

A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos

The audience of custody and its role as a constitutional instrument for the effectiveness of rights

Néfi Cordeiro¹

Universidade Católica de Brasília, Brasil
nafi.cordeiro@msn.com

Nilton Carlos de Almeida Coutinho²

Universidade Católica de Brasília, Brasil
niltonpge@gmail.com

Resumo

O presente artigo trata da instituição, no Brasil, da audiência de custódia (também chamada de audiência de apresentação) dentro de uma ótica garantista. Trata-se de uma pesquisa qualitativa estruturada a partir da teoria dos direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa humana. Para tanto, os autores fazem uma análise acerca das regras estabelecidas para a realização da audiência de custódia em tratados internacionais de direitos humanos, bem como sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro. Do mesmo modo, os autores analisam a situação do sistema prisional brasileiro e eventuais violações a direitos fundamentais nele ocorridas. Na sequência, os autores abordam especificamente a figura da audiência de custódia e sua importância na concretização de direitos, apresentando suas considerações finais.

Palavras-chave: Direitos humanos, processo penal, prisão, audiência de custódia, audiência de apresentação, dignidade da pessoa humana, concretização de direitos.

Abstract

This article deals with the institution, in Brazil, of the custody hearing (also called a presentation hearing) from a perspective of a custodian. It is a qualitative research structured from the theory of fundamental rights and protection of the dignity of the human person. In order to do so, the authors analyze the established rules for the

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade Católica de Brasília. Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Trecho III, Lote 1, 70095-900, Brasília, DF, Brasil.

² Procurador do Estado de São Paulo, com atuação perante os Tribunais Superiores em Brasília. Professor da Universidade Católica de Brasília. SCN Quadra 5, Bloco A, 70710-500, Brasília, DF, Brasil.

custody hearing in international human rights treaties, as well as their incorporation into the Brazilian legal system. In the same way, the authors analyze the situation of the Brazilian prison system and possible violations of fundamental rights in it. Following, the authors specifically address the custodial audience and its importance in the realization of rights, presenting its final considerations.

Keywords: Human rights, criminal proceedings, prison, custody hearing, presentation audience, dignity of human person, realization of rights.

Introdução

A audiência de custódia surgiu com o objetivo de diminuir o número de prisões desnecessárias, permitindo àquele que fora preso em flagrante delito tenha o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade. Trata-se, assim, de um instrumento processual imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos atribuídos universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, entendendo-se como direito subjetivo³ toda expectativa positiva (de prestações) ou negativa (e não causar danos) adstrita a um sujeito por meio de uma norma jurídica (Ferrajoli, 2001). Nesta linha, é possível afirmar-se que os direitos fundamentais são direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e por meio dos quais outorga-se aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face do Poder Público e dos demais indivíduos. São, nos dizeres de Mendes (2004), a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

No âmbito penal observa-se que diversos são os direitos consagrados pela Constituição Federal a fim de proteger aqueles que venham a ter sua liberdade tolhida. Do mesmo modo, a presença do processado perante seu juiz, mais que direito processual, constitui-se como um direito imprescindível para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Na análise da prisão e da justa causa, bem como especialmente da necessidade e proporcionalidade da cautelar, exige-se a valoração do homem. A propósito, a proporcionalidade constitui-se como um importante instrumento de interpretação e aplicação da norma penal (Chaves Jr. e Oldoni, 2013). Assim, quanto maiores forem os riscos ao processo ou à sociedade, mais gravosas deverão ser as cautelares a serem fixadas.

Assim, manifesta-se a importância do contato do preso com o juiz. Se o “papel” bem pode registrar os fatos narrados, pouco contém do homem e da real necessidade de mantê-lo afastado da sociedade desde já, enquanto presumidamente inocente⁴.

A audiência de custódia⁵ é incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da ratificação, pelo Congresso Nacional, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto Presidencial nº 678, 06/11/1992) (OEA) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto Presidencial nº 592, 06/07/1992) (ONU), estabelecendo garantia a qualquer preso de ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz, que deverá analisar se a prisão foi legal e se estão presentes os fundamentos para a decretação da prisão preventiva ou se a pessoa pode ser solta, mediante fiança ou outras medidas cautelares penais, se necessárias.

Embora promulgadas há mais de 20 (vinte) anos pelo Brasil, essas normativas internacionais, regulatórias de direitos individuais, permaneceram sem nenhuma aplicação até recentemente e hoje retornam a perder força concreta de regência das prisões no país.

Fica a audiência de custódia, pois, como garantia essencial, mas de concretude ainda dificultada, como novo tema da doutrina processual penal brasileira. O presente artigo abordará o descumprimento da garantia a direito fundamental, as dificuldades de implementação no Brasil, seu procedimento e efeitos processuais.

Da previsão da audiência de custódia em tratados internacionais de Direitos Humanos

No âmbito internacional tem-se que a audiência de custódia encontra-se prevista tanto na Convenção

³ Na visão de Ferrajoli (2001, p. 57), o direito subjetivo é uma expectativa para a qual corresponde uma obrigação. Assim, uma expectativa positiva corresponde a uma obrigação positiva de prestação, ao passo que uma expectativa negativa corresponde a uma obrigação negativa, no sentido de não lesionar.

⁴ Consoante dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV) e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

⁵ Por nossa Suprema Corte recomendada a denominação “audiência de apresentação” (ADI 5240/SP).

Americana de Direitos Humanos quanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais foram ratificados pelo Brasil e integrados ao ordenamento jurídico interno por meio dos Decretos 678/92 e 592/92, respectivamente (Pieri, 2015).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica prevê, em seu artigo 7º, que

qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Do texto apresentado, observa-se a clara previsão de apresentação pessoal (*conduzida, sem demora, à presença do juiz*) e não por via documental.

Também o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe, em seu artigo 9º, que

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Novamente, a *condução da pessoa detida, sem demora, à presença de um juiz*, não permite interpretações excludentes ou minimizadoras desse direito de presença ante o juiz que decidirá sobre o direito à liberdade de quem preso seja.

Assim, tanto o Pacto de San José da Costa Rica como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, constituem-se em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, assim se sobrepondo ao texto limitador do direito de presença, constante do Código de Processo Penal. Essa é a clara decorrência do artigo 5º, § 2º da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros de-

correntes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Essa natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos é garantida pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo-lhes hierarquia normativa inferior à Constituição, mas derogando a legislação infraconstitucional⁶.

Talvez pela demora na construção da posição hierárquica dos tratados internacionais, através da Suprema Corte, o que somente se deu no ano de 2008, se possa compreender, em termos históricos, a dificuldade e a lentidão na implantação, pelo Judiciário brasileiro, dos dispositivos constantes dos referidos pactos, dentre os quais os que abordam o controle judicial imediato, traduzido pela audiência de custódia.

É necessária a efetivação da norma internacional pelo Judiciário brasileiro, pela via do controle de convencionalidade, adaptando a legislação local ao mais garantidor regramento internacional. Explica a respeito Mazzuoli (2013, p. 133-134):

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil.

Realmente, não se confundindo com o controle de constitucionalidade, pois direitos não expressados pela Constituição Federal, embora por ela implicitamente admitidos⁷, “O exercício do controle de convencionalidade é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício” (Marinoni e Mazzuoli, 2013, p. 66). A todos os juizes brasileiros, pois, compete acrescer ao nosso Código de Processo Penal as regras da audiência de custódia, na forma dos artigos 7º

⁶ “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação” (HC nº 95967/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie; Recursos Extraordinários nºs 466.343 e 349.703 e HCs 87.585 e 92.566, julgamento conjunto pelo Plenário do STF em 03/12/2008).

⁷ Constituição Federal, art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

da Convenção Americana de Direitos Humanos e 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Não é caso de colisão das normas internacionais com as regras locais, mas de mera complementação – direito adicional criado. É de se esclarecer, de todo modo, que se houvesse conflito entre normas de direito interno e previsões da CADH, a solução seria pela prevalência da norma internacional, como estabelece a regra incorporada pelo Brasil⁸ e como já decidiu nossa Suprema Corte quando excluiu a validade da prisão do depositário infiel em respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos⁹.

O sistema prisional brasileiro e a violação de direitos fundamentais

O Sistema prisional na maior parte dos países tem sofrido com o aumento da população carcerária nas últimas décadas. Seguindo essa tendência mundial, mas, lamentavelmente, aqui com especial ênfase, o Brasil sofre pelo excesso de presos e pelas precárias condições carcerárias. A privação da liberdade há muito transformou-se na menor das penas impostas pela prisão (Andrade e Alflen, 2017).

Aliás, no julgamento da ADPF 347 MC/DF restou caracterizada a existência de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação exige a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Neste aspecto, é interessante observar que, apesar de ocupar atualmente o quarto lugar no mundo em população carcerária, (atrás dos Estados Unidos, China e Rússia) o Brasil aumentou o número de presos na última década, enquanto os ocupantes da primeira posição têm reduzido a quantidade de presos¹⁰.

Segundo relatório da Organização Não-Governamental *Human Rights Watch*, observa-se a existência de violações crônicas de direitos humanos no Brasil, incluindo-se, ainda, execuções extrajudiciais pela polícia, superlotação das prisões, tortura e maus-tratos a pessoas detidas (*Human Rights Watch*, 2017).

O mais preocupante na superpopulação carcerária é a quantidade de presos provisórios, que segundo dados recentes – embora não oficiais – chega a 221.054 (CONJUR, 2017), mas que em alguns estados, como Sergipe, representa 82% dos presos. É a clara inversão da regra acusatória da prisão excepcional. Ao contrário, o que se passa então a perceber é que a pena definitiva tende a ser menos gravosa do que a pena processual, em clara inversão de presunções (de não culpabilidade, para culpa antecipada), desarrazoadamente protegendo a sociedade com a prisão do não culpado para soltar ao reconhecidamente culpado.

Esse fenômeno tende a se agravar com a execução penal provisória, onde, mesmo sem o título de cautelar (pois de execução definitiva, embora provisória, se trate), é preso quem ainda pode ver reconhecida sua inocência.

Apenas a título de exemplo, cite-se que cerca de 60% (sessenta por cento) dos presos provisórios encontra-se há mais de 90 (noventa) dias aguardando preso o julgamento, revelando outra dura realidade processual: a demora do processo penal. Se a pressa não é objetivo da persecução criminal, que precisa respeitar prazos e o momento do convencimento judicial, a demora é desserviço à eficiência da resposta penal e incentivo a maior criminalidade. Do mesmo modo, são constantes as denúncias de violência e de abusos sexuais, que acabam dificultando o processo de ressocialização do indivíduo encarcerado (Cordeiro e Coutinho, 2017).

Por outro lado, tem-se que, no que se refere aos problemas existentes no âmbito da realidade carcerária também é possível apresentar uma série de caminhos para o enfrentamento desse problema. Tais medidas vão desde a valorização do trabalho útil e do estudo até o estímulo às cautelares penais substitutivas da prisão. E a audiência de custódia é importante reforço ao enfrentamento do drama prisional. Isso porque, determina que todo aquele que for preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

Estimativas iniciais apontaram redução de cerca de 20% nas prisões quando realizadas as audiências de custódia. Considerado o custo médio de três mil reais

⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

⁹ PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01 106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

¹⁰ De 2003 a 2008 o Brasil cresceu 33% a população carcerária, enquanto reduziram o número de presos os Estados Unidos (8%), China (9%) e Rússia (24%) (Brasil, 2014).

por preso, isto representa 120.000 presos a menos por ano no Brasil, com economia de 4,3 bilhões de reais em um ano. É economia e, mais importante, é dignidade ao processado, que merece o tratamento da prisão efetivamente como excepcional.

Do tratamento jurídico dado à audiência de custódia

No ordenamento jurídico brasileiro observa-se que o instituto foi tratado pelo Código de Processo Penal brasileiro, o qual dispõe acerca do direito de presença, do dia do acusado perante seu juiz, para o exercício da autodefesa, por ocasião das audiências e, especialmente, para seu interrogatório (Cordeiro e Coutinho, 2017).

A legislação processual penal brasileira exige que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre sejam comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. A audiência de custódia possibilita um melhor esclarecimento judicial para a definição da liberdade ou de medidas cautelares, diretamente refletindo na quantidade da população carcerária e na definição mais criteriosa de seus integrantes.

Para sua realização, exige-se, apenas, o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente (e, caso o autuado não possua ou não informe o nome de seu advogado, deve-se encaminhar cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública). Aliás, no que tange à assistência jurídica na seara penal, observa-se que a Constituição criou regras específicas.

Não prevê a lei processual a apresentação do preso em crime flagrado, bastando, então, a apresentação impessoal e formalizada do auto de flagrância, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, à autoridade judicial, conforme artigo 306, *caput*.

Segundo o artigo 5º, LXIII, é assegurado ao preso o direito à informação acerca de seus direitos, bem como a assistência familiar e de advogado. Tal regra já se encontrava prevista na convenção americana de direitos humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) a qual garantiu, em seu artigo 8º, 2, alínea “e” o direito de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, segundo a legislação interna (Coutinho, 2009).

Alguns regramentos já existem sobre a audiência de custódia, mas muito ainda há em discussão.

Prazo para apresentação do preso

O Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos utilizaram a expressão “promptly”, “sem demora”. É ideia de imediatidade e não de minutos ou horas.

Assim é fixada a garantia da apresentação sem demora, mas não se corre o risco de fixar prazos que poderão resultar longos ou irrazoavelmente curtos para a realidade local.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem respeitado como prazo aquele fixado pela legislação interna do país, de modo a respeitar as diferentes realidades locais. Excessos, como se dá em regra no seu reconhecimento em processo penal, são constatados casuisticamente, ponderadas as circunstâncias fáticas da prisão, do transporte e do crime praticado, para aferição da mora estatal¹¹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já admitiu como razoável para apresentação do preso o prazo de 24 horas (caso López Álvarez x Honduras), mas rejeitou razoabilidade no prazo de uma semana (caso Bayarri x Argentina).

Assim é que o CNJ adotou o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, ao fixar pela Resolução nº 213, de 15/12/2015-CNJ, em seu art. 1º, “que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente”.

Também o Ministério Público Federal se manifestou favorável à instituição da audiência de custódia em 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante, tanto por Nota Técnica Conjunta das 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República, como por Nota Técnica do Conselho Nacional do Ministério Público ao Substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.

O prazo é fundamento primeiro de validade da audiência de custódia. A demora impedirá os objetivos da constatação pessoal pelo juiz do estado físico do preso e perdurará prisão que pode ser tida como ilegal ou desnecessária.

A prática da prisão no Brasil mudaria então da mera entrega do papel (auto de prisão em flagrante) ao juiz, para a apresentação da pessoa, permitindo maior eficiência e maior sensibilidade na decisão sobre a necessidade de cautelares penais.

¹¹ No caso Castillo Petrucci x Peru a Corte Interamericana de Derechos Humanos reconheceu excesso no descumprimento de prazo estabelecido pela própria lei local, por ter demorado a audiência 36 dias, mesmo tendo fixado o Peru prazo máximo de 30 dias. Acresceu a Corte, porém, que mesmo esse prazo de trinta dias não seria razoável no conceito de *sem demora* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.d.).

Se a realidade brasileira é diferenciada, pela extensão e desigualdades regionais, caberá o casuístico excepcionalmente desse prazo. Não é tão diferente da entrega do auto de prisão em flagrante, que na realidade brasileira acabou gerando dificuldades mas teve sua concretização no prazo legalmente fixado de 24 horas; se o encaminhamento do preso pode ser mais custoso, pode gradualmente a estrutura de transporte vir a isto realizar. O que não se pode admitir é a justificativa da falta de estrutura para a manutenção da prisão indevida.

Autoridade competente para a apresentação do preso

Já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que a audiência de custódia deve ser realizada por quem detenha as qualidades previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos: *um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei*.

Assim deve se dar efetivamente, porque a ideia é de apresentação do preso a quem possa fiscalizar abusos da prisão e decidir sobre sua liberdade e estas são competências típicas de magistrado.

A permissão do art. 7.5 da Convenção, de que pode o preso ser apresentado a *um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais* não é ampliação que permita a exclusão da autoridade judicial, mas indicação de cargo que essas funções exerçam. Daí a expressão autoridade com *funções judiciais*.

Assim, segundo Pinto (2018) somente a autoridade legalmente autorizada ao exercício de função judicial (na qual não se inclui o delegado de polícia) possui legitimidade para a realização da audiência de custódia. Nesse sentido manifestou-se a Corte Interamericana em reiterados precedentes, assegurando a necessidade de apresentação do preso a magistrado.

Em sentido contrário, Sannini Neto e Castro (2016) compreendem que poderia o Delegado de Polícia ser a autoridade destinatária da apresentação do preso:

Nesse panorama, nenhum espanto causa afirmar que o delegado de polícia é autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. Com isso não se está a dizer, obviamente, que possui os mesmos poderes que o juiz; as funções são distintas. Mas apenas que o CPP faculta à autoridade de Polícia Judiciária a tomada de certas decisões tipicamente judiciais, restritivas da liberdade individual, como decretação da prisão em flagrante e de medida cautelar de liberdade provisória mediante fiança (artigos 304 e 322 do CPP). Até porque, fosse a outra autoridade o próprio juiz, não faria sentido o

tratado internacional ter diferenciado os atores jurídicos em sua redação (Sannini Neto e Castro, 2016).

Nucci (2015) em doutrina admite funções judiciais ao Delegado de Polícia, embora não chegue a afirmá-lo como autoridade competente para a audiência de custódia, por ser seu ato revisto pelo magistrado:

O delegado de polícia pode, também, arbitrar fiança, para crimes cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos. Qual outra autoridade pode fazer isso? Não seria uma função típica de juiz em outros países?

Então, muitos leram o meu voto a respeito e torceram como puderam, somente para ser notícia, dizendo que eu estaria defendendo que o delegado “pode presidir audiência de custódia” ou estava “equiparando o delegado ao juiz” e assim vai. São esses divulgadores de falsas notícias ignorantes ou agiram de má-fé. Disse e insisto que o sistema processual do Brasil, vigente há mais de 70 anos, adotou o critério de apresentar o preso ao delegado, para, na sequência (24 horas), ser avaliado o auto de prisão em flagrante por magistrado togado.

Realmente, embora até atue o Delegado de Polícia como autoridade estatal da prisão em flagrante, afirmando-a formalmente no auto de prisão, competindo-lhe fixar fiança nos crimes apenados até 4 anos, isto faz sob revisão judicial imediata, assim não se confundindo sua atuação com a do magistrado.

Aliás, independência e imparcialidade são características difíceis de serem compreendidas como inerentes à função policial, por mais relevante e isento racionalmente que possa ser o Delegado de Polícia, notadamente quando discutida a validade e abusos da prisão.

Assim é que a mais independente constatação das condições pessoais do preso e da necessidade de sua prisão precisará ser feita por magistrado no Brasil, como inclusive tem a Corte interamericana reconhecido por precedentes já citados.

Delegado de polícia, autoridades militares, servidores da administração ou promotores de justiça não possuem os caracteres de independência e imparcialidade processual, aptos a garantir de modo suficiente a tutela da liberdade na audiência de custódia.

Vale ressaltar como precedente da Corte Interamericana o caso Chaparro Álvarez e Lapo Iníiguez x Equador:

84. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte em outro caso relativo al Estado ecuatoriano, no puede considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla com el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un ‘juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.

Essa já foi a compreensão do CNJ ao editar a Resolução nº 213, de 15/12/2015, em seu art. 1º, § 2º:

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

Desse modo, mesmo razões de economia e celeridade podendo indicar mais fáceis encaminhamentos a autoridades estatais diversas, é necessário garantir a reserva jurisdicional do poder cautelar no processo penal. Somente o juiz pode ordenar prisão e mantê-la.

De outro lado, não pode o direito transformar-se em punição, em obrigação contrária aos interesses de seu titular. Se o direito de audiência existe é em favor do preso e vindo a ser o agente antes liberado, não há sentido em exigir-se sua condução ao juiz competente. Ou seja, o direito de audiência não pode impedir a soltura do preso pelo Delegado de Polícia nas hipóteses de sua competência legal para essa medida.

A audiência de custódia há que ser realizada perante autoridade judicial, compreendido o ato como poder com reserva jurisdicional, não a suprimindo a apresentação a outro representante do estado, notadamente de encarregados da prisão ou da acusação criminal.

Acesso ao fato criminoso na audiência de custódia

Como contato com o imputado autor de crime, primeiro ante o magistrado, é natural a tendência de buscar melhor conhecer o fato criminoso. O prisma da audiência de custódia, porém, não pode ser desnaturado: garantia contra abusos estatais na prisão.

O fato criminoso será objeto de verificação no auto de prisão em flagrante e na colheita de provas, policial e judicial, mas somente ingressará na audiência de custódia se imprescindível e como meio de constatação de eventuais abusos estatais. Não se pode trans-

mutar a audiência de garantia em audiência de formação da culpa.

Assim é que se devem compreender eventuais questionamentos somente quando imprescindíveis à apuração de abusos. Será possível, por exemplo, questionar o momento da prisão para constatação da demora na formalização do flagrante; ou questionarem-se as circunstâncias fáticas existentes quando da prisão para caracterização ou não da flagrância...

Não é cabível usar da audiência de custódia para aferir circunstâncias do crime investigado, mesmo que a pretexto de seu esclarecimento para melhor compreender-se a incidência de excludentes penais ou da necessidade da prisão.

O magistrado investigará na audiência de custódia as circunstâncias da prisão e não do crime. Parte o juiz dos fatos narrados na prisão em flagrante, constatará se a prisão ocorreu legalmente e se é necessária a prisão, pelos fatos como imputados e pelas condições pessoais do agente – a pretensão de dar ao preso a oportunidade de apresentar diferente versão fática, para infirmar o flagrante, pouco útil lhe será (porque em regra presumida a validade dos atos estatais de prisão) mas muito risco trará de confissão ou de imprecisões, pelo pouco tempo de preparo para a audiência.

A audiência de custódia não é momento de antecipação de provas, mas sim de garantia contra a prisão abusiva.

Nada impedirá à defesa de apresentar diferente versão fática, segundo a prudente estratégia que escolher, mas não se pode admitir questionamentos do juiz ou Ministério Público sobre o fato criminoso, em antecipado momento probatório de formação da culpa.

Nesse sentido regulou o Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 213, de 15/12/2015-CNJ, em seu artigo 8º, ao excluir da audiência de custódia a possibilidade de perguntas do fato criminoso, tanto pelo juiz como pelas partes. Tornou essa resolução expressa a proibição de perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante (art. 8º, VII)¹².

¹² Eis o teor da Resolução do CNJ, no Art. 8º: Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (I) esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial; (II) assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; (III) dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; (IV) questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; (V) indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; (VI) perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; (VII) verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que: (a) não tiver sido realizado; (b) os registros se mostrarem insuficientes; (c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado; (d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito; (VIII) 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; (IX) adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades; (X) averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

Pode infelizmente dar-se, porém, a concretização indevida de questionamentos quanto ao fato criminoso na audiência de custódia. É medida que extrapola a previsão normativa e foge ao sentido garantidor da audiência de custódia.

Não obstante, a regra matriz das nulidades no processo penal, de demonstração do prejuízo concreto, tornará muito difícil o reconhecimento de nulidade dessa prova indiciária – porque produzida em fase pré-processual. Difícil é admitir que falou o preso sem maior ponderação pelo pouco tempo para a audiência de custódia, quando é ela realizada após contato do preso com defensor. Embora indevidos e extrapolantes sejam questionamentos do mérito do fato criminoso, difícil é que se reconheça concretamente o prejuízo e a decorrente nulidade.

Finalmente, plenamente admissível é o questionamento sobre a vida do preso, sua inserção social, emprego e residência, pois aspectos subjetivos sopesados pelo magistrado na aferição dos riscos sociais e da necessidade ou não da prisão, ou de cautelares menos gravosas. São questionamentos sobre a pessoa e não sobre o fato criminoso.

Resta, pois, bem definir e ressaltar que não serve a preocupação com o *standard* probatório da cautelar para justificar incursões no fato criminoso. Não pode a garantia contra a prisão abusiva transformar-se em meio de comprovação antecipada da culpa.

Valor probatório da audiência de custódia

A Resolução n° 213, de 15/12/2015-CNJ, expressamente impediu a utilização probatória do conteúdo da audiência de custódia, no art. 8°, §§ 3° e 4°:

§ 3° A ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4° Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

Assim, não pode existir termo de interrogatório ou de inquirição. A delimitação normativa é de que seja formalizada apenas ata sintética da audiência.

É previsão como consectário lógico da antes tratada impossibilidade de questionamentos fáticos na audiência de custódia. Se não é momento de questionar

o fato, não há razão para colherem-se depoimentos e não haveria daí valor probatório a ser aferido ao que na audiência foi narrado.

A resolução do CNJ, porém, é regra de estruturação administrativa, que não pode servir de obstáculo ao estabelecido no processo penal. Assim é que embora de todo recomendável o regramento apontado, poderá eventualmente o juiz determinar a gravação ou registro escrito da audiência e, então, acabar por trazer registros de falas do preso, inclusive de confissão.

Não é objetivo da audiência de custódia o questionamento dos fatos, nem isso deveria ser registrado, mas o sendo não há como impedir-se sua juntada ao processo. A proibição da norma do CNJ não impede a condução do processo pelo juiz.

Havendo juntada do que não deveria ter sido perguntado ou registrado, mas isto não sendo processual e legalmente vedado, caberá sua valoração livre no processo, pois de prova ilícita não se trata.

Nada impede pudesse ser legalmente criado no Brasil rito abreviado, já presente em países vários, quando já com a prisão pudesse em alguns crimes ou circunstâncias (notadamente no flagrante) ser de imediato colhida a prova em contraditório, para sumário julgamento do feito. Não há tal rito, porém, na legislação brasileira. Não pode o magistrado, mesmo com a concordância das partes, criar rito – com ainda maiores riscos e prejuízos na esfera penal.

O tema, porém, não é tranquilo. Ao contrário, Oliveira *et al.* (2015, p. 51) entendem que “Na audiência de custódia deve ser garantido esse contraditório e, no mínimo, haverá o enfraquecimento da tese defensiva de que a confissão foi extraída de forma ilegal, quando ela ocorre durante a audiência e na presença de uma autoridade judiciária e de defesa técnica. Logo, *eventuais provas produzidas nessa audiência estarão acobertadas pelo manto do contraditório e poderão ser utilizadas na formação do livre convencimento do futuro juiz da causa, com efeitos similares àqueles decorrentes da produção antecipada de provas (CPP, arts. 225 e 366).”*

Para os referidos autores, é certo que a produção antecipada de provas não é o objeto da audiência de custódia, uma vez que suas finalidades não se confundem com os fins da audiência de instrução. Todavia, alertam que

Apresentados os limites probatórios no âmbito da audiência de custódia e retornando à cobertura do contraditório em relação às provas ali produzidas (por exemplo, que o preso foi apresentado dentro das 24 horas após a sua prisão e que, até aquele momento, não apresenta evidências de ter sido submetido a tortura), não há dúvidas quanto à natureza judicial dessas provas e de que hoje, está patente a legalidade de sua utilização na formação, também, do livre convencimen-

to motivado do órgão julgador encarregado que venha a atuar no futuro processo, por isso mesmo não podendo ser formulados questionamentos fora dos propósitos limitados da audiência ou estendidos os meios de prova durante aquele ato de finalidade restritas (Oliveira *et al.*, 2015, p. 51-52).

Importante salientar que a colheita de elementos probatórios do fato criminoso não deve ocorrer na audiência de custódia, por desviar-se de seus fins, mas se isto ocorreu, não é possível impedir-se sua juntada e valoração no processo.

Destinando-se a audiência de custódia somente ao exame da necessidade e abusos da prisão, ideal é que seja cumprida a orientação trazida pelo Conselho Nacional de Justiça, não se fazendo questionamentos do fato e disso não se fazendo registros nos autos.

Ideal até seria o afastamento do magistrado desta fase processual, da prisão e da investigação, da posterior atuação na ação penal, em ideia de juízo das garantias há muito discutida e presente no atual Projeto de Código de Processo Penal.

De outro lado, os fatos pertinentes a abusos na prisão constituem-se em objeto da audiência de custódia e, mesmo ante a aparentemente contrária previsão da Resolução do CNJ, deverão ser devidamente registrados, pois indicadores de prática criminosa por agente público – abuso de autoridade –, a merecer a devida apuração e persecução criminal.

Assim, a notícia de tortura, de atraso na apresentação, de propostas ilícitas, deverá ser formalmente registrada na audiência de custódia¹³.

De outro lado, a constatação da ausência de lesões, de boa condição física do preso, serve como material probatório para infirmar eventual alegação posterior em sentido contrário.

Em síntese, melhor é a compreensão de que a prova da audiência de custódia serve apenas para os fins por ela buscados: constatação da integridade física do preso, da legalidade da prisão e de seu procedimento de formalização, e da necessidade ou não de incidência das cautelares penais.

Cautelar de prisão de ofício

Outro ponto que merece ser abordado refere-se ao poder cautelar do juiz penal. Se o poder geral de cau-

tela é ínsito à jurisdição, não podendo dela ser afastado, de outro lado o processo penal exige maior distanciamento do juiz das iniciativas prejudiciais ao acusado.

Posicionamentos mais garantistas excluem do magistrado a iniciativa da prisão, seja porque fase processual, seja porque providência de restrição a uma parte, que somente pelo adversário processual poderia ser pedido.

Assim manifesta-se Tenório (2011), no sentido de que somente por provocação da parte possa o magistrado prender processualmente.

Em posição mais concessiva do poder cautelar do juiz na fixação da prisão, Badaró (2014, p. 734) reconhece validade ao art. 311 do Código de Processo Penal¹⁴, que impede a imposição de ofício da cautelar de prisão apenas antes da ação penal:

No que toca ao Juiz, a Lei n.º 12.403/2011, restringiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício, o que somente poderá ocorrer no curso da ação penal (CPP, art. 311, c.c. o art. 282, § 2º), isto é, depois de oferecida a denúncia ou queixa. Em contrapartida, no curso do inquérito policial ou de qualquer outra forma de investigação preliminar, não será possível a decretação da prisão pelo juiz, de ofício. Em tal hipótese, somente mediante requerimento do MP ou representação da autoridade policial. A restrição é correta. À luz de um processo penal acusatório, em que haja clara separação das funções, não se deve admitir que o juiz tenha poderes para decretar medidas cautelares *ex officio*, principalmente no curso da investigação, quando sequer há imputação formulada pelo MP ou querelante. Se o juiz, em tal contexto, decretasse uma prisão, comprometeria, inevitavelmente, sua imparcialidade.

No Superior Tribunal de Justiça, prevalece a compreensão de que o art. 311 do Código de Processo Penal, impede a prisão preventiva de ofício antes da ação penal, mas não na conversão da prisão em flagrante para preventiva:

[...] a impossibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio* pelo juiz na fase investigativa não se confunde com a hipótese dos autos, retratada no art. 310, II, do CPP, que permite ao magistrado, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, e constatando ter sido esta formalizada nos termos legais, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP. Isso por-

¹³ Nesse sentido, a manifestação de que “representará, por outro lado, uma prova da inexistência de tortura ou maus-tratos contra esse mesmo suspeito durante a prisão em flagrante e a consequente documentação do ato, uma vez que tal argumento, de larga utilização na fase de interrogatório judicial, para afastar a confissão extrajudicial, perderá sua força” (Oliveira *et al.*, 2015, p. 51-52).

¹⁴ Art. 311: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

que a conversão da prisão em flagrante, nos termos já sedimentados por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, pode ser realizada de ofício pelo juiz¹⁵.

É ilegal a decretação de prisão preventiva, na fase do inquérito policial, e sem qualquer provocação da autoridade policial ou ministerial, pois em desconformidade com a previsão do artigo 311 do Código de Processo Penal¹⁶.

Deve prevalecer a interpretação da Corte Superior, pois matéria contida em lei admitida como constitucional, de modo que a prisão de ofício somente pode ser decretada pelo magistrado no curso da ação penal, antes dela exigindo-se o requerimento ministerial ou do Delegado de Polícia.

Efeitos da falta da audiência de custódia

A teoria da reserva do possível, dentre outras, sempre foi um argumento utilizado como óbice para a implantação definitiva da audiência de custódia dentro

do ordenamento jurídico brasileiro nos moldes acima apresentados.

Tal tese foi rechaçada no julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual entendeu-se que o argumento de escassez de recursos não pode prevalecer, por tratar-se da satisfação do mínimo existencial dos presos, o que afasta a limitação pela reserva do possível, assim como a posição de garante do Estado em relação aos presos.

Grande foi a movimentação para concretização no país da audiência de custódia. A partir de estímulos pessoais e normativos, oriundos do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, vieram tribunais de todo o país a formalizarem convênios a fim de instalarem juízos para audiências de custódia.

A validade da regulamentação dessa audiência pelos tribunais veio a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5240, em 2015¹⁷, tendo nesse precedente sido expressado que *em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional* a norma de Tribunal (Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de

¹⁵ PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (1) A nova redação do art. 311 do CPP, que teve acrescido ao seu texto a expressão “se no curso da ação penal” pela Lei n.º 12.403/11, impõe uma mudança interpretativa e jurisprudencial quanto aos poderes do magistrado no que tange à decretação da prisão preventiva na fase investigatória. (2) Ao juiz só é dado decretar de ofício a prisão preventiva quando no curso da ação penal, isto é, após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, sendo-lhe vedado, todavia, decretá-la de ofício na fase investigativa. (3) Na fase investigativa da persecução penal, o decreto de prisão preventiva não prescinde de requerimento do titular da ação penal - Ministério Público ou querelante -, ou, ainda, de representação do órgão responsável pela atividade investigatória para que possa ser efetivada pelo magistrado, sob pena de violação à imparcialidade do juiz, da inércia da jurisdição e do sistema acusatório. (4) Contudo, a impossibilidade de decretação da prisão preventiva ex officio pelo juiz na fase investigativa não se confunde com a hipótese dos autos, retratada no art. 310, II, do CPP, que permite ao magistrado, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, e constatando ter sido esta formalizada nos termos legais, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP. Isso porque a conversão da prisão em flagrante, nos termos já sedimentados por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, pode ser realizada de ofício pelo juiz. (5) Recurso a que se nega provimento (RHC 63.862/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

¹⁶ PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO FORA DO CURSO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 311 DO CPP. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. (1) É ilegal a decretação de prisão preventiva, na fase do inquérito policial, e sem qualquer provocação da autoridade policial ou ministerial, pois em desconformidade com a previsão do artigo 311 do Código de Processo Penal. 2. Habeas corpus concedido, para o restabelecimento da decisão de concessão da liberdade provisória mediante monitoramento eletrônico e recolhimento domiciliar (HC 353.628/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016).

¹⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. (1) A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. (2) O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consecutivamente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. (3) O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). (4) O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. (5) As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. (6) In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. (7) Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. (8) A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. (9) A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. (10) A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. (11) Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país (ADI 5240, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

São Paulo) regulamentadora do procedimento em *habeas corpus*, de organização das unidades jurisdicionais, de rotinas cartorárias e providências administrativas, tudo ligado à audiência de custódia.

A audiência de custódia é mandamento de garantia, internacionalmente fixada e incorporada ao direito nacional, de modo que sua concretização deveria dar-se de imediato em todo país.

Mudanças de gestão e dificuldades de implementação da audiência de custódia, acabaram por fazer com que hoje seja menor o estímulo a sua realização. É a curiosa situação de discutirem-se estímulos ao cumprimento de norma de garantia!

Essa é a situação atual, onde a maioria das regiões metropolitanas de capitais possui ainda em funcionamento centrais para a audiência de custódia, mas no interior do país essa audiência não é realizada.

A falta de cumprimento à regra de garantia para a fixação e manutenção da prisão deveria gerar necessariamente sua nulidade. De nada serviria estabelecerem-se garantias se de seu descumprimento não resultasse nulidade. Não foi essa, porém, a compreensão no Superior Tribunal de Justiça (HC 363.278/SP, 2016), sob a compreensão de que *a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem*.

Definido o tema nas duas turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, apenas posicionamento diverso do Supremo Tribunal Federal permitiria reafirmar a garantia da apresentação do preso. Ainda não há, porém, manifestação da Suprema Corte sobre a falta hoje da audiência de custódia.

Como regra de garantia individual, como forma de controle da correta e não abusiva persecução estatal, é de se esperar que prevaleça a exigência da audiência de apresentação. Para isso, para que seja concretizada a garantia da apresentação do preso, indispensável será a cominação de nulidade.

Toda regra de garantia processual traz consigo obstáculos à eficiência penal. É proteção ao cidadão contra abusiva persecução estatal, não relevando os bons propósitos acusatórios. Assim é que não poderá ser admitida como válida prisão decretada ou mantida sem respeitar-se o direito de apresentação do preso ao seu juiz, para ser visto e ouvido. Observe-se, ainda, consoante assevera *Trindade (2015)* que o controle das decisões judiciais constitui-se como uma importante conquista da doutrina brasileira para a produção de um direito mais democrático. É um caminho ainda a ser tri-

lhado. É uma garantia ainda a ser devidamente concretizada em nosso país.

Audiência de custódia e sua importância na concretização de direitos

A audiência de custódia é um instrumento importante na defesa dos direitos fundamentais do acusado. Isso porque a audiência de custódia possibilita ao magistrado avaliar a legalidade da prisão, e, consequentemente, decidir pela manutenção da prisão provisória ou pela conversão do flagrante em preventiva, ou, ainda, pela possibilidade de liberdade, mediante a aplicação das já mencionadas medidas cautelares diversas da prisão.

Segundo entendimento esposado pelo STF no julgamento do RE 592.581/RS é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana, bem como assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos estabelecidos no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

De acordo com o relatório anual da Organização Não-Governamental *Human Rights Watch (2017)* visualiza-se, nas audiências de custódia, um esforço do Brasil para combater violações de direitos humanos. Aliás, o referido relatório destaca que tais audiências permitem que os juízes identifiquem sinais de tortura ou maus-tratos aos detidos, contribuindo – desse modo – para uma proteção mais efetiva dos direitos eventualmente lesados.

Saliente-se, ainda, que a persecução criminal deve obedecer aos princípios e regras expressamente previstos em nossa Constituição Federal e nos demais tratados de direito internacional dos quais o Brasil é signatário. Dessa forma, torna-se possível afirmar que a implantação das audiências de custódia constitui-se como um instrumento essencial para a salvaguarda dos direitos do preso e o exercício, de modo efetivo, dos direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico.

Conclusões

Os direitos humanos constituem-se como direitos imprescindíveis para a manutenção e proteção da dignidade da pessoa humana.

Por meio do exercício da função jurisdicional (e respeitando as garantias constitucionais estabelecidas

pelo ordenamento jurídico) o homem juiz julga ao homem preso: dele conhece, com seus atributos e características, para melhor poder aferir a responsabilidade por seus atos. Analisa suas motivações, suas necessidades, sua personalidade e assim melhor define a necessidade de proteções ao processo ou à sociedade.

Se não é cabível ou recomendável um direito penal do autor, uma persecução estatal pessoalizada, não se pode olvidar que no exame da cautelar é este exame imprescindível. É do exame do homem que melhor se poderá valorar a gravidade concreta da conduta a ele atribuída e os riscos sociais que se pretende evitar. Daí a necessidade do contato pessoal.

Também a constatação da condição física e mental do preso, dos efeitos diretos e indiretos da prisão ocorrida, são melhor avaliados no contato pessoal com o juiz. Ademais, é nessa apresentação pessoal reforçada a direta ciência dos direitos pelo preso, momento em que se inicia sua defesa, já com a assistência já de advogado, é o momento que pode diretamente manifestar-se por sua liberdade.

É necessário, portanto, concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais. Desse modo e partindo da premissa de que a audiência de custódia se traduz como um instrumento de garantia de justiça e de cidadania dos direitos fundamentais do preso, deve ser ela analisada a partir dos tratados internacionais que regem a matéria. Do mesmo modo, há que se levar em conta a situação carcerária no Brasil e os influxos benéficos que resultarão da implantação de tais audiências pelos entes públicos.

No tocante ao prazo para tal apresentação, observa-se ter sido estabelecido um período de tempo razoável, admitindo-se, ainda, a apresentação de justificativa relevante que possa justificar eventual mora estatal. Também ficou estabelecido que para cumprir ao requisito de imparcialidade nessa fase e para os fins processuais perseguidos, a audiência de custódia precisa ter como autoridade para a apresentação apenas um magistrado. Fixou-se a impossibilidade de questionamentos sobre o fato criminoso, embora não se podendo impedir a juntada e valoração do material eventualmente colhido, o que se torna especialmente interessante na demonstração dos abusos estatais. Finalmente, se registrou a impossibilidade da fixação judicial de ofício da prisão na fase investigatória.

A audiência de custódia, ou de apresentação, é garantia contra a prisão abusiva, é forma de humanização dessa importante fase processual. Com a apresentação do preso ao juiz, terá o magistrado melhor ciência da pessoa do preso e melhor poderá aferir a necessi-

dade efetiva da imposição ou não de cautelares penais. A presença do preso ante seu juiz é medida de justiça e de dignidade.

Assim, tem-se como correto o entendimento no sentido de que toda pessoa presa em flagrante delito (independentemente da motivação ou natureza do ato) deve ser apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão

Em que pese questões pertinentes à “reserva do possível”, à necessidade de meios para o deslocamento e atendimento a presos pelo país, é imprescindível sobrelevar garantias individuais, especialmente de quem em mais frágil situação processual se encontra, sobre reclamos de dificuldades estruturais, em jurisdição marcada pela casuística equidade no juízo da gravosa cautelar penal e para preservação da dignidade do ser humano.

Ademais, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, imprescindível para a manutenção da dignidade da pessoa humana e a defesa dos direitos fundamentais. Nessa linha, merecem aplausos as medidas adotadas pelo Poder Judiciário em conjunto com os governos estaduais para garantir que as pessoas detidas sejam conduzidas sem demora à presença de um juiz, conforme exigido pela legislação internacional, respeitando-se os direitos dessa parcela da população.

Tais medidas podem contribuir significativamente para que consigamos, de fato, avançar na busca de uma persecução criminal garantista e protetiva, por meio de uma atuação judicial efetiva e pautada na proteção e respeito aos direitos fundamentais daquele que veio a cometer determinado delito.

Referências

- ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5240, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.
- ANDRADE, M.F.; ALFLEN, P.R. 2017. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. São Paulo, Livraria do Advogado, 179 p.
- BADARÓ, G. H. R. I. 2014. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 1118 p.
- BRASIL. 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 04/06/2018.
- BRASIL. 2014. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN - Dezembro 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Ministro da Justiça. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf Acesso em 13/06/2017.
- BRASIL. 2015. Nota técnica nº 06/2015 – plenário do conselho nacional do ministério público, publicada no *DOU*, Seção I, de 23/09/2015.

- CHAVES JUNIOR, A.; OLDONI, F. 2013. A proporcionalidade como instrumento de interpretação e aplicação da norma penal: possibilidades e limites. *Revista Brasileira de Direito*, 9(2):47-67. <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v9n2p47-67>
- CONJUR. 2017. Levantamento CNJ junto aos Presidentes dos Tribunais de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em: 13/06/2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 2015. Resolução nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04/06/2018.
- CORDEIRO, N.; COUTINHO, N.C.A. 2017. A audiência de custódia como instrumento de perseguição criminal menos abusiva e garantia individual protetiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, 14(80):22-45.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [s.d.]. Jurisprudência. Casos contenciosos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30/11/2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf>. Acesso em: 04/06/2018.
- COUTINHO, N.C.A. 2009. A defesa dos necessitados perante o Poder Público: Dilemas e Dificuldades da Defensoria no âmbito do Direito Penal. In: A. ORDACGY; G. PURVIN (coord.), *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça*. Curitiba, Letra da Lei, p. 401-412.
- FERRAJOLI, L. 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 391 p.
- HUMAN RIGHTS WATCH. 2017. Relatório mundial 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766>. Acesso em: 26/04/2018.
- MARINONI, L.G.; MAZZUOLI, V.O. (coords.). 2013. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1ª ed. Brasília, Gazeta Jurídica, 711 p.
- MAZZUOLI, V.O. 2013. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 142 p.
- MENDES, G. F. 2004. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 803 p.
- NUCCI, G. 2015. Os mitos da audiência de custódia. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em: 13/06/2017.
- OLIVEIRA, G.S.; BRASIL JUNIOR, S.M.; SOUZA, S.R. de; SILVA, W. 2015. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 236 p.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04/06/2018.
- PIERI, J.L. 2015. *A aplicação da Audiência de Custódia na ordem jurídica interna*. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 23 p.
- PINTO, R.B. 2018. Da Indevida Equiparação do Delegado de Polícia ao Juiz de Direito Para Fins de Audiência de Custódia. *Revista Justitia*, Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/4zcd6.pdf>. Acesso em: 22/04/2018.
- SANNINI NETO, F.; CASTRO, H.H.M. 2016. Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>. Acesso em: 13/06/2017.
- SILVA, D.S. de A. 2005. *A atuação do juiz no processo penal acusatório. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 175 p.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). HC 353.628/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). RHC 63.862/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015.
- TENÓRIO, R.A. 2011. *A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: Estudo dos Sistemas Brasileiro, Americano e Italiano*. Curitiba, Juruá, 108 p.
- TRINDADE, A.K. 2015. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, 7(3):243-252. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2015.73.04>

Submetido: 24/07/2017

Aceito: 27/04/2018