. 251), fiscalizar o empenho pessoal e a capacitação técnica do defensor durante todo o procedimento. Caso constate negligência ou imperícia por parte do defensor, o julgador deve (i) declarar a nulidade absoluta do processo de ofício; (ii) notificar o acusado para, querendo, nomear outro defensor; (iii) encaminhar peças dos autos ao órgão de classe ao qual pertença o defensor, para a tomada das medidas disciplinares cabíveis à espécie.⁴⁵ Também cabe ao Ministério Público, na qualidade de órgão estatal responsável pela defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF/88, art. 127), requerer tais

³⁴STJ. LIMONGI, Celso. HC173.126/ES. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso es/doc.jsp?livre=173.126&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

³⁵ MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista de Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 253 - 277 | Jan - Jun / 2006

providências ao juiz nessas hipóteses e, caso indeferido seu pleito, impetrar habeas corpus em favor do acusado, com fundamento na falta de efetividade da defesa técnica deste último.³⁶

Sobre a defesa técnica e o interesse da coletividade, Lopes entende que a defesa técnica é uma exigência da sociedade, porque o imputado pode, a seu critério, defender-se pouco ou mesmo não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma verificação negativa no caso do delito não constituir uma fonte de responsabilidade penal. A estrutura dualística do processo expressa-se tanto na esfera individual como na social.³⁷

No âmbito internacional, o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada também de Pacto de São José da Costa Rica, prevê o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se livremente e em particular com seu defensor. Garante também o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de Nova York, traz em seu artigo 14, b e d expressamente que:

"Toda pessoa acusada de um delito terá direito de [...] comunicar-se com defensor de sua escolha, bem como [...] de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo".

Diante o exposto, nota-se uma preocupação dos tratados internacionais em relação a necessidade da defesa técnica aos acusados. Sem dúvidas, a fase pré processual é um dos momentos em que o acusado está mais exposto, sendo de extrema importância a presença de um defensor ou advogado imediatamente após a prisão, e durante os atos de interrogatório. Sendo as Cartas acima ratificadas pelo Brasil, mostra-se necessária a conformidade do nosso

³⁶ MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista de Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 253 - 277 | Jan - Jun / 2006

³⁷Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr.pag 38 - 9. ed. rev. e atual.– São Paulo : Saraiva, 2012.

ordenamento jurídico perante o disposto em tais tratados, sendo essencial que o direito a assistência jurídica ao preso seja de pronto, atendido.

Desse modo, observando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, precisamente no Caso Tibi vs. Equador, vemos a relevância da defesa técnica na seara penal.

O Acusado foi preso e seu interrogatório se deu sem que o mesmo pudesse efetuar contato com qualquer defensor e tampouco com seus familiares durante o primeiro mês em que permaneceu na prisão.

No julgamento, a Corte considerou que a falta de advogado no interrogatório foi considerada como violação do artigo 8.º pela Corte Americana de Direitos Humanos.³⁸ A decisão da Corte expõe que a defesa técnica não se restringe apenas ao momento da audiência na fase processual, mas que pelo princípio da ampla defesa o acusado, é direito do acusado de ser assistido por defensor ou advogado em todos as fases, processual e pré processual, se conveniente.

Sobre a inobservância das normas sobre o interrogatório, Pellegrini entende que os vícios do interrogatório implicam sua nulidade absoluta, a qual, no entanto, pode assumir duas dimensões: a) a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo se, no caso, o ato viciado redundou em sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo; b) excepcionalmente, na dimensão mais moderada, com a invalidade do interrogatório e sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, quando se

³⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Tibi vs. Equador. Julgado em 07.09.2004. "Apesar da disposição constitucional acima mencionada, Daniel Tibi não teve acesso a um advogado durante o primeiro mês de sua detenção. Um dia depois da sua detenção, em 28 de setembro de 1995, a suposta vítima apresentou sua declaração pré-julgamento perante o Ministério Público, sem a assistência de um advogado de defesa. 194. Como foi comprovado, no julgamento judicial para investigar o crime alegado, que abriu o processo preliminar, emitido em 4 de outubro de 1995, o juiz nomeou um advogado de defesa nomeado pelo tribunal para Daniel Tibi e o outro acusado. Este advogado não visitou a suposta vítima e não intervém na sua defesa. Enquanto o Sr. Tibi foi posteriormente capaz de se comunicar com um advogado privado, ele não conseguiu contratar seus serviços por falta de meios financeiros. Esta situação implicou que, durante o primeiro mês de sua detenção, ele não contou com a assistência de um advogado (supra parágrafo 90 (19)), o que não lhe permitiu uma defesa adequada".

verificar que o conteúdo das eventuais declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos.³⁹

2.2.2 Autodefesa

Junto à defesa técnica, existem outras possibilidades ao acusado no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal. Pode também o acusado atuar pessoalmente, defendendo a si mesmo, caracterizando a autodefesa. Como sua forma literal diz, a autodefesa é a defesa exercida pelo próprio acusado. Trata-se de direito personalíssimo, sendo exclusivo do acusado e somente ele pode o dispor.

Moura e Bastos entendem que a autodefesa denominada, também, de defesa genérica, quando exercida pelo próprio acusado, mediante atos constitutivos de ação ou omissão, no sentido de fazer prosperar ou impedir que prospere a atuação do intento punitivo no processo penal brasileiro, mostra-se renunciável.⁴⁰

A autodefesa pode ser dividida em direito de presença e direito de audiência, no âmbito nacional, composto ainda pelo direito de defender-se por si próprio - sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, porém previsto nas Convenções Interamericana e Européia de Direitos Humanos. A doutrina também divide a defesa pessoal em positiva e negativa.

Assim aduz Lopes Jr.⁴¹

“Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa. Ao lado deste *atuar* que supõe o interrogatório, também é possível uma completa omissão, um atuar negativo, através do qual o imputado se nega a declarar. Não só pode se negar a declarar, como também pode se negar a dar a mais mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, como ocorre nas intervenções corporais, reconstituição do fato, fornecer material escrito para a realização do exame grafotécnico etc.”

³⁹ Grinover, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

⁴⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. “Defesa Penal: Direito ou Garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 04. São Paulo: RT, 1993.

⁴¹ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. pag 40,41 - 9. ed. rev. e atual.– São Paulo : Saraiva, 2012.

Além de estar atrelado a autodefesa negativa, o direito de silêncio, encontra sua disposição no art. 5º, LXIII, da CF⁴², no art. 186 do CPP⁴³ e no art. 8.º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁴. É uma faculdade do acusado utilizar-se do mesmo, de modo que, quando utilizado, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, tampouco ser considerado confissão.

Em um sistema acusatório, como tende o sistema processual penal brasileiro, é dedicado ao acusado o direito ao silêncio. Desse modo, deduz-se a ideia do interrogatório como instrumento de defesa pois se o acusado pode calar-se, se não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado "meio de prova", não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa ad veritatem quaerendam. Serve, sim, como meio de autodefesa⁴⁵.

Diante disso, o interrogatório é direito de ser ouvido, direito de se auto defender, dando a esse instituto natureza de instrumento de exercício da ampla defesa, já discorrido. Nessa ótica, é por meio do interrogatório que o acusado pode expor a sua versão sobre os fatos. Contudo, é essencial que o mesmo seja informado que não haverá prejuízo caso decida não dar sua versão sobre a imputação que lhe é feita. Isto é, caso o acusado queira prestar declarações no interrogatório, deve ser por livre e espontânea vontade, sem pressão e sem vícios.

A autodefesa, em verdade, completa a defesa técnica e se compõe em dois aspectos: no interrogatório, quando o acusado poderá influir na formação do convencimento do juiz; e, em

⁴² Brasil. CFRB. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 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.

⁴³ Brasil. Código de Processo Penal. Art. 186: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁴⁴ Art. 8.º, 2, g, da CADH: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (g). Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;"

⁴⁵ Grinover, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

todos os demais atos processuais, no direito de assistir e intervir, quando se lhe dá oportunidade de manifestação.⁴⁶

Com o disposto na Lei 10.792/2003, no que tange aos arts. 185 a 196, do CPP, percebe-se uma efetiva conformidade deste Código ao sistema constitucional, passando a configurar o interrogatório como real direito de defesa. É à luz desta reformada disposição que explica-se as mudanças introduzidas nas previsões normativas sobre o interrogatório.

Contudo, ao dar declarações o acusado realmente pode fornecer elementos de instrução de prova, embora não seja essa finalidade do interrogatório. Considerando o processo penal à luz da Constituição, não há como considerá-lo meio de prova, ratificando assim o disposto introduzido pela Lei 10.792/03 ao código de processo penal.

Nesse sentido, Pellegrini aduz que é certo que do interrogatório, voluntariamente prestado - *rectius*, das informações espontâneas do acusado, assegurada sua liberdade de consciência -, podem surgir elementos que constituam "fonte de prova". Assim, a correta conceituação do interrogatório - em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro - é a de que constitui ele meio de defesa, que - se e conforme o acusado falar - pode eventualmente servir como fonte de prova.⁴⁷

Talvez a maior comprovação que se observa sobre o interrogatório agora ser considerado meio de autodefesa é a própria disposição do inciso VIII do § 2.º do art. 187 do CPP, quando ordena ao juiz perguntar ao acusado "*se tem algo mais a alegar em sua defesa*".

Sobre o referido disposto, a autora supracitada entende que é importante ressaltar que, ainda que o acusado tenha exercido o direito ao silêncio, não respondendo a alguma ou mesmo a todas as perguntas anteriores, esta última deve ser necessariamente formulada pelo

⁴⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. "Defesa Penal: Direito ou Garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 04. São Paulo: RT, 1993.

⁴⁷ Grinover, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

juiz, porquanto não é só pelo silêncio, mas também pelas informações defensivas expressas, que o interrogatório se consagra como meio de defesa.⁴⁸

Sobre o art. 189, o qual dispõe que "se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas", é necessária uma interpretação conjunta ao art. 187, § 2.º, VII, do CPP. Isto é, mesmo que o acusado não negue expressamente a acusação, em todo ou em parte - por ter exercido o direito ao silêncio - poderá ele aduzir elementos defensivos, conforme art. 187, § 2.º, VII, do CPP, e terá o direito de, prestados os esclarecimentos, indicar as provas.⁴⁹

O novo art. 196, do CPP, o qual prevê que "a todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes" ratifica o direito de autodefesa do acusado, ao passo que se o acusado e seu defensor concluírem que as informações contidas naquele interrogatório são insuficientes ou nebulosas, podem requerer novo interrogatório, objetivando alcançar a estratégia de defesa mais adequada a combater a imputação que lhe é feita.

Sobre as novas alterações da Lei em relação ao direito a defesa técnica, há que se salientar que o art. 5.º, LVIII, da CF/1988 e o art. 8, 2, d, do Pacto de São José da Costa Rica já dispunham sobre o assunto. Contudo, para reafirmar a necessidade do defensor, o novo art. 185, caput, estabelece que "*O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado*". Do mesmo modo, o § 2.º: "*Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor*".

Moura e Bastos entendem que a defesa técnica é desenvolvida por técnico habilitado, com capacidade postulatória. Apresenta-se como pressuposto indeclinável do processo penal, assegurando-se, assim, sua validade e eficácia. Com a defesa técnica o contraditório efetiva-se e se estabelece a paridade de armas.⁵⁰

⁴⁸ Grinover, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

⁴⁹ Grinover, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

⁵⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. "Defesa Penal: Direito ou Garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 04. São Paulo: RT, 1993.

Nesse diapasão, Pellegrini ressalta que se o interrogatório é, como é, meio de defesa; e se a assistência do defensor é, como é, obrigatória no interrogatório, é evidente que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que autodefesa e defesa técnica se integrem, por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa, em sua dúplice configuração.⁵¹

É necessário então evidenciar a imposição legal trazida pelo art. 185, e parágrafo 2º do CPP, referente ao patrono da defesa do acusado, seja ele constituído ou nomeado. A partir da alteração, o acusado deve ser interrogado e qualificado na presença de seu defensor. Posto isso, antes de se iniciar tal ato processual, o juiz é obrigado formalmente a conferir ao defensor o direito de entrevista reservada com o acusado, ato que visa permitir o oferecimento de alguma orientação com vistas a adequar a auto-defesa à defesa técnica.

Esta regra deve ser aplicável a qualquer interrogatório, por ser parágrafo do art. 185, que trata do interrogatório em geral. Não deve-se deter ao disposto no § 1.º, o qual prevê o interrogatório do preso no estabelecimento prisional. Desse modo, a presença do defensor no interrogatório, com a entrevista prévia e reservada com o acusado, também se aplica ao interrogatório policial.

A lei ampliou a garantia constitucional do art. 5.º LXIII, da Constituição, em que a presença do defensor era tratada como mera faculdade. A norma constitucional, se aplica ao inquérito policial, após o indiciamento do acusado. Todavia, existe o risco de que a presença do defensor, no interrogatório policial, se transforme em mera formalidade, constante do termo, sim, mas sem ser efetiva e concreta. A autoridade policial deverá, por isso mesmo, zelar pela presença efetiva do defensor, público ou dativo, antes do interrogatório e durante seu desenvolvimento.⁵²

Necessário esclarecer que, antes da reforma advinda com a Lei nº 10.792/03, o Supremo Tribunal Federal, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, aduzia que não era necessária a

⁵¹ Grinover, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

⁵² Grinover, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

presença do defensor e de sua intimação para o interrogatório judicial, por ser ato pessoal do juiz, não se sujeitando ao contraditório.

Por encaixar-se aos fundamentos constitucionais, a natureza do interrogatório está em conformidade como meio de defesa, de modo que dá um papel mais participativo ao acusado e, com a efetiva aplicação das garantias constitucionais ligadas ao processo penal constitucional, que deve ser mais democrático e sem resquícios inquisitivos.

Em conformidade com o princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF), a Lei 11.719/2008 alterou a ordem dos atos no processo penal, modificando também as regras da instrução criminal. A nova legislação abarca, em especial, os procedimentos, aspectos relacionados à defesa do réu e não se esquece de pontos relativos ao defensor e à vítima.

Especificamente o art. 400 do CPP, agora prevê que o interrogatório do acusado deve ser o último ato da instrução criminal. Justamente, tal alteração significa, de certa forma, considerar o instituto do interrogatório como meio de defesa.

Antes da reformulação feita pela Lei, o CPP previa que o interrogatório era realizado no início do processo, após o recebimento da denúncia. Desse modo, manter o interrogatório como primeiro ato seria posicionar o acusado como simples objeto da prova, para dele se extrair a verdade, fazendo com que o acusado tenha que adivinhar o que as testemunhas posteriores dirão sobre ele, legitimando assim uma falsa autodefesa, mantendo o raciocínio inquisitório.

Obviamente o legislador pretendeu assim respeitar o direito de o acusado exercer sua autodefesa, momento em que poderá contradizer qualquer fato que entenda descabido. E em verdade, isso só pode ocorrer, efetivamente, se ele realmente for o último a ser ouvido.

A nova Lei alterou o art. 265, "caput", do CPP, substituindo-se a sanção de multa de cem a quinhentos réis por sanção de multa de 10 a 100 salários mínimos, para o defensor que abandona a causa, sem motivo imperioso. Trata-se de simples atualização monetária. Contudo, o parágrafo único do art. 265, desdobrado nos §§ 1º e 2º, dispõe agora que, antes de designar defensor para o ato ("ad hoc"), o juiz deve esperar, até o início da audiência, a apresentação da justificativa pelo advogado que não compareceu a ele. Tal previsão não

existia antes, inovando sobre o tratamento a defesa do acusado. Antigamente, a ausência do defensor, ainda que motivada, ensejava a substituição por outro defensor para o ato. Respeita-se com tal mudança, a defesa do réu pelo defensor de sua escolha. Somente se o defensor se ausentar sem apresentar justificativa até o início da audiência é que haverá a substituição do defensor.

A principal modificação sofrida pelo art. 384 do CPP diz respeito à necessidade de aditamento sempre que surgir prova nova a respeito do fato, independentemente de a nova definição jurídica do fato implicar aplicação de pena mais ou menos grave ao réu. Antes da alteração feita pela nova Lei, somente nos casos em que a pena cominada ao novo crime fosse mais grave é que o aditamento se impunha. Trata-se de importante mudança que respeita os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao passo que, na antiga legislação, era possível que o réu tivesse se defendido durante a instrução de um determinado fato e posteriormente condenado por fato diverso, o que surpreendia a defesa, enfraquecendo os referidos princípios constitucionais.

Outra inovação foi sobre o prazo para manifestação da defesa, que após o aditamento passa a ser de 5 dias, podendo arrolar a defesa até 3 testemunhas (art. 384, §§ 2º e 4º, CPP, nova redação). Antes da Lei nova, o prazo para manifestação da defesa era de 3 dias - art. 384, parágrafo único, CPP, redação antiga, porém o número máximo de testemunhas ainda continua como previa-se antes.

Contudo, há certas restrições e limites ao direito de defesa, destarte ser assegurada pelos dispositivos Constitucionais. Desse modo, há que se observá-la à luz fronteiras legais.

Nesse sentido, Moura e Bastos entendem que tem-se o estabelecido pelo art. 410 do CPP, que impede que a defesa arrole testemunhas já, anteriormente, ouvidas, por ocasião da reabertura do prazo em virtude da desclassificação do delito, da competência do Júri para a do Juiz singular; A preclusão, ou seja, a perda do direito de realizar um ato, decorrente do decurso do interregno legal para a sua prática, sem que seja realizado; A impossibilidade da

defesa técnica no ato do interrogatório do acusado, salvo, acreditamos nós, na hipótese de pluralidade de acusados, e quando surge confissão delatante do co-imputado, casos em que o exercício da defesa técnica desponta necessário, inobstante a falta de previsão legal; Inidoneidade, em princípio, do habeas corpus para o trancamento de investigações policiais.

Além da existência de balizas traçadas pela lei, ao exercício do direito, é necessário aquilatar se a defesa, concretizada com exagero e desmedida amplitude, é lícita ou ilícita. Importa dizer, se ela se ateu aos cânones constitucionais, ou se infringiu e arranhou postulados penais. Cogita-se, aqui, tanto do acusado que mente para defender-se, quer, por exemplo, ao alegar ser menor inimputável, quer ao trocar o seu nome, como aquele acusado que, para beneficiar-se do prazo prescricional pela metade, falsifica certidão de nascimento, que ateste sua menoridade relativa; ou que falsifica a certidão de nascimento, a fim de que ela estampe sua inimputabilidade, em razão de idade inferior aos 18 anos.⁵³

A autodefesa positiva contempla a possibilidade do acusado, sempre que assim quiser, controverter as acusações feitas, **participando pessoalmente da instrução do processo e apresentando sua versão sobre o fato que lhe é imputado.**⁵⁴

Nesse diapasão, ressalta Oliveira e Cardoso:

"No caso do conjunto de atividades desempenhadas pessoalmente pelo acusado durante o processo, o que caracteriza a autodefesa (no interrogatório, por exemplo), a doutrina a caracteriza como defesa genérica, que será complementar à defesa técnica, exercida por profissional de qualificação equivalente à do acusador (no processo penal brasileiro, com a mesma formação dos membros do Ministério Público). Na atuação da defesa há, portanto, uma integração complementar entre as ações do acusado, no exercício da autodefesa, com a atuação técnica do defensor".

Desdobramento do direito a autodefesa, o direito de presença aos atos processuais manifesta-se pela oportunidade conferida ao acusado de tomar posição perante as alegações e

⁵³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. "Defesa Penal: Direito ou Garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminas n.º 04. São Paulo: RT, 1993.

⁵⁴ PUPO, Matheus Silveira. Uma nova leitura da autodefesa. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 196, p.14-15, mar. 2009

provas produzidas, participando em conjunto com seu advogado da realização dos atos processuais.⁵⁵

É o direito de assistir aos atos processuais, e ter oportunidade de posicionamento, ter ainda a presença perante o decorrer do processo. Respeitando-se a ampla defesa e o contraditório, é o direito de o acusado comparecer, observar, presenciar principalmente os atos da instrução processual.

Considerar-se-á assim a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em consonância com as normas de direito internacional e interno, posicionou-se no sentido de que a presença do acusado no ato processual de oitiva de testemunhas é expressão da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

O julgamento da medida cautelar em HC 93.503-6⁵⁶ determinou a anulação do processo de primeiro grau desde a audiência de instrução, em razão do acusado não ter sido apresentado à audiência em que foi colhida a prova acusatória.

Também nesse entendimento, a Segunda Turma do STF no HC 111.728⁵⁷, como Corte verdadeiramente constitucional, ao reafirmar o direito de presença física durante os atos processuais, legitima tanto o direito de autodefesa, o direito de confrontação com as vítimas e testemunhas, como também o direito de compreender todos os atos praticados durante o processo, para que possa ser exercido o contraditório.

Assim, como consequência desta interpretação mais ampliada da autodefesa, pode-se destacar o entendimento, que já vem se firmando na corrente doutrinária mais garantista, de que o art. 217 do CPP, em sua nova redação, deve ser interpretado da seguinte maneira: “A retirada do acusado da sala de audiência somente pode ser determinada em caráter absolutamente excepcional, caso o réu tenha um comportamento capaz de influenciar

⁵⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; CARDOSO, Debora Mota. Direito a autodefesa e defesa técnica na Corte Interamericana de direitos humanos: análise de casos e cotejo com as regras nacionais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 201-225, set./out. 2014

⁵⁶ STF. HC 111.728. São Paulo. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/.../medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-119672-sp-stf>>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

⁵⁷ STF. HC 111.728. São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=163214337&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

indevidamente aquelas pessoas que serão ouvidas”, mas, mesmo assim, garantindo-lhe de alguma forma assistir ao ato e ter contato simultâneo com o seu defensor.⁵⁸

Na esfera internacional, o art. 14, d, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, prevê o direito do acusado de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-offício* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.

Do mesmo modo, o direito de presença está também contido implicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 8.º, 2, d e f, quando dispõe que é direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

O caso *Castillo Petruzzi vs. Peru*⁵⁹ é exemplo cristalino da violação do direito de audiência. No caso, A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado do Peru por diversas violações ao Pacto de São José da Costa Rica, incluindo o direito a escolha de um defensor e da comunicação livre entre acusado e advogado.

No momento do interrogatório judicial, o acusado teve seus olhos vendados e foi mantido algemado, fato que fere nitidamente a dignidade da pessoa humana. Não obstante, a sua primeira entrevista a sós com o advogado ocorreu somente uma semana após a prolação da sentença que o condenou à prisão perpétua por crime de traição à pátria.

É fato que no contexto da época, o país passava por sérios problemas de cerceamento democrático. Contudo, as Cortes Internacionais já se posicionavam no sentido que o direito a ampla defesa não pode ser violado nem mesmo nas hipóteses de regimes autoritários ou

⁵⁸ PUPO, Matheus Silveira. Uma nova leitura da autodefesa. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 196, p.14-15, mar. 2009

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi e outros vs Peru*. Julgado em 30.04.1999. "La Corte considera, tal y como ha quedado demostrado, que de conformidad con la legislación vigente en el Perú, las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Por otra parte, cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada" (supra 141)

ditatoriais. Temos então, o claro desrespeito ao direito à presença em audiência e ao exercício da autodefesa, uma vez que *Petruzzi*, na condição de acusado, não teve oportunidade a real autodefesa, não assistindo ou intervindo nos atos processuais, tampouco comunicou-se com seu advogado. Nesse sentido, a Corte Interamericana condenou o Peru por violação ao artigo 8.2,d, por ter-se apurado que os defensores tiveram grandes dificuldades para assistirem seus defendidos.

2.2.3 A autodefesa e a Audiência de Custódia: previsão normativa e origem histórica

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, em seu artigo 7.5, reproduz a necessidade de apresentação rápida da pessoa presa a um juiz ou outra autoridade. No mesmo sentido, o **art. 9º., 3** do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trata que toda a pessoa detida ou presa será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei, tendo direito a ser julgada dentro de um prazo razoável. Tais situações acabaram sendo denominadas, no Brasil, como audiência de custódia.

A **audiência de custódia** é o instrumento processual que determina que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão, bem como verificar eventuais casos de maus tratos e abusos por parte de agentes estatais.

Nesse sentido, a audiência de custódia é instituto jurídico garantidor dos direitos fundamentais capaz de frear as prisões em massa. Ela pode ser entendida como relevante forma de acesso à jurisdição penal, consistindo efetivamente em meio de ampla defesa à pessoa do preso ao passo que o mesmo deve ser apresentado ao juiz, podendo este verificar se houve maus tratos ao acusado, bem como ouvir o preso, de modo que delibere sobre a legalidade e o modo que se deu a prisão em flagrante.

Sobre a posição da audiência de custódia no âmbito do direito internacional, aduz Aury:

“Em diversos precedentes, a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no 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 cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência*”. Já decidiu a *Corte IDH*, também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial “para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física”, advertindo estar em jogo, ainda, “tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal”.⁶⁰

Com efeito, o **art. 7º, 5**, do Pacto de São Jose da Costa Rica dispõe:

"Toda **pessoa presa, detida ou retida** deve ser conduzida, sem demora, à presença de um **juiz** ou outra autoridade autorizada por **lei** a exercer **funções judiciais** e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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."

No mesmo sentido, o **art. 9º, 3** do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

"Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infração penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no ato de juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença".

Aduz ANDRADE:

"Não tardou muito a que outros diplomas de cunho nacional ratificassem este imperativo de apresentação das pessoas provadas em sua liberdade ao juiz ou outra autoridade que exercesse poderes judiciais. Na América do Sul, alguns países inseriram a necessidade dessa apresentação do preso em sua própria constituição, ao passo que outros preferiram inseri-la na legislação infraconstitucional atinente a persecução penal. Entretanto, o Brasil vem se mostrando tímido - para não se dizer

⁶⁰ LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Disponível: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=209>.

resistente - em dar plena aplicabilidade a todos os termos da CADH, da qual ele próprio e signatário".⁶¹

Nesse sentido, não há no Brasil, lei que regulamente o tema, embora já haja sua previsão no Projeto de Lei no Senado nº 554/2011. Mas o STF já se posicionou no sentido de ratificar a legalidade da metodologia das audiências. Além disso, sua disposição é encontrada apenas por modo de ato normativo no ordenamento jurídico brasileiro, com a denominada Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça.

Além de o Brasil ser signatário das Convenções supracitadas, ato que estabelece que o Estado deve se comprometer a cumprir o disposto nas Cartas internacionais, há outro motivo que se é necessário analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em 2002, o Brasil realizou o reconhecimento que a CIDH seria o órgão competente para interpretação do Pacto de São José⁶². Isto é, a interpretação sobre os respeito as garantias previstas no Pacto poderiam ser levadas até tal Corte, não sendo mais os Tribunais brasileiros a última instância a se recorrer.

Por esse motivo que é necessário entender o modo que a audiência de custódia é tratada na seara do direito internacional, pois a jurisprudência de tal Corte é quem deverá traçar os caminhos a serem percorridos quando das as duvidas apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para se ter assim a correta incorporação do instituto ao sistema processual penal do Brasil.

Nesse sentido, trazendo direito de autodefesa para o âmbito da audiência de custódia, percebe-se que uma das características primordiais deste instituto, em razão da forma como aparece disciplinada nos textos internacionais que lhe dão embasamento, é o fato de o indivíduo preso ou detido dever ter contato direto e pessoal com a figura de um juiz ou outra autoridade.⁶³

⁶¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 18

⁶² Decreto 4463/02. Artigo 1º: "É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998".

⁶³ Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Art. 7.5: "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais".

A CIDH na decisão de alguns casos como *Bayarri vs. Argentina* e *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Equador*, aduz que a oitiva do acusado perante a autoridade judicial ou outra autorizada por lei deve ser feita pessoalmente, valorizando assim o direito de presença do acusado. Pois só com a apresentação pessoal poderá o juiz valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para deliberar sobre a manutenção da provação de liberdade, garantindo que o contrario equivale a despojar de toda efetividade do disposto no artigo 7.5 da Convenção.⁶⁴

No caso supracitado, o senhor *Bayarri* alegou ter sido submetido a prisão preventiva, sendo privado de liberdade por quase 13 anos com base numa confissão obtida sob tortura. a Câmara Nacional de Apelações Criminal e Correccional Federal da Argentina considerou provada a tortura à qual foi submetido, contudo, transcorridos quase 16 anos desde que ocorreram os fatos, o Estado argentino não ofereceu ao senhor *Bayarri* uma resposta judicial adequada a respeito da responsabilidade penal dos autores dos delitos cometidos contra ele, nem remediou de modo algum as violações sofridas.

Sendo assim, a Corte em sua decisão revelou que a Argentina violou o direito à liberdade pessoal reconhecido no artigo 7.1, 7.2 e 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como os artigos 8.1, 8.2 e 8.2.g) da mesma Carta, dispondo ainda que o Estado descumpriu sua obrigação de investigar com a devida diligência a tortura à qual foi submetido o senhor *Juan Carlos Bayarri*.⁶⁵

Desse modo, o ato de apenas remeter o auto de prisão em flagrante a autoridade judicial, alegando assim não haver necessidade da presença do acusado na audiência de custódia, é uma violação gravíssima as disposições das Cartas internacionais supracitadas.

Considerando o direito a presença na audiência, Oliveira e Cardoso:

O direito à audiência, em breve síntese, traduz-se pelo direito do acusado de influenciar no convencimento do juiz durante o interrogatório, enquanto que o direito de presença aos atos processuais manifesta-se pela oportunidade conferida ao

⁶⁴ CIDH. Caso *Bayarri vs. Argentina*, parágrafo 65, sentença de 07 de outubro de 2008. Nesse diapasão, Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Equador*. parágrafo 85, sentença em 21 de novembro de 2007.

⁶⁵ CIDH. Caso *Bayarri vs. Argentina*, página 54, sentença de 07 de outubro de 2008.

acusado de tomar posição perante as alegações e provas produzidas, participando em conjunto com seu advogado da realização dos atos processuais.

3. A RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançaram o "Projeto Audiência de Custódia", implantado de forma piloto em São Paulo por iniciativa do presidente do Conselho e até então também presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski. Sendo esta a principal política criminal de tal gestão do CNJ, o Conselho regulamentou o funcionamento das audiências de custódia em todo o país, em dezembro de 2015, por meio da Resolução n. 213/2015.

Tal resolução é fruto do esforço do CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e tribunais de justiça, e da pressão de representantes da sociedade civil, que, ao longo de todo o ano, impulsionaram a implementação das audiências de custódia em todas as capitais brasileiras. A Resolução 213 entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016 e dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

A priori, as experiências do projeto implementado pelo Conselho Nacional de Justiça foram positivas. Por meio de alguns dados levantados pelo órgão⁶⁶, percebe-se que cerca de 230 mil pessoas já foram encaminhadas a presença do magistrado para a realização da audiência de custódia. Deste contingente, 103.669 (45,15%) casos resultaram em liberdade dos acusados e **125.965 (54,85%) pessoas** foram presas preventivamente. O número de casos em que houve alegação de violência no ato da prisão foi de 11.051 (4,81%) e casos em que houve encaminhamento social/assistencial somam 24.721 (10,77%).

Outros dados também divulgados pelo CNJ⁶⁷ informam que somente um pouco mais de 4% dos acusados autorizados pela autoridade judicial a aguardar ao julgamento em liberdade reincidiram em crime nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Mato Grosso, Ceará, Pernambuco, Paraná, Santa Catarina e Bahia. O maior percentual de reincidentes foi de

⁶⁶ CNJ. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Dados Estatísticos / Mapa de Implantação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

⁶⁷ CNJ. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886- apenas-4-dos- liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>>. Acesso em: 14 de abril de 2017.

7%, ocorrido no Espírito Santo.

Desse modo, as estatísticas demonstram que, pelo menos em curto prazo, as audiências de custódia mostram resultado prático. É notório que um significativo número de indivíduos presos foram soltos mediante a análise do magistrado de que a prisão seria desnecessária, tanto para o próprio indivíduo preso em flagrante, quanto para a sociedade. Percebe-se também que os indivíduos soltos são, muitas vezes, infratores ocasionais de menor periculosidade. E graças a implementação desse instituto, não haverá a possibilidade de aliciação desses indivíduos por facções criminosas que comandam os presídios brasileiros.

3.1 A Resolução 213 perante as controvérsias de alguns entes federativos

Apesar de as primeiras experiências do projeto demonstrarem resultados positivos, ainda nota-se que alguns Estados ainda estão se adequando ao instituto. Um dos motivos de obscuridade deve-se ao fato da forma de implementação do instituto. A disposição sobre o assunto por meio de uma resolução do Judiciário, dá ensejo a questionar uma eventual invasão da competência legislativa, pois tudo deveria ser feito por lei federal.

É que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria e ainda mais o fazendo por via administrativa (já que a audiência de custódia no Brasil vem sendo criada por iniciativa administrativa do Poder Judiciário e não sendo interpretada por uma atividade jurisdicional, como deve ser no controle de convencionalidade). Este é, assim, um problema de ordem constitucional-formal⁶⁸

Outro problema sobre a execução da audiência de custódia deve-se a realização das mesmas apenas em dias úteis. No Estado de São Paulo, dois a cada cinco presos não são levados a autoridade judicial conforme a Resolução do CNJ prevê, em até 24 horas. Iniciado na capital, o programa funciona em 23 das 57 circunscrições judiciárias. Porém, devido à questões práticas de logística, o indivíduo preso a esperar até dois dias para ser apresentado ao

⁶⁸LIMA, Marcellus Polastri. Audiência de custódia e a infeliz Resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro. *In*: Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2017, p.133.

magistrado. Assim, as expressões como "sem demora" e "até 24 horas" são simplesmente, negligenciadas.

No caso do Estado do Rio de Janeiro também nota-se algumas obscuridades. Do mesmo modo que o TJ/SP, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua Resolução 29/2015, precisamente em seu artigo 2º dispõe que “toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz competente, a fim de realizar-se audiência de custódia”.

O referido artigo não prevê fixamente um prazo para o acusado ser apresentado a autoridade judicial. Pelo contrário, deixa apenas uma lacuna para que seja utilizada pelos magistrados, conforme seu próprio entendimento. Assim, a expressão "sem demora" denota ser qualquer espaço de tempo a ser arbitrado pelo magistrado.

Sobre a nebulosidade da expressão, entende Gustavo Badaró:

“[...] o artigo 2º, caput, limita-se a estabelecer que o preso será apresentado “sem demora”, ao juiz. De todos os tribunais que disciplinaram em atos normativos internos a Audiência de Custódia, o Rio de Janeiro foi o único que não adotou um prazo cronologicamente definido, limitando-se a repetir os termos do artigo 7.5 da CADH. Toda e qualquer prisão cautelar deve estar sujeita ao princípio da legalidade, e a utilização de uma expressão sem contornos precisos aumenta a discricionariedade, o que se mostra uma opção criticável”⁶⁹.

Reiteradamente nas Centrais de Audiência de Custódia do Rio de Janeiro nota-se que se a prisão em flagrante ocorrer numa sexta-feira a noite, o acusado só terá seu direito de apresentação a autoridade judicial, garantido por tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional e pela Resolução 213/2015 CNJ, na segunda-feira, deves, pela parte da tarde. Desse modo, a Central de Audiência de Custódia da Comarca Central atende, facilmente, cerca de 60 presos somente em uma segunda-feira.

Outro ponto nebuloso sobre a Resolução fluminense é sobre seu artigo 6º, que assim prevê: “Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando-se, em seguida, o MP e defesa, se presentes ao ato.”

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *Conjur*, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 9 maio. 2017.

Denota-se então que a presença do Ministério Público, assim como a da defesa do acusado são consideradas facultativas diante a Resolução, pois as mesmas só serão ouvidas, caso estejam presentes na audiência. Ocorre que, a faculdade levantada pelo artigo fere o direito a ampla defesa, princípio garantido pela Constituição, a qual se divide em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica é o direito de ter um defensor constituído, sendo espécie de defesa obrigatória no processo penal brasileiro. Ela faz parte do conjunto das garantias processuais, e por isso é indispensável e inviolável, podendo ser exercida mesmo contra a vontade do acusado.

É condição da paridade de armas e instrumento imprescindível para a garantia do contraditório e da imparcialidade do juiz. Se trata de garantias mínimas, que devem ser complementadas para o exercício do devido processo legal. Ressaltam alguns autores, entretanto, que, quando houver conflito entre a vontade do acusado e do advogado, deve prevalecer o primeiro, ou seja: quando o acusado preferir defender-se por si próprio, abrindo mão da defesa técnica, sua vontade deve ser respeitada. Essa, ressalte-se, não é uma opção válida dentro do ordenamento brasileiro.⁷⁰

Sobre ser a medida de caráter afrontoso a um sistema processual penal acusatório, Lima⁷¹ comenta que retoma assim, a resolução do Rio de Janeiro, o sistema inquisitivo do medievo, pois, pela letra da mesma, o juiz poderá realizar a audiência sem presença das partes, só ele e o preso, agindo, portanto, de ofício ao decretar uma medida cautelar, como se isso fosse possível em vista da Constituição e do próprio Código de Processo Penal.

Afronta a Constituição ao ferir o princípio acusatório insculpido no art. 129, I, sabido que, constitucionalmente, a promoção da ação penal é privativa do Ministério Público. Pode ser alegado que, quando da “audiência de custódia”, não se tem ainda processo, mas, na verdade, o que ocorre é que nessa audiência será decretada uma medida cautelar, seja uma prisão, uma liberdade provisória ou uma medida alternativa à prisão preventiva, e o juiz não

⁷⁰OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; CARDOSO, Debora Mota. Direito a autodefesa e defesa técnica na Corte Interamericana de direitos humanos: análise de casos e cotejo com as regras nacionais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 201-225, set./out. 2014

⁷¹LIMA, Marcellus Polastri. Audiência de custódia e a infeliz Resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro. In: Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em <http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2017, p.136

pode fazer isso, conforme, aliás, reza o art. 282, § 2º, do CPP. Ademais, o juiz não pode sair de sua imparcialidade, agindo de ofício e procedendo de forma inquisitória.

Do mesmo modo, entende Gustavo Badaró, *in verbis*:

“[...] é criticável a previsão de facultatividade da presença do Ministério Público e do defensor na audiência de custódia [...] invocando o posicionamento da CADH, a presença do Ministério Público e do defensor é obrigatória em tal ato. A presença do defensor é fundamental para fazer respeitar os direitos do preso, por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência. Além disso, possibilitará que argumentos estritamente jurídicos sobre a legalidade da prisão e mesmo sobre a necessidade e adequação de sua manutenção, substituição e revogação, possam ser expostos em paridade de armas com o Ministério Público [...] 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. Por outro lado, a presença do Ministério Público, tratando-se de ato jurisdicional, ainda que praticado na fase de investigação, também será obrigatória. Mais do que isso, com a presença do Promotor de Justiça, será possível efetivar a regra do artigo 282, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, que não permite que o juiz decrete, *ex officio*, medidas cautelares na fase de investigação. Logo, se o Ministério Público não estiver presente na audiência de custódia, e não houver requerimento de que a prisão em flagrante seja “convertida” em alguma medida cautelar, nos termos do artigo 310, caput, do mesmo código, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, por falta de requerimento do Ministério Público. A audiência de custódia converte-se em ato essencial para completar o ato complexo e de duração continuada que se transformou a prisão em flagrante. Sem a presença de defensor e do Ministério Público, a prisão em flagrante não poderá ser convertida em qualquer medida, devendo ser considerada ilegal e relaxada a prisão [...]”⁷²

Desse modo, percebe-se que as arbitrariedades em relação a audiência de custódia ainda possuem espaço na rotina dos tribunais brasileiros. Exemplo disso, um caso ocorrido na região norte do país chocou diversos juristas, principalmente os que defendem a realização das audiências de custódia. A Justiça do Acre condenou um réu três dias após sua prisão em flagrante.

⁷²BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *Conjur*, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 9 maio. 2017.

A Justiça Estadual do Acre condenou, em abril, um réu três dias depois de ele ter sido preso por roubar o celular de um homem usando uma faca. A sentença de condenação foi proferida no mesmo dia da audiência de custódia. O caso aconteceu na Comarca de Xapuri, cidade de aproximadamente 16 mil habitantes, localizada no interior do estado. O fórum da cidade conta com uma vara criminal. O crime ocorreu no sábado, 2 de abril, à noite. Na segunda-feira, 4, o flagrante foi despachado e a audiência foi marcada para terça-feira. Neste dia, 5 de abril, Railândo da Silva Oliveira foi apresentado ao juiz Luís Gustavo Alcalde Pinto, às 8h30min, na sala em que as audiências de custódia são realizadas na comarca. Segundo o magistrado, mediante o uso de violência, grave ameaça e dos indícios suficientes de autoria, sua prisão foi convertida de flagrante para preventiva. Neste momento, de forma oral, o promotor de Justiça Bernardo Fiterman Albano denunciou Railândo. O juiz aceitou a denúncia e, então, ele se tornou réu no processo. Posteriormente, o juiz rejeitou a defesa preliminar e marcou a audiência de instrução para o mesmo dia. Às 13h05min, a audiência de instrução criminal foi aberta. Após a vítima e as duas testemunhas serem ouvidas, o magistrado interrogou o réu, que confessou o crime. Logo depois, o sentenciou a cinco anos e quatro meses de reclusão em regime semi-aberto, negando o direito de recorrer em liberdade.⁷³

Ocorre que, o caso relatado viola claramente o princípio do devido processo legal, uma vez que não buscou-se a verdade real sobre o fato, tampouco a realização de justiça, mas somente um proferimento de decisão instantânea. Acelerar o processo penal, de modo semelhante ao caso observado, beira um desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito, pois tal procedimento acaba por atropelar as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição brasileira.

É fato que atualmente com a lentidão da prestação jurisdicional, a baixa produtividade dos tribunais e prazos processuais diversas vezes alongados, a sociedade e implora pela celeridade processual, pela dinamicidade, desburocratização. Tudo deve ser resolvido rápido.

A esfera midiática fomenta tal ideal de um ‘mundo imediato’, mas o Direito, principalmente na seara do processo penal, necessita de seu próprio tempo, e o seu tempo não

⁷³ JOTA. Entenda como a Justiça do Acre condenou um réu três dias após prisão em flagrante. Disponível em: <<https://jota.info/justica/justica-acre-condena-reu-em-tres-dias-apos-prisao-em-flagrante-29072016>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

deve ser compatível com o discurso de celeridade desregrada. No processo penal brasileiro, muitas vezes o tempo é considerado uma garantia.

Desse modo, a instantaneidade, isto é, a celeridade exarcebada no processo penal pode ser uma experiência infortuna, suprimindo garantias, de modo que direitos são deixados de lado em prol de uma solução rápida para os problemas. O ânimo de se por fim ao processo, dando agilidade a prestação jurisdicional é fato louvável, contudo, há que se verificar os meios com os quais tal finalidade é perseguida. Deve-se atentar as formas pelas quais são dispostos os meios para chegar a esse fim.

A Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LXXVIII⁷⁴, traz como direito fundamental que a todos, no âmbito judicial e administrativo, sejam assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos⁷⁵ como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁷⁶ e a Convenção Européia de Direitos Humanos⁷⁷ destacam que toda pessoa, na determinação de seus direitos ou obrigações civis, ou na sustentação de uma acusação criminal formulada contra si, tem direito a ser julgada “dentro de um prazo

⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988): promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2017. Art. 5º, inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁷⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Presidência da República. Promulgada: Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Artigo 7º, parágrafo 5º: “*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*”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

⁷⁶BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Presidência da República. Promulgado: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 9º, parágrafo 3º: “*Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença*”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

⁷⁷ Cf. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Européia de Direitos Humanos). Artigo 5º, parágrafo 3º: “*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*”. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/viewFile/134/81>>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

razoável”. Certamente é na seara penal que a agilidade e rapidez do processo resultam mais necessárias para assegurar sua justiça e retidão.

Entretanto, dada a natureza do que está em jogo, é também nesse campo que surge de maneira mais nítida a necessidade de compatibilizar, por uma parte, a rapidez do processo e, por outra, os requerimentos da defesa. Para que o processo seja justo, deve ser rápido, mas não tanto, para que essa rapidez não possa comprometer as possibilidades da defesa.

Nesse sentido, deve-se procurar certo grau de equilíbrio entre a necessidade de que o processo se desenvolva sem dilações indevidas e o tempo requerido para a defesa. A garantia do art. 14, parágrafo 3º, alínea b, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos⁷⁸, que confere ao acusado em matéria penal “dispor do tempo necessário para a preparação de sua defesa”, é regra reiterada tanto pela Convenção Europeia como pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em conseqüência, a duração do processo deve ser razoável tanto que não resulte excessivamente prolongada quanto permita dispor do tempo indispensável para a preparação da defesa. Assim, deve-se observar o limite da celeridade no trâmite processual, de modo que não seja preferível desrespeitar o devido processo legal e suas garantias a fim de se disponibilizar uma ‘solução instantânea’ para a tutela jurisdicional.

É sabido que as normas jurídicas supracitadas não visaram tornar a celeridade um instituto não oportuno no processo penal, mas visam principalmente não negligenciar as garantias dos cidadãos para que o processo durasse um tempo razoável, e não em menos de 8 horas, conforme exposto no caso do Tribunal do Acre.

Com um prazo instantâneo como este, dificilmente qualquer problema levado ao Poder Judiciário será resolvido com efetiva justiça. Não obstante, o que torna realmente válida uma

⁷⁸ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Presidência da República. Promulgado: Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. *Artigo 14, parágrafo 3º, b* "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:[...] b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

sentença definitiva são os meios aplicáveis - trâmite - para que ela se apresente - devido processo legal e garantias.

Ainda em relação a implementação das audiências de custódia nos Estados brasileiros, é importante salientar que o Conselho Nacional de justiça posicionou-se de forma correta sobre a aplicação do instituto nos casos de prisão cautelar ou definitiva, não restringindo-se apenas a prisão em flagrante.

A possibilidade encontra-se no artigo 13 da Resolução dispondo que "A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couberem, os procedimentos previstos nesta Resolução".⁷⁹

Desse modo, a Resolução nº 213 do CNJ alargou⁸⁰a legitimidade dos indivíduos que poderiam ser beneficiários da audiência de custódia, contemplando também presos cautelares e definitivos. Contudo, neste ponto, verifica-se que há uma divergência entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois enquanto a primeira não faz qualquer limitação ao seu artigo 7.5, determinando a apresentação em juízo de todo e qualquer preso, a CEDH limita à audiência de custódia aos casos de prisão em flagrante.

Esta diferença foi explicitada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (2014, § 372) que assim aduz:

"Diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (doravante "Convenção Europeia"), a Convenção Americana não estabelece um limite para o exercício da garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção, com base nos motivos e circunstâncias pelas quais a pessoa é presa ou detida. Por conseguinte, "em virtude do princípio pro persona, esta garantia deve ser executada sempre que exista uma prisão ou uma detenção de uma pessoa devido a sua situação migratória, conforme os princípios do controle judicial e imediação processual". Este Tribunal considerou que, a fim de constituir um verdadeiro mecanismo de controle diante de detenções ilegais e arbitrárias, "a

⁷⁹ CNJ. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 15 de Dezembro de 2015, Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

⁸⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 30, 31

revisão judicial deve ser realizada sem demora e de forma tal que garanta o cumprimento da lei e gozo efetivo dos direitos do detido, levando em conta sua especial vulnerabilidade”. Neste sentido, o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária sustenta que “Todo [...] imigrante preso deverá comparecer, o quanto antes, perante um juiz ou outra autoridade”.

3.2 O prazo de 24 horas e suas peculiaridades

Posicionando-se favoravelmente ao PL 554/11, O IBCCrim divulgou Nota Técnica declarando apoio ao projeto, atendo-se principalmente a estipulação do prazo de 24 horas que o mesmo dispõe em seu artigo 1º. Na nota, o Instituto aduz que o projeto de lei insere norma apta a conferir aplicabilidade concreta e impor requisitos mais estritos para a correta observância de garantia fundamental, que já há muito deveria ser respeitada em nosso país.⁸¹

Ainda sobre a implementação das audiências de custódia, um avanço⁸² da Resolução nº 213 do CNJ foi a determinação de que é direito do preso que a autoridade judicial competente se desloque até o local onde o preso estiver hospitalizado ou acamado, primando, dessa forma, pelo contato do indivíduo preso com o magistrado sem maiores obstáculos.

Contudo, tal prática não é verificada em alguns Tribunais dos Estados brasileiros, como é o caso do Rio de Janeiro. A brecha para o descumprimento da realização do instituto está contida no artigo 2º, parágrafo único da Resolução 29/2015 do referido tribunal. Pois por decisão judicial fundamentada poderá ser dispensada a apresentação do preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilizem⁸³.

Claramente o disposto viola os direitos do acusado. Mesmo sem a especificação de prazo para a realização, a audiência é obrigatória segundo o CIDH. No caso, condições pessoais do preso podem justificar uma demora maior na realização, como motivo de saúde, se o mesmo estiver hospitalizado, mas não é admitida não realização do instituto. Do mesmo modo, não se pode caracterizar motivos para não apresentação, por exemplo, a gravidade do

⁸¹ IBCCRIM. **Nota técnica sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554/11**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 78.

⁸³ TJRJ. Resolução 29/2015. DJERJ, ADM, n. 8, de 11/09/2015, p. 20. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

crime ou mesmo a alegada periculosidade do agente.

Não obstante, A CONAMP ao publicar Nota Técnica nº 05/2015⁸⁴, também dispôs sobre a audiência de custódia. O prazo de vinte e quatro horas para a realização das audiências de custódia é ponto de questionamento para o órgão, baseando-se que a Corte Europeia de Direitos humanos em sua jurisprudência entende como viável até quatro dias para realizar-se o procedimento enquanto que a ONU define 48h.

A nota considera o prazo estabelecido na Resolução 213 como exíguo para a realidade brasileira, alegando que no país há diversos locais sem a presença de delegados de polícia, de Comarcas sem juízes, promotores e defensores públicos, com distâncias enormes, carentes de policiais, em um ambiente de criminalidade crescente. Contudo, o órgão também não sugere prazo fixo, defendendo apenas prazos mais elásticos. A preocupação sobre tal prazo deve-se pela finalidade de evitar a soltura do acusado apenas pela não realização da audiência de custódia.

A apresentação do preso em 24 horas, contudo, nem sempre ocorrerá. Estão previstas exceções transitórias, pois válidas somente até melhor estruturação das rotinas de transferências de presos. Assim, inicialmente, não se realizará audiência de custódia aos sábados, domingos, feriados, nos dias úteis (fora do expediente forense normal), nem aos finais de semana que incidirem no período de recesso, que vai de 20 de dezembro a 6 de janeiro.

Embora o Provimento 03/2015 nada mencione, é evidente que o horário da apresentação do preso em juízo deverá ser certificado nos autos. A normativa também não diz qual é o prazo para a realização da audiência após a apresentação do preso.

Cumprindo-se a letra e o espírito da CADH, referida audiência deverá ser realizada “sem demora”. Isso significa que deverá receber encaixe na pauta de audiência do mesmo dia da apresentação. Pode ocorrer que um auto de prisão em flagrante seja realizado pela manhã, às 11 horas, sendo a audiência realizada no mesmo dia, às 16 horas.

⁸⁴ CONAMP. Nota técnica nº 05/2015/CONAMP. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/images/notas-tecnicas/NT%2005%20-%20PLS%20554_11%20-%20audiencia%20de%20cust%C3%B3dia%20-%20substitutivo.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2017.

Caso essa audiência seja anulada (por exemplo, por não ter se assegurado que o preso se entrevistasse com seu defensor previamente), a audiência poderá ser renovada, desde que até às 11 horas do dia seguinte, respeitando-se, assim, o prazo de 24 horas para a apresentação em juízo. E se tais marcos temporais não forem cumpridos? A normativa também não diz qual é a consequência. Todavia, outra não pode ser, senão a colocação do preso em liberdade.⁸⁵

Por outro lado, há pontos em que a Resolução nº 213 do CNJ se mostra inconstitucional, como no momento em que é contraposta ao art. 22, I, da Constituição da República⁸⁶. Não obstante, sobre a questão que envolve o prazo⁸⁷ para que o indivíduo preso seja apresentado ao magistrado, a CADH deixou em aberto, indicando de acordo com a interpretação adotada pelo Estado brasileiro que deverá ser sem demora.

Porém, na Resolução nº 213 o CNJ ao invés de adotar um prazo sugestivo⁸⁸, determinou o prazo de 24 horas de impositivamente, de acordo com o art. 1º da Resolução. Contudo, tal prazo deveria ocorrer por força de lei⁸⁹, e não pela via de ato administrativo.

É certo que houve a influência do PLS nº 554, de 2011, o qual prevê o mesmo prazo. Porém, trata-se de um projeto de lei já votado em Congresso Nacional, e que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, sendo denominado de PL 6620/2016.

Sendo assim, ao impor o prazo de 24h de através de ato administrativo, ao invés de sugerir um prazo, a Resolução nº 213 do CNJ demonstra ponto inconstitucional ao passo que infringe o art. 22, I, da CF.

⁸⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. Boletim IBCCRIM , São Paulo, n. 269, abril de 2015.

⁸⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988): promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de dezembro de 2015. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

⁸⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 116, 177, 118

⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 77.

⁸⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 116.

3.3 O Procedimento da Audiência de Custódia

Baseando-se nas delimitações e nas finalidades da audiência de custódia, é importante entender como se dá a dinâmica procedimental desse instituto e, conseqüentemente, o papel de cada operador do direito no rito.

Em relação a questão a quem deve o preso ser apresentado, a Corte Interamericana interpreta o art. 7.5 da CADH ⁹⁰conjuntamente ao o art. 8.1 da mesma convenção, que diz:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

Desse modo, o Pacto de São José da Costa Rica traz em seu artigo 7.5 a expressão “presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei”. Indaga-se sobre quem poderia se enquadrar como a outra autoridade referida pelo disposto para presidir a audiência de custódia. Considerando que uma das finalidades desse instituto é a promoção do controle judicial imediato da prisão, entende-se que a autoridade em tela somente pode ser o magistrado, sob o risco de se esvaziar ou reduzir demasiadamente o poder normativo previsto no artigo 7.5 do Pacto.

O artigo 8.1 do Pacto requer um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial. Por esse motivo, os membros do Ministério Público, da Polícia e da Defensoria não possuem competência para realização da exigência. A alegação de que o Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta, pois a polícia judiciária não é órgão subordinado ao Poder Judiciário, mas sim ao poder Executivo.

Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares

⁹⁰BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Presidência da República. Promulgada: Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Artigo 7º, parágrafo 5º: “*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*”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal. Não obstante, a importância do delegado de polícia na proteção aos direitos fundamentais do preso é reconhecida. Contudo, tal função não pode ser confundida com a função da autoridade judicial. O delegado é autoridade policial, ligando-se ao Poder Executivo, não se fundindo ao Poder Judiciário.

A despeito do não enquadramento do delegado de polícia como a autoridade referida no texto da Convenção, em 27 de fevereiro de 2015 o TJSP baixou o Provimento Conjunto n. 03/2015 da Presidência do TJSP e da CGJ/TJSP implementando a Audiência de Custódia na capital.

Desse modo, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil), ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240), questionando a implantação do instituto, devido a ausência de legislação específica (princípio da reserva legal). A ADEPOL embasou-se no argumento que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal (competência exclusiva art. 22, I, da CF/88), e jamais através de provimentos.

Esta ADIN foi julgada improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). No caso, ressaltou-se que a audiência de custódia encontra autorização na CADH, que é uma norma supralegal⁹¹ e integra o ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, com a aprovação do PL 554/11 no Congresso Nacional, a audiência de custódia passa a fazer parte da legislação brasileira, não suscitando mais questões como esta.

Em relação ao Ministério Público, é notória a ausência de imparcialidade. No sistema processual penal acusatório, o promotor tem como função ser parte no processo e garantir a função repressiva do Estado. Ele é a representação do interesse punitivo do Estado, não havendo desse modo a possibilidade de presidir a audiência de custódia.

A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências

⁹¹ MENDES, Gilmar. STF. Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo. [...] "Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade[...]"

capazes de controlar a legalidade da prisão. Além do juiz, devem participar Ministério Público e defesa. O delegado de polícia somente realiza a lavratura. Além disso, já nessa fase, tanto o promotor como a defesa devem sustentar as suas razões embasando a manutenção ou não da constrição cautelar, enquanto reserva-se o Estado-juiz em sua função jurisdicional. Há reserva de Jurisdição.

Um modo de assegurar mais eficácia às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em situações de tutela cautelar é a realização do contato do indiciado com o juiz, membro do Ministério Público e seu defensor no prazo de 24 horas. Ainda, a Resolução nº 213 do CNJ dirimiu⁹² a discussão em relação à presença, ou não, de um membro do Ministério Público e um da defesa do indivíduo preso, determinando a presença de ambos para a realização da audiência de custódia.

O Pacto de São José da Costa Rica transcende nossa previsão constitucional quando dispõe sobre a apresentação/condução do preso à autoridade judiciária, pois a nossa Carta Magna trata da informação da prisão com o simplório envio de documento. Assim, a Audiência de Custódia, com base no Pacto visa humanizar o procedimento, pois é uma oportunidade de o magistrado realizar o controle de legalidade da prisão e a fiscalização de eventuais abusos de tortura ou violência imprimidos pela autoridade policial, prática usual no cotidiano brasileiro.

Ao serem atendidas as normas internacionais, de maneira reflexa estará se atendendo a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP.

Assim, deverá ocorrer a apresentação do preso em flagrante à presença do juiz no prazo de até 24 horas, isso para garantir que eventual prisão arbitrária e ilegal seja relaxada nos moldes que assegura a Constituição da República Federativa do Brasil. Na audiência em tela, deverão participar o representante do Ministério Público e o advogado de defesa, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

⁹²ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed., p. 127.

Importante salientar que os agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação não poderão estar presentes na audiência, bem como o juiz deverá esclarecer ao preso o que é audiência de custódia; assegurar que este não esteja algemado, exceto em casos de resistência ou de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física ou alheia, exigindo fundamentação; cientificar o preso sobre o seu direito de permanecer em silêncio; questionar se os seus direitos constitucionais foram observados quando da prisão (consultar advogado ou comunicar familiares, dentre outros); perquirir sobre circunstâncias da prisão ou apreensão, bem como sobre o tratamento recebido em todos os lugares pelos quais passou, antes da audiência, e se sofreu tortura e verificar se foi realizado exame de corpo de delito. O juiz não pode formular perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação ou para ação penal.

Os momentos que antecedem a Audiência de Custódia compõem-se pela prisão em flagrante delito do indivíduo e sua apresentação à autoridade policial. Posto isso, realizar-se-á a formalização do Auto de Prisão em Flagrante (APF) pela autoridade policial e o agendamento da apresentação do(a) autuado(a) preso(a), conforme pauta pré-fixada pelo juízo, com a intimação do advogado constituído, se assim decidiu o(a) acusado(a).

Nesse ínterim, realizar-se-á o encaminhamento do autuado preso para a realização de exame clínico e de corpo de delito e, na sequência, ao centro de detenção provisória a fim de aguardar a apresentação em juízo.

Logo após, inicia-se a protocolização do APF e a apresentação do(a) autuado(a) preso(a) em juízo. Em seguida, a digitalização do APF e juntada de certidão de antecedentes criminais, com a liberação para consulta pelas partes em audiência. Daí cria-se o contato prévio do preso com seu respectivo advogado ou defensor público.

Considerado então, o momento da realização da Audiência de Custódia, ocorre, em sequência, a manifestação do Ministério Público, a entrevista com o(a) autuado(a) e a manifestação da defesa técnica. Após a oitiva das partes, profere o Magistrado a sua decisão.

Com o proferimento da sentença os resultados possíveis da audiência de custódia são: o relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal); a concessão

de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal); a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final, e 319 do Código de Processo Penal); a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial, do Código de Processo Penal); a análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora para a instituição de práticas restaurativas; encaminhamentos de natureza assistencial; e/ou o encaminhamento de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão.

3.4 Considerações sobre a exposição de motivos da Resolução 213/2015

Deveras, a Resolução 213 editada pelo CNJ foi um grande passo para a efetiva realização da audiência de custódia no sistema penal brasileiro. Seu êxito pauta-se também nos preceitos considerados para a sua criação.

O fundamento para a sua realização repousa no art. 9º, item 3⁹³, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e no art. 7º, item 5⁹⁴, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). A consideração dessas duas normas pela Resolução demonstra uma real preocupação do Conselho Nacional de Justiça perante as normas e tratados internacionais ratificados pelo nosso ordenamento jurídico.

É indiscutível a relevância que se deve dar aos direitos humanos dentro de uma ordem jurídica, merecendo as mesmas destaque em relação a outras normas. O reconhecimento dos

⁹³ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Presidência da República. Promulgado: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 9, parágrafo 3: " *Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença*". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

⁹⁴ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Presidência da República. Promulgada: Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Artigo 7º, parágrafo 5º: " *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*". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

tratados internacionais como norma de status constitucional é essencial para a proteção do direito a liberdade da pessoa humana. A liberdade somente pode ser suprimida de qualquer ser humano em ultima *ratio*, devendo sempre ser observado os princípios garantistas consignados nas normas constitucionais e a posição de estirpe em que se encontra a Liberdade frente ao Estado Democrático de Direito.

Os diplomas internacionais acima referidos, que baseiam a aplicação da audiência de custódia determinaram rapidez e ou imediatismo na apresentação do preso ao juiz, utilizando a expressão "sem demora", mas deixaram em aberto a definição exata de qual seria o tempo para esta apresentação. No ponto, acrescenta Paiva que “há um consenso na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direito Humanos no sentido de que a definição do que se entende por “sem demora” deverá ser objeto de interpretação conforme as características especiais de cada caso concreto”.⁹⁵.

Assim, por meio da Resolução 213, considerando a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente, o CNJ optou por fixar o prazo de 24 horas para a apresentação do preso a autoridade judicial. Devendo o preso ser apresentado a uma autoridade judicial, ao Magistrado.

Contudo, a expressão “outra autoridade” indicada nas cartas internacionais traz certa dúvida sobre quem teria tal competência. Neste diapasão, Paiva afirma que a apresentação deve ser feita somente pelo juiz, uma vez que, se a apresentação do indivíduo preso ao responsável por presidir a audiência de custódia cumpre a função de promover o controle imediato da prisão, a única autoridade que pode e deve presidir a audiência de custódia no país somente pode ser o magistrado, caso contrário os objetivos previstos no art. 7.5 da CADH não têm mais sentido.⁹⁶

Outro ponto considerado essencial para a edição da Resolução do CNJ foi a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade

⁹⁵ PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 44, 45.

⁹⁶PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015., p. 47

judicial competente. A medida cautelar na ADPF nº 347 determinou que os juízes e tribunais devem viabilizar “o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”. Quanto à obrigação de realizar as audiências de custódia, o Tribunal já reconheceu a sua obrigação. De modo que, sob certo aspecto, essa determinação também significaria determinar que o juiz cumpra o que já é obrigado a cumprir.⁹⁷

Ainda sim, em sua exposição de motivos, a Resolução em crivo comenta também sobre a possibilidade dos tribunais tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos, em conformidade ao artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB. A organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão. O espaço normativo dos regimentos internos dos tribunais é expressão da garantia constitucional de sua autonomia orgânico-administrativa (art. 96, I, a, CF/1988), compreensiva da "independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos"⁹⁸

Foram matérias consideradas também na formulação da Resolução o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), o qual sugere recomendações para que o Estado brasileiro observe os padrões mínimos estabelecidos pelos instrumentos protetivos internacionais; e o relatório do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014), dispondo sobre o acesso à justiça para as pessoas presas ou detidas, considerando tal muito deficiente em muitos aspectos, relatando também o uso excessivo de privação de liberdade no Brasil e que, como resultado da detenção excessiva, instalações de detenção estavam geralmente superlotadas.

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori. STF. ADPF 347 MC DF. pág.3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 31 de maio de 2017

⁹⁸ TOFFOLI, Dias. STF. MS 28.447, j. 25-8-2011, P, DJE de 23-11-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=104>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

Tal relatório verificou também que apesar da alteração do Código de Processo Penal em 2011 para permitir a adoção de medidas alternativas à detenção, não houve redução significativa no uso de detenção desde a introdução desta alteração⁹⁹.

Observou-se ainda o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos, o qual recomendou que os Estados devem adotar as medidas judiciais, legislativas, administrativas e de outra índole requeridas para corrigir a excessiva aplicação da prisão preventiva, intensificar esforços e assumir a vontade política necessária para erradicar o uso da prisão preventiva como ferramenta de controle social ou como forma de pena antecipada; e para assegurar que seu uso seja realmente excepcional e adotar com urgência as medidas necessárias para corrigir o atraso processual e reverter o alto percentual de pessoas que se encontram privadas de sua liberdade sem uma condenação.¹⁰⁰

Ainda sobre o uso abusivo da prisão provisória no Brasil, O CNJ considerou também o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo próprio CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente.

O levantamento do Infopen¹⁰¹ estima que o Brasil teve em 2014 a quarta maior população de presos provisórios, com 222.190 pessoas. Cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação, o que significa dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.

Nas unidades prisionais que informaram o dado, cerca de 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento. As unidades do Ceará que responderam à questão apresentam a situação mais alarmante: quase a totalidade dos presos

⁹⁹ ONUBR. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária: Declaração após a conclusão de sua visita ao Brasil (18 a 28 março de 2013). Disponível em: <<http://onu.org.br/?p=44410>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

¹⁰⁰ CIDH. Relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas. Cap. VIII, art. 326. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

¹⁰¹ DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

provisórios, 99%, está há mais de noventa dias encarcerados sem ainda terem passado por julgamento. Em Alagoas (93%) e Mato Grosso (80%).

Sopesou-se ainda conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), que a prisão é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas. Ainda assim, salientou-se que as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403 de 2011, impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão.

Nesse disposto, as chamadas medidas cautelares alternativas a prisão se encontram inseridas no art. 319 do Código de Processo Penal e certamente foram a maior inovação trazida pela lei 12.403/11 que reformou a matéria de prisão no Brasil. São medidas, que adequam a legislação processual penal ao direito de liberdade inserido na Constituição Federal.

Anteriormente a doutrina denominava o sistema de prisão e liberdade provisória no Brasil de sistema bipolar, pois, o magistrado ou mantinha o indiciado ou réu preso preventivamente ou concedia ao mesmo a liberdade provisória com ou sem fiança. Desta forma não tinha o juiz alternativa tendo em vista a existência de completa omissão legislativa.

Neste sentido, Aury Lopes Jr (2015, p. 242), afirma:

“Sem dúvida a maior inovação da Lei n. 12.403/2011, ao lado da revitalização da fiança, é a criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisãoliberdade até então vigente. Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa”¹⁰²

¹⁰²Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – p. 242. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

Em um dos *considerandos* da Resolução afirma-se que “a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Assim como a consideração do disposto na Recomendação CNJ 49 de 1º de abril de 2014.

A condução imediata supracitada é, sem dúvidas, um instrumento de fundamental importância no enfrentamento da tortura. Embora seja o Brasil signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, o país ainda não foi capaz de ter um real comprometimento com o assunto.

Mesmo que não haja estatísticas registrando ocorrências de abusos físicos e psicológicos por parte das organizações policiais em relação às pessoas sob sua custódia, é sabido que o uso da força para além do permitido pelos parâmetros legais é prática institucionalizada no exercício da atividade policial. Essa institucionalização decorre tanto de condutas que incentivam o uso de violência contra certos grupos sociais, como de condutas negligentes, com o não cumprimento de fiscalização sobre o exercício do poder de polícia do Estado.

Desse modo, seria uma função da audiência de custódia a redução de eventuais excessos praticados no momento da prisão, da custódia ou do transporte do preso à presença da autoridade judiciária, hipóteses em que os agentes do estado responsáveis pelo conduzido deverão prestar contas de sinais de violência física que venham a ocasionalmente ser constatados na averiguação judicial. Daí o motivo pelo qual prevê o artigo 4º da Resolução que a audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante, sendo “vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.”

4. CONTROVÉRSIAS EM RELAÇÃO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Aos que labutam na seara da busca incessante do encarceramento falta o discernimento acerca da compreensão histórica do instituto e principalmente da realidade brasileira, um sistema penitenciário falido e consubstanciado por uma metodologia inadequada. A prisão em nosso país não tem somado nada à realidade da pessoa privada de sua liberdade e, pelo contrário, tem aniquilado a personalidade do indivíduo e possibilitado o fortalecimento de facções criminosas.

A questão penal e conseqüentemente prisional, assim como todo o direito, tem evoluído e, em resumo, historicamente, podemos conceber três fases: vingança divina, vingança privada e a vingança pública. Bittencourt¹⁰³ deixa claro que não se trata de uma progressão sistemática, conseqüentemente elas se interpuseram em determinados momentos.

A fase da vingança divina punia-se o infrator para atenuar a raiva da divindade que então estaria revoltada pela prática de um ato contrário a aceitação do grupo. O castigo aplicado seria o sacrifício da vida do infrator. Nesse caso temos um direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. O escopo era purificar a alma do infrator.

Evolui-se para a vingança privada com o surgimento da lei de talião. Dente por dente, olho por olho, essa era a máxima do período, uma reação proporcional ao mal praticado pelo infrator. O mais perto que se chegou à época de um tratamento igualitário entre autor e vítima. A lei de talião transformou as sociedades que a aplicava em um grupo de mutilados. Os babilônios tinha a previsão no Código de Hamurabi, os Hebreus no Êxodo e os romanos na Leis da XII Tábuas. Com o escopo de acabar com as pessoas deformadas evoluiu-se para a composição.

O Estado afastou a vingança privada e assumiu o poder dever de manter a ordem e fez surgir a vingança pública embora ainda absorta em desumanidade e crueldade. Foucault¹⁰⁴ retrata fatos da história recente que tratam da forma como se dava a punição referente a

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1 – 11. ed. atual. - São Paulo : Saraiva, 2007.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

vingança pública a não menos de 260 anos, vejamos:

“Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d’Amsterdam. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas (...)] O comissário de polícia Bouton relata : Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas ad hoc, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atezou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras”.

Felizmente a espetacularização da aplicação da pena foi abolida, contudo, modernamente, apenas não vemos a tortura e o suplício que ocorre com as pessoas inseridas no sistema penitenciário brasileiro e por vezes temos noção dessa realidade quando os noticiários dão conta de atrocidades em nossos presídios.

“Uma rebelião no Complexo Penitenciária Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, deixou 56 detentos mortos — a primeira informação dava conta de 60 mortos. O levante na unidade começou na tarde de domingo, e a situação foi controlada apenas durante a manhã desta segunda-feira, após pouco mais de 17 horas (MASSACRE,... 2017).

Vinte e quatro detentos se amontoam numa cela projetada para abrigar apenas quatro, onde dormem sobre o concreto, sem colchões nem travesseiros. Em outra cela, 22 homens passam dia e noite trancados num espaço escuro, úmido e sem ventilação – alguns usam as próprias camisas para enxugar vazamentos que inundam o piso.

...

Desde o fim de setembro, dois detentos foram encontrados mortos dentro de Pedrinhas, o que eleva para ao menos 79 o total de óbitos registrados na unidade desde 2013, segundo ONGs que monitoram a prisão”.¹⁰⁵

Sobre a finalidade das penas, são três as principais teorias adotadas pela doutrina brasileira, a saber: Teoria absoluta ou da retribuição, teoria relativa ou da prevenção e teoria mista ou conciliatória. Na teoria da retribuição a finalidade da pena é apenas punir, ou seja, é

¹⁰⁵ ELPAÍS. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. São Paulo 2 JAN 2017 . disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html>.

a retribuição por um mal injusto. Para a teoria da prevenção a pena teria a finalidade prática de prevenção geral ou especial. Especial no que se refere ao infrator, pois visa que ele não torne a delinquir e geral no sentido de intimidar a sociedade. Na teoria mista a pena tem a função de punir aquele que comete o injusto penal e prevenir a prática do crime. A teoria mista foi a adotada pelo nosso Código Penal na parte final do artigo 59:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Conforme nos ensina Nucci:

“Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a *reprovação e prevenção* do crime.”

Desse modo, percebemos que o legislador pátrio busca criar no meio social um medo difuso de modo a evitar que o crime ocorra e de outro modo atue reprovando a conduta que configurou em injusto penal e não podemos deixar de observar a função ressocializadora apontada pela doutrina.

Mas, em verdade, até mesmo um néscio percebe que o sistema prisional brasileiro tem destruído vidas. Asseveramos que a prisão tem representado um exército de pessoas extirpadas da sociedade e que na maioria das vezes se vê obrigado a delinquir; a uma, por ter se imiscuído no crime organizado; a duas, por não lhe ser propiciado um retorno humano ao meio social.

Os dados estatísticos demonstram que o cárcere não tem prevenido o crime, posto que ano após anos mais e mais pessoas são processadas e condenadas por crimes dos mais diversos e no período compreendido entre os anos de 2000 e 2014 o número de presos no Brasil aumentou 168%, em dezembro de 2014 eram 622 mil presos. Fato de grande importância é que a capacidade atual, segundo do levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional, Depen, a capacidade atual do nosso sistema carcerário é de 371 mil pessoas.

Evidentemente que a prisão tem sido a muitos séculos a principal forma de punição para os estereotipados e marcados como perigosos. Nada mais temos do que o sistema dominante exercendo sua capacidade de criar mais tipos penais, estabelecendo a prisão como primeira e, por que não dizer, única alternativa para resolver o problema da criminalidade.

Nesse sentido, segue a visão de Lopes Jr.¹⁰⁶

“A preocupação se agrava quando, além da banalização da prisão cautelar, ainda assistimos a uma redução da potencialidade do principal instrumento apto a questioná-la, qual seja, o habeas corpus, que de “remédio constitucional” passou, recentemente, a causar uma alergia nos Tribunais Superiores, notadamente após a jurisprudência defensiva de não se admitir o seu uso quando substitutivo de espécies recursais cujo procedimento vagaroso e burocrático se distancia da urgência que reclama o pleito de liberdade”

Dessa forma, a prisão em nosso país tem apenas atingido o efeito de sua finalidade retributiva, o que, sem margem de dúvidas, apenas cria um exército de revoltados que ao não conseguem retornar adequadamente ao convívio social.

Analisando os dados disponibilizados no levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, 2014, um relatório descritivo analítico produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional em conjunto com a Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, verifica-se que 40,1 % dos cidadãos presos no Brasil são de presos provisórios, ou seja, os que não foram ainda julgados em primeira instância. O Brasil possui aproximadamente 250 mil presos provisórios o que representa quase o número de vagas em déficit no país. Diz o relatório:

“Mesmo que parte dos atuais presos provisórios não possa ou deva ser solta, a análise dos dados indica fortemente que mudança de política no tocante às prisões provisórias e às prisões por tráfico de drogas podem ser maneiras de diminuir o ritmo acelerado do crescimento do número de pessoas privadas de liberdade no Brasil”.

Os números são preocupantes, pois o Brasil possuía em 2014 o total de 622.202 presos, o que lhe permite ser o quarto maior país em número de presos em um universo de 193 países,

¹⁰⁶ LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Disponível: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209>.

atrás apenas de Estados Unidos da América (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237).

Outro dado importante do relatório é o de que o perfil socioeconômico das pessoas privadas de liberdade em nosso país, 55% dos presos têm entre 18 e 29 anos, 75,08% tem até o ensino fundamental completo e 61,6% são negros. 28% dos pesquisados estavam respondendo ou foram condenados por crime tipificado como tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio.

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça realizou pesquisa indicando que em 2017 o Brasil já possuía 654.372 mil presos, ou seja, em pouco mais de dois anos houve um aumento de 32 mil pessoas presas. Analisando o crescimento da população brasileira entre 2015 e 2016, verifica-se que a enquanto a população nacional cresceu cerca de 0,8% a população carcerária cresceu cerca de 3%. em relação a quantidade de presos provisórios indica o relatório:

“O percentual de presos provisórios por Unidade da Federação oscila entre 15% a 82%; De 27% a 69% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 180 dias; O tempo médio da prisão provisória, no momento do levantamento, variava de 172 dias a 974 dias; Os crimes de tráfico de drogas representaram 29% dos processos que envolvem réus presos; crime de roubo, 26%; homicídio, 13%; crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, 8%; furto, 7%; e receptação, 4%.”

Vinte e cinco tribunais estaduais brasileiros encaminharam ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) os planos de trabalho com detalhamento de ações para dar celeridade no julgamento dos presos provisórios, reanalisando-se as prisões, se for o caso. O compromisso de agilizar esses julgamentos foi firmado pelos presidentes dos tribunais em reunião com a presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, realizada em 12/1.

Se a pena é um mal necessário, o Estado deve buscar aquela que seja mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, mas que resguarde o máximo possível à dignidade humana, observando o princípio da proporcionalidade.

As penas alternativas, ou medidas cautelares diversas, adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro são institutos inovadores da reforma penal de 1984, reforçadas pela lei

9.714/98, que procurou atenuar a crise da pena de prisão, que deveria ser trocada pela reeducação e pela ressocialização do preso. O principal escopo das penas alternativas, é a redução da incidência da pena detentiva, devendo a prisão ser vista como a última ratio do direito penal.

Nos delitos mais graves é complicada a utilização de pena que possa substituir a pena privativa de liberdade. Mas há casos que seria possível e essencial a substituição da pena de prisão por outra pena alternativa, evitando que o acusado sofra com o sistema carcerário fragilizado, assim evitando que o recluso que cometeu um pequeno delito, se misture com presos perigosos. Evita-se então, a cultura popularmente conhecida de "escola da cadeia".

Com a lei 7.209/84 foi introduzida “As Penas Restritivas de Direito”, entre elas a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Tais penas são de caráter substitutivo, denominou-se de penas alternativas.

Nesse sentido, a lei 9.714/98 reformulou dispositivos do código penal, introduzindo mais duas penas restritivas de direitos, a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Isto é, as penas restritivas de direito tem caráter substitutivo aplicadas à pena privativa de liberdade concretizada na decisão condenatória, (44, caput, 54 e 55, do CP). Com a lei 9.099/95, adotou-se as penas restritivas de direitos em caráter alternativo.

A possibilidade de substituição a pena privativa de liberdade esta prevista no código penal em seu art. 44, o qual elenca os requisitos necessários para a substituição da pena. Uma vez condenado o réu, o juiz analisará os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, não sendo possível tal substituição, o juiz passará para a análise da possibilidade da suspensão condicional da pena (art.77 inciso III do CP e 157 da LEP).

As leis 9.099/95 e a 9.714/98, em princípio defendem a política descarcerizadora e despenalizadora. Ambos buscam evitar o encarceramento do sentenciado, substituindo a pena privativa de liberdade com a pena alternativa.

Contudo, a lei 9.099/95 limita-se as infrações de menor potencial ofensivo, ressalvada a hipótese de seu art.89, cuja sanção não ultrapasse a dois anos de privação de liberdade, independentemente de sua forma de execução, em princípio, será beneficiada pela lei ora já mencionada, enquanto que a lei 9.714/98, são para penas não superiores a quatro anos, exige que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art.44,I, do CP).

Desse modo, observa-se que a pena substitutiva tem como principal escopo humanizar as penas e, desse modo, atingir o esperado objetivo de ressocialização dos reclusos.

Refletindo sobre a crise do sistema carcerário brasileiro, O PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347) no Supremo Tribunal Federal (STF) pedindo que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e, diante disso, a adoção de providências para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no País.

Contudo, o pedido mais importante foi para que todos os juízes e Tribunais realizassem a audiência de custódia. Por maioria, foi deferida a medida cautelar nela requerida, tornando obrigatório aquele ato em todo o território brasileiro, nos termos da decisão proferida.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio arguiu que deve ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro, ao passo que ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade.

Além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “A situação é, em síntese, assustadora:

dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”¹⁰⁷.

A vitória ficou por conta da obrigatoriedade da realização das audiências de custódia. Contudo, há que se refletir ainda sobre a questão relativa à exigência de motivação expressa das decisões dos Magistrados, as quais impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão. Também ainda há que se considerar, de maneira fundamentada, o dramático quadro do sistema carcerário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

¹⁰⁷ STF. AURELIO, Marco. ADPF 347 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>

CONCLUSÃO

Ainda é notório no atual cenário brasileiro o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais elencadas pela Constituição Federal de 1988 e pelos Tratados Internacionais, ao qual o Brasil é signatário.

O encarceramento em massa no Brasil denota que a dignidade da pessoa humana fica apenas no campo ideológico dos operadores de direito brasileiro, pois a realidade vivenciada no momento é de presos, numa cela minúscula, sem a mínima condição básica de higiene, convivendo com ratos, baratas e doenças infecto-contagiosas. Ou seja, uma situação de marginalidade absoluta.

O preocupante é que, muitos desses, não precisariam estar vivenciando essa realidade. Misturam-se aqueles presos provisórios com os que já foram condenados pela prática de um crime. O que se demonstra disso é que a sociedade, em sua maioria, não preocupa-se com a vida de uma pessoa que possui seu direito de liberdade cerceado.

De outro lado, há o Estado-juiz que, representado por seus Magistrados, muitas vezes se esquecem do princípio da fundamentação de suas decisões, ao passo que condenam seus réus, ignorando a realidade da situação prisional brasileira.

Como tentativa de atenuar esse sistema totalmente crítico, vem o instituto da audiência de custódia, devendo ser adotada em todo território nacional, vez que os direitos e garantias fundamentais devem ser resguardados são basilares para um real Estado Democrático de Direito.

Trata-se a audiência de custódia de um avanço no sentido de ajustar nosso processo penal aos Tratados internacionais de Direitos humanos, resgatando assim o caráter humanitário e antropológico da jurisdição, efetivando o direito à integridade pessoal das pessoas presas, evitando prisões ilegais ou arbitrárias, proporcionando um maior controle no que se refere à decretação de prisão preventiva.

O instituto não é sinônimo do fim do jus puniendi e das prisões, mas sim a aplicação mais humana do processo penal, fazendo com que este se vincule aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, garantidos pela nossa constituição e tratados internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 269, abril de 2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *Conjur*, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 9 maio. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.343/06. Promulgada em 23 de Agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. Lei nº 9.613/98. Promulgada em 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia*. -- Brasília: CNJ, 2016. 230p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988): promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. Presidência da República. Promulgado: Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Presidência da República. Promulgada: Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

BRASIL. Código Penal. 7 de dezembro de 1940. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Em 3 de outubro de 1941. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1 – 11. ed. atual. - São Paulo : Saraiva, 2007.

CADH. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em:<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

CARVALHO, Salo. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CEDH. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos). Disponível em:<<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/viewFile/134/81>>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

CIDH. Relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas. Cap. VIII, art. 326. Disponível em:<<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886->

apenas-4-dos- liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>. Acesso em: 14 de abril de 2017.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Dados Estatísticos / Mapa de Implantação. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 15 de Dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

CONAMP. Nota técnica nº 05/2015/CONAMP. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/images/notas-tecnicas/NT%2005%20-20PLS%20554_11%20-%20audiencia%20de%20cust%C3%B3dia%20-%20substitutivo.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2017.

CIDH. Corte Interamericana de Direito Humanos. Caso Tibi vs. Equador. Julgado em 07.09.2004. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

CIDH. Corte Interamericana de Direito Humanos. Caso *Castillo Petruzzi* e outros vs Peru. Julgado em 30.04.1999. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

CIDH. Corte Interamericana de Direito Humanos. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentença de 07 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

CIDH. Corte Interamericana de Direito Humanos. Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Equador. Sentença em 21 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Junho de 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

ELPAÍS. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. São Paulo. 02 janeiro de 2017 . Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html>

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

FOLHA DE SÃO PAULO. Presos provisórios somam 34% nas cadeias e custam R\$ 6,4 bi por ano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1881581-presos-provisorios-somam-34-nas-cadeias-e-custam-r-64-bi-por-ano.shtml>>. Acesso em 05 de junho de 2017.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa : Lei n. 12.850/13 / Vicente Greco Filho. – São Paulo : Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 53 | p. 185 | Mar / 2005 | DTR\2005\179.

IBCCRIM. Nota técnica sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554/11. Disponível em:<http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

JOTA. Entenda como a Justiça do Acre condenou um réu três dias após prisão em flagrante. Disponível em:<<https://jota.info/justica/justica-acre-condena-reu-em-tres-dias-apos-prisao-em-flagrante-29072016>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

LIMA, Marcellus Polastri. Audiência de custódia e a infeliz Resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro. *In*: Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em:<http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2017, p.133.

LOPES JR.,Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – p. 37. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, São Paulo, n. 17, p. 11-23., set./dez. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 7. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. Revista de Ciências Penais | vol. 4/2006 | p. 253 - 277 | Jan - Jun / 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa Penal: Direito ou Garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 04. São Paulo: RT, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; CARDOSO, Debora Mota. Direito a autodefesa e defesa técnica na Corte Interamericana de direitos humanos: análise de casos e cotejo com as regras nacionais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 110, set./out. 2014.

ONUBR. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária: Declaração após a conclusão de sua visita ao Brasil (18 a 28 março de 2013). Disponível em:<<http://onu.org.br/?p=44410>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

PUPO, Matheus Silveira. Uma nova leitura da autodefesa. Boletim IBCCRIM , São Paulo, v. 16, n. 196, mar. 2009.

STF. MENDES, Gilmar. Julgamento do Recurso Extraordinario nº 466.343-1. SÃO PAULO. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

STF. AURELIO, Marco. ADPF 347, Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

STF. HC 111.728. São Paulo. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/.../medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-119672-sp-stf>> . Acesso em: 01 de junho de 2017.

STF. ADI Nº 5240. Distrito Federal. Disponível em:<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwill8XMsc7XAhWEi5AKHVeIDBQQFggtMAE&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D10167333&usq=AOvVaw1xh_RHxnE8HTScAmWJ69Dt>. Acesso em: 11 de maio de 2017.

STF. WEBER, Rosa. HABEAS CORPUS 110.271/ES. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4096668>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

STF. TOFFOLI, Dias. MS 28.447, j. 25-8-2011, P, *DJE* de 23-11-201. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=104>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

STF. ZAVASCKI, Teori. ADPF 347 MC DF. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 31 de maio de 2017.

STJ. LIMONGI, Celso. HC173.126/ES. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=173.126&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

TJRJ. Resolução 29/2015.DJERJ, ADM, n. 8, de 11/09/2015. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

TORNAGHI, Hélio B. Instituições de processo penal. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. *Informativo Rede Justiça Criminal*, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017.