

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS  
FACULDADE REINALDO RAMOS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**GILIANE MARY DO NASCIMENTO AGUIAR**

**O DELEGADO DE POLÍCIA COMO AUTORIDADE COMPETENTE PARA  
REALIZAR A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Campina Grande – PB

2015

**GILIANE MARY DO NASCIMENTO AGUIAR**

**O DELEGADO DE POLÍCIA COMO AUTORIDADE COMPETENTE PARA  
REALIZAR A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito pela referida instituição.

Orientador (a): Prof. Esp. Francisco Lasley  
Lopes de Almeida

Campina Grande – PB  
2015

---

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI**

---

N244d Nascimento, Giliane Mary do.  
O delegado de polícia como autoridade competente para realizar a audiência de custódia / Giliane Mary do Nascimento. – Campina Grande, 2015. 45 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.  
Orientador: Prof. Esp. Franciscoasley Lopes de Almeida.

1. Direito Processual Penal. 2. Audiência de Custódia. 3. Pacto de San José da Costa Rica. I. Título.

---

CDU 343.1(043)

**GILIANE MARY DO NASCIMENTO AGUIAR**

**O DELEGADO DE POLÍCIA COMO AUTORIDADE COMPETENTE PARA  
REALIZAR A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof.(a) Esp. Francisco lasley Lopes de Almeida**  
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos/CESREI  
(Orientador)

---

**Prof.(a) Dra. Sabrina Correia Medeiros Cavalcante**  
Centro De Educação Superior Reinaldo Ramos/CESREI  
(1º Examinador)

---

**Prof.(a) Esp. Felipe Torres**  
Centro De Educação Superior Reinaldo Ramos/CESREI  
(2º Examinador)

Aos meus pais pelo amor, carinho e  
incentivo por esta conquista.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pela força espiritual para a realização deste trabalho.

A meu orientador Franciscoasley Lopes de Almeida por ter considerado válidos meus questionamentos e se proposto a me ajudar a respondê-los. Admiro e respeito sua coragem, seriedade, dedicação, princípios e inteligência.

Aos meus pais pelo eterno orgulho de nossa caminhada, pelo apoio, compreensão, ajuda e em especial, por todo carinho ao longo deste percurso.

Ao meu esposo, pelo carinho, compreensão e pela grande ajuda.

Aos meus amigos e colegas de cursos, pela cumplicidade, ajuda e amizade.

A todos os professores pelo grande conhecimento compartilhado durante esta caminhada.

Por fim, a todos que contribuíram de alguma forma para que meu sonho tornasse realidade.

“O futuro pertence àqueles que acreditam na beleza de seus sonhos”.

*Eleanor Roosevelt*

## RESUMO

O Art.7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, prevê o direito de todo cidadão ser julgado de forma célere. Para que se cumpra o previsto no artigo supracitado, cada País signatário do Pacto deve criar mecanismos, com o objetivo de garantir ao indivíduo preso ou detido, que a legalidade de sua prisão será analisada sem demora. No Brasil, a fim de normatizar e definir o procedimento a ser seguido na audiência de custódia, foi apresentado pelo Senado Projeto de Lei nº 554/2011. Porém, o projeto prevê que apenas o juiz será competente para realizar a legalidade da prisão do agente preso, na denominada audiência de custódia. O argumento apresentado é que, a competência exclusiva do magistrado para a realização da audiência de custódia se encontra nos termos do Pacto de San José da Costa Rica. Com base neste argumento e no referido Pacto, apresentamos o Delegado de Polícia como autoridade competente para realizar a audiência de custódia, uma vez que o mesmo desde sua origem tem exercido também atividades judiciais.

**Palavras-chave:** Audiência de Custódia. Pacto de San José da Costa Rica. Juiz. Outra autoridade autorizada.

## ABSTRACT

The Art.7, item 5, the Pact of San José, Costa Rica, provides for the right of every citizen to be tried swiftly. In order to comply with the provisions of that article, each Covenant signatory country should create mechanisms in order to guarantee to the person arrested or detained, the legality of the arrest will be reviewed without delay. In Brazil, in order to regulate and define the procedure to be followed in the custody hearing, it was introduced by Senate Bill No. 554/2011. However, the bill provides that only the judge is competent to carry out the legality of the arrest of the arrested agent, named custody hearing. The argument is that the exclusive jurisdiction of the magistrate to carry out the custody hearing is in accordance with the Pact of San José, Costa Rica. Based on this argument, and in the present Covenant, presented the Chief of Police as the competent authority to carry out the custody hearing, since the same since its inception has also exercised judicial activities.

**Keywords:** Custody Hearing. Pact of San José, Costa Rica. Judge. Other authorized authority.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 CAPÍTULO I - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA</b>	
1.1 Conceito e Origem.....	12
1.2 Pacto San José da Costa Rica .....	15
1.3 Ratificação do pacto pelo Brasil.....	19
<b>2 CAPÍTULO II - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554 DE 2011</b>	
2.1 Do que trata o Projeto de Lei Nº 554 de 2011 .....	21
2.2 Objetivos da Audiência de Custódia de acordo com a PL Nº 554/11 .....	25
2.3 Projeto que regulamenta a Audiência de Custódia .....	27
<b>3 CAPÍTULO III - DELEGADO DE POLÍCIA, AUTORIDADE COMPETENTE PARA REALIZAR AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL</b>	
3.1 Evolução do sistema processual penal brasileiro, no que diz respeito à prisão em flagrante.....	33
3.2 Delegado de polícia como primeiro garantidor dos direitos dos presos e sua competência para realizar a audiência de custódia de forma eficaz.....	36
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	44

## INTRODUÇÃO

O conceito de audiência de custódia, é extraído do Artigo 7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, e tem seu sentido ligado ao ato de guarda/proteger, uma vez que o referido pacto, tem por principal objetivo defender os direitos fundamentais do homem. No presente trabalho iremos nos ater ao direito, do preso ter a legalidade de sua prisão averiguada por um juiz ou outra autoridade que a lei permita, bem como se existe necessidade de sua manutenção.

Desde o ano de 2014, acompanhamos noticiais e discussões acerca do tema audiência de custódia, que surge como uma tábua de salvação para resolver superlotação do sistema carcerário do Brasil, é reduzir o alto índice de presos provisórios que passam meses ou anos em cárcere, ou seja, indivíduos que estão presos sem que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Além de ser apresentada como tábua de salvação, a audiência de custódia e apresentada para a grande massa como algo novo para o Brasil, que precisa ser normatizada para entrar em vigência, argumento defendido por muitos doutrinadores e juristas. Mais na realidade está enraizada em nosso sistema processual penal, desde que veio a lume o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, apenas não era essa a terminologia utilizada, porém o procedimento é o mesmo.

Com base no argumento de que é necessária, a normatização do instituto da audiência de custódia, para que o mesmo passe a vigorar no Brasil, o Senado Federal apresentou o Projeto de Lei nº 554/2011, que visa alterar o Art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal.

O referido projeto de lei inspirou o Conselho Nacional de Justiça, por meio de resolução lançar o Projeto Audiência de Custódia em parceria com os Tribunais de Justiça dos Estados (RESOLUÇÃO 213/2015).

Porém, indo ao contrário do previsto nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, o CNJ determinou competência exclusiva dos magistrados, a realização das audiências de custódia em nosso país, não reconhecendo a previsão dos referidos pactos de que o indivíduo preso possa ser levado a presença de outra autoridade autorizada mediante lei a exercer funções sem a reserva da jurisdição, que no caso do Brasil é o Delegado de Polícia.

Com base nesta discussão, objetivamos nos aprofundar no tema a fim de compreendermos de fato o que a audiência representa, sua eficácia e a forma correta de sua aplicação, a luz dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

Assim, o presente estudo teve como fontes a serem analisados, o Pacto de San José da Costa Rica, doutrinas e artigos atinentes ao tema, assim com a Resolução editada pelo CNJ.

O primeiro capítulo tem por objetivo delimitar o conceito de audiência de custódia, explicar seu funcionamento e como a mesma tem sido de forma restrita, realizada no Brasil. Ainda no mesmo capítulo, buscamos explicar a origem e objetivos do Pacto de San José da Costa Rica para em seguida apresentamos como se deu a ratificação do mesmo pelo Brasil.

No segundo capítulo, abordamos o Projeto de Lei do Senado de nº 554/2011. Discutido primeiramente os objetivos da audiência de custódia, segundo o referido projeto, para em seguida explicarmos e questionamos a eficácia do Projeto do CNJ que regulamentou a audiência de custódia nos Estados brasileiros.

No terceiro e último capítulo, iniciamos por uma breve explanação da evolução do sistema processual penal brasileiro, a fim de demonstrar que o Delegado de Polícia ao longo dos anos também exerceu e ainda exerce funções judiciárias, para demonstrarmos que o mesmo segundo o Pacto de San José da Costa Rica, está autorizado por lei a realizar audiência de custódia no Brasil, e que a eficácia da mesma não está restrita a autoridade, mais sim a uma reformulação necessária a ser feita em nosso país, para que de fato a audiência de custódia consiga cumprir com seu objetivo.

## CAPÍTULO 1 - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

### 1.1 CONCEITO E ORIGEM

A audiência de custódia tem fundamento, no direito de todo cidadão retido ou detido ser levando sem demora a presença de um juiz ou outra autoridade, que esteja autorizada por lei a exercer funções judiciais, para que nesta ocasião se averigúe a legalidade, e garantam-se os direitos fundamentais do preso, e seja verificado se há necessidade de se manter a prisão.

Esse instituto tem sua origem e conceito fundamentado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, no Art. 7º, item 5, que determina que:

Art.7º, 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela a lei a exercer funções judiciais e tem direito [...] a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (grifo nosso).

Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu Art.9º, item 03, dispõe que:

Art.9º, item 03. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, a presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá 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 a audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para execução da sentença (grifo nosso).

Ao analisamos os dispositivos supracitados, podemos observar que primeiramente o principal objetivo da audiência de custódia é evitar o encarceramento arbitrário, gerando um crescimento desenfreado da população carcerária dos países signatários, para tanto as autoridades competentes podem busca outras condições, sem que cause prejuízo ao processo para que a prisão preventiva venha a ser a última medida a ser tomada. E o segundo ponto a ser observar, não menos importante, é que para tanto, a mesma não precisa ser

realizada apenas por um juiz, podendo ser também realizada por outra autoridade, que a lei autorize a exercer funções judiciais, que no Brasil especificamente é o Delegado de Polícia. Prerrogativa esta que discutiremos adiante, em capítulo próprio, por hora, iremos nos ater a sua origem, conceito e aplicação.

Entendido seu conceito e origem, devemos observar ainda que a audiência de custódia se baseia em três pilares, que são eles: averiguar a legalidade da prisão, garantir os direitos fundamentais do preso e verificar a necessidade de manutenção da prisão.

No Brasil, podemos observar na prática a averiguação da legalidade da prisão, quando da apresentação do preso em flagrante ao Delegado de Polícia, que é o primeiro a auferir a legalidade do ato prisional, que após avaliar os requisitos de materialidade do crime e os indícios de autoria, declara ser à prisão legal ou não, determinado a lavratura do auto de prisão em flagrante, encaminhado o indivíduo ao cárcere, comunicado ao juiz, ao promotor e ao defensor público, caso o mesmo não tenha advogado constituído no momento da lavratura do auto de prisão.

Como já citado anteriormente, a audiência de custódia busca garantir os direitos fundamentais do preso, averiguando se houve alguma violação do princípio da dignidade humana, assim como do princípio da presunção de inocência, que são princípios basilares de nossa Carta Magna, assim como da Declaração Universal dos Direitos Humanos. E na prática significa garantir que o indivíduo preso tenha o direito de ficar em silêncio, assim como sua integridade física e moral, respeitadas. Significa ainda, que o agente preso deve ter garantido o direito a um advogado ou defensor público, o que em via de regra em nosso ordenamento pátrio já é assegurado pelo o Delegado de Polícia, quando da lavratura do auto de prisão.

No que tange a averiguar a necessidade da manutenção da prisão, o que se espera na audiência de custódia, é ver a prisão preventiva/ provisória como última medida a ser tomada, e não como regra. No Brasil, até o advento da Lei nº 12.403/11, o indivíduo que cometeu infração penal, independente da gravidade da mesma, só tinha duas alternativas para responder a persecução penal do Estado, que seria: preso ou solto. O que na maioria dos casos era aplicada a primeira opção, ou seja, aplicávamos o sistema da bipolaridade das medidas cautelares, e desta forma não conseguíamos cumprir com um dos requisitos basilar da audiência de custódia. Isto porque, na maioria dos casos, a mera soltura do suposto infrator não

parecia solução satisfatória, dada a existência de justificativa cautelar para sua prisão” (FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO, 2015, p.181).

Porém, com o advento da referida lei, o legislador reformulou as regras até então utilizadas “atinentes às medidas cautelares pessoais e ao encarceramento provisório do autor de uma infração penal, incluído novas medidas restritivas de direitos e à liberdade de locomoção” (ALMEIDA; LAMEIRÃO, 2015, p. 163).

Almeida e Lameirão, explicam ainda que:

Com a reformulação do Código de Processo Penal, o art.282 prevê expressamente a exigência do binômio necessidade-adequação para a imposição de medidas cautelares, que deve ser aferida com base nos critérios de garantia de aplicação da lei penal e conveniência da investigação ou instrução criminal (ALMEIDA; LAMEIRÃO, 2015, p.163).

Para Fuller, Junqueira e Machado (2015), a reformulação da feita pela a Lei nº 12.403/2011, “consagra a racionalidade processual, buscado garantir assim que o processo penal, não venha a ser mais gravoso para o agente, do que o fim do processo, com a possível imposição de pena”.

Que segundo lição apresentada por Sanni (2011), abre-se aos operadores de direito um leque de opções, de medidas cautelares a ser aplicadas, que por vezes será suficiente na garantia da persecução penal e no direito do Estado de punir, evitado usar a prisão preventiva como regra, mais sim utilizada às medidas cautelares de acordo com a gravidade do delito, o que desta forma configura a averiguação da necessidade do encarceramento provisório.

Ocorre que mesmo com a reformulação do sistema de medidas cautelares pela a Lei nº 12.403/2011, e tendo o procedimento do auto de prisão em flagrante pelo o Delegado de Polícia, na ordem jurídica interna do Brasil, não existe ato normativo que conceitue a audiência de custódia e suas regras para aplicação, o que diante do exposto não significa que não estejamos cumprindo o previsto no Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que conforme brilhante lição apresentada por Barbosa (2015), a “fase da investigação criminal [...] consolida uma verdadeira audiência de garantia e não de custódia”, o que segundo o mesmo representa uma dupla cautelaridade, uma vez que após o procedimento do auto de prisão em flagrante, o agente ainda terá direito posteriormente a uma audiência perante um juiz.

Ainda segundo Barbosa (2015), com a edição da Lei nº 12.403/2011, o Delegado de Polícia tem a possibilidade de desempenhar seu papel garantista de protetor de direitos fundamentais, uma vez que no Brasil o papel do mesmo não é de garantir uma política criminal (“*Law and order*” - que se trata da política norte americana de tolerância “0”).

## 1.2 PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Ao discorrermos sobre o Pacto de San José da Costa Rica, cabe esclarecermos que não é incomum encontrarmos obras que usam as seguintes nomenclaturas: Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 ou Tratado de San José da Costa Rica, porém ao longo do presente trabalho iremos usar a nomenclatura Pacto de San José da Costa Rica, por ser a utilizada na maioria das vezes, o que ajudará a facilitar na compreensão de futuras pesquisas.

O mesmo segundo lição apresenta por Comparato (2003), leva este nome por ter sido aprovado na Conferência de São José da Costa Rica, que aconteceu no dia 22 de novembro de 1969, “a Convenção reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966” (COMPARATO, 2003, p.220).

O primeiro ponto que precisamos entender, é que o pacto supracitado não origina de um único ato, e sim é fruto de uma série de acontecimentos e encontros internacionais que ocorreram na época. No entanto, podemos destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que pode ser considerada um marco para muitas declarações internacionais, que tem versam sobre a mesma matéria e que produziu seus efeitos diretamente na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Comparato (2003), com o objetivo de facilitar a compreensão sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos ensina que:

Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou assentado que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas. Na primeira, incumbir-lhe-ia elaborar uma declaração de direitos humanos, de acordo com o disposto no artigo 55 da Carta das Nações Unidas1[...] A primeira etapa foi concluída pela Comissão de Direitos Humanos em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro do mesmo ano. A segunda etapa somente se completou em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais2[...] A terceira etapa, consistente na criação de mecanismos capazes de assegurar a universal observância desses direitos, ainda não foi completada (COMPARATO, 2003, p. 135 e 136).

Conforme citado anteriormente, o Pacto de San José da Costa Rica ao ser aprovado em 1969 reproduziu a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, apesar de o mesmo ter em sua essência a preocupação de resguarda os direitos humanos, conforme podemos extrair do Preâmbulo do mesmo:

Preâmbulo. [...] Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos; [...] (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Pacto San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969).

Além de o Pacto de San José da Costa Rica, ter a essência de resguarda os direitos humanos, o mesmo tem nele inserido nele inúmeros outros direitos civis e políticos, tais como:

[...] o direito á personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial (PIOVESAN, 1996, p. 230).

Os direitos acima citados gozam de proteção e são protegidos de forma ativa pela a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela a Corte Interamericana

de Direitos Humanos, órgãos este que foram instituídos e são regulamentados pelo o Pacto de San José da Costa Rica, em seu Art.33 e seguintes.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do Art. 34, é composta por sete (07) membros, que tem entre outras atribuições: solicitar de todos os Estados-Membros, informações a respeito de medidas adotadas em matéria de direitos humanos; apresentar anualmente relatório à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. No entanto, sua principal atribuição/função é promover a observância e a defesa dos direitos humanos.

Os membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são eleitos pela Assembleia Geral da Organização, os mesmos serão escolhidos com base em uma lista de candidatos, que é proposta pelo os Estados-Membros, com mandato com duração de 04(quatro) anos, e poderá ser reeleito 01(uma). Os membros eleitos devem ser pessoas de alta autoridade moral e reconhecido conhecimento em matéria de direitos humanos.

No Art.44, termos a competência para apresentar à Comissão petição em que o conteúdo trate de denúncias ou queixas de violação ao pacto, porém para que a petição seja admitida pela a Comissão, é necessário conter os seguintes requisitos:

Art.46. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Pacto San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por 07(sete) juízes, dentre juristas com a alta autoridade moral e reconhecido conhecimento em matéria de direitos humanos. Com mandatos de duração de 06(seis) anos, e poderão ser reeleitos uma vez, sendo escolhidos por votação secreta e pelo o voto da maioria absoluta, composta pelo os Estados – Partes na Convenção, e da Assembléia – Geral da Organização.

De acordo com o Art.60, apenas os Estados – Partes e a Comissão podem submeter um caso a decisão da Corte, porém só após esgotados os processos previstos nos Arts. 48 a 50.

O Pacto de San José da Costa Rica em seus Arts. 45 e 62 trazem uma clausula facultativa de jurisdição contenciosa, onde para que um país signatário se submeta a jurisdição destes dois órgão (Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos), é necessário que no momento da ratificação ou adesão da Convenção, ou ainda em momento posterior de forma expressa declara sua submissão a este dois órgãos.

O que conforme entendimento de Comparato (2003):

No concernente aos órgãos de fiscalização e julgamento, a Convenção seguiu, de modo geral, o modelo europeu e não o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>10</sup>. Com efeito, ela criou, além de uma Comissão encarregada de investigar fatos de violação de suas normas, também um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cujá jurisdição, no entanto, só é obrigatória para os Estados-Partes que a aceitem expressamente (art. 62, 1º). Todavia, no que diz respeito às denúncias apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção afastou-se do modelo europeu. Como se pode ver do disposto em seu art. 44, ela admitiu a legitimidade de denúncias formuladas à Comissão por "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização (dos Estados Americanos)", sem exigir que o Estado-Parte, apontado como responsável, haja previamente reconhecido a competência investigativa da Comissão, tal como estatuído na Convenção Européia (art. 25). Em sentido contrário, seguindo o Pacto de 1966 e não a Convenção Européia, a Convenção Americana submete à prévia exigência do reconhecimento da competência da Comissão o exame, por esta, de "comunicações em que um Estado-Parte alegue haver outro Estado-Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção" (art. 45, 1º) (COMPARATO, 2003, p.223 e 224).

### 1.3 RATIFICAÇÃO DO PACTO PELO BRASIL

O Pacto de San José da Costa Rica conforme visto anteriormente foi aprovado em 22 de novembro de 1969, porém entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, nos termos do Art. 74, na forma do segundo parágrafo:

Art. 74. 2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Pacto San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969).

Em 25 de setembro de 1992, o governo brasileiro depositou a Carta de Adesão, aprovada pelo o Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo o Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. No entanto conforme nos explica Comparato (2003):

O Brasil aderiu à Convenção por ato de 25-9-1992, ressaltando, no entanto a cláusula facultativa do art. 45, 1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações impostas pela Convenção, bem como a cláusula facultativa do art. 62, 1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro do mesmo ano (COMPARATO, 2003, p.220).

Ainda de acordo com lição extraída da obra de Comparato (2003):

O Brasil aderiu à Convenção por ato de 25-9-1992, ressaltando, no entanto a cláusula facultativa do art. 45, 1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações impostas pela Convenção, bem como a cláusula facultativa do art. 62, 1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro do mesmo ano (COMPARATO, 2003, p.220).

Após esta breve explanação sobre o panorama histórico do Pacto de San José da Costa Rica, iremos nos ater agora na sua importância no que se refere ao

projeto de lei que visa normativa a audiência de custódia, e em como ordenamento processual penal brasileiro se trata os direitos do agente detido ou retido, pontos estes que iremos apresentar nos capítulos seguintes.

## **CAPÍTULO II - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554 DE 2011**

### **2.1 DO QUE TRATA O PROJETO LEI Nº 554 DE 2011**

O projeto de Lei do Senado nº 554/11, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), visa normatizar e regular a audiência de custódia no Brasil, diante de legislação brasileira versando sobre o tema para cumprir com a previsão do Art.07, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica.

Art.7 (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora a presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela a lei a exercer funções judiciais e tem direito [...] 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 (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Pacto San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969).

Um dos argumentos da proposta legislativa é de que, com a normatização da audiência de custódia, o Brasil estaria corrigido uma grave lacuna existente há anos no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o país aderiu ao referido pacto em 1992, por meio do Decreto nº 592/92 e do decreto nº 678/92, porém não normatizou ou regulou o previsto no artigo supracitado.

Porém, sabemos que os tratados internacionais de direitos humanos não necessitam de implemento normativa interno, pois os mesmos estão abaixo apenas de nossa Carta Magna. No entanto, conforme argumentos apresentados por Jr e Paiva (2014), o projeto de Lei 554/11, deve ser visto como avanço no sistema penal brasileiro.

Porém, sabemos que os tratados internacionais de direitos humanos não necessitam de implemento normativa interno, pois os mesmos estão abaixo apenas de nossa Carta Magna. No entanto, conforme argumentos apresentados por Jr e Paiva (2014), o projeto de Lei 554/11, deve ser visto como avanço no sistema penal brasileiro.

Embora os tratados internacionais de Direitos Humanos que asseguram o direito à audiência de custódia não necessitem, conforme visto anteriormente, de implemento de normativo interno algum, não se pode olvidar que a edição da lei exerce um papel fundamental na promoção do direito, principalmente no caso da audiência de custódia, cuja previsão normativa naqueles tratados deixa em aberto à definição de algumas características do instituto. Justamente por isso, aliás, que vemos como uma medida absolutamente salutar o Projeto de Lei do Senado 554/11 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, cujo conteúdo veio, depois, a ser substituído pela a emenda do Senador João Capibaribe, a qual, aprovada na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH). (LOPES JR, PAIVA, 2014).

Com a proposta legislativa inicial, o Art.306, § 1º, do Código de Processo Penal passaria a conter a seguinte redação:

Art. 306 [...] § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (PL nº 554/11).

Conforme citado anteriormente, o projeto foi aprovado pela a Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), com o conteúdo alterado por emenda do Senador João Capibaribe, com a seguinte redação:

Art. 306 [...] § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos 2 fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na de membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código (PL nº 554/ 11).

Após a proposta ser aprovada, nos termos da emenda supracitada, quando submetida à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o Senador Francisco Dornelles, apresentou ementa, acrescentado ao Art. 306, §1º, do Código de Processo Penal, a seguinte redação:

Art.306. [...] §1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença de um juiz competente, **pessoalmente ou pelo o sistema de videoconferência**, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a defensoria pública. (PL nº 554/11) (grifo nosso)

O senador ao propor tal emenda, argumentou que o sistema de videoconferência na audiência de custódia, iria diminuir a circulação de presos pelas cidades brasileiras e evitariam custos com o transporte dos mesmos, fora que estaria de acordo com o Código de Processo Penal, que já prevê a realização de atos processuais por meio de videoconferência, desde o ano de 2009, que não iria interferir no contanto do preso com o magistrado.

A nosso ver, tal trecho não teria cabimento uma vez que, o próprio pacto determina que o indivíduo ao ser preso, deve ser levando a presença do juiz ou outra autoridade com competência para realizar a audiência. Até porque o objetivo da audiência de custódia é analisar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, entre outras. Ao contrário do previsto no Art.185, do Código de Processo Penal, que se trata de uma audiência em momento posterior ao da verificação da necessidade de manutenção de prisão, e de se existe indícios de autoria do crime que está sendo imputado ao acusado, além do, mas conforme podemos verificar não se trata de uma regra e si de uma exceção:

Art. 185 [...] § 1º o interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do ministério público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400 411 e 531 deste código.

§ 5º em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso.

§ 6º a sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corretores e pelo juiz de cada causa, como também pelo ministério público e pela ordem dos advogados do Brasil.

§ 7º será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor." (Nr).

Tal ementa proposta pelo o Senador Francisco Dornelles, foi rejeitada sob os argumentos de que, a audiência de custódia através do sistema de videoconferência feria os objetivos da mesma, uma vez que, segundo os argumentos de quem defende que a mesma deve ser realizada apenas por magistrados, a presença física do acusado é para prevenir a ocorrência de maus tratos e apurar se houve outras arbitrariedades cometidas no momento da prisão

## **2.2 OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DE ACORDO COM A PL Nº 554/11**

Conforme explanação anterior, o PL nº 554/11, visa normatizar o instituto da audiência de custódia, uma vez que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, a mais de duas décadas, e diferentes de países como: Argentina, Chile, México e Colômbia, que além de terem ratificado o referido pacto, já preveem em seu ordenamento penal, a apresentação do agente preso no prazo máximo de 24 horas, a autoridade competente para analisar a legalidade da prisão, bem como a necessidade de sua manutenção, nunca ajustou seu ordenamento jurídico para ficar em conformidade com as regras do mesmo.

De acordo com dados apresentados pelo o CNJ no ano de 2015, o Brasil tem a terceira maior população de presos no mundo, um total de 711.463 presos, sendo 41% destes, presos provisórios, aguardando por uma sentença penal condenatória ou absolvição, que segundo lição apresentada por Barbosa (2015), tem sua explicação em “um sistema penal seletista, punitivista e autoritarista”.

O que se espera primeiramente com a PL nº 554/11, é que esta população carcerária diminua, já que se busca com a mesma aplicar o princípio da excepcionalidade, onde de acordo com o mesmo a prisão preventiva deve ser a última punição a ser aplicada:

[...] a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituído um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a última ratio do sistema, reservadas para casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam (LOPES JR, 2014, p.817).

E esta redução, de acordo com alguns doutrinadores e juristas, se dará pelo o fato de ultrapassa a fronteira do papel, existente entre o juiz e o preso, conforme aponta Lopes Jr e Paiva:

Confia-se, também a audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no artigo 306, parágrafo 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado (LOPES JR, PAIVA, 2014, p.13).

Acreditam os defensores da competência exclusiva do juiz de realizar as audiências de custódia, que o fato de estar frente a frente magistrado e preso, a análise do mesmo deixará de ser fria, para uma análise humanizada, que levará a redução no número de presos provisório no Brasil, o que nos tiraria deste vergonhoso terceiro lugar, de maior população carcerária no mundo.

Mais até onde podemos considerar que uma audiência realizada pelo o magistrado, que terá a duração de 15 (quinze) minutos, será mais eficaz do que o auto de prisão em flagrante realizado pelo o Delegado de Polícia, pelo o simples fato de estar preso e juiz frente a frente?

Para Costa, “[...] não será uma audiência meramente formal e perfunctória, durante 15 minutos, que substituirá a análise profunda que embasa o auto de prisão em flagrante, que dura não menos do que três horas média” (COSTA, 2015, p. 126).

A diante discutiremos esta eficácia, de acordo com dados obtidos com o projeto audiência de custódia, dados oficiais apresentados pelo o CNJ, referente ao ano de 2015.

Porém o nosso entendimento é que a audiência de custódia nos moldes apresentadas, não passara de uma mera formalidade, conforme lição abaixo:

A audiência de custódia só faz sentido quando a autoridade que a preside a faz de modo integral, ouvindo não só o conduzido, mas adentrando ao mérito das provas apresentadas e levando em consideração o que a vítima e as testemunhas têm à dizer sobre o fato. Caso contrário, tudo não passará de uma formalidade cara e sem sentido, numa sociedade que já não suporta mais arcar com o custo de uma máquina pública morosa e ineficiente (COSTA, 2015, p. 127).

Espera-se ainda, que com apresentação do agente preso no prazo de até 24 horas ao juiz, será evitado os atos de tratamento desumano e degradante contra o mesmo, durante os interrogatórios policiais, conforme explicação apresentada por PAIVA:

[...] a medida pode contribuir para a redução da tortura policial num dos momentos mais emblemáticos para a integridade física do cidadão, o qual corresponde às primeiras horas após a prisão, quando o cidadão fica absolutamente fora de custódia, sem proteção alguma diante de (provável) violência policial (PAIVA, 2015, p.37).

E por fim, se espera com a PL nº 554/11, que se evitem as prisões ilegais. Que conforme juristas e doutrinadores, que defendem veementemente o juiz como o único com competência para realizar as audiências de custódia, que para evitar constrangimentos aos cidadãos em face de uma prisão ilegal, é necessário a análise minuciosa do magistrado, quanto aos motivos que levaram a prisão, onde segundo os mesmos, ficar mais difícil esta análise, apenas com base no auto de prisão em flagrante, o que segundo os mesmos refletem apenas a visão do Delegado de Polícia.

E ai, não há como não questionamos como o magistrado fará tal análise minuciosa da legalidade da prisão, durante audiência de custódia.

Lembrando que, o procedimento do auto de prisão em flagrante consiste em o Delegado de Polícia, verificar se realmente existem indícios de autoria do crime. E esta análise, será feita analisado as provas, ouvindo testemunhas e quando houver, ouvindo a vítima, bem como ouvindo o preso e seu condutor.

### **2.3 PROJETO QUE REGULAMENTA A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Em 02 de fevereiro de 2015, o ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Conselho nacional de Justiça (CNJ), lançou o projeto audiência de custódia durante a abertura do ano Judiciário no Tribunal de Justiça de São Paulo.

O projeto consiste em apresenta ao juiz no prazo de até 24 horas, todos os presos em flagrante, para que o magistrado averígue a legalidade da prisão, ou se existe a necessidade de manutenção da mesma, ou se é possível a aplicação de medida cautelar, diferente de prisão, de acordo com a Resolução nº 213/2015 do CNJ.

O projeto piloto foi lançado no dia 24 de fevereiro de 2015, e na ocasião foram realizadas 25 (vinte e cinco) audiências, e destas 17 foram concedidas liberdade provisória, número de liberdades provisórias concedidas mediante ou não medida diversa de prisão, interessante para o primeiro dia. Porém para analisamos, sua eficácia de fato temos que nos ater, a um número maior de audiências realizadas, e ao verificamos, os dados fornecidos pelo o próprio CNJ, no período de 24/02/2015 a 13/10/2015, constatamos que de 10.316 (dez mil trezentos e dezesseis) audiências

de custódia realizadas no Estado de São Paulo, em 5.795(cinco mil setecentos e noventa e cinco) casos, o magistrado optou pela aplicação da prisão preventiva, o que pasme, representa 56,17% de presos provisórios.

Com tal informação, nos questionamos mais uma vez, será que realmente o fato de esta magistrado e preso frente a frente, fará com que a população carcerária do Brasil irá diminuir?

Mais ainda, há quem possa argumenta que tiramos conclusões com base em apenas um Estado, seria precipitado, por esta razão nos parágrafos seguintes apresentaremos dados de outros Estados, igualmente divulgados pelo o CNJ, em sua página oficial, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>.

Em 22 de maio de 2015, foi a vez do Estado do Espírito Santo de aderir ao projeto, e da data de adesão até o dia 13 de outubro de 2015, foram realizadas 2.691 (dois mil seiscentos e noventa e um) audiências, onde 1.375(um mil trezentos e setenta e cinco) tiveram a prisão preventiva decretada, o que equivale a 51,1%. Já de liberdade provisória decreta foram, 1.316 (um mil trezentos e dezesseis), que representa 48,9%.

Em 22 de junho de 2015, o Estado do Maranhão aderiu ao modelo nacional da audiência de custódia, idealizado pelo o CNJ. O Estado desde 2010, já desenvolvia projeto semelhante, o diferencial é que não existia o chamado “escopo restaurativo”. E neste caso os dados, apresentados pelo o CNJ quanto ao projeto no estado, vão do período de outubro/2014 á 14 de outubro de 2015, onde foram realizadas 931(novecentas e trinta e uma) audiências, e destas 470 (quatrocentos e setenta), tiveram a prisão provisória decretada, ou seja, 50,48%. Enquanto 461(quatrocentos e sessenta e um) casos tiveram a liberdade provisória concedida, o que significa 49,52% dos presos.

Em 14 de agosto de 2015, na Paraíba foi lançado o projeto audiência de custódia. E até o dia 14 de outubro de 2015, foram realizadas 412 (quatrocentos e doze) audiências, onde destas 213(duzentos e treze) cominarão na prisão provisória, representado 51,7%, e em 199 (cento e noventa e nove) casos, foi determinado a liberdade provisória.

Em 21 de agosto de 2105, é a vez do Estado do Ceará lançar o projeto audiência de custódia, e até a data de 13 de outubro de 2015, foram realizadas 588

(quinhentos e oitenta e oito), das quais 318 (trezentos e dezoito) permaneceram presos provisoriamente, representado 54,08%, e 270(duzentos e setenta), tiveram a liberdade provisória decretada, ou seja, 45,92%.

E mais uma vez, nos questionamos quanto a eficácia da audiência de custódia, se realmente só poderá atingir seus objetivos, se realizada por uma magistrado. Se os moldes atuais da mesma serão suficientes para diminuir a população carcerária e evitar a disseminação da tortura.

Terá defensores dos atuais moldes da audiência de custódia no Brasil, que irão alegar que a Estados em que o número de liberdade provisória é superior ao da aplicação da prisão preventiva. Não discordamos. É verdade que em alguns Estados brasileiros houve esta inversão, porém ao analisamos tais dados, é salutar observamos o número de audiências realizada em um determinado período. Para tanto, iremos citar os dados de 03 (três) Estados onde ocorreu essa inversão, para exemplificar o que estamos questionado.

No Estado de Roraima, o projeto foi lançado em 04 de setembro de 2015, e até 13 de outubro de 2015, foram realizadas 76(setenta e seis) audiências. Note-se que foi pouco mais que um mês, e que não chegou a ser ao menos 100 (cem) audiências realizadas. Diante desta situação, temos 26(vinte e seis) prisões provisórias, ou seja, 34,21%. E 50 (cinquenta), que representa 65,79% de casos em que foi decretada a liberdade provisória.

No Estado do Amapá, o período de análise é do dia 25 de outubro de 2015 (data de início do projeto), a 13 de outubro de 2015. No período informado foram realizadas 82 (oitenta e duas) audiências, e destas, 19 (dezenove) foram mantidas a prisão preventiva, estamos diante de 23,17%. Em 76,83%, ou seja, 63(sessenta e três) casos foi decretado à liberdade provisória.

Por fim, temos o Estado de Tocantins, onde o projeto foi lançado em 10 de agosto de 2015, e até o dia 13 de outubro de 2015, foram realizadas 99 (noventa e nove) audiências, e das mesma em 39 (trinta e nove) casos foi mantida a prisão preventiva, enquanto os outros 60 casos foi decretada a liberdade provisória. O que representa 60,61% contra 39,39%.

Estes dados podem nos induzir ao erro, de achamos que o projeto está sendo eficaz e que o problema, está em que o número de crimes estão centralizados nos Estados onde a população carcerária provisória não diminuiu. Porém basta, observa os dados do Estado de São Paulo, entre outros. Quando maior o número de

audiências realizadas, maior o número de casos em que a prisão preventiva é a primeira alternativa a ser utilizada.

Não estamos aqui tento atingir a figura do juiz, mais questiona os moldes para a audiência de custódia, apresentado pelo o CNJ. Se “o modelo proposto configura a audiência como um ato estritamente jurisdicional e não um direito subjetivo do imputado a uma audiência de garantia de restabelecimento de sua liberdade” (BARBOSA, 2015, p. 161, grifo do autor).

No entanto, “não é novidade que o Poder Judiciário sofre sem condições de dar vazão ao elevado estoque de processos criminais, que tramitam interminavelmente nas varas de todo o país” (COSTA, 2015, p. 126).

E isso ocorre porque estamos diante de um sistema caótico, onde segundo Barbosa (apud MOLINA, 2015, p.162) se “[...] tem prendido muito como consequência de uma política criminal seletiva de perspectiva interacionista, tendo como cliente uma massa populacional pobre [...]”.

Temos ai, a superlotação carcerária somando a falta de pessoal no Poder Judiciário, onde se exige medidas para que ocorra o desencarceramento, medidas estas que não são fiscalizadas e que acaba gerado reincidência, o que impossibilita o Poder Judiciário de dar uma resposta à altura, ao cidadão trabalhador que já está cansado de ser vítima desta onda de crimes que crescer em nosso país.

Então não é culpa do Poder Judiciário, não conseguir reduzir tais índices. Porque o problema da superpopulação carcerário no Brasil, não está na falta de lei que regule como se proceder quando da prisão de um cidadão, e sim nos meios para a realização deste procedimento.

E por esta razão, voltamos a questionar a eficácia da audiência de custódia realizada exclusivamente por um magistrado, que dentro de 15 minutos tem que averiguar se a prisão é legal, e se existe possibilidade de aplicar medida cautelar diversa de prisão. Temos que questionar se tal modelo realmente tem sentido, quando “juízes que deveriam estar concentrados em dar vazão ao processos já existentes serão remanejados para exerce função para a qual já existe uma autoridade autorizada por lei e preparada para a atividade” (COSTA, 2015, p.127).

Costa argumenta ainda que:

A audiência de custódia só faz sentido quando a autoridade que a preside a faz de modo integral, ouvindo não só o conduzido, mas adentrado ao mérito das provas apresentadas e levando em consideração o que a vítima e as testemunhas têm a dizer sobre o fato (COSTA, 2015, p. 127).

O projeto audiência de custódia infelizmente nos moldes atuais irá agravar ainda mais o problema, isso porque a mesma está sendo instituída mediante uma interpretação distorcida do Art.7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica.

Ao observarmos o artigo mencionado, o mesmo não restringe ao juiz competência para decidir pela a manutenção ou não da prisão. E ao analisamos nosso sistema processual penal, é possível percebermos que o sistema adotado pelo o Brasil é ainda mais garantista que a proposta da audiência de custódia.

O que precisamos na realidade é atualizar o sistema utilizado atualmente, expandido as prerrogativas do Delegado de Polícia. Conforme visto ao logo deste trabalho, o nosso problema não é a falta de leis para normatizar o previsto no pacto, até porque os pactos que tratam de direitos humanos, não necessitam de implemento normativo interno, por estarem abaixo apenas de nossa Constituição Federal. Na realidade estamos diante de um sistema ultrapassado.

Neste sentido, o Desembargador José Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em entrevista ao jornal O Estado de São Paulo, explicou:

A gente tem um modelo ultrapassado de justiça criminal. Veja a França, que tem uma carreira só. Ali, o que seria o nosso delegado, eles chamam lá de petit judge, é o sujeito que faz o inquérito. O inquérito já é processo, já tem contraditório. Terminou o inquérito, outro juiz sentencia. Aqui, nós fazemos o inquérito no papel, depois de não sei quanto tempo, se esse inquérito virar ação penal, você vai intimar testemunha, que dois anos atrás, não sei quando, ela viu o fato. Aí chega lá, conforme o juiz, ele diz assim. Eu estou lendo que a senhora falou no inquérito, então preste bem atenção no que a senhora vai falar. Porque se não coincidir quero saber se a senhora mentiu lá ou está mentido aqui. Veja o Carandiru. 23 anos! As pessoas não são mais as mesmas. A gente precisaria transformar o delegado no petit judge francês, no juiz de instrução. Terminaria o inquérito, promotor edita a denúncia e já foi. A prova já está ali, colhida. O juiz já sentencia, já ganharia um tempo. A sensação de impunidade é pela nossa burocracia. Você mexer nas estruturas, no corporativismo, na inércia que é uma lei muito grande, é difícil de mudar (COSTA, apud, NALINI, 2015, p. 127)

Opinião semelhante tem Ricardo Balestri:

Deslocamento dos Delegados para o Poder Judiciário, como Juízes de Instrução (trabalho que já fazem, de fato, mas sem empoderamento e consequência). Isso renovaria as possibilidades de melhoria de um Judiciário hoje inapetente para as demandas sociais, despreparado, inadequado e desconstituído para a coleta direta de informações e provas e daria um sentido ao, também, hoje deslocado trabalho (na polícia) do segmento dos delegados (inclusive dos bons delegados, que se esforçam por melhores índices, em um sistema desprovido de adequação para isso). Os delegados no Brasil são espécie de juízes de instrução sem poder real que trabalham em algo como um sistema de ensaio e pantomima. Por isso, defendi que os delegados deveriam passar ao poder judiciário e tornarem-se juízes de instrução de fato e de direito (talvez aproveitando-se alguma inspiração do modelo italiano), onde então seus conhecimentos jurídicos passariam a ter real valor. Poderiam, dessa forma, também levar um sopro de competência a um poder judiciário moroso, desacreditado, insuficiente e inapetente para a vida concreta. As policias deveriam ficar reservadas exclusivamente à ostensividade, mediação social e prevenção, inteligência, registro simplificado e rigorosa investigação, e ter formação acadêmica própria á essas atividades (COSTA, apud BALESTRERI, 2015, p.128)

Nosso entendimento, é de que o Delegado de Polícia no Brasil já atua como um garantidor de direitos, e portanto tem atributos para assumir tal competência e realizar de forma eficaz. No capítulo seguinte do presente trabalho, iremos apresentar os argumentos em que se apoia esta opinião, que é a de diversos juristas.

## CAPÍTULO III - DELEGADO DE POLÍCIA, AUTORIDADE COMPETENTE PARA REALIZAR AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

### 3.1 EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO, NO QUE DIZ RESPEITO À PRISÃO EM FLAGRANTE

Conforme visto anteriormente, a PL nº 554/2011, tem o objetivo de normatizar a audiência de custódia no Brasil, cumprindo assim com o previsto no Art. 7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, que para alguns doutrinadores e juristas tem sido descumprido sistematicamente, o que entendemos ser um dos equívocos que fundamentam a mesma.

Falar que o Brasil em seu sistema processual penal, no que tange a prisão em flagrante, não cumpriu e não cumpriu com a previsão de conduzir “toda pessoa detida ou retida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela a lei a exercer funções judiciais” (Pacto San José da Costa Rica, Art.7, Item 5), significa desconhecer a história do processo penal brasileiro quanto ao assunto.

De acordo com lição apresentada por Costa.

Regressado no tempo, o primeiro Código de Processo Penal do Brasil veio a lume por meio da Lei de 29 de novembro de 1832, com característica notadamente liberal e inspirada no então recente Código Penal de 1830, prevendo que o juiz de paz como figura central do sistema criminal, o qual era escolhido por meio de sistema eletivo (art.10) e concentrava funções policiais e judiciais.

Dentre as atribuições dos juizes de paz estava a de apurar as infrações, proceder à formação do corpo de delito, conceder fiança e até mesmo julgar alguns processos criminais.

Destaca-se que o vetusto Código de Processo Penal do Império já trazia disposições acerca do que denominava “prisão sem culpa formada, e que póde ser executada sem ordem escripta”, prevendo, em seu art. 132 e 133, o seguinte:

Art.131.Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo o clamor público. Os que forem presos entender – se – hão presos em flagrante delicto.

Art.132.Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as argüições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado (COSTA, 2015, p. 116 e 117, grifo nosso).

Como podemos observa, o nosso primeiro Código de Processo Penal, já nos trazia o previsto nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como o modelo proposto atualmente para a realização da audiência de custódia.

Interessante notar também, que desde desta época essas funções foram delegadas às autoridades policiais.

A primeira reforma do Código de Processo Penal do Império ocorreu por meio da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, que promoveu uma mudança importante no sentido de criar o cargo de Chefe de Polícia [...] Com a reforma processual de 1841, **muitas atribuições dos juizes de paz foram delegadas aos recém criados Chefes de Polícia e seus delegados, tais como apurar infrações penais, expedir mandados de busca e apreensão e arbitrar fianças**, como se depreender do art.4º da referida Lei [...] Dentre as atribuições dos Chefes de Polícia e delegados destacavam – se também a função de julgar os crimes previstos no § 7º do art. 12 do Código de Processo Penal (de 1832) [...] A par da função de julgar, **os delegados também exerciam funções típicas de instrução, promovendo a apuração e pronunciando os réus em certos tipos de crimes** [...] ( COSTA, 2015, p. 117 e 118, grifo nosso)

Importante frisa que as decisões tomadas pelos os delegados estavam sujeitas a recursos, ou seja, a mesma estava sujeita a ser reformada por um juiz de paz, o que nos colocar diante do sistema de dupla cautelaridade, que conforme discutiremos adiante, atualmente ainda são realizados.

Em 20 de setembro de 1871, o Código de Processo Penal passa por nova reforma, que retira dos Chefes de Polícia e seus delegados a prerrogativa de julgar, porém, mantém a função típica de juiz de instrução e as de autoridade policial, ou seja, mantém funções de natureza judiciais ainda delegadas aos mesmos, e cria o inquérito policial.

Por fim, chegamos ao Código de Processo Penal de 1941, nosso atual código, que conforme podemos verificar abaixo, determina que:

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

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas

Ao comparamos o primeiro Código de Processo Penal, com todas as reformas que o mesmo teve e com o código vigente, chegaremos a conclusão, que o previsto no Art. 7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, sempre esteve previsto no nosso sistema processual penal, no que diz respeito a prisão em flagrante, não tendo descumprindo com o previsto pelo o pacto.

A fórmula do atual código é praticamente a mesma do Código de Processo Penal de 1832, com a alteração dada pela a Lei 2.033, de 1871, que conferem funções próprias das autoridades judiciárias aos delegados de polícia desde aquela época.[...] no ano de 1969, em que foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos ( Pacto de São José da Costa Rica) – CADH, já vigora no Brasil o atual Código de Processo Penal, cujo art. 304, acima transcrito, incumbiu à autoridade de polícia judiciária ( delegado de polícia) o conhecimento imediato da prisão em flagrante e o exercício do primeiro controle de legalidade, que se reveste do próprio conceito de audiência de custódia ( COSTA, 2015, p.121).

Como base na evolução do sistema penal brasileiro, no que concerne a prisão em flagrante, apresentada acima, é possível apontamos dois equívocos que a atual proposta de audiência de custódia cometem.

Primeiramente conforme afirma Costa:

[...] a lavratura do auto de prisão em flagrante corresponde inteiramente à idéia de audiência de custódia, visto que desde o nascedouro, há quase duzentos anos, no primeiro Código de Processo Penal brasileiro, já havia a exigência de apresentação de toda pessoa presa a uma autoridade com funções judiciárias (COSTA, 2015, p. 121).

O segundo equívoco é quanto à competência para a realização da audiência de custódia, que no atual molde é exclusiva do juiz, porém de acordo com interpretação literal do art.7, item 5, da CADH, a competência é do juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

Neste sentido afirma Barbosa:

[...] o que a ONU e Corte IDH é que os países signatários dos tratados e convenções sobre direitos humanos, segundo a normatização do sistema de proteção aos direitos humanos, em especial do detido, é que seja levado **perante alguém que tenha conhecimento jurídico** para poder decidir sobre a legalidade de sua prisão (BARBOSA, 2015, p. 171).

Ainda sobre a competência para a realização da audiência de custódia, Costa afirma que “sequer seria necessário tanto esforço para se concluir o óbvio, visto que a mera interpretação literal dos tratados internacionais deixa evidente a inexistência de obrigatoriedade de apresentação de todos os detidos exclusivamente ao juiz” (COSTA, 2015, p. 122).

Ainda seguindo a mesma linha de raciocínio, dispõe o princípio 11, de documento das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em titulado de Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão de 1988:

Princípio 11

1.Ninguém será mantido em detenção sem ter a possibilidade efetiva de ser ouvido prontamente **por uma autoridade judiciária ou outra autoridade**. A pessoa detida tem o direito de se defender ou de ser assistida por um advogado nos termos da lei.

3.A autoridade judiciária **ou outra autoridade** devem ter poderes para apreciar, se tal se justificar, a manutenção da detenção (BARBOSA, apud, Site do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2015, p.172, grifo nosso).

Neste viés, afirma Sanni:

Percebe-se, pois, que o Delegado de Polícia, preenche perfeitamente esses requisitos [...] possuem independências funcional (garantida pela a Lei 12.830/13 e por diversas constituições estaduais) e ademais, tem competência (leia-se: atribuição legal) para presidir o auto de prisão em flagrante, instrumento apto para restringir, ainda de maneira precária, a liberdade de locomoção do conduzido. Destaca-se, ainda, que, no momento da prisão em flagrante, a Autoridade Policial deve analisar todo contorno jurídico do fato, o que só pode ser feito por um agente com formação jurídica (SANNI, 2015, p. 01

### **3.2 DELEGADO DE POLÍCIA O PRIMEIRO GARANTIDOR DOS DIREITOS DOS PRESOS E SUA COMPETÊNCIA PARA REALIZAR A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DE FORMA EFICAZ**

Ao editar a Resolução nº213/2015, o CNJ não incluiu a figura do Delegado de Polícia como agente competente para realizar audiência de custódia no Brasil, determinou que tal competência é exclusiva dos magistrados.

Os argumentos apresentados são de que a realização por parte dos magistrados evitaria que o cidadão preso sofresse algum tipo de tratamento degradante ou desumano (leia-se tortura), conforme afirma Canineu.

O risco de maus-tratos é frequentemente maior durante os primeiros momentos que seguem a detenção quando a polícia questiona o suspeito. Esse atraso torna os detentos mais vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus tratos cometidos por policiais abusivos. (BARBOSA, apud, CANINEU, 2015, p.162).

Ao determinarem competência exclusiva ao juiz, para realizar a audiência de custódia, alegam que ainda, que é o contato direto do juiz com o preso que irá reduzir a superlotação carcerária, por neste contato de 15 minutos o juiz realizar uma análise humanizada de cada caso levando até sua presença.

Tratam como se apenas o contato frente a frente preso e magistrado, seria eficiente para que o mesmo opta-se por medidas cautelares diversas de prisão, como se o auto de prisão em flagrante previsto no Art.306, §1º, do Código de Processo Penal, não apresenta-se insumos para que os juízos optassem por outra medida se não a prisão preventiva.

Porém, conforme dados apresentados anteriormente, o projeto não tem cumprindo com seu objetivo que é reduzir a população carcerária, uma vez que das audiências realizadas pelos os magistrados, mais da metade tem sua prisão preventiva mantida. E isto ocorre porque, durante porque 15 minutos que o magistrado tem para analisar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, não são suficientes para que se realize tal análise.

Na realidade, tal interpretação distorcida do Art.7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, “nada mais se torna do que mero suplício ao criminoso, como forma de submissão e demonstração de poder” (BARBOSA, 2015, p.164).

Barbosa explica que:

Atribuir somente ao ator judiciário como único órgão efetivador do alcance jurídico e político da eficácia do princípio pro homine é engessar a eficácia dos direitos humanos fundamentais, e criar uma interpretação “nacionalista” e não “inter- cortes”, como já ocorre nas Cortes Supremas da Costa Rica, Bolívia, República Dominicana, Peru, Colômbia e Argentina (BARBOSA, 2015, p.171).

Ao analisamos o sistema processual penal brasileiro, é possível perceber que o Delegado é o primeiro garantidor dos direitos do preso, uma vez que o delegado de polícia é a primeira autoridade a ter contato com o preso, o que faz com que o mesmo tenha insumos para averiguar sua legalidade e necessidade de manutenção de prisão, ou liberação mediante aplicação de medidas cautelares.

Além do mais o referido pacto não determina exclusividade do magistrado para tal competência, até por que, “o conceito de autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais está, pois, adstrito as características que envolvem a função por elas exercida [...] (COSTA, 2015, p.124).

Tais características são possíveis extrair da Resolução nº 43/73, da Assembleia Geral, de 09 de dezembro de 1988, para definição da expressão “outra autoridade estabelecida nos termos da lei cujo estatuto e mandato ofereçam as mais solidas garantias de competência, imparcialidade e independência” (Resolução 43/73).

Neste sentido, Sanni afirma que o Delegado de Polícia é esta autoridade a qual o pacto se refere, vejamos:

[...] o Delegado de Polícia preenche perfeitamente esses requisitos, vez que é uma autoridade imparcial, sem qualquer interesse no processo posterior, comprometido apenas com a busca de uma verdade possível dentro da investigação criminal, produzindo, não raro, provas e elementos de informação que favoreçam o investigado (SANNI, 2015, p. 01).

Seguindo este mesmo viés, Garcia nos ensina que:

É possível citar diversos outros dispositivos legais que habilitam o delegado de polícia a exercer tais funções. Basta notar o ingresso no cargo de delegado de polícia, possui requisitos semelhantes aos exigidos pela a Constituição Federal para o ingresso na magistratura, nos termos da Lei nº 9.266/96, alterada pela a Lei nº 13.047/2014. Em razão de suas funções, definidas por lei como de natureza jurídica e privativas de bacharel em direito, o delegado goza de estabilidade funcional decorrentes do exercício de cargo público essencial e exclusivo de Estado, sendo – lhe deferidas garantias que conferem segurança jurídica para atuar com imparcialidade e autonomia (GARCIA, 2015, p. 04).

Os defensores dos atuais moldes da audiência de custódia no Brasil, alegam ainda tal medida foi necessária por esta nosso país a descumprir de forma sistemática o previsto no Art.7, item 5, da CADH, violado os direitos humanos.

O que a nosso ver, tal argumento não deve ser acolhido, conforme voto do Desembargador Guilherme de Souza Nucci, nos autos do HC 2016152-70.2015.8.26.0000, entendimento este acatado por unanimidade na 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, disponibilizado no DJE 1889, de 21.05.2015, vejamos:

[...] quando à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art.7º,5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida de vê ser conduzida, sem demora a presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui autoridade a função de receber e ratificar ordem de prisão em flagrante.

Assim, in concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante (COSTA, apud, NUCCI, 2015, p.124).

Segundo Barbosa (2015), o fator de outra autoridade realizar audiência de custódia, quando autorizada por lei não viola os direitos humanos e satisfaz o previsto nos pactos internacionais de direitos humanos, segundo o mesmo o que viola os direitos humanos é:

[...] a lei impedir que a outra autoridade definida no referido artigo realize a análise sobre a legalidade ou não de manutenção da liberdade. Neste ponto nosso código de processo penal, quando autoriza ao Delegado de Polícia conceder liberdade provisória somente a crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 anos está prestando um desserviço à Corte IDH e violado frontalmente direitos humanos fundamentais, sendo uma regra arbitrária que afronta tratados internacionais de direitos humanos, devendo, portanto, ser considerada inválida, por impedir o Delegado de analisar todo o caso de liberdade provisória com ou sem fiança em crime com qualquer tipo de pena (BARBOSA, 2015, p. 174).

Diante do exposto, é possível perceber que o modelo adota pelo o Brasil, é ainda mais garantista do que a exigência prevista nos pactos internacionais de direitos humanos, uma vez que realizamos duplo controle de legalidade da prisão, que ocorre quando o Delegado de Polícia, como primeiro garantidor dos direitos do preso, analisa a legalidade de prisão, e no prazo de 24 horas encaminha o auto de prisão em flagrante para o juiz para que o mesmo, possa fazer a mesma análise.

Conforme explicar Costa (2015), o Brasil não está descumprindo sistematicamente o pacto estudando, por possui um sistema processual penal que satisfaz o previsto no mesmo. O problema da superlotação carcerária, não é a falta de lei para regular o sistema processual penal brasileiro, e sim de sistema.

Nossa legislação já prevê a apresentação do preso em flagrante a autoridade autorizada por lei à lavra o auto de prisão em flagrante (art.304, do CPP), que todo preso tem direito a assistência de um advogado ou defensor público (art.5º, LXIII, da CF e art. 306, §1º).

É podemos afirmar, que se trata de um problema de sistema e não de autoridade, quando conforme explicação de Costa.

[...] as delegacias de polícia se tornaram verdadeiras cadeias públicas, não por opção ou aquiescência das autoridades policiais, mas pelo o descanso do poder público para com funções exercidas pelas as polícias judiciárias.[...] que nunca se ofereceu as condições para que a defesa técnica participasse do auto de prisão em flagrante, sendo raros os casos de advogados presentes para acompanhar o procedimento.[...] advogados são restritos aqueles com condições de econômicas de mais favoráveis ou que vendem tudo para terem direito a um defensor. Ainda hoje a Defensoria Pública, instituída para a defesa desses presos sem qualquer condição financeira, não se faz presente nas delegacias de polícia. Caso fossem efetivadas as garantias previstas na Constituição Federal há 27 anos e no Código de Processo penal à 74 anos, não haveria que se falar em audiência de custódia, mas em exercício das garantias já existentes, oferecendo-se as condições necessárias à esquecida Polícia Judiciária para que o auto de prisão em flagrante fosse visto como uma verdadeira audiência de garantias (COSTA, 2015, p.125).

Optar pelos os moldes propostos para a audiência de custódia atualmente, só aumenta o problema, pelo o fato de apesar de apresenta um discurso humanista, mais na verdade a mesma está a manter a prática do *labeling approach*.

O delegado de polícia quando do advento da Lei nº12.403/11, provou ser um garantidor dos direitos humanos, uma vez que o mesmo, tem apresentado uma expressiva redução da prisão cautelar. Que antes da referida lei era de 0,7%, e após a mesma passou para 22,04% de liberdades concedidas mediante fiança, enquanto os magistrados com o advento da lei, aumentaram de 1% para apenas 1,2% de liberdade provisória (dados levantados pela a Associação pela a Reforma Prisional, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania e a Universidade Cândido Mendes, em parceria com a Open Society, que realizaram estudo sobre Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro).

Vejamos a explicação de Barbosa, sobre os dados obtidos pela a pesquisa supracitada:

Em outras palavras, a verdadeira redução da prisão cautelar, onde realmente teria sido observado o direito de liberdade, foi na fase da investigação criminal presidida pelo o Delegado de Polícia, carreira jurídica, quando efetivamente se garantiu o direito humano fundamental a liberdade, tendo havido que, após a realização de uma audiência de custódia (interrogatório do conduzido em sede flagrancial), analisou com técnica e reconheceu a desnecessidade da prisão, arbitrado fiança ao detido [...] (BARBOSA, 2015, p. 169).

E com base nos dados obtidos pelo o estudo supracitado, entendemos que se fosse respeitada a prerrogativa do delegado de polícia de realizar a audiência de custódia, para qualquer crime, independente da pena cominada, a mesma jamais representaria uma violação ao pactos internacionais de direitos humanos, por temos em nosso país conforme exposto anteriormente, a aplicação do sistema da dupla cautelaridade, uma vez que, se o Delegado viesse a manter a prisão provisório, o indivíduo preso no prazo de 24 horas, teria seu auto de prisão em flagrante emitidos ao juiz, que iria analisar se realmente existia a necessidade de se manter a prisão, cumprido assim com o previsto no Pacto de San José da Costa Rica.

E preciso reconhecemos que “o Delegado de Polícia não tem papel de garantir uma política criminal de direito penal máximo denominada de lei e ordem [...] mas sim uma política garantista de direitos fundamentais” [...] (BARBOSA, 2015, p. 169).

Se fizemos uma análise fria do trabalho do Delegado de Polícia, iremos constatar que o mesmo, desenvolve seu trabalho na busca da verdade real e não na busca de criminalizar, os indivíduos levados a sua presença.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil apesar da edição da resolução 213/2015, editada pelo CNJ, ainda ocupa o 3º lugar de maior população carcerária no mundo. Isso se dá pelo fato de acreditar que audiência de custódia nos moldes editada seria como visto anteriormente a tabua de salvação, para solucionar o problema de crescimento desta população.

O problema que enfrentamos quanto ao crescimento da população carcerária, não é falta de leis para solucionar o problema, e sim a falta de aplicação correta das mesmas, uma vez que o Brasil interpreta de forma errônea o pacto de San Jose da Costa Rica, criando interpretação equivocada quando exclui o delegado de polícia da competência para realizar a audiência de custódia.

Conforme constatamos ao longo do presente trabalho o art. 7, item 5, do referido pacto, toda agente preso ou detido deve ser levado sem demora a presença do juiz ou de outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, para que nesta ocasião analise se há indícios da autoria do crime, verifique ainda se há necessidade de manter a prisão, ou seja que esta autoridade atue como protetor de direitos fundamentais do homem.

Ao analisarmos todas as interpretações feitas pela Corte IDH, em momento algum as prerrogativas acima citadas, são colocadas como competência exclusiva dos magistrados. E sim o que se requer é que o juiz ou outra autoridade autorizada por lei exercer funções judiciais possua os atributos da imparcialidade e independência.

O Delegado de polícia preenche perfeitamente o critério da imparcialidade, uma vez que, seu papel no Brasil é de ser uma polícia garantista de direitos fundamentais humanos, e não uma polícia meramente acusatória, que busca apenas incriminar.

Durante a pesquisa e elaboração do presente trabalho, chegamos a conclusão de que é um equívoco criar uma resolução regularizando a audiência de custódia no Brasil, quando o nosso sistema processual penal deste o seu princípio já prevê tal audiência ao determinar que qualquer cidadão preso seja levado a presença do delegado para verificar se a mesma é legal e se existe necessidade de manter o indivíduo preso.

O que falta é nossa legislação não é determinar que o agente preso tem que ser apresentado sem demora a uma autoridade, e sim aumentar as prerrogativas do delegado de polícia para que o mesmo independente do crime ou pena possa aplicar as medidas corretas, o que não representa desrespeito a previsão contida no pacto San Jose da costa rica, uma vez que no prazo de 24 horas o auto de prisão em flagrante será remetido ao juiz, que irá analisar a decisão tomada e caso entenda que o remédio aplicado é incorreto poderá, revogar e aplicar aquele que entender ser o correto o que demonstra que o Brasil aplica a dupla cautelaridade, não sendo necessário criar norma a fim de garantir a audiência de custódia.

O que defendemos é que a lei seja alterada para garantir que os delegados de polícia possam atuar sem reservas legais, na verificação da legalidade e necessidade da prisão, para que de fato a audiência de custódia cumpra seus objetivos, o que com base nos dados apresentados pelo CNJ os magistrados não estão conseguindo por falta de estrutura e pessoal suficiente.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. I. L.; LAMEIRÃO, C. M. R. **Sinopses Jurídicas Processo Penal**. 4ª edição, CL EDIJUR – Leme/SP- Edição 2015.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos civis e políticos**, de 16 de dezembro de 1966. 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: 19 de janeiro de 2016.

BARBOSA, R. M. **A lógica autoritária das audiências de custódia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/ruchester-marreiros-logica-autoritaria-audiencias-custodia>. Acesso em: 19 de janeiro de 2016.

BEZERRA, C.S; AGNOLETTI, G.C. (Org.). **Inquérito Policial**: doutrina e prática. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2105.

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal brasileiro.

**CARTILHA DEFENSORIA PUBLICA DA UNIÃO**. Audiência de custódia. Disponível em: [http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Custodia\\_folder\\_final2.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Custodia_folder_final2.pdf). Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto San Jose da Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969.

FULLER, P. H. A.; JUNQUEIRA, G. O. D; MACHADO, A. C. C. **Processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção elementos do direito; v. 8).

GARCIA, G. A. **A falácia da audiência de custódia**. Disponível em: [http://asmego.org.br/wp-content/uploads/2015/07/audiencia-de-custodia\\_Gustavo-Assis-Garcia.pdf](http://asmego.org.br/wp-content/uploads/2015/07/audiencia-de-custodia_Gustavo-Assis-Garcia.pdf). Acesso em: 19 de janeiro de 2016.

LOPES JR, A; PAIVA, C. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. [www.conjur.com.br/2014-ago-21/aurylopes-jrcaio-paiva-evolucao-processo-penal](http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aurylopes-jrcaio-paiva-evolucao-processo-penal). Acesso em: 15 de janeiro de 2016.

**Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/50f5cfd7ed336c8c924f416df1462b6f.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2016.

**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.

**PROVIMENTO CONJUNTO N° 03/2015.** Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça, São Paulo/SP.

**RESOLUÇÃO N° 43/73,** da Assembleia Geral, de 9 de dezembro de 1988, da Organização das Nações Unidas.

SANNINI NETO, F. **Audiência de custódia e o jeitinho brasileiro.** Disponível em: <http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/191955302/audiencia-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.