

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF)
FACULDADE DE DIREITO**

LAÍS DAMASCENO SILVA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

NITERÓI, RJ

2017

LAÍS DAMASCENO SILVA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal
Fluminense como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. André Luiz Nicolitt

Niterói, RJ

2017

**Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade de Direito**

- S586 Silva, Laís Damasceno.
Audiência de custódia no processo penal brasileiro / Laís Damasceno Silva. – Niterói, 2017.
57 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –
Universidade Federal Fluminense, 2017.
1. Audiência (processo penal). 2. Inconstitucionalidade por omissão. 3. Direitos humanos. 4. Direito internacional público. 5. Processo penal. I. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito, Instituição responsável. II. Título.

CDD 341.43

LAÍS DAMASCENO SILVA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal
Fluminense como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Luiz Nicolitt
Universidade Federal Fluminense

Prof.^a MSc Flávia Sanna Leal de Meirelles
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof.^a Veneranda Nicolitt Roza
Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

Niterói, RJ
2017

*Tell me what has become of my rights
Am I invisible because you ignore me
Your proclamation promised me free liberty, now
I'm tired of bein' the victim of shame
They're throwing me in a class with a bad name
I can't believe this is the land from which I came
You know I do really hate to say it
The government don't want to see
[...]
All I want to say is that
They don't really care about us*

They don't care about us – Michael Jackson

RESUMO

O presente trabalho se trata de um estudo sobre a audiência de custódia, uma garantia processual que tem como objetivo a humanização do processo penal, através do imediato contato da pessoa presa ou detida com a autoridade judicial. É, ainda, um importante mecanismo de controle sobre os possíveis abusos de autoridade policial. Esse direito é internacionalmente reconhecido pelos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, mas apesar disso, apenas no ano de 2015 que se começou a aplicá-lo no país, após determinação judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347/DF. Trata-se, portanto, de uma prática recente no país, que não encontra regulamentação legal ainda, com exceção de norma expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja natureza e legitimidade são objetos de discussão. Assim, o trabalho destaca determinados tópicos dentro da audiência de custódia, seja porque constituem o cerne dessa garantia, seja por sua capacidade de afetar a eficiência nesses objetivos. Dada essa ausência normativa, a maior parte desses tópicos tem sido bastante debatidos no meio jurídico. Por esse motivo, esse trabalho se propõe a verificar como tem se dado esses debates, trazendo os posicionamentos adotados por diferentes doutrinadores, além de verificar as tendências do legislador em incorporar determinados entendimentos jurídicos. Propõe-se, após a discussão teórica, uma breve observação sobre a experiência brasileira na implementação prática da audiência de custódia, através da observação de como os Tribunais tem construído sua jurisprudência sobre esses temas e, assim, realizar um paralelo entre esta e aquela.

Palavras-chave: audiência de custódia. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos fundamentais. Pacto de San José da Costa Rica.

ABSTRACT

This paper consists of a study of the procedural guarantee that the person arrested or detained to be immediately conducted to the presence of a judicial authority to decide on the legality of the arrestment. It's intended to humanize the criminal process by this physical contact, and it's also an important instrument for the control of police brutality. This right is recognized by international human rights laws incorporated by Brazil, such as the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights of the UN. Despite this fact, only later in the year of 2015 the country began to apply it, after a judicial determination of the Federal Supreme Court in the judgment of the ADPF 347/ DF. Therefore, it's a recent practice in the country which does not have legal regulations yet, except for a rule issued by the National Council of Justice, whose nature and legitimacy have been objects of discussion. For this reason, the paper chooses to highlight certain topics within this guarantee procedure, some of which are essential to this assurance, while others though not essential, can significantly alter its effectiveness, and given this normative gap, most of these topics have been much discussed in the legal community. So this paper intends to verify how these debates have taken place by bringing the positions adopted by different specialists and verifying the tendencies of the legislator to incorporate certain juridical understandings. After a theoretical discussion, the paper proposes a brief look on the Brazilian experience with practical implementation of this international legal right by observing how the country's Courts have constructed their decisions on these subjects, concluding the studies through comparison between theoretical discussion and practice reality.

Keywords: Criminal proceedings. Hearing. International laws. Individual rights.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
MÉTODO E OBJETIVOS	10
1. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	13
1.1. CONCEITO E FINALIDADES	14
1.2. CONTEXTO NACIONAL: AS CONDIÇÕES DAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS	17
1.3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ADPF Nº 347 / DF	20
1.4. REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA	23
2. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS	28
2.1. CABIMENTO	28
2.2. PRAZO MÁXIMO DE APRESENTAÇÃO DO PRESO	30
2.3. AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE	33
2.4. DIREITO À DEFESA TÉCNICA	35
2.5. A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA	37
2.6. LIMITES AO CONTEÚDO DE MÉRITO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	40
2.7. CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	43
3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA	45
3.1. CABIMENTO	45
3.2. ASPECTO TEMPORAL	46
3.3. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	47
4. CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA:	55

LISTA DE ABREVIATURAS

ADEPOL	Associação dos Delegados de Polícia do Brasil
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CCC	Corte Constitucional da Colômbia
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CF/CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
ECI	Estado de coisas inconstitucional
HC	<i>habeas corpus</i>
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SPT	Subcomitê de Prevenção da Tortura da ONU
TJ/RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
ONU	Organização das Nações Unidas

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia, embora prevista na legislação internacional internalizada pelo Brasil, a saber, no art. 7.5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e também no art. 9.3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, não fazia parte da realidade da prática processual penal no país.

Todavia, em agosto de 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, o Supremo Tribunal Federal, diante do quadro caótico em que se encontram os presídios nacionais, declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional e determinou, dentre outras medidas, que fosse iniciada a realização de audiências de custódia no país. Essa decisão é de enorme expressão, pois significa admitir a existência de inúmeras violações dos direitos humanos daqueles que se encontram sob a custódia do Estado, e afirmar, ao mesmo tempo, a quase completa inércia de todas as esferas do Poder Público para reverter essa situação.

Um dos fatores determinantes para o atual quadro crítico das penitenciárias brasileiras é a superpopulação carcerária. Conforme veremos, essa condição é bastante alimentada pelo Poder Judiciário, que determina um expressivo número de prisões preventivas utilizando-se de fundamentações por demasiado genéricas. Assim, a audiência de custódia, embora não constitua a solução para o problema carcerário, “surge”¹ como uma medida potencialmente apaziguadora da superlotação, ou que ao menos tenta evitar a piora do cenário. É um primeiro passo possível de ser dado pelo Judiciário que já contava com fundamento normativo.

Espera-se que com a realização das audiências de custódia haja maior humanização do processo penal no Brasil, pela aproximação do magistrado com a pessoa do preso e com as circunstâncias da sua prisão. Isso possibilita uma melhor análise da excepcional necessidade de se impor alguma medida cautelar e, excepcionalmente, a prisão preventiva, pois amplia a sua cognição do juiz, como será comentado mais a frente nesse trabalho.

Por se tratar de um instituto recente no país, a audiência de custódia possui regulamentação legal ainda precária. Os tratados internacionais fazem apenas menção ao direito do preso de ser apresentado à autoridade judiciária, sem pormenorizar os procedimentos. Esta função foi delegada ao país signatário, para que seja mantida a coesão do

¹ Esse direito existe no direito pátrio desde a incorporação da CADH pelo país através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

ordenamento jurídico interno e exista adequação com a realidade de cada país. Também a decisão proferida pelo STF não se põe a regulamentar a matéria, limitando-se a determinar o prazo de 90 dias para que sejam implantadas as audiências de custódia no país pelos Juízos e Tribunais, viabilizando a apresentação do preso ao juiz em até 24 horas.

Apenas com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editada em 2015, que surgiu uma regulamentação mais concreta e uniformizada para todo o país, ainda que tenha caráter temporário. Referida resolução foi produzida justamente em função do julgamento da ADPF nº 347, com o objetivo de uniformizar os procedimentos da audiência de custódia no país porque, até então, os Tribunais de Justiça de diferentes estados da federação expediram resoluções com diferentes determinações sobre o procedimento da audiência de custódia.

Todavia, como o direito do preso de ser apresentado imediatamente ao juiz se trata de um direito que adentra na esfera do direito processual penal, a competência legislativa pertence à União, por força do art. 22, inciso I, da CRFB/88. De fato, o Senado Federal já aprovou o Projeto de Lei nº 554, que altera e acrescenta dispositivos ao Código de Processo Penal, incluindo definitivamente a audiência de custódia no procedimento legal das prisões em flagrante, regrando por inteiro a aplicação dessa garantia no Brasil.

Como o projeto de lei foi proposto no ano de 2011, o tema naquela época foi timidamente debatido, ao menos durante as deliberações legislativas, onde diversas organizações deram seus pareceres sobre o tema. Todavia, apenas após a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal é que essa tramitação ganhou maiores holofotes, o que trouxe à tona diversas discussões no meio jurídico sobre essa importante garantia processual. Exatamente sobre essas discussões que este trabalho se debruça, somando a isso a análise de como tem sido essa experiência na prática dos Tribunais.

MÉTODO E OBJETIVOS

O objetivo dessa pesquisa é desenhar o cenário de como tem se dado a entrada da audiência de custódia na vivência jurídica do Brasil. Para isso, analisaremos determinados aspectos da audiência de custódia que são essenciais às suas finalidades, seja porque constituem o cerne dessa garantia, seja por sua capacidade de afetar a eficiência nesses objetivos. Parte desses aspectos esteve sob o enfoque das discussões no Senado que, ao aprovar o PL nº 554/2011, indicou quais entendimentos tendem a ser adotadas no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos nesse primeiro momento.

A existência dessa produção legislativa, ainda em curso, das normas processuais regulamentadoras da matéria, naturalmente implica no debate nos meios sociais e acadêmicos, o que também constitui uma forma de participação no processo legislativo. Pretende-se, igualmente, contribuir com esse processo de formação de conhecimento a respeito das audiências de custódia apresentando e discutindo os seguintes aspectos: (i) cabimento; (ii) prazo para apresentação do preso ao juiz; (iii) quem pode ser entendido como autoridade judicial; (iv) direito à defesa técnica; (v) limites ao conteúdo meritório da oitiva do preso; (vi) possibilidade de realização por meio de videoconferência e; (vii) consequências da sua não realização ou do esgotamento do prazo.

Propomo-nos a identificar, dentro de cada um desses aspectos, qual pode ser considerado o mais adequado às finalidades da audiência de custódia e isso em conformidade com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além do próprio ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, pretende-se apontar, ainda, se de fato são esses os posicionamentos que tendem a ser escolhidos pelo legislador federal. Uma vez identificados esses fatores, visamos expor como tem sido, na prática, a atuação do Poder Judiciário na inclusão desse direito.

Para alcançar os fins propostos, pretende-se dividir o estudo em três principais partes. Na primeira parte será abordado o contexto em que o Supremo Tribunal Federal finalmente reconheceu a observância obrigatória da audiência de custódia. Esse contexto é a atual situação dos presídios nacionais que levou a um estado de coisas inconstitucional, fator chave para que esse direito fundamental finalmente ganhasse a atenção da comunidade jurídica. Neste primeiro momento, serão analisados dois relatórios do Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU, originados de uma pesquisa nos cárceres brasileiros pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, também da ONU. Ainda neste momento trataremos do julgamento da ADPF nº 347/DF² e do que significa um estado de coisas inconstitucional.

Em seguida, adentraremos no debate teórico sobre essa garantia processual. Primeiramente, falaremos sobre a nomenclatura, o conceito, as finalidades e os fundamentos normativos e, em seguida, serão abordados os temas selecionados sobre a audiência de custódia. As discussões envolverão decisões internacionais, produções doutrinárias e pareceres que contribuíram para a formação do texto final aprovado no Senado do Projeto de Lei nº 554/2011, procurando estabelecer o diálogo entre essas fontes.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.347/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJE nº 181, divulgado em 11/09/2015.

Tal diálogo dogmático será feito através de uma pesquisa teórica. Primeiro, no que tange à jurisprudência internacional serão colacionados alguns julgamentos mais significativos que contém os principais posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a respeito desses pontos tratados. A Corte IDH foi escolhida porque é órgão sob cuja jurisdição o Brasil se submete, na medida em que reconheceu a obrigatoriedade da sua competência em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

Quanto à doutrina, traremos produções científicas de diversos autores renomados na comunidade jurídica que tem reconhecidamente trabalhado em prol da formação e implementação da audiência de custódia no cotidiano nacional. Assim sendo, colocaremos aqui os pareceres desses autores com o fim de contrapô-los e, ao final, compará-los com o que foi debatido no Senado Federal, e os entendimentos efetivamente adotados por essa Casa Legislativa que, como já foram aprovados, tendem a ser transformados em legislação.

Na terceira e última parte, após de todo esse diálogo no plano teórico, esse trabalho se propõe a olhar para a experiência prática brasileira através da observação de como os Tribunais vêm construindo sua jurisprudência sobre o tema. Foram selecionadas decisões ilustrativas de como determinados órgãos judiciais, em especial no estado do Rio de Janeiro, tem se posicionado em relação aos temas que foram discutidos na segunda parte do trabalho.

Em resumo, o objetivo é trazer um panorama geral sobre a repercussão da audiência de custódia no Brasil, tomando como ponto de partida a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF e o contexto caótico do sistema prisional do país. A formação desse quadro será possível através de três esferas que julgamos de maior preeminência no meio jurídico: o conteúdo dogmático originado nos principais expoentes da doutrina processual penal brasileira; o processo de produção legislativa de âmbito federal, que inclui a participação das principais instituições nacionais relacionadas ao tema; e a construção jurisprudencial do Poder Judiciário na aplicação da audiência de custódia.

1. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Antes de tratarmos do conceito de audiência de custódia, consideramos importante falar brevemente sobre a denominação desta audiência: *audiência de custódia*. Isto porque, no julgamento da ADI nº 5.240/SP,³ o Supremo Tribunal Federal indicou que pretende adotar a nomenclatura audiência de *apresentação*, conforme consta no dispositivo da decisão, incentivando os Tribunais a fazerem o mesmo, o que também explicitou o Ministro Ricardo Lewandowski.⁴

Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux, explicou que, após conversar com o Ministro Celso de Mello, houve o entendimento de que a audiência de apresentação seria o termo mais adequado, pois, nas palavras do Ministro Luiz Fux:

(...) entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.

De fato, a palavra *custódia* tem seu significado relacionado à ideia de *guarda*, mas, ao mesmo tempo, também o tem à palavra *proteção*,⁵ o que a aproxima da sua principal finalidade, qual seja, de garantia de controle da legalidade da prisão e apuração de eventuais torturas e maus tratos. Assim, no presente trabalho, considerando as finalidades do instituto, optamos por adotar o termo audiência de *custódia*, expressão mais utilizada no meio jurídico. Apesar da opção do Supremo, em nossa pesquisa raramente nos deparamos com a nomenclatura audiência de *apresentação* que, portanto, não parece ter sido incorporada no país ainda.⁶

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5.240/SP. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJE nº 18, divulgado em 29/01/2016.

⁴ Nas palavras do Ministro: “Nós temos implantado essa - digo nós, no CNJ - audiência de custódia, mas, em boa hora, eu estou acolhendo a proposta do eminente Decano para que nós mudemos o nome da audiência de custódia para audiência de apresentação. Quando formos formalizar isso, por intermédio de uma resolução no CNJ, nós adotaremos e agora com o beneplácito do eminente Relator, Ministro Luiz Fux.” – Esclarecimento proferido no julgamento da ADI 5240/SP, em 20/08/2015.

⁵ 1. Lugar onde se guarda alguém ou alguma coisa, com segurança; 2. Ato de guardar; 3. Guarda, detenção, proteção. (DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNUA PORTUGUESA, 2008-2013).

⁶ Juntamo-nos a Caio Paiva que também optou pelo termo audiência de *custódia* pelos mesmos motivos. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.42.

1.1. CONCEITO E FINALIDADES

A audiência de custódia tem natureza jurídica de direito fundamental do preso.⁷ É conceituada como o direito de toda pessoa presa ou detida, de ser apresentado, sem demora, à autoridade judicial competente para decidir sobre a legalidade e necessidade da prisão e apurar a ocorrência de tortura e maus tratos por parte da autoridade policial.⁸ Renato Brasileiro vai além, afirmando que a audiência de custódia permite o “contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público”.⁹

O ponto central desse instituto processual reside exatamente no contato físico entre a pessoa presa e a autoridade judicial, o que se traduz como elemento apto a produzir a humanização do processo penal. Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa:

Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação.¹⁰

Dessa maneira, o sistema brasileiro que até então prevê apenas a comunicação da prisão à autoridade judicial e a apresentação, em até 24 horas, do auto de prisão em flagrante, conforme dispõe o art. 306, do CPP, é insuficiente para satisfazer essa garantia. Esse é o entendimento da Corte IDH, que no *Caso Acosta Calderón Vs. Equador*, no §78, afirmando que “*el simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.*”¹¹

⁷ NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 770.

⁸ Nesse sentido: “*A Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê que toda pessoa presa ou detida deverá ser levada, o mais rápido possível, à presença de uma autoridade judicial. Exatamente é nisso que se constitui a chamada audiência de custódia: a apresentação do preso perante um juiz, permitindo o contato direto de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais daquele que teve a liberdade limitada pelo ato prisional.*” (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 673). Confira-se ainda: PAIVA, 2017, p. 41.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed.: JusPodivm, v. Único, 2016, p. 926.

¹⁰ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes. *Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1)*. **Consultor Jurídico**, 13 fevereiro 2015a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 09 outubro 2016.

¹¹ Corte IDH: *Caso Acosta Calderón Vs. Equador*, sentença de 24 de junho de 2005, §78. Também nesse sentido é a previsão do art. 1º, §1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ.

Essa insuficiência na tutela à liberdade fica mais evidente quando lembramos que, na lógica processual penal brasileira atual, o juiz decide sobre a liberdade de uma pessoa com base quase que exclusiva “na comunicação do auto de prisão em flagrante. E tal se dá, normalmente, sem a prévia observância do contraditório e, certamente, sem qualquer oportunidade de autodefesa do acusado quanto à prisão que lhe foi imposta”.¹² Ademais, ressalta Renato Brasileiro que:

Quando a convalidação judicial da prisão em flagrante é feita sem a apresentação do preso em flagrante, ou seja, tão somente com a remessa dos autos do APF à autoridade judiciária, a decisão judicial acaba sendo influenciada exclusivamente pela opinião da autoridade policial e do órgão ministerial, que geralmente se manifestam a favor da conversão em prisão preventiva (ou temporária). Daí a importância da audiência de custódia. A perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des) necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagranteado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante.¹³

Trata-se de importante característica da audiência de custódia, pois aumenta a eficácia do direito à ampla defesa, garantindo o exercício do contraditório,¹⁴ na medida em que permite de forma imediata que o custodiado se manifeste sobre a sua prisão. Há uma evolução de um sistema onde “o preso fica distante e calado mesmo diante da mais intensa interferência do Estado na sua esfera de direitos, e apenas um documento é enviado ao magistrado [...]”,¹⁵ para um modelo em que esse preso, auxiliado pela defesa técnica, assume o imediato protagonismo da relação processual.

Assim, é essencial que se destaque esse papel exercido pela audiência de custódia quando possibilita que o preso seja imediatamente ouvido pelo juiz. Isso porque, via de regra, ele apenas comparecerá à presença do magistrado para ser ouvido por ocasião da audiência de instrução e julgamento, o que poderá ocorrer meses, por vezes até anos, após a decretação da prisão preventiva.¹⁶

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Parecer prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*, 31 julho 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Prisao_em_flagrante_delito_e_direito_a_audiencia_de_custodia>. Acesso em: 05 dezembro 2016.

¹³ LIMA, op. cit., p. 927.

¹⁴ NICOLITT, op. cit., p. 770.

¹⁵ WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano D. *A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz*. **Revista dos Tribunais**, v. 921/2012, p. 331 - 355, 2012. Consulta eletrônica.

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 506.

São dois os aspectos que compõem o núcleo da audiência de custódia. Um aspecto é o meritório, que avalia a legalidade e a necessidade da prisão; o outro é o protetivo, que averigua a ocorrência de maus tratos e tortura na prisão – tutela a integridade física.¹⁷ O conceito da audiência de custódia está diretamente relacionado com esses dois aspectos, que exatamente constituem suas duas finalidades.¹⁸

A finalidade meritória, no primeiro momento, consiste na verificação da legalidade da prisão, onde o magistrado deverá analisar se foram observadas as formalidades legais, o que vale para todas as modalidades de prisão.¹⁹ Caso seja constatada alguma ilegalidade, a prisão deverá ser relaxada, como prevê o art. 5º, inciso LXV, da CRFB/88, e também o art. 310, inciso I, do CPP. Averiguando-se que a prisão é legal, caberá ao juiz analisar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão do art. 319, do CPP, e somente se elas se mostrarem insuficientes, decidirá pela prisão preventiva, como *ultima ratio*.

Pode-se falar que, neste momento, há um juízo complexo ou bifronte realizado na audiência de custódia, na medida em que ao mesmo tempo em que realiza o controle de legalidade sobre o ato existente, também observa a necessidade da manutenção da constrição. Em outras palavras, “há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão”.²⁰

Nesse mesmo sentido a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou, no caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*,²¹ que esse controle judicial imediato das prisões é uma medida que tem como objetivo evitar a arbitrariedade e ilegalidade, tendo em vista que o papel de garantidor dos direitos da pessoa presa, em um Estado de Democrático de Direito, é conferido à autoridade judicial. Portanto, a ela caberá decidir sobre a adoção de medidas cautelares e, quando estritamente necessário, autorizar a prisão cautelar, sempre procurando tratar o acusado em conformidade com a presunção de inocência.

¹⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?* **GEN Jurídico**, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

¹⁸ PAIVA, op. cit., p. 45.

¹⁹ LIMA, op. cit., p. 893.

²⁰ BADARÓ, op. cit.

²¹ Corte IDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentença de 26/11/2010, §93.

A outra finalidade da apresentação imediata do preso à autoridade judicial competente é protetiva, cujo objetivo é a prevenção de práticas de tortura. Nesse momento, caberá ao magistrado indagar ao custodiado sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou desde a sua captura, além de verificar se houve a realização do exame de corpo de delito suficiente para análise da integridade física da pessoa, em conformidade com o previsto no art. 8º, incisos VI e VII, da Res. 213/2015, do CNJ.

Nesse ponto, ressalta Caio Paiva²² que “não se pode esperar que a audiência de custódia, sozinha, elimine a tortura policial”. Todavia, seu caráter preventivo se encontra no fato de que “os responsáveis pela apreensão/condução do preso terão prévia ciência de que qualquer alegação de tortura poderá ser levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judicial, [...]”. A eficácia da garantia dependerá de uma mudança do sistema, no sentido de promover esforços para investigar e processar as acusações.²³

São essas, portanto, as finalidades da audiência de custódia que também constroem seu conceito, em outras palavras, “a vinculação entre a apresentação do preso ao juiz e a finalidade deste ato é a “pedra de toque” de todo este sistema, o que o justifica e recomenda”.²⁴ A seguir, vejamos sua base legal dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. CONTEXTO NACIONAL: AS CONDIÇÕES DAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

Disse o então Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, no ano de 2012, que preferia morrer a passar anos em um presídio brasileiro, classificando o nosso sistema prisional como medieval.²⁵ De fato, são alarmantes as condições em que *sobrevivem* as pessoas reclusas no Brasil. Em 2015, o Subcomitê de Prevenção da Tortura – SPT,²⁶ órgão integrante da ONU, elaborou um relatório contendo dados sobre a situação das pessoas privadas de liberdade no país (relatório publicado em 2016).

²² PAIVA, op. cit., p. 47-49.

²³ Conforme alertou o Subcomitê de Prevenção da Tortura no relatório referente ao ano de 2015.

²⁴ WEIS; JUNQUEIRA, op. cit.

²⁵ BEATRIZ BULLA, Agência Estado. *Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ir para a cadeia*. **Estadão Jornal Digital**, 13 novembro 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>>. Acesso em: 01 dezembro 2016.

²⁶ Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU. *Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penal Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de Outubro: observações e recomendações ao Estado Parte*. Organização das Nações Unidas. 2016.

Já em 2011, na primeira visita do Subcomitê ao país,²⁷ destacou-se naquele relatório que a legislação brasileira é adequada e satisfatória em relação ao combate à tortura e maus tratos, e na proteção que confere aos direitos relativos aos direitos das pessoas encarceradas, ao menos no plano jurídico-teórico. Ocorre, porém, que a distância entre a legislação e a realidade é abismal, havendo responsabilidade generalizada das instituições brasileiras.

Seis anos depois do primeiro relatório, o Subcomitê de Prevenção da Tortura²⁸ reforçou que embora haja o reconhecimento dessa situação por parte do país, inclusive com a busca por políticas que visem melhorar o estado das penitenciárias, sua aplicação continua distante. Dentre os pontos mais preocupantes trazidos pelo relatório atual, destacaremos sucintamente alguns a seguir.²⁹

Primeiro, a assistência médica aos presos é extremamente precária. Não existem médicos suficientes, muito menos medicamentos e instalações adequadas. Em Pernambuco, a equipe médica não era qualificada, havendo relatos de presos trabalhando como farmacêuticos e prescrevendo medicamentos. Em resumo, nas palavras do Subcomitê de Prevenção da Tortura, “as condições materiais na maioria das unidades médicas eram espantosas.”³⁰

A situação das mulheres é ainda mais grave. As gestantes não possuem auxílio de médico obstétrico e existem atrasos na vacinação das crianças que vivem com as mães. Uma pesquisa mais recente, realizada em 2014 pela Infopen³¹ informa, ainda, que menos da metade dos presídios femininos possuem instalações adequados para gestantes, e apenas cinco possuem creche. Há, ainda, uma denúncia espantosa reportada ao Subcomitê de Prevenção da Tortura em 2016, que relata que existem lugares onde presas dão à luz algemadas e, em outro caso, uma detenta deu à luz em uma cela solitária.

Um ponto observado em 2011, e que merece destaque, é o da corrupção policial sistemática e com os mais diversos fins, inclusive para que os presos possam usufruir de direitos fundamentais. Foram apurados que os detidos pagavam pela própria liberdade: receber visita familiar, tomar banho de sol, ter proteção interna, dentre outros. Deve-se citar

²⁷ Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU. *Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penal Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Relatório sobre a visita ao Brasil. 2012.

²⁸ Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU, op. cit., 2016.

²⁹ Todas as informações trazidas a seguir foram retiradas dos relatórios feitos pelo órgão nos anos de 2011 e 2015, e estão disponíveis para consulta *online*.

³⁰ Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU, op. cit., 2016.

³¹ INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2014.

ainda a violência que permeia a conduta da polícia, em especial nas prisões em flagrantes realizadas com uso excessivo de força, com métodos que incluem “spray de pimenta, balas de borracha, cassetetes, armas de eletrochoque e sacos plásticos na cabeça dos detentos, às vezes por longos períodos”.³²

A tortura também se estende aos presídios, onde foram observados pelo SPT relatos de violência física e ameaças verbais pelas autoridades no estado do Rio de Janeiro. Essa violência se perpetua, ainda, entre os próprios detentos, havendo áreas especificamente designadas para tortura de outros presos. A principal preocupação nesses casos é a falta de esforços para investigar, punir e extinguir a violência.

Ademais, diversos outros problemas podem ser citados, como as ausências de comunicação dos direitos do preso, de notificação a um familiar sobre a detenção, e de assistência legal; longos períodos de espera na delegacia (um ano, em alguns casos) e a falta de acesso às necessidades básicas. Coroando a situação caótica, existiram relatos de represália sofrida pelos reclusos entrevistados pelo SPT em 2011 que denunciaram as péssimas condições em que viviam e toda a violência sistemática policial da realidade carcerária.

A superpopulação carcerária é reconhecidamente um dos fatores que mais contribui para a formação desse quadro. Os últimos dados levantados pelo Infopen³³ informam que há um déficit de aproximadamente 250 mil vagas. A taxa de ocupação das penitenciárias nacionais é de 167%. Também relata o Infopen que seria necessário um aumento de 50% das vagas nos presídios, cujo custo giraria entorno de mais de R\$ 10 bilhões. Do ano de 2004 a 2014, o aumento do número de encarcerados cresceu em 85%, totalizando 622.000 pessoas presas.

Não bastasse o atentado gravíssimo à dignidade humana que é submeter pessoas ao cumprimento de pena nessas condições – o que equivale a afirmar, a penas cruéis e à tortura, tem-se ainda que 34% dos indivíduos encarcerados são presos provisórios. Ou seja, 221.054 pessoas se encontram submetidas a este regime de crueldade sem sequer terem sido julgadas e condenadas.³⁴

O fato é que esse regime de encarceramento em massa está impregnado no sistema penal brasileiro, desde os agentes policiais até o Judiciário, que tem grande parcela de

³² Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU, op. cit., 2012.

³³ INFOPEN, op. cit.

³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. CNJ, 23 fevereiro 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 15 junho 2017.

responsabilidade no quadro.³⁵ Há, ainda, uma completa ausência de políticas públicas que visem reverter a situação. Na verdade, o Estado sequer possui controle sobre as penitenciárias nacionais, que estão entregues ao governo das facções criminosas, que detém a administração interna de vários presídios. Resumindo, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, relator no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.³⁶

Em conclusão, o cenário demonstra a violação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), bem como aos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição de não ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); da vedação a penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX); da garantia de condições para as presidiárias permanecerem com seus filhos durante a amamentação (art. 5º, L); sem contar os demais direitos, como à saúde e à educação.

1.3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ADPF Nº 347 / DF

Todo esse quadro de violação aos direitos humanos supramencionado culminou no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, do Distrito Federal, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). O objetivo da ação é obter uma resposta do Estado, através de uma imposição do Supremo de uma série de medidas a serem tomadas pelo Poder Público com o fim de melhorar o sistema carcerário.

Na decisão de caráter liminar, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo um dos pedidos do autor, declarou que o país se encontra em um “estado de coisas inconstitucional” –

³⁵ Segundo o Ministro Marco Aurélio: “É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada “cultura do encarceramento”. Verifica-se a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciada a inadequada assistência judiciária. Não é por menos que os mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça – CNJ tiveram como resultado a libertação, desde 2008, de dezenas de milhares de presos que já haviam cumprido pena.” – Voto proferido no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347/DF. Data de Julgamento: 09/09/2015.

³⁶ Pg. 23, do inteiro teor do acórdão proferido em 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>

ECI e, em seguida, determinou a atuação do Estado no sentido de trabalhar para mitigar a situação. Dentre essas medidas impostas, encontra-se a obrigação dada ao Poder Judiciário de observar a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e passar a realizar a audiência de custódia em todo o país dentro do prazo de noventa dias.

O instituto do estado de coisas inconstitucional merece breve atenção deste trabalho, pois, como veremos, oferece interessante base teórica para que o Supremo Tribunal Federal adote uma postura ativista, atuando na efetivação de políticas públicas e eventual ausência legislativa que impeça a eficácia dos direitos humanos, fatores chave que contribuem diretamente para a formação desse estado de coisas inconstitucional.³⁷

Essa teoria teve origem na Colômbia, em diversas decisões proferidas pela Corte Constitucional Colombiana (CCC). Conforme ensina Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a primeira decisão foi proferida em um processo envolvendo “diretos previdenciários e de saúde de professores municipais”.³⁸ Nos anos seguintes o instrumento foi utilizado em outras decisões, conforme destaca o referido autor, inclusive em situação semelhante à do Brasil, para promover melhorias no sistema carcerário da Colômbia.

Para melhor conceituar o que exatamente significa decretar um estado de coisas inconstitucional, mais uma vez nos remetemos a Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que esclarece o instituto da seguinte maneira:

Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial.³⁹

Portanto, é possível notar que uma Corte Constitucional (incluindo o Supremo Tribunal Federal), ao declarar o estado de coisas inconstitucional, adota uma postura altamente ativista. Por esse motivo, sua aplicação apenas se justifica ante uma omissão normativa constitucional em sentido amplo, incluindo-se nessa classificação a proteção

³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre A. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 97.

³⁸ *Ibidem*, p. 99.

³⁹ *Ibidem*, p. 96.

deficiente derivada de uma relação entre a omissão inconstitucional e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em suma, “a ideia é a de correlacionar a omissão com a verificação de falhas da atuação concreta dos dispositivos constitucionais a revelar tutela insuficiente de direitos”.⁴⁰

Conforme esclarece o Ministro Relator Marco Aurélio, no julgamento em questão, são três os pressupostos do estado de coisas inconstitucional. São eles: a “situação de violação generalizada de direitos fundamentais; a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.” Reconhecendo-se a existência desses requisitos, configura-se o estado de coisas inconstitucional que permite o acesso “da corte à tutela estrutural: reconhecido o ECI, a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária”.⁴¹

Portanto, entendendo estarem presentes os pressupostos, o Supremo Tribunal Federal julgou que o sistema penitenciário brasileiro está caracterizado como um “estado de coisas inconstitucional”. Dessa forma, portanto, o Tribunal estaria investido de legitimidade para atuar no sentido de mudar esse estado. Assim, foram deferidos os pedidos do autor, em sede de medida cautelar, para determinar à União que libere as verbas do Fundo Penitenciário, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, e para determinar aos juízes e Tribunais que, em até noventa dias, passassem a realizar as audiências de custódia.

Naturalmente, a decisão foi alvo de críticas. Lenio Streck⁴² questionou a necessidade de lançar mão do instituto, uma vez que o determinado na decisão já encontra previsão legal. Ademais, afirma que o ECI representa uma ameaça ao princípio da separação dos Poderes e, ainda, cita outras situações que vive o país e que podem ser vistas como inconstitucionais, indagando sobre a possibilidade de o Judiciário resolver todas elas. Enfim, em que pese essas perguntas e críticas, fato é que a nossa Corte Suprema encampou essa teoria e a decisão se encontra produzindo seus efeitos regulares.

Frise-se que, embora exista previsão expressa quanto à audiência de custódia no art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no art. 9.3 do Pacto dos Direitos

⁴⁰ Ibidem, p. 95. O autor desenvolve a tese nos Capítulos II e IV do livro, cuja leitura recomendamos para aprofundamento no tema.

⁴¹ CAMPOS, op. cit.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Consultor Jurídico, 24 outubro 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn7>. Acesso em: 15 junho 2017.

Civis e Políticos, apenas após a referida decisão é que esse instrumento de garantias foi introduzido no país, motivo pelo qual consideramos importante destacar o contexto. Como visto, foi necessário que se chegasse a um ponto extremo de violação a direitos fundamentais e, ainda assim, foi preciso que o STF *obrigasse* o Judiciário a cumprir uma garantia há muito já incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio.⁴³ Assim, passemos a analisar esse instrumento objeto do estudo.

1.4. REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA

Uma vez determinado pelo Supremo Tribunal Federal a realização das audiências de custódia, na decisão abordada anteriormente, cujos efeitos são *erga omnes*, cumpre analisar os fundamentos legais que amparam a sua implementação no país.

Em um primeiro momento, é possível dizer que a audiência de custódia encontra fundamento na própria Constituição, tendo em vista que dispõe o inciso LXII, do art. 5º, que a prisão de qualquer pessoa deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente. Trata-se, porém, de norma que, por si só, não determina a específica condução da pessoa presa à presença da autoridade judicial o que, como mencionamos no tópico anterior, é insuficiente para satisfazer essa garantia, conforme entende a Corte IDH.

Em seguida, porém, tem-se o disposto no art. 7.5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH (Pacto de San José da Costa Rica), que prevê que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. Previsão muito semelhante é encontrada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art. 9, item 3. Tais dispositivos foram os principais fundamentos da decisão do STF na ADPF nº 347/DF, servindo como fundamento normativo para justificar a determinação de que fossem realizadas audiências de custódia no país.

Nesse sentido, cumpre traçar algumas considerações sobre a força normativa dos tratados de direitos humanos no país. Dispõe o art. 5º, §2º, da Constituição Federal que os direitos e garantias expressamente previstos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o país seja parte. Tal previsão fez surgir uma corrente doutrinária que afirma que os direitos humanos previstos em tratados internacionais estariam inclusos no rol

⁴³ Reiteramos que esse direito existe no direito pátrio desde a incorporação da CADH pelo país através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

de proteção constitucional,⁴⁴ através de uma interpretação *a contrario sensu* do referido dispositivo constitucional.⁴⁵

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o referido entendimento restou prejudicado, uma vez que o §3º, do art. 5º, da Carta Magna, passou a exigir aprovação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, por votos de 3/5 dos seus membros (mesmas exigências previstas para a aprovação de emendas constitucionais – art. 60, §2º, da CRFB/88), para que tratados internacionais passassem a equivaler às emendas constitucionais.

Nos últimos anos, a jurisprudência nacional, nos últimos anos, vem avançando no sentido de ampliar a proteção conferida aos direitos humanos através do progressivo prestígio dado aos diversos tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil tenha aderido, em especial o Pacto de San José da Costa Rica.⁴⁶ O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, no ano de 2008, e de relatoria do Ministro Cezar Peluso, fixou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados devem ser considerados normas hierarquicamente superiores às leis ordinárias e, portanto, possuem *status* supralegal. Conforme afirmou o Ministro Gilmar Mendes no seu voto neste mesmo julgamento:

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. [...]

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

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

Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles**

⁴⁴ NICOLITT, op. cit., p. 769.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130.

⁴⁶ Confira-se, nesse sentido: GOMES, L. F. *Pacto de San José é cada vez mais aplicado no STF*, 07 dezembro 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 março 2017.

seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. [...] (grifos originais)⁴⁷

Desta forma, é possível afirmar que o entendimento do Pretório Excelso é de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico, possuem hierarquia infraconstitucional e supralegal (acima das leis ordinárias). Se, porém, forem aprovados na forma do art. 5º, §3º, da CRFB/88, serão equiparados às emendas constitucionais.⁴⁸

Essa decisão, embora tratasse da incompatibilidade de normas legais com a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao elevá-la ao *status* de supralegalidade, reforçou a necessidade do cumprimento das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, o que logicamente inclui a audiência de custódia, embora esse direito fosse ignorado até o julgamento da ADPF 347. Como já exposto, nesta ADPF o Supremo Tribunal Federal expressamente assentou a obrigação de que os juízes e Tribunais observassem a previsão da CADH e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Naturalmente, existem vozes contrárias na doutrina. Eugênio Pacelli⁴⁹ afirma que não há exigibilidade legal para a audiência de custódia, pois segundo entende “a previsão do quanto consta no Pacto de San José da Costa Rica não nos parece suficientemente impositivo às autoridades brasileiras.”

Concordamos, porém, com Nicolitt, para quem os tratados e convenções sobre direitos humanos estão em posição hierárquica superior à das leis ordinárias, em consonância com a decisão do STF. Logo, conforme explica, “a aplicação do CPP e sua interpretação [deve] ser conforme os tratados, não podendo ser incompatíveis com os mesmos.”⁵⁰

Seguindo com os fundamentos normativos, a jurisprudência da Corte Máxima nos permite afirmar, ainda, que o art. 306, §1º, do Código de Processo Penal, também constitui fundamento da audiência de custódia. Referido dispositivo legal trata da obrigatoriedade de encaminhamento do auto da prisão em flagrante, em até 24 horas, ao juiz competente. Embora o artigo não se refira expressamente à apresentação *do preso*, o Supremo aponta para a

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Especial n.466.343/SP. Relator: PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno.

⁴⁸ MENDES, op. cit., p. 1151-1152.

⁴⁹ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 549.

⁵⁰ NICOLITT, op. cit., p. 769.

realização de uma interpretação integrativa⁵¹ o que, inclusive, reforçou os fundamentos para a decisão pela constitucionalidade das normas editadas pelos Tribunais sobre o tema, como se verá a seguir.

Após a determinação do STF para que fossem realizadas as audiências de custódia, ante a ausência de legislação nacional que trouxesse regulamentação procedimental para esse instituto, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, em 15 de dezembro de 2015. Obviamente, existe discussão no meio jurídico sobre a constitucionalidade de os Tribunais disciplinarem a matéria, tendo em vista sua natureza jurídica de norma processual. Isso porque o art. 22, inciso I, da Constituição, fala que apenas lei federal poderia regular esse tema de natureza processual penal.⁵² Por outro lado, há a afirmação de que se trata de mero ato de organização interna dos Tribunais, com vistas a dar aplicação aos direitos previstos nos tratados internacionais supramencionados.⁵³

Essa controvérsia foi levada à Suprema Corte pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, na ADI nº 5.240/SP, que questionava a constitucionalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo que regulamentavam as audiências de custódia naquele Tribunal. A relevância da discussão é evidente, uma vez que o entendimento do STF constitui a base para a constitucionalidade e plena vigência da Resolução editada pelo CNJ, principal instrumento normativo regulador da audiência de custódia no país. Portanto, vejamos a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por maioria de votos,⁵⁴ o Supremo Tribunal de Justiça entendeu pela constitucionalidade do referido provimento do TJ/SP. Segundo ficou assentado pela Corte, não houve inovação no campo legislativo, mas mera regulamentação de uma norma já

⁵¹ Voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI 5240/SP, em 20/08/2015: “*Constato que, no caso, não inovou o Tribunal de Justiça no campo normativo. Simplesmente, em observância a uma convenção internacional, diria também, em observância ao disposto no artigo 306 do Código de Processo Penal, previu a realização da audiência de custódia. Para que ocorra essa audiência de custódia, indispensável é que esteja presente o preso em flagrante. O que nos vem do § 1º do artigo 306? "§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas" – prazo previsto no ato do Tribunal de Justiça de São Paulo –, "após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante..." Em interpretação integrativa, há de haver apresentação do preso.*”

⁵² Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.240/SP. Argumento utilizado pela ADEPOL/BRASIL sobre a inconstitucionalidade das normas do Tribunal sobre audiência de custódia.

⁵³ Tese sustentada pelo TJ/SP, pela Advocacia Geral da União e pelo Ministério Público Federal, no julgamento da ADI 5.240/SP.

⁵⁴ Voto vencido apenas do Ministro Marco Aurélio.

existente no ordenamento jurídico, uma vez que prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, com *status* de supralegalidade. Conforme explica Renato Brasileiro:

Para o Supremo, não teria havido, por parte dos referidos provimentos, nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §5º), dotada de status normativo supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica de seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 656, que dispõe que, recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, poderá determinar que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.⁵⁵

Portanto, podemos concluir que excepcionalmente, ante a inércia do legislador em trabalhar no sentido de dar efetividade a esse direito fundamental, é legítimo que o CNJ adote tais providências “para tentar ordenar da melhor forma o sistema vigente às convenções internacionais até que a legislação em sentido estrito seja editada, especialmente se a finalidade for a criação de procedimentos para a melhor proteção de direitos fundamentais do preso”.⁵⁶

Olhando para o futuro, o Senado aprovou, em 30 de novembro de 2016, o PL nº 554/2011, que altera os artigos 304 e 306, do Código de Processo Penal, para inserir a obrigatoriedade da audiência de custódia e regulá-la. Esse Projeto de Lei foi remetido à Câmara dos Deputados, que em 12 de dezembro de 2016, mas encontra-se apensado ao PL nº 8.045/2010, que é o Projeto do Novo Código de Processo Penal, cuja tramitação caminha em ritmo bem mais lento, o que é natural, já que implica uma alteração profunda no processo penal brasileiro. Então, até que entre em vigor nova legislação, a audiência de custódia é regida principalmente pela Resolução nº 213/2015, do CNJ.

⁵⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 859.

⁵⁶ PACELLI; FISCHER, op. cit., p. 671.

2. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Após a contextualização do momento em que o instituto objeto deste estudo foi inserido na prática processual, passamos à exposição sobre o que se trata a audiência de custódia. Em seguida, adentramos na verificação dos fundamentos normativos que regem a matéria, superando a controvérsia existente. Assim, trataremos agora de alguns pontos cruciais quanto às características e o procedimento da audiência de custódia, que foram selecionados por entendermos que possuem maior relevância e discussão ao seu respeito.

2.1. CABIMENTO

Inicialmente, cumpre analisar quais seriam as hipóteses de cabimento da audiência de custódia. De plano, pela leitura da redação do art. 7.5 da CADH, a condução do preso à autoridade judicial será direito fundamental de toda pessoa detida, de onde é possível concluir que ela é cabível em qualquer espécie de prisão: em flagrante, preventiva ou temporária.⁵⁷ Logo, sua prática não está restrita somente aos casos de prisão em flagrante.⁵⁸

Em consonância com esse entendimento, o art. 1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, determina a realização da audiência de custódia para toda pessoa presa em flagrante delito, mas sem parar por aí. Em seu art. 13, também assegura esse direito aos presos decorrentes de mandado de prisão cautelar ou definitiva.⁵⁹ Assim, a garantia do preso de ser conduzido imediatamente ao juiz é cabível em qualquer hipótese de prisão, ao menos pela legislação vigente.

Tendo em vista que uma das finalidades que constitui o núcleo da audiência de custódia é a averiguação da legalidade da prisão, seu cabimento fica mais evidente e indiscutível nos casos de prisão em flagrante. Isso porque conforme ensina Nicolitt, a prisão em flagrante tem natureza administrativa, cujo objetivo é colocar o preso à disposição do juiz para que este decida sobre a liberdade da pessoa, a aplicação de medidas cautelares, ou a

⁵⁷ Nesse sentido: “Audiência de custódia (ou de apresentação): pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal em flagrante, preventiva ou temporária,[...]”. (LIMA, *Código de Processo Penal comentado*, op. cit., p. 857)

⁵⁸ PAIVA, op. cit., p. 91. Confira-se, ainda: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1901.

⁵⁹ Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

conversão em prisão preventiva.⁶⁰ Trata-se, portanto, de uma prisão precautelada, diferente da preventiva, prisão cautelar e jurisdicional que visa garantir o processo.

Por esse mesmo motivo, também na prisão em flagrante é extremamente importante que seja feita a tutela da integridade física do detido, uma vez que se trata de um momento em que a pessoa se encontra vulnerável perante a ação do Estado, com suas garantias restringidas até o momento em que é conduzido à autoridade judicial. Em outros termos, destaca Carlos Weis que:

[...] um dos momentos cruciais, senão o de maior importância, para a prevenção da tortura corresponde às primeiras horas em que a pessoa é privada de sua liberdade de locomoção, ficando à mercê dos agentes estatais responsáveis pela segurança pública.⁶¹

No caso das prisões que decorrem de mandado judicial (preventiva, temporária e definitiva), o cabimento dessa garantia é pacificamente admitido – até por força do já mencionado art. 13, da Resolução nº 213/2015, do CNJ. Todavia, existe controvérsia quanto à pertinência da análise da legalidade nessas modalidades de prisão. Para Cleber Masson e Vinícius Marçal o aspecto meritório não é compatível com esse momento, de maneira que o magistrado deverá se limitar a tutelar a integridade física da pessoa presa, pois segundo argumentam os autores:

[...] atentaria contra a lógica do razoável o fato de um mesmo juiz (parágrafo único do art. 13 da Res. 213/2015-CNJ), reconhecendo o “perigo da liberdade” do sujeito da medida (*periculum libertatis*), decretar sua prisão temporária ou preventiva e revogar a sua própria decisão tão logo cumprida a ordem, antes, pois, da produção de qualquer efeito em benefício da investigação.⁶²

Em sentido contrário, Badaró entende que após ouvir a pessoa, caberá ao magistrado “reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstâncias do caso assim o indicarem adequado”.⁶³ Nesse caso, conforme explica, haverá um controle sucessivo sobre a decisão anterior, ante os argumentos que surgiram na audiência de custódia.

⁶⁰ NICOLITT, op. cit., p. 759.

⁶¹ WEIS, op. cit.

⁶² MASSON; MARÇAL, op. cit.

⁶³ BADARÓ, op. cit.

Reforçando esse argumento, Caio Paiva⁶⁴ se vale de sua experiência como defensor público federal para dar o exemplo do caso em que o magistrado decreta prisão preventiva quando o acusado se encontra em lugar incerto e não sabido. Nesse caso, sendo o indivíduo encontrado e apresentado à autoridade judicial, é possível que ele apresente suas justificativas e forneça, de pronto, o endereço atual. Assim, poderá ser posto em liberdade de plano, poupando-se todo o tempo que o trâmite do procedimento cartorial, na medida em que o pedido da defesa pode demorar dias para ser julgado.

Contrariando o entendimento de que seria cabível a audiência de custódia nas prisões que decorrem de mandado judicial, o PL 554/2011 insere essa garantia processual no art. 306, do Código de Processo Penal, localizado dentro do Título IX, no Capítulo II, que trata da prisão em flagrante. Assim, caso essa posição prevaleça, apenas haverá a obrigação de conduzir a pessoa à presença da autoridade judicial nas hipóteses de prisão em flagrante.

2.2. PRAZO MÁXIMO DE APRESENTAÇÃO DO PRESO

Outra questão que se levanta e tem sido amplamente debatida sobre a audiência de custódia é referente ao seu aspecto temporal, qual seja, o prazo máximo para apresentação do preso à autoridade judiciária. Essa discussão se inicia quando a Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza a expressão “sem demora”, deixando para a legislação interna a especificação do prazo. Desde já se frise que “a vagueza e indeterminação não podem significar motivo para desrespeitar a garantia fundamental”.⁶⁵

Inicialmente, verificamos qual tem sido o entendimento da Corte Interamericana, que pode ser considerado como parâmetro para a legislação pátria. Ocorre, porém que a Corte não possui um entendimento sobre um lapso temporal fixo, antes, decide o que pode ser considerado “sem demora” de acordo com o caso concreto. Esse entendimento pode ser visto no §77, do caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, de sentença proferida em 24 de junho de 2005.

Também conforme jurisprudência selecionada, destacamos o caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, onde a Corte IDH decidiu que a detenção por cinco dias violava o direito à apresentação da pessoa detida, sem demora, à autoridade judicial.⁶⁶ Esse é o menor lapso temporal reputado violador da garantia pela Corte até o momento e, portanto, pode e

⁶⁴ PAIVA, op. cit., p. 93.

⁶⁵ NICOLITT, op. cit., p. 774.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentença de 26/11/2010, §102.

deve ser tomado como parâmetro, ou ao menos considerado quando se pensar na legislação nacional.⁶⁷

Em todo caso, o que não resta dúvidas é que quando há um prazo determinado pela legislação interna do país, ele deve ser respeitado, desde que seja razoável – sem demora. A partir do julgamento do *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*,⁶⁸ por exemplo, é possível afirmar que a Corte Interamericana exerce duas formas de controle:

[..] a Corte faz dois juízos: um quanto ao respeito ao prazo estabelecido pelo próprio país, logicamente considerando violado o preceito da apresentação célere se for descumprida a legislação local, e, outro, quanto à razoabilidade deste mesmo prazo, em face da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.⁶⁹

Interessante notar que o termo “sem demora”, portanto, deve ser entendido como um conceito autônomo que não pode ter sua eficácia restringida pela legislação nacional. Isso significa dizer que “se o prazo da legislação interna for incompatível com a melhor interpretação que se espera da expressão “sem demora”, o seu desrespeito ensejará a violação apenas do art. 7.5 [...]”.⁷⁰

A Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, fixou o prazo de 24 horas da comunicação do flagrante, para apresentação da pessoa presa ao juiz. O mesmo prazo foi também determinado na decisão que concedeu a medida cautelar na ADPF nº 347. Igualmente, a redação final aprovada pelo Senado do PL nº 554/2011 prevê o mesmo prazo de 24 horas.

O termo inicial para contagem do prazo, conforme ensina Badaró,⁷¹ é o momento em que a pessoa é privada de sua liberdade, o que também foi definido na ADPF nº 347. Todavia, o art. 1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, prevê como marco inicial a comunicação do flagrante, e o PL nº 554/2011, por sua vez, no §4º, do art. 306, do CPP, fala do prazo contado após a lavratura do auto de prisão em flagrante (ato que também deve ser praticado em 24 horas).

⁶⁷ PAIVA, op. cit., p. 57.

⁶⁸ Corte IDH: *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, sentença de 30/05/1999, §§110 e 111.

⁶⁹ WEIS; JUNQUEIRA, op. cit.

⁷⁰ PAIVA, op. cit., p.56.

⁷¹ BADARÓ, op. cit.

Durante os debates realizados no Senado, foram apresentadas algumas preocupações quanto à possibilidade desse prazo ser observado. A principal delas nos parece ser quanto às dificuldades logísticas e de recursos. Nesse sentido, a Assembleia Legislativa de São Paulo – ALESP manifestou suas preocupações afirmando:

Ademais, considerando a extensão territorial do país e as condições de algumas Varas Judiciais, que enfrentam deficiência estruturais, orçamentária e humanas, o prazo de até 24 horas, citado no §1º do projeto inicial e mantido nas emendas, mostra-se não ser factível. E mais, a proposta com o prazo que apresenta implicará em grande deslocamento de agentes policiais e carcerários, gerando o afastamento de inúmeros policiais de suas atividades regulares, que, no caso da Polícia Militar, é a atividade preventiva, para fazer escolta de autuados às audiências de custódia.⁷²

Também Renato Brasileiro⁷³ considera esse prazo não factível, propondo como prazo razoável e compatível com a realidade brasileira, que a audiência de custódia seja realizada em até 72 horas. Já Nicolitt⁷⁴ sugere o prazo de 10 dias. Em última instância, porém, ao Congresso Nacional caberá resolver essa dificuldade, quando na produção de normas sobre a audiência de custódia, para pensar “em um prazo não tão exíguo que inviabilize a realização da audiência de custódia e nem tão elástico que acabe por comprometer a finalidade da mesma”.⁷⁵

Atento a esses problemas, o Senador Aloysio Nunes Ferreira propôs, durante o trâmite do PL 554/2011, que constasse no CPP a possibilidade de o prazo para a audiência de custódia ser estendido para, no máximo, 72 horas, desde que feito por decisão fundamentada do juiz e ante a ocorrência de dificuldades operacionais da autoridade policial.⁷⁶ Essa previsão, a nosso ver, parece acertada e, felizmente, foi acatada pelo Senado Federal e encontra-se disposta na redação final do referido projeto de lei.

Finalmente, conforme assevera Badaró, não é suficiente a simples apresentação da pessoa custodiada à autoridade competente, no prazo adequado. Para que seja esgotado o objeto de tutela da audiência de custódia, é imprescindível que a autoridade competente “efetivamente se pronuncie tempestivamente sobre a prisão cautelar.”

⁷² Nota técnica de 09/05/2016, disponível para consulta em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>

⁷³ LIMA, *Manual...*, p. 859.

⁷⁴ NICOLITT, op. cit., p. 776.

⁷⁵ LIMA, *Manual...*, p. 859.

⁷⁶ Emenda nº 18 do PLEN ao PLS nº 554, de 2011. Disponível para consulta na página eletrônica do Senado Federal.

2.3. AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE

A doutrina traz, ainda, a questão a respeito de qual seria a autoridade competente para presidir a audiência de custódia. Isso porque a redação do art. 7.5, da CADH, fala em condução da pessoa à presença “de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais.” Logo, a Convenção não restringe a presidência da audiência exclusivamente a um juiz, estendendo essa possibilidade para uma autoridade administrativa que exerça função judicial. Ainda assim, essa questão possui menor relevância, uma vez que o país se encontra sobre o monopólio da jurisdição, que foi entregue ao Poder Judiciário pela Constituição Federal.⁷⁷

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais é aquela que preenche os requisitos previstos no art. 8.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a saber, deve ser independente e imparcial, além de possuir a autoridade necessária para garantir o direito à liberdade.⁷⁸ Por esse motivo, a Corte IDH também decidiu que o Ministério Público não está dotado das atribuições necessárias que caracterizariam as funções jurisdicionais. Assim é porque o Ministério Público não pode ser considerado parte imparcial⁷⁹ e, ademais, não é investido de funções que permitam garantir o direito à liberdade e integridade física da pessoa presa.

A outra autoridade com funções jurisdicionais que poderia ser apontada para realizar a audiência de custódia é o delegado de polícia. Nesse sentido, Francisco Sannini Neto e Henrique Hoffmann Monteiro de Castro afirmam que o delegado de polícia constitui autoridade imparcial “porque não possui qualquer interesse no processo posterior, comprometido apenas com a busca de uma verdade possível dentro da investigação criminal.” Ainda segundo os referidos autores, o delegado também teria “autonomia para prender ou deixar de prender alguém, livre de requisição de superior hierárquico ou de outra autoridade,” uma vez que possui “liberdade para formular a análise técnico-jurídica do fato.”

⁷⁷ WEIS; JUNQUEIRA, op. cit.

⁷⁸ Corte IDH: *Caso Tibi Vs. Ecuador*, sentença de 07/09/2004, §119, assentou o seguinte: “*En segundo lugar, un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención [...] Asimismo, el agente fiscal no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.” Confirma-se, ainda, as seguintes decisões da Corte IDH: *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, sentença de 24/06/2005, §80. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, sentença de 23/11/2010, §108.

⁷⁹ PAIVA, op. cit., p. 60.

Além disso, argumentam que por força do art. 304, §1º, do CPP, “o delegado pode (e deve) colocar em liberdade o indivíduo preso ilegalmente.”⁸⁰

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci,⁸¹ partilhando desse entendimento, destaca que o delegado de polícia é operador do direito com o título de bacharel em ciências jurídicas que exerce cargo que tem como uma das funções o controle das prisões feitas pela polícia militar. Afirmar, ainda, que a ele caberá analisar o cabimento do flagrante e, se entender cabível, poderá arbitrar fiança, se for o caso. Assim, conclui que o delegado de polícia exerce funções típicas do juiz, pois “pode prender; pode soltar.”

Em consonância com essa linha, durante as discussões do PL nº 554/2011, do Senado Federal, levantou-se esse tópico. O Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil – CONCPC apresentou nota técnica afirmando a desnecessidade da inclusão da audiência de custódia:

[...] sensível ao fato de que os magistrados não estão à disposição da sociedade em período integral, [...] o legislador pátrio optou por conceder à autoridade policial, de forma atípica, algumas de suas funções, dentre elas a de ser o primeiro guardião dos direitos fundamentais, impedindo que a liberdade de locomoção de uma pessoa seja restringida de maneira desnecessária.⁸²

Em sentido contrário, André Nicolitt, explica que a autoridade policial apenas pode conceder liberdade nos crimes cuja pena máxima cominada seja de quatro anos e, nos demais, apenas o magistrado terá esse poder de decisão.⁸³ Esse fato constitui barreira intransponível para que o delegado presida a audiência de custódia, uma vez que ela tutela o direito à liberdade e, repita-se, “a ideia reside exatamente em levar o preso à presença de autoridade capaz de restabelecer o direito de liberdade”.⁸⁴ Dessa maneira, “de nada adianta atribuir ao Delegado de Polícia função de garantia que não pode cumprir por ausência de disposição legal, [...] eis que a Autoridade responsável pela tutela da liberdade não poderá concedê-la”.⁸⁵

⁸⁰ NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann M. D. *Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia*. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>>. Acesso em: 31 maio 2017.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁸² Nota Técnica anexado em 12/11/2014, disponível para consulta no site do Senado Federal.

⁸³ NICOLITT, op. cit., p. 775.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 770.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 779.

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa⁸⁶ destacam que delegado de polícia é uma autoridade administrativa que não possui poder ou função judicial dentro do modelo nacional. Ademais, insta salientar que a Constituição não permite que a autoridade policial pratique qualquer ato que se encontra sob a reserva de jurisdição, função entregue exclusivamente aos membros do Poder Judiciário e, assim sendo, não poderá relaxar a prisão ilegal ou decidir sobre a necessidade da prisão preventiva. Por fim, seria absolutamente incabível que o preso seja conduzido ao delegado de polícia nos casos em que a prisão decorra de mandado judicial.

Partilhamos do entendimento de que o delegado de polícia não possui atribuições suficientes para tutelar o direito à liberdade da pessoa presa em flagrante da maneira adequada conforme os requisitos exigidos pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos e o entendimento da melhor doutrina. Da mesma maneira, menos ainda possuiria essa atribuição o Ministério Público.

Concluindo, portanto, a autoridade judicial competente dentro do modelo jurisdicional previsto na Constituição, apenas poderá ser o juiz, único que detém o poder legal necessário para atender plenamente as finalidades da audiência de custódia. Esse também foi o entendimento encampado pelo PL 554/2011⁸⁷ e previsto no art. 1º, da Resolução 213/2015, do CNJ, que fala em autoridade judicial competente.

2.4. DIREITO À DEFESA TÉCNICA

O direito da pessoa presa a ser assistido por uma defesa técnica (advogado ou defensor público) na audiência de custódia é tema sob o qual não repousa controvérsia. Trata-se de uma garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, à ampla defesa e aos meios e recursos a ela inerentes. Há previsão também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8.2, alíneas “c” e “d”, que falam no direito do acusado de “defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha.”

A garantia da ampla defesa está ligada ao princípio do contraditório, uma vez que seu exercício depende de uma das características essenciais desse princípio, qual seja o direito à informação, que permite que a ampla defesa se manifeste como a possibilidade de reação, que

⁸⁶ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2)*. **Consultor Jurídico**, 20 fevereiro 2015b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 2017 maio 07.

⁸⁷ Conforme a alteração proposta que prevê a condução do preso ao juiz, incluindo o §4º, no art. 306, do CPP.

é o outro elemento que compõe o contraditório.⁸⁸ No ordenamento jurídico brasileiro, a ampla defesa assegurada pela Constituição engloba, necessariamente, o direito à defesa técnica e à autodefesa.

A defesa técnica é aquela exercida por um profissional da advocacia, com capacidade postulatória, seja o advogado indicado pela parte ou um defensor público nomeado. É indispensável para que a defesa seja considerada ampla e “apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor”.⁸⁹ Significa dizer que ela é irrenunciável e indisponível, de forma que em hipótese alguma haverá processo penal sem ela. Ademais, não é suficiente a presença formal do defensor, de forma que precisa ocorrer sua efetiva atuação na defesa do cliente.

A autodefesa, ou defesa pessoal, por sua vez, constitui o direito do sujeito passivo resistir pessoalmente à pretensão do Estado. Manifesta-se em um aspecto positivo ou negativo. O primeiro ocorre quando o indivíduo, interrogado, tem a possibilidade de apresentar sua versão dos fatos a ele imputados, seja negando-os ou justificando-os. Já o segundo se traduz na possibilidade de dispor da defesa pessoal que, ao contrário da defesa técnica, é renunciável.⁹⁰ Assim, o acusado pode permanecer em silêncio que, inclusive com previsão no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Como comentado no tópico 3.1 do trabalho, a audiência de custódia se traduz essencialmente na condução da pessoa presa à autoridade judicial, sendo essa presença física indispensável para a sua efetividade. Exatamente nesse momento, como também explicamos naquele tópico, materializa-se a primeira oportunidade para que o custodiado exerça seu direito de defesa pessoal,⁹¹ o que decorre logicamente do próprio instituto. Também quanto à garantia de defesa técnica, sua presença é indispensável para a eficácia da audiência de custódia, uma vez que se trata de parte indispensável ao direito à ampla defesa, como exposto acima.

Muito importante, nesse sentido, a previsão que consta no art. 6º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, garantindo não apenas o direito do custodiado de ser assistido durante a audiência de custódia pela defesa técnica, mas também o seu direito a uma consulta prévia e reservada, em local apropriado que garanta a confidencialidade. Semelhante disposição

⁸⁸ LIMA, *Manual...*, p. 51.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁹⁰ LOPES JR, *op. cit.*, p. 83.

⁹¹ BADARÓ, *op. cit.*

encontra-se expressamente consagrada na redação do §5º, do art. 306, do CPP, conforme o texto final do PL 554/2011.

Destaque-se, por fim, que este direito também é prerrogativa dos defensores públicos e do advogado,⁹² de maneira que sua inobservância pode acarretar a nulidade do ato.⁹³

2.5. A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA

Embora o Pacto de San José da Costa Rica fale expressamente que a *pessoa* presa será *conduzida* e, a Resolução nº 213/2015 do CNJ, no mesmo sentido, determina que a *pessoa* seja *apresentada* à autoridade judicial competente, discute-se a possibilidade de realização da audiência de custódia através de videoconferência. Nesse sentido, Pacelli e Fischer afirmam:

Registramos compreensão de que este contato do juiz com o preso não necessariamente precisa ser físico – no mesmo ambiente –, pois entendemos plenamente possível a realização da audiência de custódia, de forma excepcional, por intermédio de videoconferência, mesmo que ausente previsão expressa quanto ao tema, já que hoje regulamentada sua utilização quanto ao interrogatório judicial – art. 185, § 2º, CPP.⁹⁴

Essa hipótese excepcional, conforme defende Caio Paiva,⁹⁵ seria admitida apenas para garantir a segurança pública, mas ressalva o autor que é necessário extremo cuidado para que esta justificativa não se torne demasiadamente abstrata e de uso irrestrito. Portanto, é preciso que haja fundamentação concreta do magistrado.

Em consonância com esse entendimento, o PL 554/2011 propõe essa previsão normativa no §11, do art. 306, do CPC. Consta na redação do dispositivo que a videoconferência (ou outro recurso tecnológico de transmissão de som e imagem em tempo real) poderá ocorrer ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso. A decisão, obviamente, deverá ser proferida pelo juiz competente e devidamente fundamentada, além de respeitados os mesmos prazos estabelecidos para a realização regular da audiência de custódia.

⁹² Art. 44, inciso VII; art. 89, inciso VII; e art. 128, inciso VI, da Lei Complementar nº 80/1994, e art. 7º, inciso III, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

⁹³ PAIVA, op. cit., p. 132.

⁹⁴ PACELLI; FISCHER, op. cit., p. 673.

⁹⁵ PAIVA, op. cit., 110.

Durante a discussão do referido projeto de lei, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE sugeriu, em 2014, que o sistema de videoconferência fosse utilizado como alternativa à apresentação da pessoa do preso. Essa medida se justifica, segundo a entidade, pela falta de recursos da União e dos Estados para deslocamento dos presos. Afirmou, ainda, que o sistema já é permitido no ordenamento jurídico, em especial evitando a circulação dos presos perigosos para a sociedade.⁹⁶

Em sentido contrário ao parecer da AJUFE, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM manifestou em nota técnica em 2015, frisou que a realização indiscriminada da audiência de custódia por meio de videoconferência, embora possa facilitar sua instrumentalização, provoca o desvirtuamento do instituto. A presença física do acusado, ressaltou, é essencial para cumprimento das suas finalidades.

Ainda segundo o parecer do IBCCRIM, tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos exigem a *condução do preso*, conforme destacamos, afirmando que “trata-se de direito garantido a todo preso, consubstanciado em norma que, por óbvio, não permite uma interpretação ampliativa para abranger também a videoconferência.”⁹⁷ Finalmente, citou que este entendimento é o da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme decisão cujo trecho igualmente transcrevemos:

87. Em conformidade com o artigo 7.5 da Convenção e com os princípios de controle judicial e imediação processual, a pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou autoridade judicial competente. Isso é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e de outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia; o detido deve comparecer pessoalmente e prestar declaração perante o juiz ou autoridade competente.⁹⁸

Merece destaque, ainda, o fato de que poderia restar prejudicado o objetivo de apuração de tortura e maus tratos, uma vez que o preso poderia se sentir intimidado para fazer uma denúncia de dentro de um estabelecimento prisional administrado por forças policiais, o que aumentaria o risco à sua integridade física.⁹⁹ Sobre esse ponto, a Comissão de Direitos

⁹⁶ Também nesse sentido foi o parecer do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, afirmando que a videoconferência atende à finalidade da audiência de custódia. Conteúdo disponível no site do Senado Federal.

⁹⁷ Páginas 12 e 13 do parecer anexado em 23/03/2015, disponível para consulta no site do Senado Federal.

⁹⁸ Corte IDH: *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, sentença de 1º de fevereiro de 2006, §87.

⁹⁹ PAIVA, op. cit., p. 108.

Humanos e Legislação Participativa, no parecer nº 708/2016, sobre as emendas de plenário ao PL nº 554/2011, afirmou que “é necessário observar que mesmo havendo o contato por vídeo, o preso é ouvido pelo magistrado sob os olhares dos policiais que participaram do flagrante, situação que pode desencorajar o preso a dizer a verdade.”

Também nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Caio Paiva entendem que a audiência de custódia realizada por videoconferência “mata o caráter antropológico, humanitário até, da audiência de custódia”, e fazem duras críticas a essa possibilidade:

Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco...) gerados pelo deslocamento de presos *perigosos*, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de *ter um juiz*, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. [...] É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real...). [...]

O direito de defesa e do contraditório (incluindo o direito a audiência) são direitos fundamentais, cujo nível de observância reflete o avanço de um povo. Isso se mede não pelo arsenal tecnológico utilizado, mas sim pelo nível de respeito ao valor dignidade humana. E o nível de civilidade alcançado exige que o processo penal seja um instrumento legitimante do poder, dotado de garantias mínimas, necessário para chegar-se à pena. Nessa linha, é um equívoco suprimir-se o direito de ser ouvido por um juiz, substituindo-o por um monitor de computador. Novamente iremos mudar para que tudo continue como sempre esteve...¹⁰⁰

Por esses motivos, portanto, a proposta de realização corriqueira da audiência de custódia por meio de videoconferência foi rejeitada pelo texto do PL 55/2011 aprovado no Senado. Segundo a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ela “não trará as garantias necessárias para a realização de um julgamento eficaz pela autoridade judiciária, além de não assegurar de forma plena a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana, objeto principal dessa proposição.”¹⁰¹

A Resolução nº 213/2015 do CNJ foi omissa quanto à possibilidade do uso de videoconferência que, portanto, não encontra previsão explícita no ordenamento jurídico atualmente. A tendência, porém, é que em sendo aprovada legislação específica pelo Parlamento, haja a previsão ao menos para os casos excepcionais.

¹⁰⁰ LOPES JR., 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, dezembro 2014.

¹⁰¹ Página 4 do parecer técnico anexado em 26/05/2015, disponível para consulta no site do Senado Federal.

2.6. LIMITES AO CONTEÚDO DE MÉRITO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Após tratar do aspecto temporal – prazo máximo para realização da audiência de custódia, e o aspecto subjetivo – qual é a autoridade competente para realizá-la, e da imprescindibilidade da presença atuante da defesa técnica, falaremos agora de um ponto que diz respeito ao aspecto meritório da audiência de custódia. Trata-se da discussão sobre o limite cognitivo dessa oitiva, ou seja, sobre o que poderá versar o interrogatório realizado: deverá se limitar às questões relacionadas à prisão ou poderá adentrar o mérito dos fatos?

Conforme ensina Badaró¹⁰², a audiência de custódia tem caráter de interrogatório *pro libertate* (em favor da liberdade), e permite que o indivíduo exerça seu direito à autodefesa, ou seja, é a oportunidade de o detido expor sua versão dos fatos, resguardado o seu direito de permanecer em silêncio, se assim preferir.¹⁰³ Por esse motivo existe uma preocupação na doutrina de que essa garantia possa se transformar em instrumento de antecipação de mérito e/ou de produção de provas visando uma eventual condenação.

De um lado, Aury Lopes Jr. entende a análise do mérito, ou seja, da autoria e materialidade do delito, é incompatível com esse momento processual. Assim, a audiência de custódia deve se limitar à verificação “(d) a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do art. 319 do CPP, [...]”.¹⁰⁴

Compartilha dessa posição Renato Brasileiro, para quem é vedado o questionamento sobre o mérito da imputação. Destaca o autor que esse limite é importante para preservar a imparcialidade do juiz dentro da lógica de um sistema acusatório, sob a pena de trazer-se de volta “a figura do juiz inquisidor se o juiz se aproveitasse da audiência de custódia para assumir iniciativa acusatória incompatível com sua função de garante das regras do jogo”.¹⁰⁵

Todavia, por vezes essa linha será tênue, em especial quando existir negativa de autoria ou da própria existência do fato por parte do custodiado.¹⁰⁶ Porém, é preciso ficar claro que a oitiva do preso, nesse momento, não pode servir de antecipação do interrogatório,

¹⁰² BADARÓ, op. cit.

¹⁰³ WEIS; JUNQUEIRA, op. cit.

¹⁰⁴ LOPES JR, op. cit., p. 508. Também nesse sentido: PACELLI; FISCHER, op. cit., p. 674.

¹⁰⁵ LIMA, *Manual...*, p. 929.

¹⁰⁶ LOPES JR, op. cit.

pois “não há espaço na audiência de custódia para qualquer atividade instrutória”.¹⁰⁷ Portanto, cabe ao magistrado conduzir o interrogatório exclusivamente sob a perspectiva de examinar a necessidade de manter a prisão do indivíduo.

Posicionando-se de maneira diferente, Caio Paiva aponta que essa previsão de limite cognitivo no interrogatório da audiência de custódia não encontra disposição semelhante em nenhuma legislação processual penal de outros países. Igualmente, afirma não ter encontrado orientação parecida na doutrina estrangeira e que, portanto, seria uma previsão exclusiva do ordenamento brasileiro tal restrição dentro da oitiva do preso quando conduzido de imediato à autoridade judicial após a sua prisão.¹⁰⁸

Paiva¹⁰⁹ argumenta que o perigo alegado sobre o possível retrocesso da antecipação do interrogatório é apenas aparente, pois o direito de defesa pessoal depois de concluída a atividade probatória não será afetado. O custodiado será assistido pela defesa técnica e, ademais, a audiência de custódia se limitará ao contexto da flagrância de maneira natural, além do fato de que as manifestações dos sujeitos estarão sujeitas à confirmação em juízo.

A situação se torna ainda mais peculiar se comparada com o auto de prisão em flagrante, que contém o depoimento da pessoa indiciada versando profundamente sobre o mérito, o que é admitido, ocasião em que não há, necessariamente, a presença do juiz, do Ministério Público e/ou da defesa técnica.¹¹⁰ Na audiência de custódia todos esses sujeitos estarão presentes, de forma que há uma incongruência no sistema em admitir aquela, e obstar esta, que é mais eficiente na garantia dos direitos do indivíduo preso.

Concluindo o pensamento, o autor afirma que se trata de uma “espécie de *paternalismo processual*,” tentando-se proteger a pessoa presa de si mesma. Ademais, essa lógica viola o direito ao confronto, que decorre do direito ao contraditório, pois “a pessoa presa deve ter o direito de *confrontar* a “versão oficial” trazida pela polícia na audiência de custódia”.¹¹¹

Essa questão também foi motivo de debate durante a tramitação do PL 554/2011 no Senado, prevalecendo o texto segundo o qual a oitiva do indivíduo detido versará exclusivamente sobre a legalidade e necessidade da prisão e a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos, pela inclusão do §7º, no art. 306, do CPP. O mesmo entendimento

¹⁰⁷ NICOLITT, op. cit., p. 781.

¹⁰⁸ PAIVA, op. cit., 113.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 114.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Ibidem, p. 115-116.

foi acolhido pelo CNJ que, ao editar a Resolução nº 213/2015, fez constar no seu art. 8º, inciso VIII, que a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa devendo “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante.”

Inserido na discussão sobre os limites do interrogatório realizado na audiência de custódia está outro debate, a saber, se o conteúdo da audiência poderá ser juntado aos autos judiciais e utilizado como conteúdo probatório.

A redação final aprovada pelo Senado Federal, no PL nº 554/2011, conta com a interessante previsão de a oitiva da audiência de custódia deverá ser “registrada em autos apartados e não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente.”¹¹² Quanto à referida resolução do CNJ, por sua vez, não traz qualquer previsão nesse sentido.

Quanto a este ponto, Caio Paiva, em entendimento oposto ao aprovado no projeto de lei pelo Senado, não vê obstáculo à utilização do conteúdo da audiência de custódia e eventual confissão como material probatório na fase processual. Isso decorre, logicamente, do posicionamento adota por ele quanto aos limites meritórios da oitiva, pois conforme explica, “para quem admite a atividade probatória na audiência de custódia, não há argumento capaz de impedir a utilização de eventual confissão da pessoa presa na fase processual”.¹¹³

Em consonância com essa lógica que tende a ser adotada pelo ordenamento jurídico, Aury Lopes Jr. defende que “o ideal é que essa entrevista (da audiência de custódia) sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des)valorização.” Renato Brasileiro,¹¹⁴ embora defenda que deve existir limite quanto ao mérito do interrogatório na audiência de custódia, se posiciona a favor de que ainda que o registro desse ato processual permaneça em autos apartados, as informações trazidas à tona naquele momento podem ser utilizadas como provas, nos termos do art. 155, *caput*, do CPP. Assim, questiona:

Ora, se os elementos de informação produzidos no bojo do inquérito policial, aí incluindo o próprio interrogatório policial, podem ser usados para a formação da convicção do magistrado, desde que não exclusivamente, como se pode cogitar em descartar o termo de audiência de custódia, produzido na presença do Juiz, do Promotor de Justiça e do Defensor? (LIMA, 2016b, p. 929).¹¹⁵

¹¹² Redação dada à alteração no art. 306, do CPP, pela inclusão do §6º.

¹¹³ PAIVA, op. cit., p. 118.

¹¹⁴ LIMA, *Manual...*, p. 929.

¹¹⁵ Idem.

Compartilhamos do entendimento de que se deve evitar que a audiência de custódia sirva de antecipação ao interrogatório e ao mérito sobre a acusação e, uma vez resguardados os direitos constitucionais do custodiado, em especial a efetiva defesa técnica, entendemos que o conteúdo dessa audiência poderá ser utilizado como meio de prova.

2.7. CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Finalmente, a última questão sobre a audiência de custódia que optamos por nos debruçar diz respeito às consequências da sua não realização. Em outras palavras, trata-se de hipótese em que, esgotado o prazo determinado (ou “sem demora”, conforme o caso concreto), o réu não tenha sido conduzido à presença da autoridade judicial para ser ouvido. Pergunta-se se, nesse caso, essa prisão em flagrante poderá ser considerada ilegal.

Inicialmente, verificando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as oportunidades que decidiu a respeito do tema, é possível extrair que o seu entendimento é claro no sentido de que o indivíduo que não for colocado imediatamente à disposição do juiz, deverá ser posto em liberdade, sob a pena de restar violada a garantia do art. 7.5, da CADH. Assim foi no julgamento do caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, e também no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*.¹¹⁶ Isso porque a audiência de custódia é reconhecidamente um direito fundamental da pessoa presa e, portanto, é uma etapa procedimental de observância obrigatória para a legalidade da prisão.¹¹⁷ Assim, verificada sua inocorrência, a prisão deve ser considerada ilegal e, em consequência, relaxada imediatamente, como prevê o art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal.

O mesmo entendimento pode ser aplicado no caso em que a legislação prevê um prazo determinado (24 horas, atualmente) para apresentação do indivíduo capturado e ele é conduzido ao juiz competente após o esgotamento desse prazo, ou seja, audiência de custódia realizada fora do marco temporal estabelecido. Isso porque também violada a garantia fundamental do preso, já que ele não foi conduzido à autoridade judicial *sem demora* (ou

¹¹⁶ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentença de 07/06/2003, §84. CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentença de 22/11/2005, §219.

¹¹⁷ BADARÓ, op. cit.

imediatamente) para realizar o controle da legalidade e necessidade da prisão, além de restar prejudicada a tutela de sua integridade física.¹¹⁸

Ainda assim, o Senador Ronaldo Caiado apresentou a Emenda nº 11, para que constasse a previsão, no §2º, do art. 306, do CPP, de que “o descumprimento do prazo previsto para a apresentação do preso perante o juiz competente, por si só, não enseja o relaxamento da prisão.” Felizmente, essa proposta foi rejeitada, pois o Plenário entendeu que se deveria evitar que a pessoa ficasse presa por muito tempo no caso de demora na realização da audiência de custódia.¹¹⁹

A questão, na verdade, não é sobre a medida a ser tomada – relaxamento da prisão, mas sim se os Tribunais terão coragem de reconhecer a importância desse direito fundamental e respeitar o prazo legal. Como questiona Renato Brasileiro:

Ou se, na verdade, valendo-se da premissa de que a contagem para o excesso de prazo na formação da culpa é global, e não individualizado, acabará prevalecendo a tese de que eventual excesso na apresentação do preso para fins de realização da audiência de custódia pode ser compensando durante o curso do processo judicial, transformando-se, assim, o referido prazo, em mais um prazo impróprio constante do CPP, funcionando como mero balizador para os operadores do Direito, mas cuja inobservância não gera qualquer sanção.¹²⁰

Também não se mostra adequada decisão no sentido de determinar a apresentação da pessoa presa ao juiz, ao invés de colocá-la em liberdade. Isso porque esse raciocínio “despreza que audiência de custódia consiste em etapa procedimental indispensável à legalidade do flagrante, não sendo possível sanar este vício de ilegalidade com a apresentação extemporânea do preso”.¹²¹ Até porque, conforme exposto neste trabalho, a condução da pessoa presa precisa ser *imediata*, ou estaremos diante da violação a este direito.

Finalmente, destaque-se que, se o magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante verificar de plano a ilegalidade da prisão, relaxando-a antes mesmo da audiência de custódia, esta não será mais necessária.¹²² Isto porque o direito à liberdade estará devidamente resguardado antes mesmo da oitiva do preso que, portanto, perderá seu objeto.

¹¹⁸ PAIVA, op. cit., p. 123.

¹¹⁹ Parecer nº 926/2016, disponível para consulta no site do Senado Federal.

¹²⁰ LIMA, *Manual...*, p. 930.

¹²¹ PAIVA, op. cit., p. 123.

¹²² NICOLITT, op. cit., p. 773.

3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Após tratarmos dos principais temas e discussões que tem se ocupado a doutrina sobre a audiência de custódia, separamos algumas decisões dos Tribunais com o fim de observarmos como eles têm lidado com as dificuldades práticas da implementação dessa garantia processual no país. As jurisprudências foram selecionadas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do TRF da 2ª Região e do TJ do Rio de Janeiro, sendo estes dois últimos escolhidos por exercerem jurisdição no nosso estado.¹²³

3.1. CABIMENTO

Inicialmente, no que se refere ao cabimento da audiência de custódia, ou seja, a imposição da sua realização no caso tanto da prisão em flagrante, quanto das que decorrem de mandado judicial, como prevê o art. 1º e o art. 13, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, há jurisprudência em sentido contrário. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu mais de uma vez que o instituto não é aplicável na prisão temporária. No julgamento do HC nº 0020804-28.2016.8.19.0000, julgado em 17/05/2016, de relatoria do Desembargador Antonio Eduardo Ferreira Duarte, a Quarta Câmara Criminal denegou a ordem nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. [...] Por fim, a designação de audiência de custódia se presta para que a autoridade judiciária analise a legalidade da prisão em flagrante, bem como a necessidade e a adequação de sua continuidade. Na questão em comento, os pacientes foram inicialmente presos temporariamente por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, que, posteriormente, ao receber a inicial acusatória, decretou suas prisões preventivas. Em outras palavras, não é possível a designação de audiência de custódia no presente caso, justamente porque a segregação dos pacientes já foi determinada em uma decisão judicial plenamente fundamentada. ORDEM DENEGADA."¹²⁴

Assim, percebe-se que a referida Câmara Criminal equivocadamente ignora o teor do já mencionado art. 13, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, que assegura a realização da audiência de custódia “às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva.”

¹²³ Todos os julgados foram retirados das plataformas digitais disponibilizadas pelos respectivos Tribunais.

¹²⁴ Nesse sentido, confirmam-se ainda os seguintes julgados do TJ/RJ: HC nº 0000289-35.2017.8.19.0000; HC nº 0002006-82.2017.8.19.0000; HC nº 0026132-36.2016.8.19.0000, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal teve duas oportunidades de se manifestar sobre o cabimento da audiência de custódia nos casos de prisão temporária, quando o assunto foi levado através da Reclamação nº 24.847/PR. Na ocasião, porém, a Corte não adentrou no mérito propriamente dito dessa questão, nos termos do voto do Ministro Relator Marco Antonio, no Agravo Regimental, assentando que:

No mais, está-se diante de prisões temporárias, agora convertidas em preventivas, impostas por Juízo competente, o qual assentou desnecessária a audiência de custódia em virtude da inexistência de dado concreto a justificá-la. Descabe potencializar a óptica adotada no paradigma para daí concluir obrigatória, nessas circunstâncias, a realização do mencionado ato processual. Reitero, então, o que consignei ao obstar a sequência do pleito veiculado na reclamação:

[...]

É inadequado apreciar, nesta via, a subsistência das premissas lançadas pela autoridade reclamada. Descabe emprestar a esta medida excepcional os contornos de recurso ou, até mesmo, de habeas corpus. A reclamação pressupõe a usurpação de competência do Supremo ou o desrespeito a decisão proferida pelo Tribunal.

Portanto, para o STF, a obrigatoriedade de realização de audiência de custódia imposta aos juízes e Tribunais de todo o país no julgamento da ADPF nº 347, está restrita à prisão em flagrante, conforme decidido naquela ocasião e, assim, incabível a reclamação constitucional. Logo, essa apreciação pela Corte apenas será feita quando a questão for levada por outro meio processual idôneo.

3.2. ASPECTO TEMPORAL

Sobre o aspecto temporal, ou seja, o prazo para realização da audiência de custódia existe uma interessante decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do HC 0006705-60.2016.4.02.0000, em 23/08/2016, de Relatoria do Desembargador Paulo Espírito Santo. Trata-se de decisão que não reconheceu a ilegalidade na audiência de custódia realizada mais de um mês depois da data da prisão em flagrante. Isso porque o acusado encontrava-se internado em um hospital, pois havia sido baleado. Assim, *in casu*, tanto o Ministério Público como o Juízo empenharam esforços em realizar a audiência assim que possível, o que ocorreu aproximadamente um mês depois, após a alta hospitalar do preso.

A nosso ver, considerando o entendimento da Corte Interamericana de que a expressão “sem demora” deve ser analisada no caso concreto, conforme exposto no tópico 4.2 deste trabalho, parece-nos que, diante da impossibilidade de se conduzir o custodiado imediatamente após a prisão, tal fato ocorreu assim que possível e, portanto, não violou a garantia. Todavia, esta é uma hipótese a ser pensada quando na regulamentação do prazo de 24 horas que a legislação brasileira pretende adotar, pois seria interessante trazer regras para a excepcionalidade.

A Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 0065087-39.2016.8.19.0000, julgado em 30/05/2017, tendo como relator a Desembargadora Maria Sandra Kayat Direito, decidiu que não havia ilegalidade na audiência de custódia realizada seis dias após a prisão em flagrante e, portanto, não há que se falar em relaxamento da prisão. O Tribunal fundamentou-se na jurisprudência do STJ (que será comentada no próximo tópico), que não reconhece a ilegalidade da não realização dessa audiência, menos ainda será caso de relaxamento da prisão por inobservância do prazo de 24 horas. Afirma a decisão, ainda, que não restou comprovado o prejuízo para a defesa na sua ocorrência tardia.

Todavia, consideramos que essa decisão não é adequada na proteção do direito à liberdade conferido pela audiência de custódia. Assim é porque não se encontra em conformidade com o entendimento da Corte IDH segundo o qual a pessoa deveria ter sido colocada em liberdade, pois não foi conduzida ao juiz imediatamente, seja por não respeitar-se o prazo de 24 horas da legislação interna, seja pela demora injustificada de seis dias.

3.3. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Mesmo nas grandes capitais, como o Rio de Janeiro, existem comarcas que ainda não realizam a audiência de custódia, embora tendo condições para tanto. Nesse contexto, têm sido interpostos diversos *habeas corpus* nos Tribunais, requerendo o relaxamento da prisão em flagrante convertida em prisão preventiva.

A Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,¹²⁵ no julgamento do HC nº 0032532-66.2016.8.19.0000, em 04 de agosto de 2016, decidiu pela ilegalidade da prisão pela ausência da audiência de custódia, concedendo a ordem para colocar o paciente

¹²⁵ Nesse sentido, confira-se também os seguintes julgados do mesmo órgão: HC nº 0040179-49.2015.8.19.0000; HC nº 0039132-40.2015.8.19.0000; HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000.

em liberdade. Recomendamos a leitura na íntegra do brilhante voto do Relator Desembargador Luiz Noronha Dantas, que em consonância com a melhor doutrina afirmou:

Observe-se que, em momento algum, houve a indicação da existência de dificuldades de ordem material, ou operacional, quanto à realização da Audiência de Custódia, indicando o Magistrado que simplesmente entende pela desnecessidade e desfuncionalidade de sua ocorrência e realização, em frontal, explícito e desafiador descumprimento a uma norma materialmente constitucional, que vincula, de forma cogente, a efetivação de tal ato, que não é opcional, nem se perfila como daqueles em face dos quais um Juiz livremente escolhe se irá lhe dar vigência e em que extensão, sem se preocupar com os consectários da posição assumida. Destarte e diante da indisfarçável ilegalidade derivada da negativa judicial de realização de ato, insitivamente considerando-o como opcional e desnecessário, impõe-se a imediata decretação do respectivo relaxamento de prisão.

Em sentido oposto, a Primeira Câmara Criminal do TJ/RJ entende que a ausência da audiência de custódia não é causa de ilegalidade da prisão a ensejar seu relaxamento se o juiz convertê-la em prisão preventiva. O posicionamento desse órgão pode ser verificado nos julgamentos do HC nº 0024826-95.2017.8.19.0000 e do HC nº 0065330-80.2016.8.19.0000, a título exemplificativo.

No julgamento do HC nº 0003378-66.2017.8.19.0000, o fundamento do mesmo órgão do TJ, para a denegação da ordem, foi que o local do fato, Cabo Frio, não implementou a audiência de custódia, mas apenas a Capital do RJ, motivo pelo qual não existiria ilegalidade na prisão. Ressalte-se que se trata de decisão proferida em 07/03/2017, quase dois anos após o julgamento da ADPF 347, que ilustra o ritmo lento em que caminham as Comarcas do interior para viabilizar a realização das audiências de custódia.

Esses últimos julgamentos estão em consonância com o que pensa o Superior Tribunal de Justiça que tem decidido reiteradamente sobre a questão, praticamente pacificando sua jurisprudência, com esse entendimento infeliz a nosso ver, de que a ausência da audiência de custódia, por si só, não torna a prisão preventiva ilegal, pois a convocação da prisão em flagrante em prisão preventiva, devidamente fundamentada pela autoridade judicial, sanaria esse vício. Entende aquele Egrégio Tribunal que não basta a mera não realização da audiência de custódia, sendo necessário demonstrar a efetiva violação aos direitos e garantias constitucionais do preso. Confira-se a seguinte ementa em decisão do STJ:

[...] AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO PRESO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ALEGAÇÃO SUPERADA. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. [...] PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. GARANTIA DA ORDEM

PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 3. A ausência de realização de audiência de custódia não enseja o relaxamento da segregação do recorrente, tendo em vista que a prisão em flagrante do acusado foi convolada em prisão preventiva por autoridade judiciária, o que exaure o objeto de eventual audiência de custódia, ficando superada a questão. Precedentes. 3. [...] Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa. Habeas corpus não conhecido. (grifo nosso)
(HC 384.067/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 07/04/2017)

Como vimos no tópico referente ao conceito e finalidades da audiência de custódia, a presença física do indivíduo perante o magistrado é a essência inegociável desse instituto humanizador do processo. Por esse motivo, quando essa questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, através de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Relator no STJ, que reafirmou o entendimento supramencionado daquela Corte, o Pretório Excelso adotou posicionamento diverso.

No julgamento do HC nº 133.992/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgado em 11/10/2016, a Primeira Turma da Corte decidiu que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, por si só, não supre o vício da não realização da audiência de custódia. Consignou que existia vício na formação e legitimação da ordem de prisão preventiva e, portanto, determinou que fosse realizada a audiência de custódia para que a medida fosse reavaliada. O Ministro Fachin ressaltou em seu voto que a observância dessa garantia processual é um dever dos juízes e Tribunais, não uma faculdade.

Apesar disso, a Quarta Câmara Criminal do TJ/RJ tem entendimento particular, afirmando que não há ilegalidade na ausência da audiência de custódia. Consta no julgamento do HC nº 0017931-21.2017.8.19.0000, julgado em 16/05/2017, como um dos fundamentos do acórdão, conforme consta no voto do relator, o Desembargador João Ziraldo Maia, *in verbis*:

O segundo ponto é que a audiência de custódia não se encontra regradada em nosso ordenamento jurídico. Trata-se de construção jurisprudencial defendida por sapientes doutrinadores e juristas e prevista em acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, mas que não pode ser imposta como se lei fosse, pois ainda não o é.

Como se vê, ao arrepio das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a Quarta Câmara Criminal do TJ/RJ lamentavelmente ignora o *status* supralegal da Convenção

Americana sobre Direitos Humanos, bem como o dever de realizar as audiências de custódia, nos termos da decisão do STF supramencionada.

4. CONCLUSÃO

De início, observamos o cenário alarmante das penitenciárias brasileiras, que diariamente submetem milhões de pessoas encarceradas a tratamentos humilhantes e degradantes. Essas pessoas não possuem condições mínimas de saúde e higiene, vivem em celas superlotadas, e precisam conviver com a violência policial e/ou das facções criminosas que governam os estabelecimentos prisionais.

Em seguida, vimos que o Supremo Tribunal Federal, considerando esse quadro, declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional, o que significa dizer que existe uma violação em massa de direitos fundamentais e pouco ou nenhum esforço por parte do Poder Público no sentido de reverter a situação. Assim, a Corte investiu-se de legitimidade para tomar a iniciativa de tentar mitigar esse quadro e, dentre as soluções tomadas, estava a determinação de que os juízes e Tribunais, em 90 dias, implementassem as audiências de custódia.

Esse instrumento de tutela do direito à liberdade, na verdade, não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que sempre esteve previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ambos incorporados pelo país no ano de 1992. Mesmo após o STF ter reconhecido, no ano de 2008, o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos que o Brasil é signatário, tal direito fundamental continuou sendo ignorado pelo Poder Judiciário. Ressurgiu, porém, quando finalmente a nossa Corte Constitucional enxergou nele um instrumento que pode coibir o alto número de prisões provisórias decretadas desmedidamente pelos juízes, e confirmadas pelos Tribunais, e isso só em face do contexto de crise nas prisões.

Embora o Senado Federal discuta desde 2011 o projeto de lei que visa incorporar a audiência de custódia no Código e Processo Penal nacional, e tenha aprovado o texto final em 2016, sua tramitação encontra-se estagnada na Câmara dos Deputados, pois foi incorporado ao projeto do novo CPP. Assim, esse instrumento processual encontra-se regulado pela Resolução nº 213/2015, do CNJ, reconhecida pelo STF como norma constitucional que não inova no ordenamento jurídico e, portanto, é de observância obrigatória nos órgãos do Judiciário.

Como visto, a audiência de custódia se traduz no direito fundamental da pessoa presa de ser conduzida sem demora à presença da autoridade judicial competente com poderes suficientes para tutelar seu direito à liberdade e à integridade física. Portanto, dentro do sistema processual penal brasileiro, conseguimos concluir que tal autoridade é,

necessariamente, o juiz (ou os membros do Poder Judiciário investidos de jurisdição). Assim, caberá a ele verificar a legalidade da prisão, relaxando-a, se for o caso, ou impor outras medidas cautelares e, quando estas se mostrarem insuficientes, impor a prisão preventiva. Deverá, ainda, apurar se houve tortura ou maus tratos à pessoa presa por parte das autoridades policiais que a capturaram, tomando as medidas cabíveis em caso positivo.

Tendo em vista que o art. 7.5, da CADH, não impõe qualquer restrição no sentido de qual tipo de prisão é cabível a realização da audiência de custódia, ela deverá, em princípio, ocorrer sempre que uma pessoa for presa, seja em flagrante delito, ou por mandado judicial. Nesse último caso, porém, ficará restrita à tutela da integridade física do custodiado e, eventualmente, poderá o magistrado rever a necessidade da prisão cautelar se desaparecerem os motivos que a fundamentam após os esclarecimentos prestados pela própria pessoa do acusado.

Quanto ao que pode ser entendido pela expressão “sem demora”, que consta no art. 7.5, da CADH, verificamos que se trata, possivelmente, do maior problema para que a audiência de custódia se torne prática comum no país. Pelo entendimento da Corte IDH, podemos concluir que esse prazo precisa ser determinado conforme as possibilidades do país sem, contudo, ser demasiado ao ponto de esvaziar o seu imediatismo. Por esse motivo, concluímos que o prazo de 24 horas se mostra inviável, seja por questões geográficas ou de recursos. Assim, concordamos que o prazo que nos parece razoável é o de 72 horas.

Dadas as dificuldades mencionadas – geográficas e recursais do país, comentamos sobre a possibilidade de realização da audiência de custódia via videoconferência, o que poderia facilitar sua realização, uma vez que o preso não precisaria ser deslocado ao encontro do magistrado. Todavia, reafirmamos que essa medida só é cabível em casos excepcionais, pois é indispensável a presença física do acusado perante o magistrado, já que dela depende a essência humanizadora desse direito fundamental.

Seguindo, verificamos a indisponibilidade da presença efetiva da defesa técnica, inclusive com o direito à entrevista prévia e reservada entre o advogado/defensor público e o custodiado. Isso porque a audiência de custódia permite a ampliação cognitiva do juiz, ao decidir sobre a necessidade da prisão, através de exercício do contraditório, o que implica o direito à ampla defesa. No ordenamento jurídico brasileiro, a defesa apenas é ampla quando inclui a autodefesa – direito pessoal do acusado expor a sua versão dos fatos, ou ficar em silêncio, e a defesa técnica – profissional da advocacia. Concluímos que a defesa técnica, nesses termos, é indispensável para as finalidades a que se propõe a audiência de custódia.

Encerrando a discussão dogmática, incluímos a discussão sobre os limites ao conteúdo do interrogatório nessa audiência. Entendemos que deve-se evitar adentrar no mérito do delito, restringindo-se à oitiva das circunstâncias da prisão, evitando-se antecipar o interrogatório. Todavia, tendo em vista a garantia do direito à ampla defesa, com e efetiva atuação da defesa técnica, entendemos que o conteúdo da audiência poderá ser utilizado como material probatório, se não houver nenhuma ilegalidade a macular essa oitiva, pelo contrário, forem garantidos todos os direitos da pessoa presa.

Em conclusão, entendemos que a audiência de custódia poderá funcionar eficazmente no país, em consonância com as orientações da Corte IDH, se a pessoa presa em flagrante ou cautelarmente, for conduzida no prazo de 72 horas, em regra, à presença de um juiz, para tutelar sua liberdade e sua integridade física. Excepcionalmente, poderá ser realizada por meio de videoconferência, por decisão fundamentada e, em todo caso, deverá ser resguardado o direito à prévia e reservada entrevista do custodiado com a defesa técnica, que também atuará efetivamente na oitiva. O interrogatório, por sua vez, não poderá servir como antecipação de mérito, mas nada impede que seja utilizada como conteúdo probatório. Não sendo realizada a audiência de custódia no prazo previsto, a prisão deverá ser relaxada.

Voltando-nos à realidade do judiciário brasileiro, vimos que a jurisprudência não possui um grande arcabouço de decisões sobre o tema. Tendo em vista que a audiência de custódia está em evidência e, ao mesmo tempo, sua implementação precisa ser gradual, pelas dificuldades que a realidade do país apresenta, verificamos que a grande maioria das decisões foram proferidas em *habeas corpus* onde a defesa alega ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia.

A quantidade de pedidos de liberdade nesse sentido permitiu que o STJ pacificasse jurisprudência no sentido de que não há ilegalidade a ensejar o relaxamento de prisão, o que acaba por tornar inócua a garantia e todos os esforços para implementá-la, mantendo o sistema existente no Código de Processo Penal, que como entende a Corte IDH é insuficiente na tutela do direito à liberdade e integridade física da pessoa presa. Ressalte-se que o Senado rejeitou esse entendimento quando retirou do texto do PL 554/2011 a previsão de que a ausência da audiência de custódia, por si só, não constitui ilegalidade a justificar o relaxamento da prisão.

Parece-nos, portanto, que a aprovação e entrada em vigor de lei federal pelo Congresso Nacional, seja alterando o atual Código de Processo Penal, seja pela entrada em vigor do novo CPP, que traga disposições expressas sobre a audiência de custódia, é essencial para que o instituto adentre de vez a realidade brasileira. Isso porque ainda existe resistência

na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo após o Supremo Tribunal Federal ter decidido sobre o *status* supralegal dessas normas e determinado expressamente a realização das audiências de custódia. Essa positividade específica no nosso ordenamento jurídico certamente não encerrará a discussão doutrinária sobre o tema, mas ao fortalecerá o respeito devido a esse direito fundamental.

Encerrando, destacamos que, até abril deste ano (2017) foram realizadas no país 229.634 audiências de custódia, onde 45,15% resultaram na liberdade do custodiado, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. No Rio de Janeiro são 8.352 audiências de custódia em que em 42,24% dos casos a pessoa presa foi colocada em liberdade.¹²⁶ Analisando esses dados, o Ministério da Justiça¹²⁷ ressalta que entre 2012 e 2014, o índice de conversão em prisão preventiva no Rio de Janeiro era de 72,3%, mas apesar do evidente avanço, destaca a necessidade de cautela ao olhar os números, evitando-se fazer generalizações sobre o sucesso ou fracasso da audiência de custódia, pois o processo ainda é recente e sujeito a diversas variáveis.

¹²⁶ Dados fornecidos pelo CNJ, disponíveis para consulta em sua plataforma digital.

¹²⁷ BALLESTEROS, P. R. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Ministério da Justiça. Brasília, 2016, p. 71.

BIBLIOGRAFIA:

BADARÓ, G. H. R. I. Parecer prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia, 31 julho 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Prisao_em_flagrante_delito_e_direito_a_audiencia_de_custodia>. Acesso em: 05 dezembro 2016.

BALLESTEROS, P. R. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Ministério da Justiça. Brasília, p. 71. 2016.

BEATRIZ BULLA, A. E. Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ir para a cadeia. **Estadão Jornal Digital**, 13 novembro 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>>. Acesso em: 01 dezembro 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5.240/SP. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJE nº 18, divulgado em 29/01/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.347/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJE nº 181, divulgado em 11/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Especial n.466.343/SP. Relator: PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno.

CAMPOS, C. A. D. A. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. **CNJ**, 23 fevereiro 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 15 junho 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL E FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen. [S.l.]. 2014.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. **https://www.priberam.pt/dlpo/**, 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/cust%C3%B3dia>>. Acesso em: 24 maio 2017.

GOMES, L. F. Pacto de San José é cada vez mais aplicado no STF, 07 dezembro 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 março 2017.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [S.l.]. 2014.

LIMA, R. B. D. **Manual de processo penal**. 4. ed. [S.l.]: JusPodivm, v. Único, 2016b.

LIMA, R. B. D. **Código de Processo Penal comentado**. Salvador: JusPodivm, 2017a.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., A.; PAIVA, C. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n. 17, dezembro 2014.

LOPES JR., A.; ROSA, A. M. D. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1). **Consultor Jurídico**, 13 fevereiro 2015a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 09 outubro 2016.

LOPES JR., A.; ROSA, A. M. D. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2). **Consultor Jurídico**, 20 fevereiro 2015b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 2017 maio 07.

MASSON, C.; MARÇAL, V. É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado? **GEN Jurídico**, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, F. S.; CASTRO, H. H. M. D. Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>>. Acesso em: 31 maio 2017.

NICOLITT, A. L. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, G. D. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, E. P. D. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PAIVA, C. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

STRECK, L. L. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**, 24 outubro 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn7>. Acesso em: 15 junho 2017.

SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. **Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penal Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de Outubro: observações e recomendações ao Estado Parte**. Organização das Nações Unidas. [S.l.], p. 25. 2016.

SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES DA ONU. **Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penal Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Relatório sobre a visita ao Brasil**. [S.l.]. 2012.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

WEIS, C.; JUNQUEIRA, G. O. D. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**, v. 921/2012, p. 331 - 355, 2012. Consulta eletrônica.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO-COORDENAÇÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO

ATA DE DEFESA-TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Aos 13 dias do mês de JULHO do ano de 2017, reuniram-se os membros da banca examinadora composta pelos professores abaixo relacionados para examinar e avaliar a defesa oral do trabalho intitulado AUDIÊNCIA DE USUÁRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Apresentado pelo(o) discente LAÍS DAMASCENO SILVA matricula nº 272007294
no Curso de Bacharelado em Direito desta Faculdade, que teve como orientador o(a) professor (a) ANDRÉ NICOLITTI

Após a apresentação do trabalho os membros da Banca Examinadora atribuíram as seguintes notas:

IAPE DO PROFESSOR	NOME DO PROFESSOR	NOTA ATRIBUÍDA	ASSINATURA DO PROFESSOR
	<u>ANDRÉ LUIZ NICOLITTI</u>	<u>10</u>	<u>[Assinatura]</u>
	<u>FLÁVIA SAVINA LEAL DE MENEZES</u>	<u>10</u>	<u>[Assinatura]</u>
	<u>Renexanda nicolitti Lopez</u>	<u>10</u>	<u>[Assinatura]</u>
MÉDIA FINAL		<u>10</u>	

Desta forma o trabalho foi () APROVADO COM INDICAÇÃO DE CONSULTA PARA OUTROS TRABALHOS- (X) APROVADO-

() APROVADO COM RESTRIÇÕES-Anexar relatório com as justificativas- () REPROVADO

Laís Damasceno Silva