



## REALIDADE E PERSPECTIVAS GARANTISTAS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Carlos Marden<sup>1</sup>  
Narciso Ferreira de Menezes<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho busca discutir a efetividade da audiência de custódia como instrumento de garantia dos direitos fundamentais do acusado. Para tanto, far-se-á uma reflexão inicial, apontando a origem do instituto e seu fundamento. Em seguida, apresentar-se-ão alguns aspectos práticos relacionados ao tema e uma análise crítica averiguando até que ponto tal instituto tem sido capaz de refletir sua lógica garantista. O objetivo é demonstrar que a audiência de custódia foi inserida sob perspectiva garantista, mas vem sendo implementada sob perspectiva instrumentalista. Partindo de uma análise bibliográfica e de dados factuais, buscar-se-á indicar os limites e as possibilidades do instituto.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Garantismo; Audiência de custódia; Direitos Humanos; Processo Democrático.

### REALITY AND PROSPECTS GUARANTEES OF THE AUDIT OF CUSTODY

### ABSTRACT

The present work seeks to discuss the effectiveness of the custody hearing as an instrument to guarantee the fundamental rights of the accused. Initially, a reflection was made on the origin and foundation of the institute. Next, practical aspects of the theme are presented and the extent to which such an institute has been able to reflect its guarantor logic. The objective is to demonstrate that the custody hearing was inserted under a guarantor perspective, but has been implemented under instrumentalist perspective. Based on bibliographical analysis and factual data, it will be sought to indicate the limits of the institute.

**Keywords:** Criminal Proceedings; Garantismo; Custody Hearing; Human Rights; Democratic Process.

## 1 INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Procurador Federal. Especialista em Direito Processual Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-doutor em Estado, Democracia e Constituição pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do programa de pós-graduação do Centro Universitário Christus - Unichristus.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidades Unichristus, possui graduação em Direito pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (2017), Pós Graduação em Aperfeiçoamento de Oficiais pela Academia Edgard Facó - PM/Ceará (2005), Bacharel em Segurança Pública pela Academia Edgar Facó - PM/Ceará (1999), Pós Graduação em Segurança Pública PM /BM pela Academia Edgard Facó - PM/ Ceará (2016) e Especialização em Cidadania, Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade Federal do Ceará (2011)



A segunda metade do Século XX foi marcada pela consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito. Como forma de reação aos horrores verificados durante a Segunda Guerra Mundial, tal forma de Estado amadureceu em torno de alguns eixos bem definidos, notadamente: a centralidade dos direitos humanos/fundamentais no Ordenamento Jurídico, o caráter democrático da sociedade e a existência de uma Constituição com força normativa. De forma geral, pode-se dizer que se tratou de um momento histórico de ruptura. Assim como as Revoluções Liberais marcaram o fim do Absolutismo (para inaugurar a Era do Estado de Direito), este novo momento oferecia um modelo ainda mais sofisticado de sociedade, caracterizado pela assessoriedade do Estado em relação ao ser humano. Desde então, vive-se na Era dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Uma das maiores consequências da adoção desse novo paradigma foi a construção de sociedades que se abrem para o Ordenamento Internacional, especialmente naquilo que diz respeito à adoção dos direitos humanos, entendidos supranacionalmente como reflexos da dignidade da pessoa humana. Não é por acaso, portanto, que a Constituição Federal brasileira foi objeto de emenda constitucional mediante a qual seu texto passou a prever expressamente que os direitos humanos (reconhecidos internacionalmente) poderiam ter status de direitos fundamentais (como se fossem previstos constitucionalmente), desde que atendidos alguns requisitos. Tal abertura é coerente com o paradigma do Estado Democrático de Direito e os valores que ele irradia pelo sistema jurídico.

Como impacto direto dessa nova forma de conceber o Ordenamento Jurídico, podem ser apontadas uma série de situações nas quais o Direito pátrio se viu (positivamente) contaminado pelo Direito Internacional, como qual o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante tratando da proibição da prisão civil do depositário infiel. Da mesma forma, também a audiência de custódia vai chegar ao Direito brasileiro por influência internacional e por isso o primeiro tópico do presente trabalho é dedicado a explicar como aconteceu essa contaminação. Com essa reflexão introdutória, pretende-se apresentar o contexto que cercou o surgimento da audiência de custódia, por se entender que tal compreensão é fundamental para a discussão aqui pretendida.

Uma vez apresentados os fundamentos e as origens da audiência de custódia no Brasil, far-se-á uma análise descritiva dos aspectos práticos que lhe são pertinentes. Partindo da legislação aplicável e comparando uma série de situações práticas (bem como alguns



posicionamentos da jurisprudência) será possível perceber como vem se dando o cotidiano da audiência de custódia no Poder Judiciário brasileiro. O objetivo de tal tópico é fornecer uma base de comparação entre teoria e prática, fornecendo a matéria-prima necessária para a reflexão crítica que é o ponto central deste texto. Por isso, a abordagem descritiva vai se estender para além da mera prática forense, para alcançar os entendimentos jurisprudenciais que vêm sendo esboçados sobre o assunto.

No último tópico, apresentar-se-á um enfrentamento da questão referente ao potencial garantístico da audiência de custódia. Segundo se acredita, tal instrumento processual foi concebido dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito e deve funcionar como um mecanismo de limitação do poder punitivo do Estado, na medida em que incrementa o devido processo legal com um momento extra de realização do contraditório e da ampla defesa. Tem-se, portanto, a oportunidade de ver se essa concepção alinhada com um processo democrático tem conseguido se reproduzir no processo forense. Pretende-se demonstrar que a resposta é negativa, na medida em que (mesmo ao lidar com mecanismos tipicamente garantistas) o Poder Judiciário continua a conduzir os atos do processo penal sob uma perspectiva instrumentalista (segundo a qual o procedimento criminal serve como correia de transmissão do poder estatal).

Destaque-se, portanto, a problemática em torno da qual gravita o presente texto, bem como a relevância de discutir o tema. Por um lado, a Ordem Internacional concebeu uma nova tecnologia de limitação do Poder do Estado, mediante a inserção da audiência de custódia no processo penal; o que foi recepcionado pela Ordem Jurídica brasileira e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça. Por outro lado, o Sistema Judiciário brasileiro tem uma tradição instrumentalista (que concebe o processo penal como instrumento de aplicação da lei penal) e adota uma prática forense que transforma a audiência de custódia em mero transtorno ao exercício do poder persecutório do Estado. Está-se diante de uma grave divergência entre a forma como a audiência de custódia foi concebida e como ela vem sendo realizada.

As últimas 07 (sete) décadas foram marcadas por um inédito processo de consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito, marcado especialmente pelo apreço ao ideal democrático. Além de tal ideal, entretanto, tal paradigma se sustenta em outras premissas (como a centralidade dos direitos fundamentais e a força normativa da Constituição), as quais devem ser prestigiadas sempre que possível. Inobstante o tempo



decorrido desde a Segunda Guerra Mundial, a dinâmica jurídica continua a ter nichos que restam intocados ou pelo menos muito resistentes à lógica democrática. É nesse cenário que deve ser compreendida a resistência que o processo penal (ou mais especificamente seus atores) impõe à lógica garantista. Nas linhas a seguir, tenta-se revelar tal resistência no âmbito da audiência de custódia e expor as razões pelas quais tal resistência está equivocada.

## **2 ORIGENS E FUNDAMENTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL**

Durante a realização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), no ano de 1969, foi discutida e efetivada em nível internacional, a proteção dos direitos e garantias das pessoas, destinada a proporcionar um mínimo de dignidade as pessoas e promover um bem-estar social, apresentando atualmente a pessoa com um ser de direitos e de garantias, e em especial atenção, as pessoas presas.

Fundamentado nas instituições democráticas, nas liberdades pessoal e justiça social, bem como no respeito essencial do homem, consagrados pela Organização dos Estados Americanos e na Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem, o Pacto de San Jose da Costa Rica se constitui numa orientação mandamental de referência internacional para a proteção de direitos e dignidade humana, em que os estados signatários desse tratado têm o dever de respeitar, proteger e promover as garantias ali contidas.

O conteúdo desse acordo contém princípios mínimos de dignidade humana para a proteção das pessoas, especialmente daquelas pessoas presas, cuja as circunstancias e demais aspectos que envolvem a prisão, deve ser analisada, com a presença do preso, o mais rápido possível por um juiz, conforme aduz o artigo 7º, inciso 5 que:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á 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 condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Destarte, o Brasil passou a integrar essa convenção de proteção e garantias individuais, somente a partir do ano de 1992 (04 anos após a promulgação da Constituição Federal), objetivando uma maior ratificação desses direitos e garantias, bem como, o alinhamento democrático com os ditames desse estatuto e com as pratica dos direitos humanos em sua forma integral, em particular das pessoas presas. Constituída sob égide do





Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988, delinea de forma distribuída nos seus artigos e capítulos os preceitos e fundamentos que harmonizam a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Com destaque em seu artigo inaugural (que atribui status de direito fundamental, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, clarificando mais ainda a importância desses dois princípios para a proteção da pessoa), a Carta Magna, reservou de forma especial em seu Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres individuais e Coletivo, resumidos quase todos no artigo 5º, elencando, obviamente, situações de garantia e respeito, para aquelas pessoas que tenham sido presa sob quaisquer circunstâncias pela prática de ilícito penal.

Contudo, apesar de previsões processuais constitucionais e penais (como mencionado, bem como artigo 306 do Código de Processo Penal), o instituto jurídico da audiência de custódia (ainda que sem receber esse nome formalmente) tinha sua aplicabilidade bastante limitada (dir-se-ia quase inexistente), fazendo referência à apresentação do auto de prisão em flagrante, onde a apresentação do preso era feito de forma indireta, ou proforma, ou ainda, audiência protocola, apenas cumprindo as formalidades processuais. Nesse mesmo sentido, aponta o artigo 4º da Constituição, prevê que a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais pelos princípios da independência nacional e da prevalência dos direitos humanos, como direitos e garantias fundamentais, e, de igual competência, nos direitos e deveres individuais e coletivos previsto em seu artigo 5º.

Dessa forma, objetivando atender os preceitos de proteção da pessoa presa, com fundamento nos mandamentos relacionados na Constituição Federal, no Código Processual Penal e expressos nos tratados, em particular no Pacto de San Jose da Costa Rica, foi que no ano de 2015, por força da Resolução nº 213/2015, expedido pelo Conselho Nacional de Justiça foi implantado no processo penal brasileiro, o instituto da audiência de custódia. Em tal norma, se resolve 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.



Assim, por ser um tratado de cunho eminentemente humanitário, o Pacto de São José da Costa Rica, foi o instituto jurídico internacional que estruturou e indubitavelmente proporcionou segurança jurídica de direitos e garantias para a implantação da audiência de custódia, a despeito de diversas ações arguindo sua inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal atribuiu tratados de direitos humanos status de norma supralegal, que tem posição hierárquica inferior a constituição, mais acima das demais leis.

Com previsão constitucional no artigo 103-B, o Conselho Nacional de Justiça, compõe o Poder Judiciário brasileiro, com competência administrativa financeira, tendo como seu presidente cumulativamente, o presidente do Supremo Tribunal Federal, cuja função é zelar pela autonomia do poder judiciário, podendo expedir atos regulamentares de sua competência, zelar pela observância dos princípios da administração pública dentre outras atribuições.

Com efeito, em face de problemas como a superlotação carcerária, a observância com os excessivos de gastos para a manutenção do sistema prisional, o tratamento desrespeitoso e desumano dispensados as pessoas presas, a demora processual dos julgamentos, o a inercia legislativa para a busca de solução para esses casos; o Conselho Nacional de Justiça elaborou e implantou a audiência de custódia. Apesar da legitimidade da previsão, não havia um disciplinamento que orientasse a prática processualística penal acerca da forma da apresentação pessoal do preso para a audiência de custódia ao juiz da custódia (a qual somente foi disciplinada no ano de 2015, com o advento da publicação da Resolução nº 213, exarada pelo Conselho Nacional de Justiça e homologada pelo Supremo Tribunal Federal).

Nesse sentido, foi somente após a intervenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a implantação desse instituto jurídico, que se passou efetivamente a respeitar o ato processualístico penal em conduzir o preso em qualquer situação, no menor tempo possível a presença do juiz, para a realização da respectiva audiência de custódia. Acredita-se que a regulamentação da audiência de custódia serviu como marco inicial na justiça brasileira garantidora do respeito e promoção da prática dos preceitos da dignidade humana da pessoa presa em face da prática de delito. A exposição a seguir irá indicar de que forma a audiência de custódia teve sua efetivação no estado brasileiro como instrumento jurídico do garantismo.

### 3 ASPECTOS PRÁTICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA





Apesar de sua recente implantação (no ano de 2015), a audiência de custódia, segundo relata o mapa do Conselho Nacional de Justiça, esse instituto jurídico processual, já está devidamente efetivada em todos os Estados da Federação. Contudo, os Estados mais distantes (como os da região Norte e Nordeste) têm apresentado alguma dificuldade no cumprimento da norma regulamentadora, notadamente naquilo que se refere a questões estruturais. A inserção de um novo ato dentro do processo penal demanda a existência de recurso (humano e matéria) capaz de atender à demanda correspondente, motivo pelo qual é possível verificar que não existe simetria no ritmo de implementação da audiência de custódia entre os Estados-Membros.

Outro ponto relevante a apontar é que a realização da audiência de custódia já se consolidou numa prática processual penal reiterada no ordenamento jurídico brasileiro, segundo notícias publicações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seus informativos e publicações. Contudo, ainda não existe uma prática padrão na sua realização, em face das adequações e resoluções de cada unidade da Federação para albergar em seus tribunais esse novo instituto jurídico de audiência de custódia ou audiência de apresentação. Portanto, a efetivação da audiência de custódia ainda encontra alguma resistência da parte de alguns operadores do direito e em particular de alguns magistrados que relutam na prática de retardarem ou até mesmo não realizarem a mencionada audiência<sup>3</sup>, argumentando diversos fatores materiais e formais, nesse último como, apontando sua inconstitucionalidade.

Entretanto, numa leitura mais detida acerca da efetividade da realização desse instituto jurídico processual penal no Brasil, tem de uma forma geral sido respeitada pelos diversos tribunais, em implantá-la e fazer valer os ditames descritos pelo Conselho Nacional de Justiça quanto a sua aplicabilidade no processo penal. Assim, de acordo com a Estatísticas do mapa de implantação da Audiência de custódia elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, até junho de 2017 foram realizadas as seguintes audiências de apresentação em cada uma das Unidades da Federação, resultando nos seguintes números: a) Total de audiências de

<sup>3</sup> Sobre o tema, CNJ (2019, *Online*): “CNJ intima juízes por não realizar audiência de custódia: O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intimou dois juízes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) a prestar informações sobre a decisão de decretar prisões preventivas sem antes determinar a realização de audiência de custódia para ouvir os acusados. Em despachos endereçados na quarta-feira (13/2) à juíza de Gramado/RS, Aline Ecker Tissato, e ao juiz de São Luiz Gonzaga/RS, Thiago Dias da Cunha, o presidente do CNJ, ministro Dias Toffoli, dá 15 dias de prazo para os juízes se explicarem sobre o ocorrido. Não realizar audiência de custódia com o cidadão que é preso no país descumpra a Resolução CNJ n. 213, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil.”



custódia realizadas: 258.485; b) Casos que resultaram em liberdade: 115.497 (44,68%); c) Casos que resultaram em prisão preventiva: 142.988 (55,32%); d) Casos nos quais houve alegação de violência no ato da prisão: 12.665 (4,90%); e, e) Casos nos quais houve encaminhamento social/assistencial: 27.669 (10,70%).

Tais números por si já seriam suficientes para indicar que tem havido uma resistência para compreender a audiência de custódia sob uma perspectiva garantista, conduzindo tal ato como um momento de efetivação do contraditório e da ampla defesa do acusado. O problema, porém, mostra-se muito mais grave em face da já citada assimetria existente na implementação do instrumento processual. Em interessante pesquisa de mestrado, Ítalo Farias Braga e Nestor Eduardo Araruna Santiago (2016) apresentam os números referentes à audiência de custódia no Estado de Ceará, revelando que aproximadamente apenas 1% (um por cento) dos atos processuais têm resultado em relaxamento da prisão, o que indica um claro déficit de comprometimento com a efetividade do mecanismo processual.

Ainda no mesmo trabalho, Ítalo Farias Braga e Nestor Eduardo Araruna Santiago (2016) também trazem o levantamento estatístico referente ao tempo de demora para a realização da audiência de custódia, apresentando como irrelevante o percentual de casos nos quais efetivamente se conseguiu realizar o ato dentro das 24 (vinte e quatro) horas previstas pela norma do Conselho Nacional de Justiça. Percebe-se, portanto, que o equívoco no que diz respeito à perspectiva pela qual se encara a função da audiência de custódia repercute diretamente na prática, fazendo com que não se dê a devida atenção a um direito fundamental do acusado: ser apresentado perante um juiz imparcial no prazo previsto em lei. A discussão quanto ao objetivo do processo penal (e de seus mecanismos) se estende para muito além da mera teoria, afetando diretamente a vida dos sujeitos reais que compõem a sociedade.

Não é à toa, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que o excesso de prazo na formação da culpa não é suficiente para gerar o relaxamento da prisão, conforme se pode ver da recentíssima decisão proferida em 12 de março de 2019 pela Sexta Turma no julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 493.809/SP:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR NO WRIT. SÚMULA 691/STF. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO REALIZAÇÃO NO PRAZO DE 24 HORAS APÓS A PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. QUESTÃO SUPERADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. APRECIACÃO APROFUNDADA DO CASO. NECESSIDADE. INDEFERIMENTO DA LIMINAR NA ORIGEM.







POSSIBILIDADE. QUESTÃO SUPERADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.
2. Ressalvada compreensão diversa, o entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que a não realização da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restando então superado o exame desse tema.
3. O decreto prisional apresentou fundamentação concreta, evidenciada na reiteração delitiva do paciente, que possui condenação anterior pelo delito de tráfico de droga e anotação referente ao delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, não se verificando constrangimento ilegal no indeferimento do pedido liminar na origem.
4. Inexistindo ilegalidade que justifique a mitigação do enunciado da Súmula 691 do STF, o writ deve ser indeferido liminarmente.
5. Agravo regimental improvido.

No fim das contas, trata-se com um posicionamento convergente com o entendimento de que o processo penal é um instrumento do Estado para promover a pacificação social, o que se faz mediante sua efetividade na aplicação da lei penal. De fato, partindo dessa premissa, há de se conceber a audiência de custódia como um mero contratempo processual ao qual é submetido o magistrado, que poderia melhor estar investindo seu tempo em realizar audiências e/ou proferir sentenças. Em nenhum momento (desde a formação do magistrado até a implementação do ano, passando pela criação da norma regulamentadora) se esboça a preocupação real com que seja ampliada a garantia do indivíduo contra o Estado persecutor.

Mais de 03 (três) anos após a sua regulamentação, a inserção da audiência de custódia no processo penal ainda não foi suficiente para inclinar o procedimento no sentido de uma vertente mais garantista. A realidade é a de que não está no horizonte tal acontecimento. No momento em que se escreve, jurisprudência e prática forense convergem para manter a realização da audiência de custódia no terreno das aparências, sem esboçar real preocupação com a sua efetividade. Enquanto isso, o Brasil continua a reproduzir um processo penal arcaico, de viés inquisitório, guardando segura distância das bases garantistas alinhadas com o Estado Democrático de Direito. Um bom exemplo de como uma boa ideia pode ser inútil quando mal executada.

#### **4 EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB PERSPECTIVA GARANTISTA**



A tutela jurisdicional como função constitucional de substituir os interesses de seus administrados atuando de forma imparcial para a concessão de direitos e garantias, tem procurado atingir seus desideratos, atentando para os princípios de otimização que concedam aos detentos os respectivos direitos de forma legal. Nesse sentido a Constituição como gênese principiológica de direitos e garantias das liberdades individuais, e em sentido especial, das pessoas presas, não pode se eximir de promover e exigir das demais leis, e em específico o processo penal que diligencie para o devido cumprimento desses direitos.

A despeito das diversas críticas e ações jurídicas contrárias à implantação e efetivação da prática da audiência de custódia no sistema jurídico brasileiro, centrada no imaginário social, ou como queiram, no senso comum, uma concepção de impunidade aos infratores da lei, esse novel instituto jurídico processualista vem sendo adotado e respeitado em todos os tribunais brasileiros, dando uma versão mais humanitária ao processo penal e garantindo os direitos previstos para essas pessoas. Por ser um ato processual ainda muito recente que está mudando os costumes e práticas já bastantes consolidadas no campo jurídico brasileiro, a audiência de custódia está correspondendo às expectativas de juristas e doutrinadores do direito penal garantista que apresentam como porto ancoradouro dos direitos fundamentais a própria Constituição principiológica que irradia comandos, mandamentos de proteção e promoção de garantias e direitos a todas demais normas subordinadas a ela.

Portanto, há uma percepção de que audiência de custódia tem se consolidado no sistema penal brasileiro como um instrumento de promoção de garantias de direitos individuais para as pessoas que são presas, traduzidas em sua apresentação ao juiz que analisa as circunstâncias da prisão, e o motivo da prisão, sem entrar no mérito do fato, e decide dentre as alternativas postas no Código de Processo Penal. Segundo os ensinamentos de Zavascki (2008), o Estado deve proporcionar a todos o direito de ação e ao devido processo legal, acrescentado ainda que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, previsto na Constituição.

Com isso, infere-se que as leis ordinárias são criadas e alteradas mediante Emendas Constitucionais de onde partem todos os direcionamentos, a cada norma específica, devidamente alinhados, com as suas respectivas previsões. Nesse sentido, a Constituição preconiza a aplicação de normas e princípios garantidores das liberdades individuais, apontando para o seu colo, onde repousam um rol de regramento de direitos, os quais devem



ser respeitados e praticados por cada ordenamento seguinte de sua hierarquia. Assim, surge o Código de Processo Penal como instrumento orientador do percurso judicial que cada infração deve percorrer até a sua consecução.

Como um guia de condutas e procedimentos, o processo penal é uma garantia de defesa daquelas pessoas presas, já que somente com ele e através dele se pode ter conhecimento de todo o trajeto do processo até sua fase final. Partindo dessa premissa, a audiência de custódia é plenamente conduzida pelo processo penal, que traz as garantias constitucionais e de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos albergados pelo Brasil, como forma de assegurar a plenitude dessas faculdades jurídicas de cunho humanitário que deve ser um fator limitador de abusos do Estado

A implantação da audiência de custódia, como um fator de controle legal das prisões, formalizando e fortalecendo os preceitos principiológicos constitucionais de respeito e garantia dos direitos da pessoa presa, tem no processo penal uma segurança jurídica de suprimir toda e qualquer violação sofrida por quem está sob a tutela do Estado. O Estado Democrático de Direito determinado pela Constituição de 1988, traz, por intermédio de seu artigo 5º o conjunto de fundamentos que asseguram os direitos e garantias individuais e coletivos, dentro dos quais está previsto o direito da pessoa presa, preconizados em tratados internacionais e que ganha relevância por tratar-se de direitos humanos.

Com efeito, nessa perspectiva garantista desse instrumento jurídico, surge uma teoria tendo como seu mentor o italiano, Luigi Ferrajoli (2010) com sua teoria do garantismo penal, voltada a assegurar essa prática no Estados Democráticos de Direito, objetivando limitar o poder do Estado e assegurar a promoção das liberdades. Para o professor Ferrajoli o garantismo é um modelo normativo de direito, especificamente no direito penal, pautado em atividades de estrita legalidade, tendo como sua pedra angular a maximização das liberdades, voltadas a consecução de um Estado mínimo. Assegura o grande teórico que o garantismo designa uma proposição jurídica de validade e de efetividade. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser do dever ser.

Por fim, assevera o ilustre professor, que o Garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Nesta demanda por proteção aos direitos fundamentais, e em particular das pessoas presas, surgiu a audiência de



custódia como forma de dar rosto às pessoas presas com o devido encaminhamento no menor tempo possível, a presença de um juiz (SILVA, 2014). Esse ato, representa uma forma mais civilizada de proporcionar os fundamentos constitucionais descritos em forma de princípios garantidores da dignidade humana, regularmente normatizado no conjunto jurídico processual penal.

Portanto, o viés positivo transformador do processo penal brasileiro em um objeto de promoção de garantias foi o surgimento da audiência de custódia que carrega consigo todo o ordenamento Pátrio protetor e garantidor das mínimas condições de dignidade humana para aquelas pessoas que são presas no cometimento de um delito, as quais devem receber um tratamento respeitoso e digno por parte dos órgãos policiais e judiciais, bem como a devida proteção em sua integridade física e psíquica. A tutela jurisdicional no exercício de promover os direitos e garantias individuais, com previsão em nossa Carta Maior, nos faz perceber que a busca pelo direito está presente em dois mundos: o ideal, que são aqueles previstos na legislação e o mundo real aquele praticada no cotidiano dos corredores de delegacias, dos fóruns e tribunais de justiça.

Assim, a audiência de custódia, para o mundo jurídico ideal, surgiu como fator garantidor da apresentação física do preso ao juiz no menor tempo possível para que seja avaliada as condições da prisão e a prática de algum tipo de violência pelos representantes do Estado. Entretanto, não se definiu o quantum de mensuração demora, em termos de horas ou de dias, a respectiva apresentação, o que tem levado em média oito dias para a audiência de custódia. Segundo assevera Bauman (2007), em seu livro *Tempos Líquidos*, tendo como enfoque inicial uma reflexão sobre insegurança resultante da liquidez das relações pessoais e do mundo globalizado, onde a sociedade não tem mais a proteção do Estado, ou pelo menos, é pouco provável que confie nessa proteção.

Vivemos numa sociedade líquida, como noticia Balman, onde quase tudo é descartável, e de igual forma vivemos também num mundo de riscos (ULRICH BECK, 2010) com nossa segurança e principalmente com nossa liberdade. E percebemos ainda que o risco maior está naquelas pessoas privados em sua liberdade, sob a tutela do Estado, receosas de terem seus direitos e garantias violados. A busca para a realização da audiência de custódia de forma célere, diga-se, não a apresentação do detento, e sim a audiência em si, também se



configura-se em um outro grande risco para o cumprimento da legalidade da processualística penal.

Para Bedê (2018) a exigência de produção científica de forma maquinal, para atingir uma determinada meta quantitativamente, em desprezo a qualidade nas academias, tem repercutido de forma geral no âmbito da prática jurídica e em particular, está repercutindo também nas práticas da justiça em sua forma ativa de sempre buscar soluções rápidas, nem sempre eficientes. Assim, o Poder Judiciário busca dar celeridade durante a realização das audiências de custódias, objetivando com isso cumprir as metas estabelecidas pelo CNJ. Nesta mesma senda da celeridade para atender a demanda crescente de pessoas presas, a audiência de custódia tem sido realizada de forma industrial onde as audiências com o trio analisar das circunstâncias da prisão não duram 15 minutos.

Com isso, apesar dos avanços com a implantação da audiência de custódia, percebe-se ainda que a prática da atividade da audiência de custódia em si, carece de muitos ajustes e cobranças para que cumpra a regularidade de seu ritual processual, atendendo os ditamos constitucionais, da celeridade, mas sem olvidar de fazer valer em sua íntegra, os princípios da legalidade e do devido processo legal, exigidos todos os meios de defesa como garantia.

## 5 CONCLUSÃO

No início do Século XXI, praticamente todas as disciplinas jurídicas já convivem com naturalidade com o fenômeno na constitucionalização do Direito (o que acontece mesmo em países de democracia recente, como no caso do Brasil). Tal situação confortável, entretanto, não pode ser igualmente verificada quando se trata de estabelecer um diálogo entre o Ordenamento Jurídico pátrio e a Ordem Jurídica internacional. De fato, apesar dos avanços neste sentido (os quais incluem emenda constitucional atribuindo status de direitos fundamentais aos direitos humanos), o que se percebe é que a arcaica concepção de Estado-Nação (estruturada sobre o tríplice pilar: povo, território e soberania) oferece um arcabouço de pouca flexibilidade para lidar com a internacionalização do Direito.

Tal dificuldade acaba por ser mitigada quando as novidades oriundas do Direito Internacional mostram alinhamento e convergência com a cultura nacional, mas mostra-se endurecida quando os institutos importados se apresentam como distantes da prática forense estabelecida. Este é exatamente o caso da tentativa de implementação da audiência de



custódia. Originalmente concebida como sendo um mecanismo de defesa incorporado ao processo penal para limitar o poder persecutório do Estado, a audiência de custódia foi inserida em um sistema com significativos resquícios autoritários, no qual o processo penal é concebido como um instrumento de poder do Estado. Tem-se, então, o estabelecimento de um conflito entre culturas jurídicas muito diversas.

A análise da prática forense (por meio de decisões judiciais, notícias na imprensa e estatísticas detalhadas) revela indubitavelmente que o Poder Judiciário pátrio não captou o sentido garantista da audiência de custódia, não tendo a transformado em um momento extra no qual o acusado pudesse exercitar o contraditório e a ampla defesa. Efetivamente, todos os dados disponíveis indicam exatamente o contrário: o Poder Judiciário recebeu a novidade a contragosto e com má vontade, tratando a audiência de custódia como um indesejado (e desnecessário) incidente que serve apenas para atrapalhar o andamento do processo criminal. Sem o fundamento teórico garantista para orientar a sua percepção, os atores do processo penal vilipendiam seu viés acusatório e proporcionam uma experiência inquisitória ao réu.

Desde a posição expressa por Ministros do Supremo Tribunal Federal até os atos cotidianos praticados nas menores comarcas do país, o processo penal continua a reproduzir a cultura inquisitória, mediante a qual o réu é institucionalmente perseguido por um Estado que busca a aplicação da lei. Mais de 30 (trinta) anos após a promulgação da Constituição Federal, o Sistema Judicial ainda não está confortável para encarar o processo penal como um meio de defesa do acusado, apesar daquilo que consta expressamente no texto constitucional. Na verdade, poucos parecem se incomodar com o descompasso entre aquilo que está garantido na Constituição Federal (com status de direito fundamental) e aquilo que é oferecido ao acusado no processo real.

O paradigma do Estado Democrático de Direito é escudado por muitos institutos convergentes, os quais gravitam em torno da ideia de dignidade da pessoa humana. Como elemento central do projeto de construção desse modelo de Estado, o processo não pode ficar à margem desse movimento humanizador que se verificou nas últimas décadas. Especificamente no que tange ao processo penal, seu papel garantista dialoga com o que existe de mais básico em termos de garantias fundamentais, motivo pelo qual se mostra ainda mais urgente a sua humanização. Nesse sentido, muitos aspectos do processo penal poderiam



ser apontados, mas a audiência de custódia (realizada de maneira adequada) se mostra como uma contribuição especialmente relevante, conforme discutido nesse artigo.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zigmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento; São Paulo: Ed. 34.2010.

BRAGA, Ítalo Farias; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Excesso de prazo nas prisões preventivas: um paradigma temporal nas decisões da 2ª câmara criminal do tribunal de justiça do estado do ceará?**. Revista de política judiciária, gestão e administração da justiça, curitiba, v. 2, n. 2, p. 1-20, dez. 2016.

BRASIL. Congresso nacional. Senado. **Projeto de lei de nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – código do processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. Brasília/df. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em 18 nov. 2018.

BRASIL. Congresso nacional. Senado. **Projeto de lei do senado nº 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. Brasília/df. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 18 nov. 2018.

BRASIL. Congresso nacional. Senado. **Projeto de lei do senado nº 7871 de 2014. Altera o decreto-lei nº 3689, de outubro de 1941, código de processo penal**. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=621520#marcao-conteudo-portal>. Acesso em 18 nov. 2018.

BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Audiência de custódia**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018.

BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Resolução nº 213 e seus protocolos, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Diário eletrônico do conselho nacional de justiça, Brasília-df, nº 01, p. 2-13. 08 jan. 2016.





BRASIL. Conselho nacional do ministério público, sistema prisional em números, 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 3689, de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, CE, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Planalto nacional, 2018. **Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos promulgação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em out. 2018

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. Rev. São paulo: revista dos tribunais, 2010

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **CNJ intima juízes por não realizar audiência de custódia**. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88440-cnj-intima-juizes-por-nao-realizar-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 14 abr. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista liberdades, n 17, 2014, issn 2175-5280. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/22/artigo01.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf). Acesso em: 18 de nov. de 2018.

SILVA, Leandro de Castro. **O réu sem rosto: a importância da audiência de custódia no processo penal sob a ótica da economia comportamental**. 2014. 23 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fgv, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12027/TCC%20-%20O%20R%20C3%A9u%20sem%20Rosto%20-%20Leandro%20de%20Castro%20Silva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2019.

SANTOS, Felipe Rodrigues Nestor. **A audiência de custódia e os impactos na segurança pública no brasil**. Disponível em: [http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos\\_pdf/08\\_audiencia\\_de\\_custodia\\_impactos\\_na\\_seguranca\\_publica\\_brasil.pdf](http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos_pdf/08_audiencia_de_custodia_impactos_na_seguranca_publica_brasil.pdf). Acesso em 18 nov. 2018.







SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto alegre: nória fabris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Desde 1992, a falta de audiência de custódia pode anular condenações?**. Revista consultor jurídico, são paulo, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas> . Acesso em: 18 de nov 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela** . 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.