

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

DANI RUDNICKI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Érika Mendes de Carvalho; Matheus Felipe de Castro; Dani Rudnicki. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-717-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

Entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, o CONPEDI-Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, realizou o seu XXVII Congresso Nacional na cidade de Porto Alegre, nas luxuosas instalações da UNISINOS/POA. A quantidade de artigos de excelência submetidos ao grande Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição" levou à necessidade de seu desmembramento em três subgrupos de mesmo nome, medida salutar para garantir a apresentação desse universo de pesquisas realizadas nas mais diversas universidades brasileiras. No Subgrupo Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, tivemos uma amostra significativa da diversificação da pesquisa brasileira em nosso campo, com artigos que abordaram desde a necessidade de novas (e responsáveis) hipóteses de criminalização, até os impactos que o vetusto sistema inquisitorial ainda continua a provocar na processualística penal brasileira; as grandes modificações que as novas modalidades de colaborações premiadas vem efetivando no Sistema Penal; a política criminal de drogas; a situação da mulher frente ao grande encarceramento; a vitimologia; a situação das crianças e adolescentes frente ao sistema processual penal e a produção de provas; os impactos da diversificação de percepções sobre identidade de gênero na teoria penal; a arte, o cinema, a psicologia e muitos outros assuntos que enriquecem sobremaneira o conhecimento sobre os crimes e as penas e que tornaram o encontro verdadeiramente instigante, revelando uma excelente amostra do significativo amadurecimento das pesquisas realizadas nos programas de pós-graduação que, primando por um lado pela tradição do rigor técnico, estão incorporando cada vez mais conhecimentos transdisciplinares, vindos da Criminologia Crítica, da Filosofia, da Sociologia, da História, considerando mais de perto e seriamente os problemas brasileiros e a necessidade de uma teoria penal a eles conectados. Enfim, desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Érika Mendes de Carvalho – UEM

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO REQUISITO OBRIGATÓRIO À
LEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

**CUSTODY HEARING AS A MANDATORY REQUIREMENT TO THE LEGALITY
OF THE RED-HANDED ARREST**

Pollyanna Maria Da Silva ¹
Rafael Niebuhr Maia de Oliveira ²

Resumo

Objetiva-se examinar o instituto da audiência de custódia, seus pressupostos, finalidades e previsão normativa, buscando elucidar se consiste em requisito à legalidade da prisão em flagrante. Utilizou-se o método indutivo operacionalizado pela técnica da pesquisa bibliográfica. Abordou-se a questão do superencarceramento no Brasil, a garantia fundamental à audiência de custódia, assim como, realizou-se pesquisa jurisprudencial acerca de sua aplicabilidade imediata e obrigatória. Em se tratando de direito individual do acusado, a sua supressão deve importar na ilegalidade da prisão em si – conforme já entendido por precedentes do Tribunal de Justiça do Paraná.

Palavras-chave: Audiência de custódia, Direitos humanos, Superencarceramento

Abstract/Resumen/Résumé

It aim's to examine the institution of the custody hearing, its assumptions, purposes and normative forecast, looking for elucidate whether it consists of a requirement for the legality of the arrest in flagrante. It was used the inductive method. The issue of over-incarceration in Brazil was addressed, the fundamental right to the custody hearing, as well as, jurisprudential research on its immediate and mandatory applicability. In the case of the individual right of the accused, its removal must concern the illegality of the imprisonment itself - as already understood by precedents of the Court of Justice of Paraná.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Custody hearing, Human rights, Over-incarceration

¹ Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professora de Direito Penal na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí e no Centro Universitário de Brusque.

² Advogado. Especialista pela UNIDERP. Professor da Unifebe – Brusque/SC. Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao Instituto Valor Humano/Univali, INPG e Instituto Excelsu.

INTRODUÇÃO

Constitui-se como objeto deste artigo científico a pesquisa no direito brasileiro, no ramo constitucional, especialmente no âmbito das garantias individuais do acusado, acerca do instituto da audiência de custódia, examinando seus pressupostos, finalidades e previsão normativa, para que em um segundo momento, situando-o no ordenamento, determinar se sua realização constitui requisito necessário à legalidade das prisões em flagrante delito.

A justificativa para o desenvolvimento desta pesquisa se encontra no fato de que, muito embora, escritas diversas normas que visem adequar o processo penal ao direito constitucional, especialmente no que tange às garantias individuais introduzidas nas constituições, acabam por não serem efetivadas, gerando prejuízo individual direto ao acusado, que muitas vezes acaba por ser processado e julgado por um sistema muito mais inquisitório do que garantista, além de gerar prejuízo mediato à sociedade, visto que o encarceramento em massa demonstra-se, por uma série de fatores, ineficiente, além de cruel.

A pesquisa parte da seguinte problemática: diante da importância da audiência de custódia como direito fundamental do acusado, conforme prevê o Pacto de San José de Costa Rica, há nulidade absoluta na prisão em flagrante quando o preso não é apresentado à autoridade judicial no prazo legal?

Diante do problema apresentado, propôs-se a hipótese de que a audiência de custódia visa a apresentação do cidadão preso ao juízo, de forma imediata, para que este decida rapidamente se é legal e necessária a manutenção da custódia preventiva do mesmo. E, por ser entendido como um direito individual fundamental do acusado, não lhe pode ser tolhido sob pena de ilegalidade da própria prisão. Esta hipótese apresenta a variável, que parece emergir de diversas decisões atuais, as quais entendem que o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, por si só, supriria a exigência legal.

Para se atingir os objetivos perseguidos, inicialmente, será investigado o cenário atual do sistema prisional brasileiro, para que na sequência se aborde a audiência de custódia em si. No ponto seguinte, abordar-se-á os instrumentos normativos que à preveem atualmente no direito brasileiro, para na sequência investigar se a ausência de uma lei ordinária sobre o tema prejudica a sua aplicabilidade. Por fim, far-se-á uma breve comparação entre os precedentes sobre o tema oriundos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e Paraná.

1 SUPERENCARCERAMENTO NO BRASIL

A ausência de preocupação com a pessoa presa ou detida revela-se constante ao longo da história da humanidade. Para ilustrar, citar-se o registro literário de Victor Hugo (2010, p.31), na novela *O último dia de um condenado*, publicada em 1829. Além de um manifesto contra a pena de morte, a obra escancara os abusos do sistema de justiça criminal e da própria legislação. No trecho destacado abaixo se evidenciam as angústias de um acusado por um crime não revelado ao leitor, assim como, um pouco do andamento tortuoso do processo criminal que, muitas vezes, já é, em si, uma pena.

Havia três dias, que o meu processo estava sendo discutido, três dias, que o meu nome e o meu crime reuniam todas as manhãs uma nuvem de espetadores, que vinham sentar-se nos bancos da sala da audiência, como corvos ao redor dum cadáver; três dias que toda essa fantasmagoria de juízes, testemunhas, advogados e procuradores do rei, passava e tornava a passar por diante de mim, ora grotesca, ora sangrenta, mas sempre sombria e fatal.

Na prisão, “aquele que outrora tinha um nome torna-se apenas um condenado (...)” (FIGUEIRA, 2013, p. 320). Ela apaga as individualidades do sujeito, “desatados os laços que o uniam ao mundo exterior” (FIGUEIRA, 2013, p. 320). Embora se reconheçam os efeitos deletérios da pena privativa de liberdade, o sistema de justiça ainda tem predileção por ela.

Diagnósticos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2017, p. 12) demonstram o aumento do encarceramento no Brasil. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157%. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em junho de 2016, este número subiu para 352,6.

Em relação à superlotação carcerária, importante mencionar o déficit de aproximadamente 358.663 vagas. Ou seja, a taxa de ocupação está 197,4% acima da capacidade oficial do sistema. (DEPEN, 2017, p. 7). Isto impacta diretamente na violação de direitos das pessoas encarceradas que, não raras vezes, precisam se revezar para dormir, sentar ou comer em um “cenário de forte tensão e de grande restrição de direitos, altamente propícios à prática de tortura e maus tratos”.(CONNECTAS, 2017).

Das pessoas privadas de liberdade no Brasil, 36.8% delas estão presas provisoriamente – importante sinal da falência do sistema. De acordo com a Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos (CONNECTAS, 2017) “esse cenário é agravado pela inexpressividade da audiência de custódia, instrumento ainda ausente em boa parte do país”. Por isso, aponta como medida urgente para mudança estrutural na política penitenciária, o fim do uso abusivo da prisão provisória e a ampliação da Audiência de Custódia.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2017), entende que o uso excessivo da prisão provisória consiste em disfuncionalidade do sistema de justiça penal que agrava outros problemas existentes, como a superlotação e conseqüente violação de direitos fundamentais de prisioneiros (integridade pessoal, por exemplo). Neste sentido, vale ressaltar a ausência de informações empíricas demonstrando que uso da prisão preventiva contribui para diminuir os níveis de delinquência ou de violência.

Diante deste cenário, emerge a necessidade de medidas para redução do encarceramento em massa e que fortaleçam as garantias constitucionais. Entre elas, destaca-se a audiência de custódia que, ao permitir a redução de prisões indevidas, “pode representar uma página importante na busca pela superação da cultura do encarceramento no Brasil” (SOUZA; DORNELLES, 2015, p.306).

Na busca por salvaguardar os direitos das pessoas presas ou detidas, em consonância com um processo penal democrático, a audiência de custódia revela-se importante mecanismo desinstitucionalizante cuja previsão normativa é abarcada na sequência.

2 GARANTIA FUNDAMENTAL À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Desde o final do século XVIII, tem emergido no cenário internacional manifestações no sentido de limitar o poder punitivo estatal. Na busca pela garantia dos direitos humanos, especificamente das pessoas presas ou detidas, destacam-se os documentos mencionados a seguir.

A *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, culminante da Revolução Francesa, estabeleceu no artigo 7º que “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. (...)”. (FRANÇA, 1789).

Após a Segunda Guerra Mundial, a coibição do arbítrio punitivo estatal e a garantia dos direitos humanos solidifica-se com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (DUDH) - adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Aponta-se tal documento, juntamente com criação da Organização das Nações Unidas (ONU), como marco internacional para o reconhecimento de valores supremos já idealizados pela Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade.

De acordo com seu artigo 9, “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado” (FRANÇA, 1789). Nas palavras de Stein e Maya (2016, p. 199), “por detrás de tal princípio

estava a previsão de prisões dentro das regras da persecução penal, as quais foram sendo moldadas pelos documentos internacionais”. A partir daí “diretrizes com base na dignidade da pessoa humana, passaram a permear legislações pelo mundo todo, inclusive no tocante a custodiados”.

Considerando a DUDH e a finalidade do Conselho da Europa de unir seus Membros mediante a proteção e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais* (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM, 1950) estabeleceu no artigo 5º, 3, a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa à autoridade judicial:

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.

Com a intenção de ampliar o rol de direitos constantes na DUDH, o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político* (PIDCP), adotado pela Resolução 2.200-A, da XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 19 de dezembro de 1966, previu que a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa a autoridade judicial, esclarecendo ainda que a prisão cautelar deve se dar apenas em casos excepcionais:

Artigo 9, 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. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966)

No mesmo sentido, cita-se trecho da *Convenção Americana de Direito Humanos* (CADH), também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, aprovada em 22 de novembro de 1969 e em vigor somente a partir de 18 de julho de 1978:

Artigo 7, 5. 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. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

A incorporação e respeitabilidade destes documentos pelo Brasil, especificamente, do *Pacto de San José da Costa Rica*, não transcorreu prontamente. Conforme o Decreto nº 595,

apenas em 6 de julho de 1992, o país ratificou o PIDCP. No mesmo ano, em 6 de novembro, a CADH foi promulgada pelo Decreto nº 678. Contudo, mesmo após as ratificações, o Brasil mostrou-se resistente em implementar tais Tratados internacionais. Por longo período observou-se “verdadeiro desinteresse ou reserva dos Poderes da República, como um todo, em levarem a sério normas já internalizadas, embora não constantes em texto nacionais” (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 23).

Somente pós as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, que o PIDCP e a CADH ganharam caráter obrigatório e vinculante. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240, o Ministro Relator Luiz Fux, afirmou em seu voto vencedor o caráter supralegal destes diplomas internacionais:

Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. (BRASIL, 2015 A)

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, a eficácia normativa das determinações:

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL, 2015 B)

Diante do exposto, importante o destaque de Marques (2016, p. 9) acerca da existência de uma proteção multinível de direitos humanos a partir da interação entre direito nacional e internacional cujo objetivo é limitar o poder de instituições globais, Estados e indivíduos. Ele ressalta a importância das discussões relacionadas ao tema audiência de custódia no sentido de mudar a postura do Poder Legislativo, que necessita de maior agilidade na regulamentação de tal garantia fundamental.

Contudo, conforme se verá a seguir, diante da mora do Congresso Nacional, as Resoluções 213 e 214 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estão em consonância com as referidas decisões do Supremo Tribunal Federal (ROSA, 2016, p. 262).

Assim, pode-se afirmar que audiência de custódia é uma etapa do alinhamento do Processo Penal brasileiro com as Declarações de Direitos Humanos - talvez por isso seja tão complicado falar dela para quem mantém a mentalidade autoritária. Embora a CADH se aplique ao Brasil, ainda tem sido ignorada em muitos pontos, como, aliás, boa parte da normativa de Direitos Humanos. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015)

Vale mencionar que pouca ou nenhuma importância teriam os documentos internacionais mencionados acima se cada país dispusesse de uma *margem de apreciação*¹ sobre a utilidade dos direitos e garantias veiculados nos Tratados a que, voluntariamente, aderiram.

3 PREVISÕES LEGAIS ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Ainda que de forma tardia, o Conselho Nacional de Justiça corrigiu a inação legislativa e inércia judicial, por meio de sua resolução n. 213 de 15/12/2015, dedicada integralmente ao instituto das audiências de custódia, definindo de maneira muito clara, em seu art. 1º, o caráter essencial de tal ato processual, afastando de forma direta e literal a sua substituição pelo mero encaminhamento dos autos de prisão em flagrante, como era (ou ainda é) o costume:

Art. 1º Determinar 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, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput. (BRASIL, 2015-A)

Mais adiante, a mesma resolução condiciona a aplicação de prisão preventiva a realização da audiência custódia, inclusive definindo que é nesta o momento correto para a tomada de tal providência, conforme se pode verificar junto ao art. 10º:

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I

¹ A “teoria da margem de apreciação” baseia-se na subsidiariedade da jurisdição internacional e prega “que determinadas questões polêmicas relacionadas com as restrições estatais a direitos protegidos devem ser discutidas pelas comunidades nacionais, não podendo o juiz internacional apreciá-las” (RAMOS, 2012, p. 92).

do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa. (BRASIL, 2015-A)

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, atendendo a determinação do CNJ – que na resolução determinou que todos os órgãos jurisdicionais do país adotassem a audiência de custódia como prática -, aderiu ao programa de audiências de custódia por meio da resolução n. 1 de 20 de abril de 2016, vinculando-a claramente com a resolução n. 213 do CNJ conforme se verifica pela leitura do art. 2º, o que salvo melhor juízo, fulmina qualquer argumento contrário a aplicação da mesma junto ao Poder Judiciário Catarinense:

Art. 2º A audiência de custódia será realizada de acordo com as diretrizes Estabelecidas na Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça. (SANTA CATARINA, 2016)

No âmbito legislativo propriamente dito, assim entendido pelas regras produzidas pelo Poder Legislativo através do sistema constitucional próprio de produção normativa, o Brasil permanece em estado de anomia. Não obstante, em novembro de 2016 foi aprovado no Senado o Projeto de Lei (PLS) n. 554/2011 (BRASIL, 2011), de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que visa a alteração do § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

O texto final após a votação de emendas e destaques propostos pelos senadores Lindbergh Farias (PT-RJ), Humberto Costa (PT-PE) e Ronaldo Caiado (DEM-GO), regulamenta a audiência de custódia, definindo não apenas o prazo de apresentação em juízo, de 24 horas, prorrogáveis para 72 horas desde que o atraso seja devidamente justificado pela autoridade judicial, como garantindo direitos individuais do acusado, tais como o direito de ser acompanhado por advogado, podendo com este manter contato prévio e reservado; de ser submetido ao exame de corpo de delito para averiguação de eventuais abusos de autoridade; vedando ainda, a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou investigador, o que segundo o senador que propôs a emenda, Lindbergh Farias, se justifica para evitar a intimidação e constrangimento no momento do depoimento do acusado.

Outra importante garantia ao acusado, e que aparentemente atende ao espírito das normas de direitos humanos que inspiraram a criação do instituto é a expressa previsão de que os atos praticados durante a audiência de custódia não poderão ser utilizados “como prova contra o depoente, devendo tratar apenas da legalidade e da necessidade da prisão, da

prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e do esclarecimento dos direitos assegurados ao preso” (BRASIL, 2011).

Em outro ponto, porém, o projeto de lei parece ter desvirtuado a gênese do instituto, ao permitir que a audiência de custódia se realize por videoconferência, quando for impossível a presença pessoal do preso, em decisão fundamentada da autoridade judicial. (parágrafo 11º do art. 306 do CPP, segundo o projeto). Esta questão foi objeto de protesto pelo senador Humberto Costa, que destacou que a “a audiência de custódia exige a presença física do preso, que poderá tanto fazer uma denúncia como ter sua condição de integridade física confirmada pelo juiz.” (SENADO, 2018). De fato, um contato com a prática jurídica indica que o temor do senador se justifica e que realmente, é possível, que assim como outras, uma norma criada para casos excepcionais se torne regra.

Embora o projeto de lei silencie sobre as consequências decorrentes da não realização do ato, é muito importante ressaltar que o Senado rejeitou a inclusão de um parágrafo, proposto pelo senador Ronaldo Caiado, que previa que o descumprimento do prazo para a apresentação do preso perante o juiz, por si só, não enseja o relaxamento da prisão. Segundo o próprio senador, a rejeição de sua emenda importa no reconhecimento de que “o preso terá de ser liberado se não houver a audiência em até 72 horas.” (SENADO, 2018).

Quanto a vigência da lei, o projeto prevê a aplicação imediata nas capitais dos estados e a *vacatio legis* de dozes meses para os demais municípios. Contudo, a eficácia desta importante norma reguladora não aparece em um horizonte próximo, eis que após a remessa do projeto à Câmara dos Deputados, que ocorreu em 06 de dezembro de 2016 – quando se transformou no projeto de lei 6620/2016, inexisteram qualquer movimentações significativas no processo legislativo naquela casa, eis que a última movimentação, ocorrida em 12 de dezembro daquele ano, determinou: “Apense-se à(ao) PL-8045/2010. Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Regime de Tramitação: Especial”. (BRASIL, 2016)

Feitas as considerações sobre os aspectos legais da Audiência de Custódia no ordenamento jurídico brasileiro passa-se a abordar especificamente sua funcionalidade e finalidade.

3. 1 FUNCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também

eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades (BRASIL, 2015 C).

Paiva (2015), ao comentar acerca das finalidades do instituto, assevera que além de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a audiência de custódia permite ao juízo o controle imediato da ilegalidade e da necessidade da prisão, além de poder constatar eventuais presenças de maus tratos ou tortura.

Sobre o primeiro prisma, o da necessidade e legalidade da prisão cautelar, os benefícios podem ser vistos de duas maneiras. Primeiro pela óbvia constatação de que em um Estado Democrático, a prisão deve ser exceção e de que não é desejável a manutenção de pessoas presas de forma desnecessária ou ilegal, seja pelo devido processo legal ou pela presunção de inocência esculpidos como garantias constitucionais fundamentais da República Brasileira.

Não se pode olvidar, como bem lembra Minagé (2015), que as prisões cautelares, por serem baseadas em uma cognição sumária, carregam uma carga exorbitante de dúvida quanto ao alegado e decidido para sua decretação, duvida esta que deveria, por imposição constitucional, ser interpretada em favor do réu, mas que pela frieza dos papéis e mais recentemente telas de computador, acabam por seguir a decisão padrão de manutenção da prisão, não raras vezes, deficientemente fundamentadas.

Outro aspecto importante neste mesmo prisma, sob o enfoque da análise econômica do direito são os custos da condenação de um acusado (POSNER, 2011). Rosa (2017) evidencia que a persecução criminal movimenta uma máquina gigantesca que envolve desde uma estrutura de investigação (Polícia Civil e Ministério Público), passando pela máquina judiciária, que não se restringe aos servidores do Poder Judiciário (Tribunais, Juízes e Ministério Público, Defensoria, servidores, etc.), chegando no sistema prisional. Isto sem mencionar todos os custos indiretos que acabam por atingir toda a sociedade.

Preleciona ainda Rosa (2017) que segundo dados do Tribunal de Contas de Santa Catarina, em 2012, cada preso custava ao mês para o contribuinte, no regime de autogestão, R\$ 1.649,03 (mil, seiscentos e quarenta e nove reais e três centavos), enquanto no regime de cogestão, R\$ 3.010,92 (três mil e dez reais e noventa e dois centavos). Assim, a manutenção de uma pessoa presa neste estado não sairá por menos de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por ano. Além da existência de diversos problemas, dentre eles a superlotação, violações de direitos, o que resta apontar é que uma simples condenação por tráfico, muitas vezes do “mula”, por cinco anos, custará R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (ROSA, 2017, p.119-122).

Nacionalmente, os números parecem ser piores, quando se assiste ao Ministro do STF, Ricardo Lewandowski (2015), afirmar que cada preso não sairá por menos de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) ao mês, levando o custo anual a R\$30.000,00 (trinta mil reais).

A outra face da finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da tortura policial, de modo a propiciar a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, de acordo com o que prevê o art. 5.2 da CADH: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.(COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969)

Esta finalidade da audiência de custódia, de agir na prevenção da tortura, também foi ressaltada, recentemente, pela Comissão Nacional da Verdade, cujo relatório final a veiculou, entre as recomendações:

Criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia da apresentação pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos à qual o Brasil se vinculou em 1992. (PAIVA, 2015).

Nesse mesmo sentido, Gomes (2017) afirma que os sistemas judiciais do mundo inteiro já realizam audiências de custódia. Quanto ao prazo, exemplifica: seis horas no caso da Argentina, a setenta e duas horas, no caso da Espanha, passando por vinte e quatro horas no Chile, trinta e seis horas na Colômbia e quarenta e oito horas, no México, Peru e Estados Unidos da América. Ele deixa clara sua predileção por este ato judicial: “É preciso ter uma alma exorbitantemente inquisitorial e exageradamente tribalista (tribo engratada de cima que odeia a tribo pé de chinelo de baixo, que é a única que é presa em flagrante pela polícia militar) para se posicionar contra tais audiências”.

4 APLICABILIDADE IMEDIATA E OBRIGATÓRIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A VISÃO DOS TRIBUNAIS

Entende-se que é de suma importância notar que a CADH² é norma de *status* constitucional no escólio da esmagadora maioria e mais balizada doutrina. Apesar disso, a

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 08 de jul. 2015. A Convenção Americana de Direitos Humanos completa 40 anos. O tratado, também chamado de Pacto de San José da Costa Rica, foi assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992. A convenção internacional procura consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido. O documento é composto por 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana, como o

jurisprudência do STF, contrariando a constituinte de diversos países, definiu que a mesma possui status de norma supralegal, tendo sido vencida, por 5x4, a tese do Min. Celso de Mello, de que o Pacto se trataria de uma garantia constitucional (BARBOSA, 2015).

De qualquer forma, o tratado possui eficácia plena e imediata (RAMOS, 2014, p.228), por se tratar de um direito e uma garantia humana fundamental, e invalida qualquer norma jurídica em sentido contrário, em razão do que a doutrina denomina de controle de convencionalidade das leis (FERRAJOLI, 2002, p. 290-291). Sintetizando o tema, Gomes (2015) preleciona que o valor dessa convenção vale mais que a lei e menos que a Constituição.

Esse controle pode se dar pela via difusa ou concentrada, merecendo especial atenção a via difusa exequível por qualquer juiz ou tribunal. No RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO, o STF firmou posição (por maioria apertada, registre-se) de que a CADH tem valor *supralegal*, ou seja, está situada acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição³. Mazzuolio (2013, p. 302), com base na posição sustentada pelo Min. Celso de Mello no STF, sustenta que todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucional (por força do art. 5º, § 2º da CRFB/88). Inobstante a divergência, ambas as posições coincidem em um ponto crucial: a CADH é um paradigma de controle da produção e aplicação normativa doméstica.

A audiência de custódia, que como já salientado, encontra previsão expressa no citado tratado internacional, de modo que pode ser considerada compatível com a Constituição brasileira, de modo que, em se considerando que a Convenção Americana, vale mais que a lei ordinária, seria dispensável a elaboração de uma lei para o reconhecimento desse direito. A prova disto é que quando o Supremo Tribunal Federal eliminou a possibilidade de prisão civil de depositário infiel aplicando diretamente a Convenção Americana, não se falou em exigência de lei específica, comprovando que esta é desnecessária, em face da aplicação direta da convenção (GOMES, 2015).

direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros. A convenção proíbe a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção a família. A partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), os tratados relativos aos direitos humanos passaram a vigorar de imediato e a ser equiparados às normas constitucionais, devendo ser aprovados em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O primeiro deles a ser recebido como norma constitucional a partir da EC 45/2004 foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, voltada para a inclusão social dessas pessoas e a adaptabilidade dos espaços

³ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdade**. IBCCRIM, nº 17, p. 14. Disponível em: www.revistaliberdades.org.br. Acesso em 05 ago. 2018.

Contudo, ainda que tímido, percebe-se um movimento a favor da aplicabilidade prática da audiência de custódia, o que apesar da elogiável, nada mais representa do que dar efetividade a um direito reconhecido pelo estado brasileiro em Tratados e Convenções Internacionais.

Por outro lado, a proposta de regulamentação e, especificamente, o “projeto piloto” do CNJ encontram resistências e críticas bastante questionáveis, entre as quais destaca-se a de Eduardo Ruivo Nicolau e José Tadeu Picolo Zanoni apud Vasconcelos (2015).

Se a intenção é verificar a legalidade da prisão e eventual prática de tortura, por que não a adoção de uma solução intermediária como a condução do preso, em prazo razoável, à presença de um Defensor Público e, em caso de ausência deste na Comarca, ao Promotor de Justiça? Constatada alguma ilegalidade na prisão, caberia ao Defensor ou ao Promotor de Justiça a provocação do órgão julgador para fins de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão de medida cautelar diversa da prisão (VASCONCELOS, 2015).

Outra crítica que sofre este projeto é o suposto aumento na demanda do número de policiais nas ruas, ante a necessidade da escolta do preso em flagrante até o Fórum. Defende-se que, no caso do estado de São Paulo, principalmente no interior e litoral, não possui efetivo policial e estrutura para o transporte de presos em flagrante no exíguo prazo de 24 horas. Motivo este que faz com que se critique a adoção do prazo de 24 horas, quando o referido tratado não indica esse período específico. (VASCONCELOS, 2015).

Em contraponto aos argumentos contrários, registra-se que não se trata de obrigação e compromisso do Estado Brasileiro firmados no plano internacional (há mais de década), não sendo toleráveis medidas alternativas como as propostas. Dessa forma, revela-se imperiosa a concretização da audiência de custódia (COELHO, 2015), seja pelo compromisso firmado no tratado internacional, ou pelo compromisso firmado com o cidadão brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal.

Lopes Júnior apud Coelho (2015, neste sentido, defende a perfeita aplicabilidade do instituto na prática processual brasileira, salientando que não há que se falar em aumento de custo ou de trabalho, nem tampouco em necessidade de modificação da estrutura do Poder Judiciário, eis que “O mesmo juiz plantonista que hoje recebe – a qualquer hora – os autos da prisão em flagrante e precisa analisá-lo, fará uma rápida e simples audiência com o detido”. Destaca ainda as demais vantagens inseridas no instituto:

Assegura, numa só tacada, a dignidade do imputado, o acesso imediato a garantia da jurisdição, a possibilidade de defesa, o contraditório (ilustre desconhecido, previsto no art. 282, § 3º), o direito a um processo sem dilações indevidas, a oralidade, e até dá melhores condições de eficácia das

cautelares diversas do art. 319 (incluindo a fiança), pois no contato pessoal com o imputado, o juiz melhor poderá aferir a medida cautelar mais adequada a ser imposta.

Portanto, por se tratar de norma de natureza constitucional, oriunda de tratado internacional de direitos humanos expressamente ratificado pelo Brasil, e internacionalizado no regulamento por meio de resoluções do CNJ e posteriormente pelos regimentos dos Tribunais Estaduais, suas regras deveriam se tornar direitos objetivos dos jurisdicionados, de modo que a sua prescindibilidade, ao menos na seara penal, deve importar em decretação de nulidade de qualquer ato judicial que venha a limitar seus direitos de liberdade.

Pensar diferente seria relegar um importante direito individual de índole constitucional do acusado a uma mera liberalidade do julgador, que ao seu bel prazer, decide se oportunizará ao réu preso a audiência de custódia. Este é inclusive o entendimento já manifestado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em alguns julgados, representados pela aresta exemplificativa abaixo:

DECISÃO: EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IRREGULARIDADE. VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 144/2015 DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. DECISÃO ANULADA QUANTO À CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. FIXAÇÃO, EX OFFICIO, DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO DO ART. 319, I, II, IV E V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA (PARANÁ, 2016).

Por outro lado, não se pode olvidar que decisões como a citada acima representam, ao menos até o momento, a minoria da jurisprudência nacional, eis que tanto no TJSC quanto no STJ não rareiam as decisões que entendem a audiência de custódia como uma espécie de norma programática, cuja prescindibilidade não traz qualquer nulidade ao decreto segregatório. Nesse sentido o TJSC (SANTA CATARINA, 2017) reafirmando o entendimento da corte assim se manifestou:

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR MÍNIMO. AUSÊNCIA DE INTERESSE. NÃO CONHECIMENTO. O pedido já acolhido na sentença não pode ser conhecido, porquanto ausente o interesse recursal. PRELIMINARES. AÇÃO PENAL EMBASADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DESTA CORTE. 1 "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado" (STJ, Habeas Corpus n. 44.649/SP, Mina. Laurita Vaz, DJU de 8/10/2007). 2 "Não há falar em nulidade pela não realização de audiência de custódia já que a referida

alteração de procedimento está em fase de implementação, em atenção ao prazo estipulado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse ínterim, os procedimentos usuais para lavratura e homologação dos flagrantes, com sua conversão em prisão preventiva, são absolutamente válidos" (TJSC, Habeas Corpus n. 2015.067332-8, Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 3/11/2015).

Para fundamentar sua decisão, a Corte cita outro precedente do mesmo Tribunal, que fundamenta a prescindibilidade do ato na ausência de norma regulamentadora, conforme se verifica do trecho abaixo:

Logo, embora o Brasil seja signatário de dois tratados internacionais que preveem a audiência de custódia, a sua realização está condicionada à regulamentação do tema e sua subsequente implementação. Nessa esteira, a ausência de realização da audiência de custódia, enquanto pendente integral regulamentação e implementação, não é suficiente para, por si só, determinar a soltura do paciente.

Esta interpretação esvazia o escopo da medida, além de lhe deturpar a natureza jurídica, passando de garantia individual ligada ao próprio direito humano do acusado, a mera solenidade figurativa, eis que diante da dispensabilidade da medida, sua adoção dependerá da boa-vontade dos juristas - magistrado, delegado, promotor de justiça - envolvidos no caso.

O STJ, da mesma forma, vem, em recentes julgados, tem entendido que a ausência da audiência de custódia, por si só, não seria suficiente a autorizar a nulidade da prisão, conforme se verifica do aresto abaixo:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INGRESSO DE POLICIAIS EM RESIDÊNCIA. FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - Não se vislumbra ilegalidade passível de concessão da ordem de ofício quando não realizada a audiência de custódia, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que eventual nulidade do flagrante fica superada com a superveniência do decreto de prisão preventiva (precedentes).

(...)Recurso ordinário desprovido (BRASIL, 2017).

Embora indique o mesmo resultado jurídico, qual seja, a desnecessidade prática da audiência de custódia, o STJ o faz por fundamento diverso ao adotado pelo TJSC, porquanto na Corte Superior, a “ratio decidendi” adotada, ao revés do que entende a Corte Catarinense, que fundamenta sua decisão na ausência de lei regulamentadora, é que a uma vez respeitadas as garantias individuais, especialmente quando a prisão em flagrante é convertida

em preventiva, estaria suprida qualquer alegação de nulidade pela falta da audiência de custódia. É o que se extrai do voto do ministro:

Isto porque esta Corte Superior tem reiteradamente decidido que "a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante (HC n. 344.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/4/2016) (BRASIL, 2016)

Ao adotar essa interpretação, a Corte Superior dá um claro recado de que não entende a audiência de custódia como uma das garantias do acusado, tornando difícil, inclusive, a partir desta noção, situá-la no ordenamento jurídico brasileiro. A grosso modo, embora integre tratado internacional de direitos humanos como uma das garantias individuais, o instituto, embora timidamente recepcionado, ainda não recebeu a mesma importância no ordenamento nacional, ressalvadas esparsas decisões de Tribunais que parecem compreender sua natureza jurídica, como é o caso do Tribunal de Justiça do Paraná.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com um nível de ocupação 163.9% acima da capacidade oficial, o sistema carcerário brasileiro mostra-se falido. Tal índice impacta diretamente na violação de direitos das pessoas encarceradas e revela a necessidade de mudança estrutural na política penitenciária. Nesta seara, aponta-se a Audiência de Custódia como importante mecanismo desinstitucionalizante cuja previsão normativa encontra-se no artigo 7,5 da CADH –ratificada pelo Brasil em 1992.

Contudo, o Poder Legislativo ainda não regulamentou tal garantia fundamental. Diante disso, O CNJ editou, em 2015, as Resoluções 213 e 214 abordando exclusivamente a Audiência de Custódia e reconhecendo seu caráter essencial. A partir de então, vários estados da Federação passaram a adotá-la, inclusive o estado de Santa Catarina, que o fez por meio da resolução n. 1 de 20 de abril de 2016.

Na pesquisa jurisprudencial verificou-se que o TJPR já decidiu, em alguns julgados, pela imprescindibilidade da Audiência de Custódia, decretando nulidade de ato judicial segregatório sem sua prévia realização. Contrariamente, o TJSC e o STJ tem entendido que a ausência da audiência, por si só, não autoriza a nulidade da prisão. Nota-se que enquanto o tribunal paranaense enxerga o ato como parte dos direitos fundamentais do acusado, o STJ, acompanhado pelo tribunal catarinense adotam a tese da ausência de prejuízo ao réu somada à

reserva do possível calcada no argumento, aparentemente falacioso, de que a realização das audiências seria inviável em face do excesso de processos.

Todavia, com a devida vênia ao entendimento jurisprudencial dominante, seja diante da aplicabilidade imediata das regras do Pacto de San Jose de Costa Rica, ou ainda em razão das normas estabelecidas pelas resoluções do CNJ e do próprio TJSC, a prescindibilidade das audiências de custódia deve ser tida como nulidade absoluta, tornando ilegal qualquer prisão sem a sua precedência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **O conteúdo epistemológico da audiência de custódia de São Paulo: não o apóstolo, mas também prega milagres (Parte 1)**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/ruchester-marreiros-barbosa/>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 6620/2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em: 23 maio 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> . Acesso em: 30. Jul. 2018. A

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei (PLS) 554 de 2011**. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452586&disposition=inline> > . Acesso em: 23 mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 82060 – RS**. Relator: Min. Felix Fischer. 5ª Turma. Data do Julgamento: 02/05/2017. Publicado em: 12/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 344.989 – RJ**. Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma. Publicado em:28/4/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 20 ago. 2015. B

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 09 set. 2015. C

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acessado em: 03 de julho de 2015. D

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**: introdução e recomendações. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

COELHO, Pedro. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre direitos humanos de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Acesso em 30. Jul. 2018.

CONECTAS. **10 medidas urgentes para o sistema prisional**: propostas para mudanças estruturais na política penitenciária brasileira. Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/10%20Medidas_Diagramado_PEQ_vfinal_.pdf. Acesso em: 22 jun. 2017.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN – atualização junho 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. 65 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIRA, Felipe Gonçalves. O último dia de um condenado: uma novela de ruptura estética e política na obra de Victor Hugo. In: **Anais do 1º encontro de diálogos literários**: um olhar para além das fronteiras. Campo Mourão: Fecilcam, 2013. v. 1, p. 320. Disponível em: <<https://dialogosliterarios.files.wordpress.com/2013/06/anais1c2baencontrodedialogosliterarios.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 04 jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais**. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168950071/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais>>. Acesso em: 03 de jul. 2015.

HUGO, Victor. O último dia de um condenado. 3. ed. Tradução de Joana Canêdo. São Paulo : Estação Liberdade, 2010.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Por um sistema carcerário eficiente**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/05/1626694-ricardo-lewandowski-por-um-sistema-carcerario-eficiente.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**. IBCCRIM. Disponível em: www.revistaliberdades.org.br.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes. **Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 de jul. 2015.

MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: Fmp, 2016. Cap. 1. p. 9-22.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. **Relatório Anual 2015-2016**. Brasília, 2016.

MINAGÉ, Thiago. M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 03 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direito Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

PAIVA, Caio. **Na série audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> Acessado em: 09 jun. de 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 3ª Câmara Criminal – **HCC 1492919-8**, de Colombo. Relator: João Domingos Kuster Puppi, Data de Julgamento: 25/02/2016. 3ª Câmara Criminal. Data de Publicação: DJ: 1758 11/03/2016

POSNER, Richard, **Fronteiras da Teoria do Direito**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Ver. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0001054-21.2016.8.24.0026**, de Guaramirim. Relator Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Data de Julgamento: 25/04/2017. 3ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 02/05/2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Resolução CM n. 1 de 20/04/2016**. Disponível em:

<https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/369487/Resolu%C3%A7%C3%A3o+CM+n.+1-2016+-+Audi%C3%A2ncia+de+cust%C3%B3dia+TJSC.pdf/6ac8520f-2efe-4b2b-bc33-7af137095511> . Acesso em: 30. Jul. 2018.

SENADO. **Senado aprova regulamentação de audiência de custódia**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/30/senado-aprova-regulamentacao-de-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 30. Jul. 2018.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares e; DORNELLES, João Ricardo Wanderley. **A Era do Grande Encarceramento: tortura e superlotação prisional** Rio De Janeiro, 2015. 375 p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. p.306.

STEIN, Ana Carolina Filippon; MAYA, André Machado. Audiência de custódia: a mentira sincera que interessa (?) considerações sobre o desenvolvimento do instituto no estado do RS, comarca de Porto Alegre. In: XXV Congresso do Conpedi, 2016, Curitiba. **Direito penal, processo penal e constituição II**. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 198 - 217. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/wRPE3HVeP5vzdByh.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 4 de novembro de 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 04 jun. 2017. p. 9.

VASCONCELOS, Frederico. **Dúvidas sobre a audiência custódia**. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2015/02/03/duvidas-sobre-a-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 08 julho de 2015..