

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA
CURSO DE DIREITO
JÉSSICA FERNANDA LOPES PEDROSA**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO UMA POSSÍVEL MELHORIA NA
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

**FORMIGA-MG
2018**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA
CURSO DE DIREITO
JÉSSICA FERNANDA LOPES PEDROSA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO UMA POSSÍVEL MELHORIA NA
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Trabalho de conclusão de curso,
apresentado ao curso de direito como
requisito de obtenção de título em bacharel
em Direito, no Centro Universitário de
Formiga.

Orientador: Profº Weder Antônio de Oliveira

FORMIGA-MG

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UNIFOR-MG

P372 Pedrosa, Jéssica Fernanda Lopes.
Audiência de Custódia como uma possível melhoria na efetivação de
direitos humanos fundamentais / Jéssica Fernanda Lopes Pedrosa. – 2018.
36 f.

Orientador: Weder Antônio de Oliveira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro
Universitário de Formiga - UNIFOR, Formiga, 2018.

1. Direitos humanos fundamentais. 2. Prisão cautelar. 3. Audiência de
Custódia. I. Título.

CDD 342.085

Catalogação elaborada na fonte pela bibliotecária
Regina Célia Reis Ribeiro – CRB 6-1362

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA
CURSO DE DIREITO
JÉSSICA FERNANDA LOPES PEDROSA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO UMA POSSÍVEL MELHORIA NA
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

FICHA DE APROVAÇÃO

Prof.º Weder Antônio de Oliveira
Orientador

Prof.º
UNIFOR-MG

Prof.º
UNIFOR-MG

Formiga, de

de 2018

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me dar forças em momentos de desânimo e me acompanhar durante todo esse trajeto.

Às minhas duas mães, Rosidelma Lopes e Maria do Carmo Lopes, ao meu avô e pai ao mesmo tempo, Belarmino Lopes de Moraes, que sempre me apoiaram e entenderam os momentos em que não estive presente e compartilharam de minhas tristezas e alegrias onde sempre foram a base e o motivo de todo meu crescimento, pois são os meus exemplos de vida e meus maiores amores.

Ao meu padraсто Waldemiro Cândido da Costa, por todas as vezes em que me apoiou e sempre esteve presente em minha vida como um segundo pai.

À minha madrinha e tia Ermínia Eni Lopes Resende, excepcional advogada que prestou brilhante auxílio em meu crescimento profissional e pessoal.

Ao meu orientador, professor Weder, pela brilhante orientação prestada durante a confecção deste trabalho.

À toda minha família e amigos pelo valioso apoio.

RESUMO

O trabalho aqui desenvolvido tem como finalidade demonstrar a audiência de custódia como um possível meio de dar maior eficácia aos direitos humanos fundamentais inclusive detalhar diversos pontos a respeito do instrumento da audiência de Custódia, tais como sua relação com os princípios constitucionais, como está a tramitação de sua implantação no ordenamento jurídico, seu procedimento e a necessidade de advogado durante essa audiência. Será apresentado também a influência da crise no sistema prisional brasileiro e os motivos da demora para a regulamentação de tal instrumento, uma vez que está presente em tratados internacionais aos quais o Brasil faz parte há muito tempo.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais. Prisão cautelar. Sistema prisional. Audiência de custódia.

ABSTRACT

The purpose of this work is to demonstrate the custody hearing as a possible means of giving greater effectiveness to fundamental human rights, including detailing several points regarding the custody hearing instrument, such as its relation to constitutional principles, as is the case its implementation in the legal system, its procedure and the need for counsel during that hearing. It will also be presented the influence of the crisis in the Brazilian prison system and the reasons for the delay in the regulation of such an instrument, since it is present in international treaties to which Brazil has been a long time.

Keywords: Fundamental human rights. Precautionary prison. Prison system. Custody hearing.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	10
2.1 A história dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.....	10
2.2 Conceito e implementação no ordenamento jurídico brasileiro	12
3 A EFETIVAÇÃO E O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL.....	16
3.1 Da necessidade ou não de lei para efetivação da audiência de custódia.....	16
3.2 Relação da audiência de custódia com princípios constitucionais	19
3.3 A Audiência de Custódia em outros países.....	21
3.4 A questão da representação postulatória na Audiência de Custódia	24
4 A DIFERENÇA E A PROBLEMÁTICA ENTRE A REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PELO CNJ E A SUA OCORRÊNCIA NA PRÁTICA.....	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, os temas que envolvem as prisões, um dos cerne do presente trabalho, devem ser cada vez mais desenvolvidos e estudados, pois a prisão quando executada de forma indevida ou exagerada caracteriza um abuso do Estado. Para Nucci (2005) a prisão consiste na “privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

Tal estudo possui relevância pelo fato da Constituição da República possuir preceitos que resguardam a dignidade humana, inclusive em diversos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, de outro lado há um Código de Processo Penal com resquícios de um regime autoritário que acaba por dar algumas margens discricionárias ao magistrado.

Também, deve-se levar em consideração o contexto histórico social, os brasileiros, de uma forma geral, tendem a dar maior relevância aos efeitos que um crime gera, o que desagua em um pensamento de que se deve extinguir os criminosos, fato este sem dúvida influenciado pela impotência que a sociedade se vê frente à crescente criminalidade.

Com isso, é preciso que exista uma reflexão mais crítica e aprofundada desse cenário, a prisão consiste em uma exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência. Sendo assim, a sua utilização dentro dos limites legais deve ser observada com a real necessidade em cada caso.

Observa-se que o cenário carcerário brasileiro se encontra em situação crítica, existe uma política de encarceramento em massa o que consequentemente gera uma superlotação nas penitenciárias. Embora melhorias no sistema prisional brasileiro não seja o foco dos políticos, esse problema está cada vez mais visível e a discussão a respeito desse tema vem tomando força no país.

É com base no objetivo de solucionar, ou amenizar esses problemas que o instrumento da Audiência de Custódia vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro. A importância da realização da audiência de custódia se dá diante dos diversos indícios de maus-tratos, riscos à própria vida do investigado, ou mesmo o encarceramento em massa, Toscano Jr. salienta esse ponto de importância ao afirmar que:

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade. (TOSCANO JR., 2015)

O trabalho que será desenvolvido tem como finalidade descrever e analisar a possibilidade de dar uma maior eficácia aos direitos fundamentais através da audiência de custódia.

Antes de fazer essa análise, será feito um estudo a respeito do histórico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conceituando-se o que vem a ser o instrumento da audiência de custódia e como se deu a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro.

Como a audiência de custódia ainda não se encontra regulamentada por lei no Brasil, havendo apenas um projeto de lei em tramitação, conforme será exposto a seguir, é importante discutir a real necessidade ou não de lei para a sua efetivação, bem como a relação dela com os princípios constitucionais.

Importante também entender de que forma se dá o procedimento da audiência de custódia em outros países e a sua previsão legal.

Um problema que não se pode deixar para traz é a questão da presença de representante postulatório durante a audiência de custódia, existindo inclusive julgado com fortes fundamentos dessa representação, afinal, o contraditório restaria prejudicado sem a presença do advogado, o que não seria diferente da lavratura de flagrante.

Embora exista resolução do Conselho Nacional de Justiça a respeito da audiência de custódia é preciso verificar o problema das diferenças do que realmente ocorre na prática e o que é preconizado na Resolução número 213 de 15 de dezembro de 2015.

Com o objetivo de verificar a possibilidade que a audiência de custódia possui para a efetivação dos direitos fundamentais, o trabalho será finalizado respondendo esse ponto com base em dados e apontamentos jurídicos desenvolvidos ao longo do presente estudo.

2 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 A história dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

Antes de se analisar os tratados que preveem a Audiência de Custódia, é preciso lembrar a composição da Carta Internacional dos Direitos Humanos. Ela é composta pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos bem como por seu Protocolo Facultativo.

Em 16 de fevereiro de 1946, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em uma reunião, assentou que a Comissão de Direitos Humanos teria que cumprir o desenvolvimento de seus trabalhos em três etapas. A primeira etapa consistia na elaboração de direitos humanos, a qual foi concluída em 1948 com a Declaração Universal de Direito Humanos e aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas ainda em 1948.

A segunda etapa seria a criação de um documento que fosse juridicamente mais vinculante que a declaração, o que consistia em um tratado ou convenção internacional. Essa etapa foi concluída em 1966, com a aprovação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Segundo Comparato (2003), a terceira etapa consistiria na criação de mecanismos que conseguissem resguardar a universal observância dos direitos humanos, tal etapa ainda não foi completada. Ainda para este autor, o que se conseguiu foi implantar um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, o qual é instrumento do Protocolo facultativo presente no Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos.

Foi proposto um projeto no debate na Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1950, desse debate o projeto foi submetido ao Conselho Econômico e Social a fim de que os direitos da pessoa humana constassem em tal documento. Do projeto foi proposta a separação hoje prevista em dois pactos: de um lado os Civis e Políticos, e do outro os Econômicos, Sociais e Culturais.

Essa divisão, para Comparato (2003), refletia o reconhecimento das potências ocidentais nas liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Por outro lado, os países do bloco comunista e os países africanos optariam em colocar em destaque os direitos sociais e econômicos.

Sendo aprovado em 16 de dezembro de 1966 em Nova York (Estados Unidos), pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aberto à adesão dos Estados Unidos.

Tal pacto internacional entrou em vigor no momento em que alcançou o número mínimo de 35 Países, o que ocorreu em 23 de março 1976. Esse número mínimo era previsto em seu Art. 49 da seguinte forma:

Artigo 49.º

1. O presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito junto do Secretário-Geral das Nações Unidas do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou de adesão.

2. Para cada um dos Estados que ratificarem o presente Pacto ou a ele aderirem, após o depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão, o dito Pacto entrará em vigor três meses depois da data do depósito por parte desse Estado do seu instrumento de ratificação ou adesão.

Importante ressaltar que as negociações deste pacto tiveram início desde o fim da Segunda Guerra Mundial em 1949, com o objetivo de minorar as atrocidades cometidas contra a humanidade. Em 1954, foi exposta a minuta na Assembleia Geral das Nações Unidas, para ser então finalizado e observado em 1966. Tal Pacto tinha como finalidade também que fossem revisados os conceitos sobre a natureza e dignidade humana, como modo de tornar possível a organização de uma sociedade que fosse mais justa, pacífica e igualitária.

Com relação ao conteúdo dos artigos do Pacto, é possível dividi-lo em dois segmentos, o primeiro prevendo os direitos fundamentais restritos à esfera civil-política, já o segundo segmento diz respeito aos mecanismos de implementação do Pacto.

Somente décadas depois o Brasil ratificou este Pacto, entrando em vigor no ano de 1992, através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, embora grande parte desses direitos já se encontravam garantidos na Constituição da República de 1988. Cabe ressaltar que o Brasil também ratificou o Pacto

Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no mesmo ano com o Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

Diante do tratamento indigno e totalitário imposto a cidadãos de várias nações foi celebrada a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Essa convenção foi ajustada pelos países que integram a OEA (Organização de Estados Americanos).

O Pacto de São José da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil em 1992 e passou a ter validade no mesmo ano, a partir do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

Tanto o Pacto de São José da Costa Rica, quanto os dois pactos de 1969 acima detalhados, têm como finalidade a garantia da dignidade humana e apenas foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro um longo período depois de suas criações.

2.2 Conceito e implementação no ordenamento jurídico brasileiro

A audiência de custódia consiste em uma ferramenta processual na qual se exige a apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial dentro de 24 horas. É utilizada para que se defina sobre a legalidade daquela prisão, sobre a possibilidade de liberdade provisória, bem como se é necessária que seja convertida em prisão preventiva.

Prevista em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica e o sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova York, a Audiência de Custódia ainda não tem respaldo legal no Brasil. Sua previsão no Pacto de San José da Costa Rica é observada no artigo o art. 7º, item 5 e 6:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

[...]

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 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.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis

prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Já no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, a audiência de Custódia se encontra no art. 9, item 3 e 4:

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.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

Implantado de forma piloto em São Paulo em fevereiro de 2015, por iniciativa do então presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, o "Projeto Audiência de Custódia" foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual editou a Resolução número 213 de 15 de dezembro de 2015, que por sua vez entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016.

Essa Resolução definiu que a audiência deverá ser realizada por todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Federais. Conforme se verifica a seguir:

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.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

Há um Projeto de Lei do Senado de número 554 de 2011 que tem como ementa a seguinte disposição: “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.”

Este Projeto de Lei se encontra aprovado pelo plenário do Senado Federal e no dia 16 de dezembro de 2016 foi remetido à Câmara dos Deputados, tal projeto segue a baliza adotada pelo Conselho Nacional de Justiça no "Projeto Audiência de Custódia".

Não passa despercebida a demora com que o CNJ gastou para que fosse tomada a decisão de regulamentar a Resolução número 213 de 15 de dezembro de 2015. Afinal, como exposto acima, a audiência de custódia está prevista em tratados que o Brasil ratificou a mais de vinte anos.

Para que se entenda o porquê dessa demora, deve-se observar os problemas encontrados no sistema prisional brasileiro, uma vez que no mesmo ano em que foi editada a Resolução aqui trabalhada, também foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347) proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), patrocinada, também pelo advogado Daniel Antônio de Moraes Sarmiento. Essa ADPF tratava das condições das penitenciárias do Brasil, a qual acabou sendo uma das fundamentações utilizadas pelo CNJ para a edição da referida Resolução.

Os problemas carcerários no Brasil são notórios, não sendo necessárias delongas aqui, inclusive por este não ser também o foco deste trabalho, tal situação acaba sendo agravada pela falta de investimentos por parte do governo, afinal a reforma do sistema penitenciário não gera uma considerável quantidade de votos aos governantes.

Porém, para que seja possível detalhar os motivos da edição da Resolução nº 213 é necessário entender que essa ADPF foi responsável por indicar a audiência de custódia como uma medida paliativa, a qual o Conselho Nacional de Justiça cuidou de colocar em prática. Tal medida teria o fim de que, em um pequeno espaço de tempo, acabaria ocultando a realidade do problema carcerário no Brasil, medida essa considerada paliativa, pelo fato de

que os problemas carcerários envolvem questões sociais bem mais complexas para serem solucionadas.

3 A EFETIVAÇÃO E O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

3.1 Da necessidade ou não de lei para efetivação da audiência de custódia

Antes de se analisar a necessidade de lei para que a audiência de custódia seja efetivada, é necessário observar a posição hierárquica em que as normas previstas em tratados internacionais ocupam no ordenamento jurídico brasileiro.

Havia grande discussão quanto ao posicionamento hierárquico dos tratados internacionais, se estes seriam equiparados às normas constitucionais ou se possuiriam apenas uma força de lei ordinária.

Flávia Piovesan, ao analisar o §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República afirmava o seguinte ao defender que tais normas equivaleriam às constitucionais:

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados (PIOVESAN, 2000, P.73).

Por outro lado, Gomes (1994, p. 29) é o autor que possui o pensamento mais consolidado a respeito da paridade dos pactos internacionais e a lei ordinária. Para ele, segundo o § 2º do art. 5º da Constituição da República, os direitos e garantias expressos nos tratados internacionais, no momento em que não entrarem em choque com o texto constitucional, vão ter amparo constitucional, entretanto o status de norma constitucional, somente ocorrerá quando reiterarem ou reprisarem normas constitucionais.

Foi com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que essa discussão foi parcialmente extinta, uma vez que foi acrescentado o § 3º ao art. 5º na Constituição da República:

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:
(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em

dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com isso, cessaram-se os argumentos nos quais a constitucionalização dos tratados internacionais enfraqueceria a rigidez da Constituição da República. Afinal, agora, o processo legislativo utilizado para que os pactos internacionais tivessem eficácia constitucional seria igual ao das emendas constitucionais.

Assim, os tratados internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados por três quintos dos votos de seus membros, em cada casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação equivaleriam a emendas constitucionais.

Já os tratados internacionais de direitos humanos que seguissem o trâmite anterior à reforma realizada com a Emenda Constitucional nº 45/2004 e não ratificados pelo quórum qualificado teriam natureza supralegal, tal posicionamento é o mesmo do Supremo Tribunal Federal, com destaque ao voto do ministro Gilmar Mendes, o qual afirma o seguinte em seu voto:

(...) 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. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.(...) RE 466.343 de 2008

Os demais tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos têm força de lei ordinária.

Através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. (Brasil, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992)

No que diz respeito Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Brasil ratificou-o através do Decreto 592 de 1992, prevendo que este pacto deverá ser aceito por completo, não havendo reserva em nenhuma de suas obrigações.

Como já exposto em outro capítulo deste trabalho, a audiência de custódia está prevista no referidos pactos e deverá, assim, ser cumprida.

Inexiste no texto introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 disposição a respeito da retroatividade, entendendo-se assim, que apenas os tratados e convenções internacionais, aos quais, o Brasil ratificasse após a emenda, teriam eficácia de norma constitucional.

Como tanto o Pacto de São José da Costa Rica quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foram ratificados antes da EC nº 45/2004 e não obtiveram o quórum de três quintos nas duas casas do congresso nacional, em dois turnos, estabelecidos pela emenda, para se confirmar força de norma constitucional a eles, permaneceram na condição de normas supralegais.

Possível dúvida quanto à necessidade de uma lei para regulamentar a audiência de custódia deverá ser sanada sob o seguinte fundamento. A Resolução 213 do CNJ, exposta em capítulo anterior deste trabalho, prevê a aplicação obrigatória da audiência de custódia no país, determinando que fossem apresentados pelas cortes planos e cronogramas de implantação.

De acordo com o CNJ, o prazo foi cumprido por todas as Cortes, entretanto as propostas continuam sendo analisadas pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário.

O Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 busca a alteração do art. 306 do Código de Processo Penal para positivar a audiência de custódia, embora ela já esteja prevista em normas supralegais (tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil), é importante e necessária tal regulamentação para que seja uniformizado e esclarecidos os procedimentos em lei federal, cessando assim quaisquer dúvidas quanto à forma de sua aplicação.

3.2 Relação da audiência de custódia com princípios constitucionais

As bases que garantem a aplicação do instituto da audiência de custódia são encontradas em alguns princípios constitucionais. Esses princípios relacionados diretamente à audiência de custódia evitam equivocadas interpretações com relação ao instituto.

O primeiro princípio constitucional aqui analisado é o da presunção de inocência, seguramente o mais importante deles quando se fala em audiência de custódia. É previsto nesse princípio um procedimento que verificaria se de fato houve a prática de um delito.

A previsão deste princípio se encontra no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Sendo uma regra garantidora do Estado Democrático de Direito, através da qual o acusado responde seu processo em liberdade. Cabe ressaltar a exceção de que o acusado poderá ser preso em virtude de um interesse processual, porém isso não lhe precipita a culpa. Bechara e Campos afirmam o seguinte sobre o tema:

Melhor dominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.

Através da audiência de custódia é prevista uma oportunidade ao magistrado de se aferir da necessidade ou não de ser decretada a prisão cautelar, em virtude das características do caso concreto, afastando contradições que poderiam ocorrer ao final da persecução penal.

Não é difícil de ocorrer casos em que presos por delitos pequenos, cometidos sem violência ou grave ameaça, acabavam se encontrando por longo período de tempo recolhidos presos, pois não tinham a chance de manifestar pessoalmente a sua situação à autoridade judiciária.

Outro princípio justificador e que estrutura a audiência de custódia é o princípio da verdade real. Esse princípio diz respeito à essência da busca pelo que realmente ocorreu, o que obriga ao magistrado ter o dever de não se limitar ao conjunto de provas que se formam nos autos do processo. A respeito desse princípio, o penalista Julio Fabbrini Mirabete afirma o seguinte:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes.

De acordo com Maria Elizabeth Queijo (2003), no livro “O direito de não produzir prova contra si mesmo”, é tormentosa a questão de se admitir que a verdade processual não seja a verdade absoluta, mas uma verdade relativa ao processo penal, a qual não diria respeito aos fatos ocorridos.

A audiência de custódia conferiria um meio mais eficaz para a busca da verdade real dos fatos, o contato pessoal com o acusado constitui um progresso a respeito do princípio da verdade real, pois este contato contribui de forma mais ampla para a ciência dos fatos pelo juiz frente aos autos.

Por fim, o outro grande princípio responsável por fundamentar a audiência de custódia é o princípio da garantia da ampla defesa. Neste princípio, o que se busca é dar à defesa a prerrogativa de produzir todas as provas admitidas no direito. Sendo previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição da República: “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;”.

Este princípio acaba por se relacionar também com o princípio da verdade real, afinal é assegurado ao preso o direito de esclarecer o que realmente aconteceu, em outras palavras, a verdade dos fatos de modo a beneficiar a defesa do acusado. Sendo dever do Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, sendo ela técnica ou pessoal, bem como o dever de prestar assistência jurídica aos hipossuficientes.

Embora a audiência de custódia possua mais princípios para fundamentar a sua aplicação, os princípios da presunção de inocência, busca pela verdade real e ampla defesa constituem o alicerce deste procedimento.

O procedimento da audiência de custódia, como mencionado em tópico anterior, consiste na apresentação do preso em até 24 horas após a sua prisão, esse prazo não diz respeito apenas às questões de celeridade, mas consiste em um verdadeiro direito do delituoso, direito de dar a sua versão do ocorrido à autoridade judiciária que naquele momento decidirá sobre o curso do processo.

Para que se possa visualizar e entender melhor o procedimento da Audiência de Custódia, o autor do site “Dizer o Direito”, Professor Márcio Cavalcante, criou uma linha cronológica de todo esse procedimento, conforme se observa a seguir:

- 1) Prisão em flagrante;
- 2) Apresentação do flagranteado à autoridade policial (Delegado de Polícia);
- 3) Lavratura do auto de prisão em flagrante;
- 4) Agendamento da audiência de custódia (se o flagranteado declinou nome de advogado, este deverá ser intimado da data marcada; se não informou advogado, a Defensoria Pública será intimada);
- 5) Protocolização do auto de prisão em flagrante e apresentação do autuado preso ao juiz;
- 6) Entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado ou Defensor Público;
- 7) Início da audiência de custódia, que deverá ter a participação do preso, do juiz, do membro do MP e da defesa (advogado constituído ou Defensor Público);
- 8) O membro do Ministério Público manifesta-se sobre o caso;
- 9) O autuado é entrevistado (são feitas perguntas a ele);
- 10) A defesa manifesta-se sobre o caso;
- 11) O magistrado profere uma decisão que poderá ser, dentre outras, uma das seguintes:
 - a) Relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP);
 - b) Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III);
 - c) Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319);
 - d) Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II);
 - e) Análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas.

Por se tratar de procedimento realizado anteriormente ao oferecimento da denúncia, não pode o magistrado realizar perguntas ao preso que resultem em antecipação do mérito. O respeito a este procedimento é crucial para que sejam observados os princípios aqui trabalhados, afinal eles estão intimamente ligados uns aos outros e ao próprio procedimento da audiência de custódia.

3.3 A Audiência de Custódia em outros países

Foi através da experiência da *common law* que a audiência de custódia foi esboçada. Nos países de origem anglo-saxônica, a prisão, mesmo quando não existe o flagrante, não tem a necessidade de mandado judicial.

Nestes países basta existir a aceitação na tese de que o delituoso cometeu certo crime, devendo o preso ser levado à autoridade judiciária, sem demora, para que seja revisto o cabimento da prisão. Nessas localidades a audiência consiste também em uma modalidade de controle da atividade policial.

Nos Estados Unidos a audiência de custódia consiste, conceitualmente, na “audiência de causa provável” ou o chamado “primeiro comparecimento” na qual o magistrado esclarece ao detido o motivo de sua prisão, o procedimento bem como os seus direitos. De acordo com Agência CNJ de Notícias, a previsão da audiência de custódia nos Estado Unidos é encontrada no próprio direito doméstico através de uma decisão da Suprema Corte no caso “*County of Riverside v. MacLaughlin*” em 1991, conforme se observa em parte da decisão a seguir:

(...)Pelas razões que articulamos, concluímos que o Condado de Riverside tem o direito de combinar determinações de causas prováveis com acusações. O registro indica, no entanto, que a atual política e prática do condado não se ajustam totalmente aos princípios que delineamos. A política atual do condado é oferecer procedimentos combinados dentro de dois dias, excluindo sábados, domingos ou feriados. Como resultado, as pessoas presas às quintas-feiras podem ter que esperar até a segunda-feira seguinte antes de receber uma determinação de causa provável. O atraso é ainda maior se houver um feriado interveniente. Assim, a prática regular do Condado excede o período de **48 horas que consideramos constitucionalmente permissível**, o que significa que o condado não está imune a desafios sistêmicos, como essa ação de classe.(...) (County of Riverside v. McLaughlin, 500 U.S. 44 (1991). **(grifo nosso)**)

Não obstante o sistema jurídico Romano-Germânico, a que se baseia grande parte dos países americanos, não seja adepto à prisão sem mandado fora da situação de flagrância, a audiência de custódia acabou por reforçar a necessidade de resguardar os direitos humanos, como uma forma de diminuir os excessos cometidos durante o procedimento e condução da prisão do criminoso.

No ano de 2015, a Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard, localizada nos Estados Unidos, realizou um levantamento jurídico e constatou que 27 países, do total de 35 que compõem à Organização dos Estados Americanos, possuem a previsão da audiência de custódia em sua legislação interna.

Foi com a finalidade de se reconhecer e assegurar a importância dos Direitos humanos que muitos países pertencentes à América Latina decidiram incluir em seus ordenamentos jurídicos o instrumento da audiência de custódia, prevendo assim a apresentação do detido à presença de um magistrado no prazo máximo de 48 horas contados do momento da prisão. Exemplo de países da América Latina que possuem essas peculiaridades são a Argentina, Chile e Colômbia.

Voltando-se a atenção a esses países, percebe-se que eles passaram por regimes ditatoriais, posteriormente adotaram uma constituição com característica democrática e previram que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuiriam uma posição privilegiada no seu direito interno.

Como estes países possuem uma experiência semelhante, é possível que exista um auxílio mútuo para que sejam desenvolvidos sistemas de controle de convencionalidade, o qual tem como finalidade garantir que as convenções internacionais que os países ratificaram sejam aplicadas internamente em seus ordenamentos jurídicos.

No que diz respeito à Argentina, o Código de Processo Penal Federal prevê que, em situações de prisão sem ordem judicial, o preso deverá comparecer perante uma autoridade judicial no prazo de seis horas após realizada a prisão, conforme prevê o art. 286 do referido Código:

Art. 286. O oficial ou assistente da polícia que tenha efetuado uma detenção sem ordem judicial, deve apresentá-lo imediatamente dentro de um prazo não superior a seis (6) horas, perante a autoridade judiciária competente. (tradução nossa.)

Já no Chile, o Código de Processo Penal observa que, em situações de flagrante, o detento seja apresentado no prazo de 12 horas a um promotor, que poderá solta-lo ou então apresenta-lo a um juiz no prazo de 24 horas da prisão:

Artigo 131 – Prazos de detenção: (...) Quando a prisão for feita sob os artigos 129 e 130, o policial que a tenha feito ou a pessoa encarregada do centro de internação informará o Ministério Público no prazo máximo de doze horas. O promotor poderá tornar a detenção nula e sem efeito ou ordenar que o detido seja levado perante o juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, contados a partir do momento em que a detenção foi realizada. Se o promotor não mostrar nada, a polícia deve apresentar o detento perante a autoridade judicial dentro do prazo indicado.(tradução nossa)

No Código de Processo Penal da Colômbia é previsto que, em casos de flagrante, o preso necessita ser apresentado ao juiz no prazo de 36 horas.

Artigo 2º.(...) Nas capturas em flagrante delito e naquelas onde se encontra a Procuradoria Geral da Nação, há fundada, razoavelmente sem a oportunidade de solicitar o comando por escrito, o estar disponível para o juiz de controle de garantias no menor tempo possível sem exceder trinta e seis (36) horas seguintes. (tradução nossa)

Embora essas disposições normativas, isoladamente, não consigam por fim às práticas de abusos nas penitenciárias desses países, elas expõem esforços para que esses excessos sejam reduzidos.

3.4 A questão da representação postulatória na Audiência de Custódia

Para se entender a representação postulatória, é preciso entender o que vem a ser a capacidade postulatória. A capacidade diz respeito à capacidade técnica para praticar atos processuais em juízo, é atribuída aos advogados por força de lei, conforme os arts. 1º e 3º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94):

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;
(...)

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),
(...)

De acordo com a Constituição da República, em seu art. 133, o advogado é indispensável à administração da justiça. Essa capacidade postulatória consiste em um pressuposto processual de validade subjetivo das partes, as quais devem possuir capacidade processual e postulatória. Assim, todo indivíduo que não seja advogado necessita de integrar a sua incapacidade postulatória constituindo um advogado que será o seu representante postulatório.

A respeito da representação postulatória durante a audiência de custódia, percebe-se que a resolução do CNJ que regula o assunto não prevê exceções à presença da defesa na audiência.

De acordo com um caso real, o Juiz Pierre Maior Coutinho de Amorim, da 2ª Vara Criminal de Caruaru-PE, decidiu revogar uma prisão preventiva e anular a audiência de custódia, pelo motivo dela ter sido feita sem a presença de um advogado ou defensor público, segundo o magistrado essa exceção seria impossível para que a audiência de custódia pudesse ser realizada no modelo inquisitorial:

(...) Deve-se se assentar a premissa de que na audiência de custódia haverá a prática de atos processuais típicos, tais como a concessão de liberdade provisória, com ou sem a fiança, a decretação de prisão preventiva, etc. Ou seja, ela própria, audiência de custódia, não é mero ato administrativo, mas sim ato jurisdicional, com a prolação de decisões cautelares.(...)Decisão (autos: n. 0005600-76-2017) 2ª Vara Criminal de Caruaru-PE

Ainda a respeito desse julgamento, o Ministério Público, de forma contrária, entendeu que a ausência da defesa técnica seria apenas uma “mera irregularidade”. Com a finalidade de comprovar o seu posicionamento, o Ministério Público apresentou diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o qual tinha a ausência de defesa técnica na audiência de custódia como uma mera irregularidade.

Entretanto, para o magistrado essa orientação jurisprudencial deixa de observar alguns artigos da Constituição e outros de diversas legislações sobre o assunto:

(...) com a devida vênia, entendo que tal orientação jurisprudencial não observa os artigos 5º, da Constituição Federal, 7º, número 5, do decreto-lei n. 678/92 e 4º, 5º e 6º da Resolução n. 213/2015-CNJ, como se demonstrará. Aqui se vê claramente um tipo de ativismo judicial bastante criticável, no qual toda a legislação e a Constituição caminham para garantir um direito e os tribunais, não todos, decidem não o assegurar. (...) Decisão (autos: n. 0005600-76-2017) 2ª Vara Criminal de Caruaru-PE

O magistrado também afirma que o Supremo Tribunal Federal não ratifica a interpretação do STJ ao assegurar que esse direito do detido seja observado de acordo com o prescrito nos atos normativos que disciplinam a matéria.

Foi utilizada essa decisão para expor o assunto de forma mais clara e concreta, cabendo destacar que representação postulatória na audiência de custódia constitui um direito que possui como um de seus alicerces previsões constitucionais como as destacadas na decisão do magistrado.

Quando se observa o procedimento da audiência de custódia, percebe-se que o magistrado irá deferir ao Ministério Público e ao advogado, respeitando-se essa ordem cronológica, perguntas relacionadas à natureza do fato, perguntas relativas à assuntos que possuam a capacidade de tratar do mérito ou eventuais imputações devem ser afastadas.

Como é possível ao magistrado conceder o relaxamento de prisão, liberdade provisória ou então decidir pela decretação de prisão preventiva, a defesa técnica se faz imprescindível ao investigado, a qual deverá possuir os diversos documentos que são juntados no pedido de liberdade provisória, a saber: declaração de trabalho, comprovante de residência, certidão criminal e procuração. A juntada dessa documentação deverá ser requerida pelo advogado ainda no início da audiência.

É direito do advogado ainda, mesmo quando se trata de audiência de custódia, entrevistar-se de forma reservada com seu cliente, antes da apresentação do preso ao magistrado. Ao investigado são garantidos o direito de permanecer em silêncio diante de perguntas que tratam de mérito ou que possam influenciar futuras decisões de forma prejudicial.

4 A DIFERENÇA E A PROBLEMÁTICA ENTRE A REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PELO CNJ E A SUA OCORRÊNCIA NA PRÁTICA

Embora a regulamentação da Audiência de Custódia na Resolução 213/2015 possua diversos pontos quanto ao seu procedimento, o seu rápido avanço nos entes federados demonstrou que sua aplicação prática não foi tão eficaz em algumas situações. Com isso, era de se esperar que problemas viessem à tona naqueles estados não familiarizados com tal procedimento. Observam-se diferenças nos resultados entre os estados que não possuem quaisquer estruturas relacionadas ao monitoramento de medidas cautelares e serviços sociais.

De outro lado, aqueles estados que já possuíam essa familiarização, com equipes multidisciplinares especializadas em cumprimento de penas alternativas, deslumbravam de uma adesão maior dos autuados e também dos operadores da justiça com os objetivos das audiências de custódia.

Conforme o artigo 1º da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça resolve:

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.

O motivo principal dessa apresentação em até 24 horas é o contato pessoal do magistrado com o preso para ouvir a respeito de sua situação e a forma como foi abordado, além da análise da necessidade de se manter a sua prisão.

Entretanto, relatos de presos são alegados de que diversas vezes foram desacreditados pela autoridade judicial, além de casos de violência policial, algumas delas psicológicas, que foram ignoradas pelo magistrado alegando não existir prova explícita de tal violência e que este relato seria apenas uma maneira de escapar da prisão.

Há outro problema percebido na aplicação prática das audiências de custódia, como deve agir o juiz em situações que as violências físicas e psicológicas não são visíveis ou perceptíveis? Deve-se analisar com cautela

caso a caso, pois da mesma forma que alguns casos de violência possam fugir das vistas judiciais, outras situações inventadas poderiam sobrecarregar o sistema correcional das polícias. Deve-se assim, afastar também as tentativas de incriminar policiais com objetivos de se conseguir a liberdade provisória.

Outro problema prático que é observado frente ao que prevê a Resolução 213/2015 do CNJ é o da insuficiência do contato do magistrado com o preso para reconhecer a complexidade de algumas situações. Presas gestantes, pessoas que sustentam seus filhos sozinhos, ou presos com enfermidades severas que não teriam a possibilidade de receber o tratamento mais adequado na penitenciária são situações que seria necessária a aplicação da audiência de custódia com o ajustamento das decisões judiciais à realidade prisional do país, que se encontra superlotada e em condições subumanas para aquele ali inseridos.

Ainda diante de problemas práticos da implantação da audiência de custódia, esbarra-se na questão do juiz inquisidor, este juiz possui a característica de ser parcial e concentrar as funções de acusação, defesa e julgamento em suas mãos. O respeitável doutrinador Alexandre de Moraes da Rosa trata do tema da seguinte forma:

Alguns de má vontade, e outros por má-fé, muito em decorrência da mentalidade inquisitória.

Parcela da magistratura está de má vontade na realização de ato exigido pela normativa internacional e, para tanto, tem se utilizado da audiência de custódia para finalidades em desconformidade com sua razão de ser. (Coluna Conjur: Quando o juiz manipula a audiência de custódia Alexandre de Moraes da Rosa. 2016)

Com esses vestígios inquisitórios, ocorre a manipulação dos objetivos da audiência de custódia, um verdadeiro interrogatório. A audiência de custódia acaba se transformando em uma produção antecipada de provas, na qual se busca a confissão do preso. Tal atitude deve ser fortemente combatida, exigindo-se a declaração de nulidade, afinal há uma verdadeira inversão do devido processo legal. Essa característica inquisitória objetiva a instrução e sua eventual condenação, mediante perguntas aprofundadas sobre a conduta do preso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a análise dos elementos e peculiaridades que envolvem a Audiência de Custódia no Brasil, como sua origem, conceituação, procedimento e alguns problemas ainda enfrentados para a sua implantação, percebe-se que ela ainda traz polêmica na sociedade. É fato que alguns problemas precisam ser melhor estudados e resolvidos, como por exemplo: a dúvida quanto à presença do advogado e as diferenças percebidas em seu procedimento prático com o que está regulamentado na Resolução 213/2015 do CNJ.

Entretanto, a busca por garantir uma eficácia aos direitos fundamentais deverá prevalecer frente a questões polêmicas ou dificuldades que surgiram para a sua implantação.

O próprio Supremo Tribunal Federal possui posicionamento no sentido de confirmar que as audiências de custódia possuem legalidade em seu procedimento. Em São Paulo, desde o momento de sua regulamentação com o Provimento Conjunto número 03/2015, a audiência de custódia conseguiu diminuir em 45% o número de prisões provisórias no estado.

Como se sabe, essa redução tem grande importância por propiciar um benefício frente ao problema da superlotação carcerária que o Brasil vivencia, afinal existe a oportunidade de a autoridade judiciária apreciar de imediato a legalidade da prisão.

A privação da liberdade deve ser utilizada como último recurso pelo judiciário, todavia o que vem sendo observado no país é uma inversão, o primeiro recurso vem sendo a prisão. Tal fato vai de encontro ao que preconiza os tratados internacionais com os quais o Brasil foi signatário. Assim, a audiência de custódia, embora não seja uma solução para tal problema, é um instrumento capaz de afastar essa banalização das prisões cautelares.

Infelizmente a banalização é tamanha que a ocorrência de diversas prisões se dá em virtude de influências da própria população que cada vez mais se encontra inflexível à impunidade.

Tal influência deve ser totalmente afastada, a prisão deve estar restrita aos seus objetivos processuais, respeitando-se a real necessidade de sua decretação.

Um problema recorrente e detalhado no trabalho foi a respeito da capacidade postulatória na audiência de custódia, figurada na dúvida quanto à presença do advogado ou da Defensoria Pública, pois algumas autoridades tratam dessa ausência como mera formalidade processual. Entretanto, a presença do advogado vai muito além disso, com o fim de afastar possíveis injustiças devido à ausência dessa defesa técnica, ela constitui um fortalecimento da ampla defesa e do contraditório, os quais também são a base dos direitos humanos fundamentais.

Com isso, tais princípios acabam por ser atropelados por uma necessidade de antecipar a pena ou obter uma possível confissão. Quando a liberdade é suprimida de forma banal ou questionável o que se verifica é uma afronta aos direitos humanos.

Outro problema trabalhado aqui diz respeito as dificuldade de se implantar na prática o que está regulamentado na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, afinal a demanda logística, os vestígios inquisitórios, bem como as situações em que os presos, em busca da liberdade, se aproveitam para tentar incriminar policiais já estão sendo notados desde a sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro. Esses problemas precisam ser combatidos, cabendo aos operadores do Direito do país batalhar pela implementação dessas audiências em patamares democráticos.

O fato de o magistrado ter um real conhecimento da situação do preso através do contato pessoal acaba por ampliar os limites do contraditório, um verdadeiro respeito à Constituição da República e os tratados internacionais, ratificando que a liberdade é a regra e que a prisão consiste em um caráter excepcional.

Há um compromisso do Brasil em proteger os Direitos Humanos e é nítido que a busca pela proteção desses direitos também ocorre com a realização das audiências de custódia, as quais possuem diversos princípios constitucionais que confirmam a possibilidade para que os direitos fundamentais possam ter uma maior eficácia.

Portanto vimos ao longo da pesquisa realizada que as duas problemáticas trabalhadas devem ser analisadas sob uma ótica alicerçada nos direitos humanos fundamentais. É preciso dar uma resposta a elas garantindo-se a eficácia desses direitos, demonstrando a importância da presença do advogado na audiência de custódia e que as diferenças práticas que tornam esses direitos fragilizados devem ser afastadas.

REFERÊNCIAS

- ANASTÁCIO, Thiago Gomes. **Audiência de custódia: análise dos dois primeiros anos**. Disponível em:
<<http://www.iddd.org.br/index.php/2017/09/28/audiencia-de-custodia-analise-dos-dois-primeiros-anos/>> Acesso em: 19 de maio de 2018.
- BARBOSA, M., E. **A hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/47962/a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 25 de fev. de 2018.
- BECHARA, F. R.; CAMPOS, P. F. de. **Princípios Constitucionais Do Processo Penal; Questões Polêmicas**. São Paulo. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. 2005. Disponível em:
<<https://pt.scribd.com/document/133532352/Principios-constitucionais-do-processo-penal-becchara>>. Acesso em: 20 de abr. 2018.
- BRASIL. **DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 24 de fev. de 2018.
- BRASIL. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 24 de fev. de 2018.
- BRASIL. **Resolução Nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 17 de fev. de 2018.
- CNJ. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em: 17 de fev. de 2018.

CNJ. **Senado aprova em primeiro turno projeto que regulamenta audiências de custódia.** Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82828-senado-aprova-em-primeiro-turno-projeto-que-regulamenta-audiencias-de-custodia>> Acesso em: 18 de fev. de 2018.

DIZER O DIREITO. **Audiência de Custódia.** Disponível em:

<<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/audiencia-de-custodia.html>> Acesso em: 18 de fev. de 2018.

CARTA CAPITAL. **Juiz anula audiência de custódia ocorrida sem a presença da defesa.** Justificando, 2017. Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/12/juiz-anula-audiencia-de-custodia-ocorrida-sem-presenca-da-defesa/>> Acesso em: 27 de abril de 2018.

LOURENÇO, A. N. **Histórico do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** Disponível em:

<<https://navarroanl.jusbrasil.com.br/artigos/171332298/historico-do-pacto-internacional-dos-direitos-civis-e-politicos>> Acesso em: 15 de abril de 2018.

MAGALHÃES, L. N. **Falhas da audiência de custódia aumentam gastos públicos e insegurança na sociedade.** Disponível

em:<<https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/lucas-magalhaes-audiencia-custodia-medida-redundante-aumenta-gastos>> Acesso em; 18 de maio de 2018.

MARCÃO, R. **Audiência de apresentação/custódia(Resolução CNJ 213/15).**

Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252023,31047-Audiencia+de+apresentacaocustodiaResolucao+CNJ+21315>>. Acesso em: 25 de fev. de 2018.

MIRABETE, J. F. **Processo Penal.** São Paulo. Atlas. 2006. p. 25.

MORAIS DA ROSA, A. **Coluna Conjur: Quando o juiz manipula a audiência de custódia.** 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>> Acesso em: 20 de maio de 2018.

PEREIRA, A. **Cuidados que todo advogado criminalista deve ter nas audiências de custódia.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cuidados-audiencia-custodia/>> Acesso em: 26 de abril de 2018.

QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o principio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal).** 2003. São Paulo. Saraiva. p. 36-37.

SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em: 18 de fev. de 2018.

TOSCANO JR., R. **Muito Mais que Uma Audiência de Custódia.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>> . Acesso em 17 de maio de 2018.

TSUTIYA, L. **Os 15 anos de ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI38651,101048-Os+15+anos+de+ratificacao+do+Pacto+de+San+Jose+da+Costa+Rica>>. Acesso em: 25 de fev. de 2018

XAVIER, M. M. C. **O STF, o CNJ e a audiência de custódia: inconstitucionalidades e consequências.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4793, 15 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51181>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ZAMPIER, D. **Audiências de custódia são previstas na maior parte da América, diz estudo**. Acesso em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81945-audiencias-de-custodia-sao-previstas-na-maior-parte-da-america-diz-estudo>>. Acesso em: 17 mai. 2018.