UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

JORGE FALCÃO MARQUES DE OLIVEIRA

A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização

Ribeirão Preto

2017

JORGE FALCÃO MARQUES DE OLIVEIRA

A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. Redação original.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral

Ribeirão Preto

2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

O48i

Oliveira, Jorge Falcão Marques de
A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização / Jorge Falcão Marques de Oliveira; orientador Cláudio do Prado Amaral. -- Ribeirão Preto, 2017.
239 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

1. DIREITO PROCESSUAL PENAL. 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3. SISTEMA PRISIONAL. 4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. I. Amaral, Cláudio do Prado, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de
Título: A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação de mestrado aos meus pais Jorge e Helayne. Eu me sinto privilegiado por ter nascido em nossa família. Todo o carinho, amor, dedicação e confiança que vocês sempre depositaram em mim foram importantes demais para que eu pudesse alcançar alguns dos meus sonhos. Podem ter certeza que muitos outros ainda virão. Vocês são perfeitos e eu morro de orgulho da nossa família. Amor é muito pouco para o que sinto por vocês. Obrigado por tudo até agora.

AGRADECIMENTOS

Agradeço muito ao meu orientador, Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral, por ter acreditado em mim e por ter me dado o privilégio de retornar à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na condição de mestrando, sob sua supervisão. Eu não tenho palavras para descrever a importância de sua orientação, por ter me ajudado a dar forma à presente dissertação, além de ter permitido o acesso à sua fantástica biblioteca. Além disso, gostaria de agradecer a oportunidade e confiança de me deixar ministrar minhas primeiras aulas na vida, as quais me fizeram ter certeza de que a docência é um dos caminhos que pretendo trilhar a seguir.

Agradeço à Nathália Moutinho Chabregas Trombeta, minha namorada e amiga, a quem considero o maior presente que a USP poderia ter me dado. Estamos namorando desde 2010, assim passamos por todos os momentos marcantes da faculdade juntos, sempre contando com o apoio um do outro. Ao escrever estas linhas dedicadas a você, não tem como não passar um filme em minha cabeça acerca de tudo o já vivemos juntos. O que me deixa mais feliz é perceber que aquele carinho que sentíamos lá em 2010 virou essa paixão que só cresce dia a dia. Eu sinto o maior orgulho por te ver brilhando no Ministério Público de São Paulo e realizando seus sonhos etapa por etapa. Você não faz ideia do quanto eu te amo.

Agradeço a minha avó, Dinorah, bem como a minha tia e madrinha, Heloisa, por toda a atenção e carinho dados a mim. Em todas as minhas conquistas, bem como no indivíduo que me tornei, a colaboração de vocês é essencial.

Agradeço também ao meu irmão, Rodrigo Falcão Marques de Oliveira, de quem eu sinto um orgulho tremendo e que me deu a alegria de ter virado meu “bixo” no ano de 2016. Sua perseverança e fé em si mesmo são inspiradores.

Agradeço ao Promotor de Justiça Dr. Cyrilo Luciano Gomes Junior (que infelizmente faleceu), à Procuradora do Estado de São Paulo Dra. Elaine Cristina de Antonio Faria, bem como às Defensoras Públicas Dra. Juliana Spuri Bernardi e Dra. Ana Simone Viana Cota Lima, profissionais com os quais estagiei, pelo exemplo de profissionalismo, humildade e paixão para com o Direito. Obrigado por tudo, vocês são importantes demais para mim. Só tenho a agradecer de novo e sempre pelas inúmeras oportunidades de aprendizado que me proporcionaram.

Agradeço a toda a família e amigos que de alguma forma me ajudaram a concluir este trabalho.

"Todos nossos sonhos tornam-se realidade, se tivermos a coragem de persegui-los".

Walt Disney

RESUMO

OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de. **A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização**. 2017. 239 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

A humanização da pena de prisão marcou a transição entre a cárcere funcionando como uma sala de espera para a aplicação de castigos corpóreos ou mesmo a morte, passando a funcionar como uma sanção propriamente dita. Entretanto, apesar dos esforços do Iluminismo, as penitenciárias não perderam a feição de masmorras, sendo verdadeiros depósitos de seres humanos, os quais acabam sendo privados de saúde, dignidade e respeito, gerando um verdadeiro fator de dessocialização, tendo em vista que inúmeras facções criminosas disputam, por meio de sangue, parcelas do mercado da ilegalidade. Agravando o problema, o Brasil enfrenta, nos últimos quatorze anos (2000 a 2014) o encarceramento em massa, tanto que a população prisional praticamente dobrou neste período. Além disso, cerca de 40% dos encarcerados são presos provisórios, ou seja, ainda não foram condenados de forma definitiva. Diante deste quadro, a audiência de custódia, instituto caracterizado pela apresentação pessoal do preso a uma autoridade competente para resolver seu *status libertatis* foi erigida como uma possível solução à crise do sistema penitenciário, o qual foi declarado, no ano de 2015 pelo STF, um estado de coisas inconstitucional. Diante da mora legislativa em implementar tal instituto, os Tribunais de Justiça e, posteriormente, o CNJ, amparados pela Convenção Americana de Direitos Humanos, editaram resoluções administrativas determinando a realização das audiências de custódia. Logo, a presente dissertação objetiva abordar os fundamentados do instituto, sua origem histórica, as principais questões procedimentais e, por fim, responder à seguinte pergunta: Quais as consequências jurídicas da não realização da audiência de custódia?

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direitos Fundamentais. Sistema Prisional. Audiência de custódia.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de. **The implementation of the first appearance hearing in Brazil and the legal consequences of its non-performance**. 2017. 239 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

The humanization of the prison sentence marked the transition between the jail functioning as a waiting room for the application of corporal punishment or even death, starting to function as a sanction itself. However, despite the efforts of the Enlightenment, penitentiaries did not lose the feature of dungeons, being real deposits of human beings, which end up being deprived of health, dignity and respect, generating a true factor of de-socialization, since countless criminal factions They dispute, through blood, parcels of the illegality market. Aggravating the problem, Brazil faces, in the last fourteen years (2000 to 2014), mass incarceration, so much that the prison population has practically doubled in this period. In addition, about 40% of those incarcerated are provisional prisoners, that is, they have not yet been definitively condemned. Because of this situation, the first appearance hearing, an institute characterized by the prisoner's personal presentation to a competent authority to resolve his libertatis status, was established as a possible solution to the crisis in the penitentiary system, which was declared, in the year 2015 by the STF, an Unconstitutional state of affairs. In view of the legislative delay in implementing such an institute, the Courts of Justice and, subsequently, the CNJ, under the American Convention on Human Rights, issued administrative resolutions determining custody hearings. Therefore, the present dissertation aims to address the institute's grounds, its historical origin, the main procedural issues and, finally, answer the following question: What are the legal consequences of not holding a custody hearing?

Keywords: Criminal Procedural Law. Fundamental rights. Prison System. First appearance hearing

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Comparação entre a redação atual do art. 306, § 1º, CPP com a proposta pelo Projeto de Lei do Senado Federal nº 554 de 2011 – Pg. 60

Tabela 2: Comparação entre a atual redação do art. 5º, inciso LXII da CF/1988 com a proposta na PEC nº 112/2011 – Pg. 70

Tabela 3: Conteúdo básico das resoluções dos Tribunais de Justiça que regulamentavam a audiência de custódia nos Estados. – Pg. 87

Tabela 4: Sistematização dos dados divulgados pelo CNJ a respeito das audiências de custódia já realizadas – Pg. 90

Tabela 5: Decisões judicias proferidas em sede de audiência de custódia – Pg. 94

Tabela 6: Interesse sobre violência praticada pelos policiais – Pg. 107

Tabela 7: Encaminhamento dado pelos magistrados presidentes da audiência de custódia após as declarações dos presos que sofreram maus tratos – Pg. 107

Tabela 8: Local em que os presos sofrem maus tratos – Pg. 113

Tabela 9: Dados prisionais do Brasil em 2014 – Pg. 189

Tabela 10: Divisão dos acórdãos entre turmas do STJ – Pg. 190

Tabela 11: Mecanismo processual usado pelas partes no âmbito do STJ – Pg. 191

Tabela 12: Presença ou ausência de audiência de custódia nas Comarcas de onde as impugnações se originam nos acórdãos do STJ – Pg. 192

Tabela 13: Divisão dos acórdãos entre as câmaras criminais do TJSP – Pg. 195

Tabela 14: Mecanismo processual usado pelas partes no âmbito do TJSP – Pg. 196

Tabela 15: Presença ou ausência de audiência de custódia nas Comarcas de onde as impugnações se originam nos acórdãos do TJSP – Pg. 197

Tabela 16: Divisão dos acórdãos entre as câmaras criminais do TJMG – Pg. 201

Tabela 17: Mecanismo processual usado pelas partes no âmbito do TJMG – Pg. 202

Tabela 18: Presença ou ausência de audiência de custódia nas Comarcas de onde as impugnações se originam nos acórdãos do TJMG – Pg.203

Tabela 19: Divisão dos acórdãos entre as câmaras criminais do TJRO – Pg. 206

Tabela 20: Mecanismo processual usado pelas partes no âmbito do TJRO – Pg. 207

Tabela 21: Presença ou ausência de audiência de custódia nas Comarcas de onde as impugnações se originam nos acórdãos do TJRO – Pg. 207

Tabela 22: Divisão dos acórdãos entre as câmaras criminais do TJTO – Pg. 210

Tabela 23: Mecanismo processual usado pelas partes no âmbito do TJTO – Pg. 211
Tabela 24: Presença ou ausência de audiência de custódia nas Comarcas de onde as impugnações se originam nos acórdãos do TJTO – Pg. 211
Tabela 25: Divisão dos acórdãos entre as câmaras criminais do TJAM – Pg. 214
Tabela 26: Mecanismo processual usado pelas partes no âmbito do TJAM – Pg. 214
Tabela 27: Presença ou ausência de audiência de custódia nas Comarcas de onde as impugnações se originam nos acórdãos do TJAM – Pg. 215
Tabela 28: Divisão dos acórdãos entre as câmaras criminais do TJMA – Pg. 217
Tabela 29: Mecanismo processual usado pelas partes no âmbito do TJMA – Pg. 217
Tabela 30: Presença ou ausência de audiência de custódia nas Comarcas de onde as impugnações se originam nos acórdãos do TJMA – Pg. 218

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI: Ação direta de inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANADEP: Associação Nacional dos Defensores Públicos

APF: Auto de prisão em flagrante

CADH: Convenção Americana de Direitos Humanos

CE: Código Eleitoral

CF/1998: Constituição Federal de 1988

CEDH: Convenção Europeia de Direitos Humanos

CIDH: Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

DPU: Defensoria Pública da União

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

ECI: Estado de coisas inconstitucional

IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

LEP: Lei de Execução Penal

LOMAN: Lei Orgânica da Magistratura

OEA: Organização dos Estados Americanos

ONU: Organização das Nações Unidas

PIDCP: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

PEC: Proposta de emenda Constitucional

PL: Projeto de Lei

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....35

2. **METODOLOGIA**.....39

2.1. Metodologia teórico-dogmática.....39

2.2. Revisão bibliográfica.....40

2.3. Levantamento de Dados 40

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....43

3.1 Direito Internacional.....43

3.1.1 Introdução.....43

3.1.2 Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades fundamentais.....44

3.1.3 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos 45

3.1.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....47

3.2 Figuras assemelhadas no ordenamento jurídico brasileiro 49

3.2.1 Introdução.....49

3.2.2 Código Eleitoral.....50

3.2.3 Casos Especiais de Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público...52

3.2.4 Estatuto da Criança e do Adolescente 53

3.3 Tentativas de se legislar o tema no Brasil 56

3.3.1 Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.....56

3.3.2 Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011.....59

3.3.2.1 Introdução.....59

3.3.2.2 Tramitação.....60

3.3.2.3 Manifestações Institucionais 64

3.3.3 Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011.....70

3.3.4 Projeto de Lei nº 7.871, de 2014 72

3.3.5 Projeto de Lei nº 470 de 2015 73

3.3.6 Proposta de Emenda Constitucional nº 89, de 2015.....75

3.4 Intervenção do Poder Judiciário Brasileiro 77

3.4.1 Ações Judiciais 77

3.4.2 Provimento nº 24/2014 do Tribunal de Justiça do Maranhão 79
3.4.3 Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo e ADI nº 5240/2015: Uma análise de sua (in)constitucionalidade.....82
3.4.4 ADPF 347/2015: O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional.....84
3.4.5 Resolução 213/2015 do CNJ 87
3.4.6 Audiência de Custódia em Números 89
3.4.6.1 Números Absolutos Disponibilizados pelo CNJ acerca da realização da audiência de custódia no Brasil 89
3.4.6.2 Audiência de Custódia e Economia.....91
3.4.6.3 Audiência de custódia e reincidência/reiteração criminosa.....91
3.4.6.4 Críticas à Audiência de Custódia.....92
3.4.6.4.1 Dados do Núcleo de Prisão em Flagrante, de Salvador/BA.....92
3.4.6.4.2 Doutrinador Carlo Velho Masi 93
3.4.6.4.3 Instituto de Defesa do Direito de Defesa.....93

4. **FUNDAMENTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA** 95
4.1. Fundamentos de Política Criminal 95
4.1.1 Mudança da política criminal de Von Liszt a Claus Roxin.....95
4.1.2 Problemática das medidas cautelares no Brasil.....96
4.1.2.1 Evolução das medidas cautelares no Brasil.....96
4.1.2.2 Distinção entre prisão cautelar e prisão pena 98
4.1.2.3 Características e Princípios processuais penais que tratam das medidas cautelares 100
4.1.2.3.1 Necessidade e Adequação 100
4.1.2.3.2 Contraditoriedade 102
4.1.2.3.3 Princípio da Proporcionalidade 103
4.1.2.4 As reformas nas medidas cautelares não evitaram o aumento do número de presos provisórios no Brasil.....104
4.1.3 Finalidades da Audiência de Custódia.....105
4.2. Fundamentos normativos.....109
4.2.1 A hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....109
4.2.1.1 Introdução teoria acerca da solução de antinomias 109

4.2.1.2 Tripla Hierarquia dos Tratados Internacionais no Brasil.....110
4.2.2 A prisão em flagrante, como medida administrativa, precisa ser controlada judicialmente 112
4.2.3 Eficácia do Mandamento Convencional.....113
4.3. Fundamentos de Sociologia Jurídica 115
4.3.1 A vulnerabilidade da população carcerária: A questão do estigma.....115
4.3.2 O presídio como instituição total.....118
4.3.2.1 Erwing Goffman 118
4.3.2.2 Michel Foucault.....120
4.3.3 Direitos e garantias constitucionais vinculados à audiência de custódia..121
4.3.3.1 Respeito à Integridade Física e Moral dos Presos 121
4.3.3.2 Princípio da Presunção da Inocência.....123
4.3.3.3 Princípio do Contraditório 126
4.3.3.4 Princípio da Ampla Defesa.....127
4.3.3.5 Princípio do Nemo Tenetur se Detegere.....129

5. **ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA** 131
5.1. Obrigatoriedade 131
5.2. Quem será levado à presença do presidente da audiência de custódia? 134
5.2.1 Preso em Flagrante 134
5.2.2 Preso por Mandado Judicial 136
5.2.3 E os indivíduos que já estavam presos antes do início da realização da audiência de custódia? 139
5.2.4 Menores em conflito com a lei 141
5.2.5 E nos casos de Deputados Federais e Senadores? 144
5.3. Deslocamento do Preso 146
5.4. Apresentação pessoal e videoconferência 148
5.4.1 Como se Utiliza a Videoconferência no Brasil 148
5.4.2 (In)Aplicabilidade da Videoconferência Audiência de Custódia.....150
5.5. Prazo para apresentação.....153
5.5.1 Breves Notas de Direito Comparado e de Direito Internacional.....153
5.5.2 O Prazo na Resolução 213/2015 do CNJ.....155
5.5.3 O Prazo no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011.....156
5.5.4 Críticas e Consequências do Descumprimento do Prazo 157

5.6 Competência. 158
5.6.1 Juiz de Direito.....158
5.6.1.1 Introdução.....158
5.6.1.2 Regra geral para a presidência da audiência de custódia.....159
5.6.1.3 Casos em que o juiz competente não se encontra na comarca 160
5.6.1.4 realizado em Comarca diversa da qual o crime se consumou 161
5.6.1.5 Casos de Competência de Tribunais.....162
5.6.1.6 Auto de Prisão em Flagrante Lavrado por Magistrado.....163
5.6.2 Delegado de Polícia 164
5.6.3 Membro do Ministério Público.....165
5.6.3.1 Regra Geral.....165
5.6.3.2Caso específico do ECA 166
5.7 O juiz, acusação e defesa na audiência de custódia.....167
5.7.1 Procedimento previsto na Resolução 213/2015 do CNJ 167
5.7.2 Procedimento previsto no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011.....170
5.8 A vítima pode participar da audiência de custódia?. 172
5.9 O que se fazer em caso de tortura policial?. 172
5.9.1 Regramento da Resolução 213/2015 do CNJ 172
5.9.2 Regramento do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 174
5.10 O conteúdo da audiência de custódia pode ser usado como prova?. 175
5.11 É recorrível a decisão da audiência de custódia? 177
5.12 Audiência de custódia e aceleração procedimental 179
5.12.1 “Processo Penal Instantâneo”: O caso ocorrido no Acre.....179
5.12.2 Audiência de Custódia nos Crimes de Menor Potencial Ofensivo.....181
5.12.3 Audiência de Custódia no Procedimento Ordinário 183

6. **CONSEQUÊNCIAS DA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**.... 185
6.1. Introdução 185
6.2. Como a doutrina entende o tema 185
6.3. Como o tema tem sido julgado nos tribunais brasileiros.....187
6.3.1 Seleção dos Tribunais e como os Julgados serão apresentados.....187
6.3.2 Julgados do Superior Tribunal de Justiça 190
6.3.2.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados.....190
6.3.2.2 Como os Ministros enfrentaram o tema 192

6.3.2.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada 192
6.3.2.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada .194
6.3.3 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 195
6.3.3.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados.....195
6.3.3.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema 197
6.3.3.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada 197
6.3.3.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada 199
6.3.4 Julgados do Tribunal de Justiça de Justiça do Estado de Minas Gerais 201
6.3.4.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados.....201
6.3.4.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema 203
6.3.4.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada 203
6.3.4.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada 204
6.3.5 Julgados do Tribunal de Justiça de Justiça do Estado de Rondônia 206
6.3.5.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados.....206
6.3.5.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema 208
6.3.5.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada 208
6.3.5.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada 209
6.3.6 Julgados do Tribunal de Justiça de Justiça do Estado de Tocantins.....209
6.3.6.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados.....209
6.3.6.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema 212
6.3.6.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada 212
6.3.6.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada 212
6.3.7 Julgados do Tribunal de Justiça de Justiça do Estado do Amazonas 213
6.3.7.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados.....213
6.3.7.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema 215
6.3.7.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada 215
6.3.7.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada 216
6.3.8 Julgados do Tribunal de Justiça de Justiça do Estado do Maranhão 216
6.3.8.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados.....216
6.3.8.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema 218
6.3.8.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada 218
6.3.8.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada 219
6.4. Minhas Impressões 220

CONCLUSÕES.....223
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 227

1. INTRODUÇÃO

A prisão funcionando como uma pena é uma característica recente do instituto. Durante séculos imperou na civilização humana a aplicação de um Direito Penal voltado para a imposição de dor, castigos físicos e até mesmo a morte. Desta forma, quando um indivíduo era capturado pela prática de um crime, o cárcere funcionava como um local no qual ele ficaria enquanto aguardava o início do julgamento. Como as noções de dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade entre delito e pena ainda não haviam se desenvolvido, as celas eram os últimos momentos em que as pessoas gozariam de suas vidas plenas, antes de serem submetidas às atrocidades impostas por juízes parciais.

A situação passou a se modificar durante a Idade Média, com o advento das clausuras, locais destinados à punição de padres que violassem os códigos de conduta da Igreja Católica. Confinados em pequenos e escuros espaços, os indivíduos deveriam, por meio da oração e da meditação, expiarem seus pecados. Desta forma, a prisão passou a ser considerada uma pena por si própria.

Mais adiante na História, os ideais iluministas atingiram toda a sociedade, sobretudo no Direito Penal, inaugurando as concepções das funções das penas, devido processo legal e proporcionalidade entre castigo e o mau causado pelo agente. A aplicação expetacularizada das sentenças, marcadas por verdadeiros festejos que culminavam com a morte do condenado, é substituída pela aplicação mais reservada e burocrática das determinações legais.

Posteriormente, inúmeros teóricos passaram a escrever sobre o cárcere, imaginando um modelo que garantisse a punição pelo mal causado (função retributiva), mas que também ressocializasse o indivíduo, de modo a permitir que ele retornasse à sociedade apto para nela conviver.

Entretanto, a distância entre a teoria e a prática é profunda no que tange ao tema dos presídios. Frequentemente, as notícias narram um cenário de guerra entre facções criminosas no interior das cadeias, havendo reduzido controle estatal sobre o que ocorre no interior dos muros, bem como um total desinteresse por parte da sociedade em enxergar os detentos como seres humanos. Logo, chacinas, rebeliões, condições insalubres de vida e a explosão de doenças infectocontagiosas são as características mais vinculadas aos presídios brasileiros. Em tal cenário, diversos autores sustentam que as cadeias funcionam como agentes de dessocialização do indivíduo que nela ingressa, uma vez que ele é durante o cumprimento de sua pena, passando a cometer crimes ainda mais graves do que aquele pelo qual teve sua liberdade cerceada originalmente.

Tratando apenas os sintomas, ao invés da causa, o Estado brasileiro passou a buscar soluções legais para o problema, como se leis fossem capazes de mudar cenários marcados por desafios multidisciplinares.

Inicialmente, o Código de Processo Penal previa cinco modalidades de prisões cautelares, sendo elas: a) a prisão em flagrante; b) prisão temporária; c) prisão preventiva; d) prisão decorrente de sentença condenatória recorrível; e) prisão decorrente da pronúncia. Assim, bastava que o indivíduo se adequasse a qualquer destas modalidades prisionais para responder todo, ou boa parte, do processo dentro do cárcere. Entretanto, procurando adequar a legislação processual com a Constituição Federal de 1988, foram editadas as leis nº 11.690 e nº 11.719, ambas de 2008, bem como a lei nº 12.403 de 2011, as quais mantiveram como prisões cautelares apenas a prisão preventiva e a prisão temporária, tornando a prisão em flagrante uma medida pré-cautelar, além de estruturar todo um rol de medidas cautelares diversas da prisão.

Contudo, tais leis acabaram por falhar na redução da população prisional. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de junho de 2014, o número de presos dobrou no período de 2003 a 2014, passando de 308.000 encarcerados para aproximadamente 608.000 detentos. Agravando a situação, cerca de 40% destes indivíduos são presos provisórios, ou seja, ainda respondem ao processo, mas não obtiveram o direito de gozar da sua liberdade, ainda que condicionada.

A gravidade do problema elevou-se de tal maneira que, no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal (doravante denominado de STF) reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional. O estado de coisas inconstitucional foi estruturado no direito colombiano, declarando que um ou mais setores da sociedade são marcados pela conjugação de ineficiência estatal e por um quadro de massivas e frequentes violações dos direitos fundamentais dos indivíduos. Quando tal cenário se instala, o Poder Judiciário estaria autorizado a encabeçar medidas propositivas, fixando metas para que os demais Poderes façam com que o referido setor retorne para um nível de constitucionalidade. Tal reconhecimento adveio no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, ajuizada pelo PSOL. O caso ainda está tramitando, mas, em sede liminar, o STF determinou que os Estados implementassem, no prazo de 90 (noventa) dias o instituto da audiência de custódia.

A audiência de custódia é um direito previsto nos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, consistindo na apresentação, pessoal e no menor intervalo de tempo possível, de todo indivíduo preso a um juiz competente, para que este delibere acerca

da concessão da liberdade provisória ou sobre a imposição da prisão preventiva, além de fiscalizar eventual ocorrência de maus tratos ou tortura o capturado.

Tal instituto foi escolhido como uma possibilidade de reduzir o número de indivíduos encarcerados, uma vez que, segundo seus entusiastas, romperia com a conversão automática da prisão em flagrante em prisão preventiva. Logo, como o magistrado estaria na presença do preso, olhando-o nos olhos, seu julgamento passaria a considerar mais o indivíduo como a pessoa que realmente é, facilitando a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Entretanto, como o Poder Legislativo ainda não conseguiu implementar a audiência de custódia por meio de lei, coube ao Poder Judiciário, mais precisamente ao CNJ, editar uma normativa única e vigente em todo território nacional.

Assim, desde 2015, milhares de audiências de custódias já ocorreram no Brasil. Contudo, por se tratar de um instituto novo, inúmeras questões acabam sendo suscitadas na doutrina e na jurisprudência, sendo a principal delas entender quais as consequências jurídicas da sua não realização. A presente dissertação procura responder a tal problemática, bem como outras relacionadas ao tema.

2. METODOLOGIA

2.1 Metodologia teórico-dogmática

De acordo com Pedro Demo, cuidado metodológico significa a "preocupação sistemática em torno da cientificidade do que se produz[1]". Assim, o pesquisador precisa cotejar seus objetivos e escolher a metodologia que melhor se amolda à problemática proposta.

A pesquisa a ser desenvolvida abordará os aspectos teóricos do instituto da audiência de custódia, organizando sua base legal, bem como as razões para sua implementação no atual momento histórico-legal.

Por outro lado, busca-se, também, problematizar as principais divergências originadas da realização das audiências de custódia nos fóruns brasileiros, fruto da tentativa de ruptura com o paradigma da conversão praticamente automática do flagrante em prisão preventiva, posicionando-me, fundamentadamente, acerca da melhor aplicação do novo instituto processual.

Encerrando a estrutura da futura dissertação, entende-se que uma pesquisa não deve apenas discutir os aspectos teóricos de um instituto e desconsiderar como os tribunais brasileiros estão julgando os processos com ele relacionados, tendo em vista que a jurisprudência também é fonte do direito. Logo, haverá abordagem empírica, a qual será melhor delimitada adiante.

Desta forma, a opção metodológica que mais se aproxima aos objetivos humildemente pretendidos para esta dissertação de mestrado é a teórico-dogmática, tendo em vista que ela apresenta: a) Uma função expositiva ou sistematizadora, permitindo que o pesquisador apresente seu objeto de análise, relacionando-o com a lei positivada, bem como com as demais fontes do direito[2]. b) Uma função descritiva, também denominada de *lege data*, a qual confere ao pesquisador a possibilidade de emitir sua opinião sobre determinada questão passível de polêmica na doutrina ou na jurisprudência, procurando, além de estimular o debate, convencer os juristas sobre os motivos pelos quais sua teoria deve prevalecer[3].

---

[1] DEMO, Pedro. **Cuidado metodológico: signo crucial da qualidade**. Revista Sociedade e Estado**,** Brasília, v. 17, n. 2, dez. 2002. P. 2.
[2] BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. **Por una dogmática conscientemente política**. Anuario de Filosofia del Derecho**,**Valencia, v. 17, jan. 2000. P. 6
[3] Idem. P. 6.

2.2 Revisão bibliográfica

Assim, o eixo teórico da futura dissertação de mestrado decorrerá de uma extensa revisão bibliográfica, previamente delimitada com o orientador, cujas fontes serão a legislação, nacional e internacional, vigente e a produção científica sobre o tema.

De início, tem-se que, para uma melhor compreensão do tema, há a necessidade de se estudar os fundamentos normativos da audiência de custódia. Portanto, será imprescindível a leitura dos tratados internacionais de direitos humanos que previram, décadas atrás, tal instituto, analisando, ainda, as influências destes documentos no poder legislativo e no poder judiciário brasileiro.

Por outro lado, a abordagem dos fundamentos da audiência de custódia requer maior profundidade científica, uma vez que se relaciona aos temas do presídio como instituição total (Erving Goffman), o encarceramento em massa realizado no Brasil, as alterações legislativas das medidas cautelares, previstas no Código de Processo Penal, as quais falharam no objetivo de reduzir o número de presos preventivos. Para tanto, serão analisados artigos científicos, livros, monografias, bem como dados estatísticos, produzindo por instituições públicas, acerca destes temas.

2.3 Levantamento de Dados

A audiência de custódia foi instituída, no Brasil, com o objetivo de que todos os indivíduos presos em flagrante fossem submetidos à presença de uma autoridade judicial, de modo que eventuais ilegalidades na captura ou mesmo a prática de tortura policial não ficassem impunes. Desta forma, inúmeras obras limitam-se a justificar os motivos pelos quais é necessário que todos os presos em flagrante gozem do direito à audiência de custódia.

Entretanto, por se tratar de um instituto novo, de complexa implementação, resta a dúvida: Quais as consequências da sua não realização?

Demonstrando que a indagação é pertinente, tem-se que a doutrina mostra-se dividida sobre tal questão. Caio Paiva[4] e Gustavo Badaró[5] entendem que a não realização da audiência de custódia implica na necessidade de relaxamento da prisão, com base no artigo 5º, LXV, da

---

[4] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 89

[5] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** Disponível em https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%AAncia_de_cust%C3%B3dia. Acesso em: 01 jul. 2016. P. 19.

Constituição Federal, posto que ela será ilegal. Já Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen elencam diversas hipóteses, a depender do momento do processo, entendendo, em breve síntese, que, na ausência da audiência de custódia, ela deve ser realizada, sem o automático relaxamento da prisão por entenderem que não haverá ilegalidade. Ademais, sua realização seria dispensada quando o réu já foi interrogado no processo em audiência judicial, oportunidade em que o magistrado do feito poderia ter analisado a legalidade do que ocorrera até então[6]. Renato Brasileiro de Lima destaca que esta é uma questão tormentosa e que ainda dependerá de pacificação doutrinária e jurisprudencial[7].

Analisando a divergência exposta sobre o tema, constata-se que os autores se limitam a emitir suas opiniões acerca da não realização da audiência de custódia. Entretanto, nos materiais até o momento pesquisados, não foi encontrado um estudo jurisprudencial sobre como os tribunais enfrentam tal questão. Portanto, este é o objetivo da parte empírica da presente monografia.

Para tanto, há a necessidade de serem realizados alguns recortes para que a pesquisa jurisprudencial não constitua um óbice para a não conclusão do mestrado.

Inicialmente, é necessária a delimitação sobre quais tribunais serão pesquisados. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça deverão ser analisados, por se tratarem de órgãos de superposição e por ditarem a palavra final, respectivamente, sobre a constitucionalidade de uma lei ou sobre a interpretação de uma lei federal. No âmbito dos tribunais de justiça, o recorte será limitado aos tribunais estaduais, tendo em vista que neles nasceu a iniciativa de implementação da audiência de custódia no Brasil, além de julgarem mais casos do que na Justiça Federal, existindo maior variedade de decisões a serem analisadas.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de Dezembro de 2014, dividiu os estados do Brasil por meio de um *ranking*, a partir das seguintes variáveis: a) População prisional total aproximada; b) Taxa de presos por 10 mil habitantes; c) Taxa de ocupação das vagas disponíveis; d) Total de presos provisórios[8]. Assim, após debate com meu orientador, ficou-se decidido que seriam escolhidos os tribunais de justiça dos Estados que se destacassem negativamente nos quesitos acima.

Logo, para a variável "população prisional total aproximada", escolheu-se São Paulo e Minas Gerais. Para a variável "taxa de presos por 10 mil habitantes", adotou-se Rondônia. Para

---

[6] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 89-95.
[7] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 925.
[8] BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Brasília. 2014. P. 25.

a variável “taxa de ocupação das vagas disponíveis”, optou-se por Tocantins e Amazonas. Por fim, para a variável “total de presos provisórios”, optou-se pelo Maranhão.

O recorte temporal será delimitado entre fevereiro de 2015, pois foi neste período que o “Projeto Audiência de Custódia” foi implementado pelo Conselho Nacional de Justiça até dezembro de 2016, de forma que exista tempo hábil para que os dados sejam sistematizados e analisados dentro do prazo de dois anos do programa de mestrado.

Como parâmetros de pesquisa, serão usadas as palavras-chave “audiência de custódia” e “não realização”, pois são as que mais aparecem nas ementas dos julgados em um teste realizado nos sites dos tribunais. Resta esclarecer, ainda, que serão selecionados apenas os julgados que discutirem as consequências da não realização da audiência de custódia em um caso concreto.

Uma pesquisa superficial nos sites dos tribunais mencionados, utilizando-se dos parâmetros propostos mostrou ser possível analisar todos os julgados sem a necessidade de se recorrer a fórmulas estatísticas.

Quando os julgados forem reunidos, eles serão divididos por tribunal. Dentro de cada tribunal, as decisões serão divididas em dois grupos: a) julgados pelo pleno; b) julgados por sessão/câmara criminal. Por fim, em cada sessão/câmara criminal, os julgados serão organizados por relator. Desta forma, evita-se que um determinado entendimento seja atribuído a um tribunal quando, na verdade, existem divergências internas.

Espera-se que, por meio desta pesquisa empírica, seja possível traçar um panorama sobre como os tribunais enfrentam a questão da não realização da audiência de custódia, analisando os argumentos presentes nos julgados, sendo possível debatê-los por meio do confronto com os referenciais teóricos previstos no restante da dissertação.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1 Direito Internacional

3.1.1 Introdução

Diferentemente de inúmeros institutos jurídicos que remontam aos primórdios da vida humana em uma sociedade organizada, a preocupação com a realização de uma audiência entre um indivíduo recém capturado com um magistrado devidamente investido de jurisdição é fenômeno recente na história do Direito, decorrendo da preocupação dos Estados em resguardar as garantias fundamentais das pessoas por meios de tratados internacionais, sobretudo após as violações massivas dos direitos humanos ocorridas ao longo da Segunda Guerra Mundial.

Neste contexto, no dia 10 de dezembro de 1948, cinquenta e seis países se fizeram representar em Paris, oportunidade em que votaram e proclamaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tendo em vista que o mundo, e sobretudo a Europa, ainda tinham vivas as memórias do recente conflito bélico em escala global, a Declaração Universal dos Direitos Humanos teve como fundamento a dignidade da pessoa humana, funcionando como um código de conduta dirigida a todas as nações e indivíduos cujo objetivo era afirmar que os direitos humanos eram universais e poderiam ser gozados pela simples condição de pessoa[9], além de assegurar direitos mínimos a todos.

Entretanto, em que pese a importância história da Declaração Universal dos Direitos Humanos para a estruturação jurídica dos direitos humanos no mundo, ela foi escrita de modo incompleto. Se, por um lado, ela assegura que *todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma*[10], por outro lado não existem previsões de mecanismos que as vítimas de violações de direitos humanos possam invocar de modo a resguardar seus interesses pessoais[11].

Logo, houve a necessidade de serem editados novos instrumentos normativos internacionais, como forma de garantir efetividade aos direitos humanos assegurados em 1948, mas que não eram possíveis de serem exercidos e protegidos por seus principais destinatários.

---

[9] LAFER, Celso. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):** História da Paz. Demétrio Magnoli (org.). São Paulo: Contexto, 2008. p. 297.

[10] ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 217 A (III)**. Paris, França. Disponível em < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>.

[11] SIEGHART, Paul. **The international law of human rights.** Oxford: Oxford University Press, 1983, pp 25-26.

3.1.2 Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

Diante da inefetividade das disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os países europeus procuraram garantir, ainda que de forma regionalizada, a aplicabilidade imediata aos direitos humanos consagrados, tendo em vista que havia um problema de ordem negocial que dificultava a edição de um tratado que envolvesse todas as nações do globo e efetivasse a mencionada declaração, conforme analisaremos no próximo tópico.

Para tanto, foi elaborada a Convenção Europeia de Direitos dos Homens (doravante designada de CEDH), no dia 04 de novembro de 1950, na cidade de Roma, a qual é aplicada, atualmente, a quarenta e sete países europeus[12].

A CEDH é dividida em três partes, sendo que a primeira elenca os direitos fundamentais por ela assegurados, ao passo que a segunda parte estrutura a Corte Europeia de Direitos Humanos e, por fim, a terceira parte estabelece disposições administrativas dos diversos órgãos europeus de proteção dos direitos humanos.

Como forma de garantir a aplicabilidade aos direitos humanos consagrados internacionalmente, a CEDH estrutura dois órgãos de fiscalização e implementação. A Corte Europeia de Direitos Humanos é um órgão judicial, cuja função é a de analisar as reclamações de possíveis violações a direitos humanos e julgá-las quando forem consideradas admissíveis. Além da Corte, existe, também, o Comitê de Ministros, cuja função é a de facilitar o diálogo com os países condenados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, facilitando, política e diplomaticamente, o cumprimento das suas sentenças[13].

Inaugurando a existência da audiência de custódia em um documento legal, o artigo 5, item 3 da CEDH tem a seguinte redação:

> Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo[14].

Desta forma, os países signatários da CEDH deveriam assegurar mecanismos internos de modo que todo preso detido em situações em que haja suspeita razoável de que tenha

---

[12] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 905

[13] PIOVEZAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006

[14] CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos dos Homens**. Roma, Itália. Disponível em < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >.

praticado uma infração penal ou quando estiver prestar a cometer um delito, bem como quando estiver empreendendo fuga após a prática de um crime seja colocado, o mais brevemente possível, na presença física de um juiz de Direito, o qual deverá avaliar as circunstâncias em que se deu a prisão[15].

A finalidade de tal previsão foi a de criar um mecanismo de controle da prisão em flagrante, evitando que possa ocorrer práticas de tortura e de maus tratos por parte das autoridades policiais, sobretudo nesta parte da persecução penal, em que ocorre na ausência de um mandado de prisão previamente expedido por um juiz de direito[16].

3.1.3 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

A Europa foi pioneira em regulamentar as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entretanto, a edição de um instrumento normativo global para a implementação dos direitos humanos levou anos para ser concluída.

Após longos debates[17] na doutrina de direito internacional e entre os representantes dos países membros da Organização das Nações Unidas (doravante denominada de ONU), entendeu-se que as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos seriam regulamentadas por meio de dois tratados internacionais: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado de PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Destaca-se, ainda, que ambos os instrumentos normativos foram aprovados na Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque, no dia 16 de dezembro de 1966.

Para a presente dissertação de mestrado, interessam mais as disposições do PIDCP, uma vez que nele se insere a temática da audiência de custódia. De acordo com Valério Mazzuoli:

> Seu rol de direitos civis e políticos é mais amplo que o da Declaração Universal, além demais rigoroso na afirmação da obrigação dos Estados em respeitar os direitos nele consagrados. O Pacto, comparando-se com o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também é melhor aparelhado com meios de revisão e fiscalização. Logo de início (art. 2º) já se exige o compromisso dos Estados-partes em garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição (sejam eles nacionais ou não) os direitos reconhecidos no tratado, sem

---

[15] Trata-se de mera descrição do conteúdo do art. 5º, item 1,C da CEDH.

[16] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p 16.

[17] Complementando o exposto, debatia-se, no período, se a Declaração Universal de Direitos Humanos deveria ser regulamentada por dois tratados, um que regulasse os direitos civis e políticos e um que regulamentasse os direitos econômicos sociais e culturais ou se apenas um tratado seria elaborado, englobando todas as referidas temáticas. Tal discussão levou dezoito anos para ser pacificada no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 867).

> discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação[18].

Objetivado assegurar suas disposições, o PIDCP prevê mecanismos para o monitoramento da implementação dos direitos humanos nos países signatários.

Inicialmente, tem-se que o art. 40 impõe o dever de os Estados submeterem ao Comitê de Direitos Humanos relatórios periódicos acerca da situação dos direitos humanos nos respectivos territórios. Tal órgão internacional, destaca-se, é formado por dezoito peritos eleitos pelos próprios signatários do PIDCP. O envio de relatórios é uma medida que pouco afronta a soberania das nações, sendo cumprida sem grandes problemáticas.

Por outro lado, o PIDCP prevê a possibilidade de Estados signatários denunciarem violações dos direitos humanos ocorridas em outros Estados signatários, hipótese que eleva a complexidade das relações internacionais. Nesta hipótese, o Comitê de Direitos Humanos exerce uma função conciliatória, pois cabe a ele se reunir com representantes de ambos os países na busca de uma solução consensual.

Encerrando os mecanismos de efetivação dos direitos humanos, o Protocolo Facultativo do PIDCP prevê a possibilidade de que queixas individuais sejam levadas ao conhecimento Comitê de Direitos Humanos, desde que o interessado tenha esgotado todas as vidas previstas no direito interno do país em que encontra. A crítica a tal mecanismo é a sua localização em um documento apartado do PIDCP, sendo que seu acionamento depende de que o país também realize sua adesão formal ao referido protocolo facultativo.

O direito a uma audiência de custódia consta expressamente no art. 9º, item 3 do PIDCP, que assim dispõe:

> 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[19].

Desta forma, verifica-se que a audiência de custódia prevista no PIDCP diverge pouco da que foi prevista na CEDH. De modo semelhante, ambos os tratados internacionais preveem

---

[18] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 870.

[19] BRASIL. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992**: **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Diário Oficial da União**.** Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html>.

a obrigação de o indivíduo preso ser levado à presença de um juiz de Direito, destacando que o ato deve ser realizado brevemente, ainda que usem palavras distintas para tanto.

Entretanto, as diferenças precisam ser destacas. A CEDH somente autoriza que a audiência de custódia seja presidida por um juiz de Direito. Em contrapartida, o PIDCP autoriza que uma autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais presida o ato. A distinção principal se verifica em relação à quem deverá ser apresentado na audiência de custódia. De acordo com a CEDH, somente os presos em flagrantes se beneficiariam do ato, pois ela remete ao seu art. 5º, item 1,C, o qual narra, basicamente, hipóteses de flagrância. Já a disposição do PIDCP é ampla, pois garante a audiência de custódia a qualquer pessoa presa ou encarcerada, independentemente da natureza da restrição da liberdade.

Em que pese o PIDCP ter sido negociado e aprovado no ano de 1966, o Brasil somente depositou sua carta de adesão ao tratado no dia 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor no território nacional no dia 24 de abril do mesmo ano. Assim, apesar de a audiência de custódia existir no mundo desde 1966, ela somente adquiriu amparo legal, no Brasil, após o ano de 1992[20].

3.1.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Procurando garantir meios legais que melhor estruturassem e protegessem os direitos humanos, os países membros da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada de OEA), de modo semelhante aos que os europeus fizeram anos antes, celebraram um tratado internacional de eficácia regional, no ano de 1969, originando, assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante designada como CADH).

Pela leitura do segundo considerando da CADH, verifica-se que ela é marcada pela subsidiariedade, ou seja, seu âmbito de proteção é suplementar aos direitos e garantias conferidos pela legislação interna de cada Estado membro da OEA aos seus cidadãos. Logo, o objetivo da CADH não é retirar a competência legislativa dos países signatários, mas sim dar amparo aos indivíduos cujos direitos humanos não tiverem sido protegidos ou o foram de modo insuficiente[21].

---

[20] MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento no Brasil.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016, p 75.

[21] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Como forma de concretizar a proteção aos direitos humanos daqueles que encontram em continente americano, a CADH prevê dois órgãos com atribuições distintas, sendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresenta sete membros eleitos em assembleia da OEA, sendo vedado que existam dois membros da mesma nacionalidade. Os mandatos apresentam duração de quatro anos, sendo possível uma única recondução.

Dentre suas atribuições, destacam-se: a) Enviar recomendações aos países signatários objetivando que eles adotem medidas para efetivar os direitos humanos na legislação interna; b) Elaborar estudos acerca da implementação dos direitos humanos no continente americano; c) Solicitar informações que julgar conveniente aos Estados membros; d) Examinar as petições de indivíduos ou de entidades não governamentais acerca de violações às disposições da CADH[22].

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada de CIDH) é um tribunal internacional supranacional, cuja competência precípua é a de julgar casos que envolvam violações dos direitos humanos realizadas por um ou mais países signatários da CADH e que tenham reconhecido sua jurisdição.

Além da competência contenciosa, destaca-se que a CIDH apresenta, também, competência consultiva, sendo possível que os Estados peticionem a respeito de suas dúvidas na conciliação entre o direito interno e as disposições da CADH.

O tratado americano reserva um item específico para a audiência de custódia, prevendo o tema em seu artigo 7º, item 5, estabelecendo:

> Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por 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[23].

Comparando as disposições da CIDH com as do PIDCP e da CEDH, verifica-se que o tratado americano e o realizado na ONU tiveram a mesma inspiração axiológica, pois ambos conferem o direito à audiência de custódia e todos os indivíduos presos pelo Estado, independentemente dos motivos do cárcere. Além disso, há uma abertura legal para que o procedimento seja realizado por uma figura diversa da do juiz, desde que tal autoridade seja habilitada por lei para exercer funções judicias.

---

[22] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 885.

[23] BRASIL. **Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992**: **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Diário Oficial da União**.** Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

Em que pese a CADH ter sido aprovada pelos países membros da OEA no ano de 1969, o Brasil somente ratificou o tratado no mês de novembro de 1992. Entretanto, colocando em risco a eficácia dos direitos humano em território nacional, o reconhecimento à competência contenciosa da CIDH somente ocorreu em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89[24].

Percebe-se, portanto, que apesar de o instituto existir em âmbito internacional desde 1966 e no âmbito do continente americano desde 1999, somente é possível se falar em audiência de custódia, no Brasil a partir do ano de 1992. Contudo, eventuais omissões na implementação do procedimento somente poderiam ser suscitada perante a CIDH a partir do ano de 1998. O tema já nasce, no Brasil, desrespeitando direitos fundamentais dos indivíduos presos, em razão da demora e da ineficiência do poder legislativo em efetivar uma garantia internacionalmente prevista.

3.2 Figuras assemelhadas no ordenamento jurídico brasileiro

3.2.1 Introdução

Um dos objetivos da audiência de custódia é apresentar o indivíduo preso a um Juiz de Direito, o qual deverá analisar as circunstâncias da apreensão. Tanto que, na doutrina, há quem se utilize do termo "audiência de apresentação"[25].

Assim, partindo apenas deste objetivo específico da audiência de custódia, é possível vislumbrar no ordenamento jurídico brasileiro algumas medidas legais que se assemelham ao procedimento do instituto. Entretanto, sempre é importante destacar que a audiência de custódia não se encerra na apresentação burocrática do indivíduo preso a uma autoridade judicial, pois exige uma participação ativa do magistrado na proteção dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e na CIDH.

Desta forma, apesar de semelhantes, as figuras assemelhadas à audiência de custódia com ela não se confundem. A importância de estudá-las, contudo, é analisar como que os atores do processo lidam com uma obrigação legal de apresentar o preso ao magistrado.

---

[24] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 890.

[25] MINAGÉ, Thiago; SAMPAIO JUNIOR, Alberto. A questão político criminal da audiência de custódia. **Revista Síntese - Direito Penal e Processo Penal,** São Paulo, v. 16, n. 93, p.54-61, 2015.

3.2.2 Código Eleitoral

O Direito Eleitoral é formado por um feixe de leis que procura garantir a democracia e a lisura das votações no Brasil, uma vez que os temas da elegibilidade dos candidatos, da propaganda partidária, das doações aos partidos políticos, do direito ao sufrágio, dos crimes eleitorais, dentre outros, são regulados de forma minuciosa.

Conectando o Direito Eleitoral ao Processo Penal, verifica-se que o art. 236, *caput*, do Código Eleitoral (doravante denominado de CE) proíbe que os indivíduos sejam presos no período de cinco dias antes e até quarenta e oito horas após as eleições, salvo em caso de flagrante delito, condenação por crime inafiançável ou desobediência a salvo-conduto[26].

Ainda que exista opiniões contrárias à constitucionalidade de tal dispositivo[27], ele ainda se mostra vigente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicável nas eleições gerais ou municipais, uma vez que seu objetivo é garantir que o maior número de eleitores votem, evitando práticas de arcaicas de prender adversários políticos.

O art. 236, § 2º, CE estabelece uma figura assemelhada à audiência de custódia, ao determinar que *ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do Juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator*[28].

Considerando que o CE foi promulgado no ano de 1965, sendo anterior ao PIDCP e à CADH, e, além disso, o art. 236, § 2º pertence à redação original da legislação, é forçosa a conclusão de que a apresentação do indivíduo preso ao juiz não tem como foco de preocupação o direito de liberdade da pessoa sob custódia do Estado, mas sim com a lisura das votações, permitindo que somente as prisões realmente legais sejam mantidas durante o prazo acima

---

[26] CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. **Direito Eleitoral Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 836.

[27] O Promotor de Justiça Francisco Dirceu Barros entende que o art. 5º, LXI da Constituição Brasileira de 1988 (doravante denominada de CF/1988) autoriza a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Logo, em razão da hierarquia inferior do Código Eleitoral, bem como por questões de segurança, não seria constitucional que uma infraconstitucional reduzisse o alcance do referido dispositivo da Carta Magna. Logo, o art. 236, CE não teria sido recepcionado pela CF/1988. Assim, durante o período eleitoral, seriam admissíveis a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão oriunda de sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão de réus fugitivos e a prisão por desrespeito a salvo-conduto (BARROS, Francisco Dirceu. **Curso de Processo Eleitoral**. 3. ed. Editora Campus/Elsevier, 2014).

[28] BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. **Institui o Código Eleitoral**. Diário Oficial da União**.** Brasília, DF. Disponível em < http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>.

mencionado. Tal fato já diferencia a disposição eleitoreira da audiência de custódia prevista nos tratados de direitos humanos[29].

O Tribunal Superior Eleitoral apresenta competência[30] para emitir resoluções objetivando a melhor interpretação e aplicação da lei, desde que se atenha ao princípio da legalidade, ou seja, sem restringir direitos ou estabelecer punições diferentes das previstas na legislação eleitoral[31].

Utilizando-se da competência regulamentar, o Tribunal Superior Eleitoral editou a resolução nº 23.396/2014, com o objetivo de esclarecer o procedimento para apuração dos crimes eleitorais. No art. 7º, *caput*, tem-se que as autoridades policiais devem prender aqueles que estiverem em flagrante situação de prática de delito eleitoral, salvo se este configurar infração penal de menor potencial ofensivo. Posteriormente, há a necessidade de imediata comunicação da prisão o Juiz Eleitoral, ao Ministério Público Eleitoral e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Posteriormente, o art. 7º, §§ 1º e 2º impõe duas obrigações a serem cumpridas no prazo de vinte e quatro horas contadas a partir da prisão. Inicialmente, o auto de prisão em flagrante (denominado de APF doravante) deve ser lavrado e encaminhado ao Juiz Eleitoral competente. Além disso, o preso deverá receber a nota de culpa.

Destacando uma contradição normativa, o art. 7º, § 3º, estabelece que a apresentação do preso ao Juiz Eleitoral seguirá as disposições do art. 304, CPP. Por outro lado, determina, no art. 7º, § 4º, a atuação do magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante.

A primeira incongruência decorre da comparação do art. 7º, §§ 3 e 4º da resolução nº 23.396/2014 do TSE. O art. 7º, § 3º prevê a apresentação do preso ao Juiz Eleitoral, remetendo-a ao art. 304, CPP. Contudo, o art. 7º, § 4º regulamenta as possíveis decisões do magistrado ao receber o APF. Assim, se o Juiz Eleitoral poderá relaxar o flagrante ou decretar a preventiva bastando ter o contato apenas com o APF, qual seria a necessidade da apresentação do preso? Ademais, problemas cronológicos podem surgir, a exemplo da hipótese de o APF ser remetido ao magistrado antes de o preso ser apresentado. Caso a prisão seja relaxada ou a liberdade

---

[29] Evidenciando que a finalidade da apresentação do preso perante o juiz não tem a finalidade de resguardar direitos fundamentais, mas sim garantir o acesso ao voto, Fábio Bechara entende ser possível a prisão de estrangeiros no lapso temporal estabelecido no art. 236, *caput*, CE, uma vez eles são inalistáveis e, portanto, impossibilitados de votar, de acordo com o art. 14, § 2º, CF/1988 (BECHARA, Fábio Ramazzini. **Breves Notas Acerca da Prisão**. Síntese Jornal**.** São Paulo, dez. 2004, p. 6).

[30] A competência para o Tribunal Superior Eleitoral editar resoluções está positivada nos arts. 1º, parágrafo único e 23 do CE.

[31] CHALITA, Savio. **Manual Completo de Direito Eleitoral.** Indaiatuba: Foco, 2014, p 26.

condicional for concedida, a apresentação do preso estaria prejudicada? Tais dúvidas não encontram resposta nos julgados do TSE e a doutrina não enfrenta tais questões.

A segunda incongruência decorre da comparação do art. 7º, § 3º da resolução nº 23.396/2014 do TSE com o art. 304, CPP. A resolução determina que a apresentação do indivíduo preso perante o Juiz de Direito deveria seguir as disposições do art. 304, CPP. Entretanto, o dispositivo do CPP trata da apresentação do indivíduo preso perante a autoridade policial, para que haja a lavratura do APF. Assim, seguindo-se os dizeres da resolução, deveria o juiz presidir a realização do APF? Certamente tal interpretação mostra-se incompatível com o sistema acusatório de processo penal adotado pelo Brasil com o advento da CF/1988.

Corroborando o exposto, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen entendem que:

> Na prática, a forma como a apresentação judicial imediata do sujeito preso, referida no Código Eleitoral, vem sendo interpretada pelo Tribunal Superior Eleitoral em suas resoluções faz com que haja um sério risco de o Juiz Eleitoral estar pautando o trabalho a ser desenvolvido pelas Polícias Federal ou Estadual com atribuições eleitorais, o que levaria a abandonar a figura de juiz-garante, para se transformar em um juiz-instrutor, verdadeiro condutar da investigação criminal. Logo, tal apresentação do preso do Juiz Eleitoral não se trataria propriamente de algum tipo de cuidado com a observância de direitos assegurados em textos internacionais, mas, em realidade, de um verdadeiro retrocesso, ao erigir a figura do juiz no responsável pelos caminhos a serem seguidos, ou não, pela polícia judiciária com atribuição eleitoral[32].

3.2.3 Casos Especiais de Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público

A carreira dos magistrados é regulamentada pela Lei Complementar 35/1979, também conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (doravante denominada de LOMAN). Já a carreira dos Promotores de Justiça é regida pela lei nº 8625/1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (designada, a partir de agora, como LONMP).

De modo semelhante, ambas as legislações estabelecem tratamento diferenciado aos membros da magistratura e do Ministério Público no que tange à possibilidade de tais servidores públicos serem presos.

Segundo dispõe o art. 33, inciso II, LOMAN, os Juízes somente podem ser presos desde que haja ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial do Tribunal competente. Ademais, a prisão em flagrante somente será possível em casos de prática de crime inafiançável. Nesta

---

[32] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 20.

última hipótese, a autoridade policial deverá efetivar a imediata comunicação e apresentação do juiz detido ao Presidente do Tribunal ao qual ele se vincula.

Em relação aos membros do Ministério Público, a LONMP estabelece, em seu art. 40, inciso III, que os Promotores de Justiça somente podem ser presos em decorrência de ordem judicial. Contudo, também podem ser presos em flagrante, desde que se trate de prática de crime inafiançável. Se isto ocorrer, a autoridade policial deverá, no prazo de vinte e quatro horas, comunicar e a apresentar o detido perante o Procurador Geral de Justiça.

Apesar de ambas as legislações somente admitirem a prisão em flagrante de Juízes e Promotores de Justiça na hipótese de prática de crime inafiançável, caso tais autoridades forem surpreendidas praticando crimes afiançáveis, deverá haver o registro da ocorrência, sendo tal documento remetido, posteriormente, ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral de Justiça[33].

Em decorrência de uma interpretação sistemática da LOMAN e da LONMP, verifica-se que a autoridade policial não poderá presidir[34] e sequer lavar o APF em que figurem Juízes e Promotores de Justiça como suspeitos. Tal incumbência caberá ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral de Justiça[35].

Logo, constata-se que a finalidade das referidas apresentações não é a de resguardar os direitos fundamentais dos detidos e sequer avaliar a legalidade da prisão em flagrante, mas sim deixar o Juiz ou Promotor de Justiça presos à disposição das autoridades competentes para determinar a instauração e presidir a futuras investigações a serem realizadas. A apresentação, portanto, tem por objetivo avaliar o fato típico em tese praticado[36].

3.2.4 Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (doravante denominado de ECA) foi promulgado por meio da lei 8.069 no dia 13 de julho de 1990 em substituição ao antigo Código de Menores (lei 6.697/1979). Sua principal característica foi conferir força normativa à doutrina

---

[33] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 861.

[34] Importante salientar que o enunciado nº 6, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF tem a seguinte redação: *Não cabe à autoridade policial instaurar inquérito para investigar conduta delituosa de membro do Ministério Público da União. Este trabalho investigatório é instaurado, tem curso, e é concluído no âmbito do Ministério Público Federal*.

[35] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 861.

[36] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 20-21.

da proteção integral das crianças e dos adolescentes prevista na Convenção dos Direitos da Criança, editada em 20 de novembro de 1989.

Em relação ao contexto em que o ECA foi promulgado, convém ressaltar que antes da CF/1988, o ordenamento jurídico como um todo adotava paradigma patrimonialista. Desta forma, o reflexo no regramento da criança e do adolescente fazia prevalecer a "doutrina da situação irregular", por meio da qual somente se tutelava o menor em situação irregular, a qual era entendido como aquele que não se encontrava em uma situação desejada pelo Estado, ou seja, fora do seio de sua família. Assim, caberia ao Estado resolver tal situação. Portanto, crianças e adolescentes tinham direitos reduzidos em relação a um adulto e eram encarados como objeto de proteção[37].

Entretanto, após a promulgação da CF/1988, as crianças e adolescentes tornam-se sujeitos de direitos na sua plenitude, tendo em vista o advento da doutrina da proteção integral, possuindo todos os direitos da pessoa adulta, mas que merecem proteção integral e prioridade absoluta por parte do Estado.

Analisando com maiores detalhes a parte penal do ECA, assunto que se refere com maior proximidade ao tema da presente dissertação, tem-se que existem três procedimentos distintos para a condução dos casos que envolvam menores em conflito com a lei, quais sejam: a) Menor apreendido em flagrante de ato infracional[38]; b) Menor que pratica ato infracional sem que tenha sido capturado em flagrante; c) Menor apreendido em razão de sentença judicial.

No primeiro procedimento, se um menor for apreendido na prática de um ato infracional, ele será conduzido perante a autoridade policial competente, de acordo com o art. 172, ECA, a qual deverá proceder com as obrigações procedimentais previstas no art. 173, ECA. Posteriormente, haverá a possibilidade de o menor apreendido ser liberado aos pais ou responsáveis, desde que exista termo de compromisso em apresenta-lo ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou no dia útil mais próximo. Entretanto, a liberação não será possível quando a internação do menor mostrar-se necessária para a garantia da sua própria segurança pessoal ou para a manutenção da ordem pública, nos casos em que o ato infracional praticado tenha sido grave ou que tenha gerado repercussão social, conforme determina o art. 174, ECA. Mantida ou não a apreensão do menor, ele deverá ser conduzido perante um

---

[37] ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 23.

[38] Ato infracional é fato típico e antijurídico realizado pelo menor e que se equipara a um crime e contravenção, de acordo com o art. 103, ECA. Guilherme Freite de Melo Barros destaca que os menores são inimputáveis penalmente, razão pela qual suas condutas contrárias à legislação penal não podem ser consideradas crimes ou contravenções (BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 155).

representante do Ministério Público, para que seja realizada sua oitiva informal, procedimento de natureza administrativa[39]. Nesta oportunidade, o *parquet* terá uma tripla possibilidade de ação, de acordo com o art. 180, ECA, pois caberá a ela arquivar os autos do caso, conceder remissão ou representar o fato à autoridade judicial competente. Havendo a representação, inicia-se o processo para a apuração do ato infracional praticado.

Já no segundo procedimento, o menor realiza um ato infracional sem que tenha sido capturado em flagrante. Contudo, existem suspeitas da sua conduta, razão pela qual a autoridade policial inicia uma investigação, remetendo relatório ao representante do Ministério Público, conforme se depreende do art. 177, ECA[40]. Nesta hipótese, caberá ao *parquet* designar uma data para a oitiva informal do suspeito, momento em que o procedimento passará a ser igual ao acima descrito.

Por fim, o menor também poderá ser apreendido por força de mandado judicial, oportunidade em que deverá ser encaminhado à presença da autoridade judiciária que determinou a medida, conforme redação do art. 171, ECA. De acordo com Válter Ishida:

> São quatro as hipóteses de internação por determinação da autoridade judicial: (1) internação provisória decorrente de recebimento da representação; (2) internação provisória decorrente de aplicação da medida socioeducativa de internação ou semiliberdade; (3) apreensão após fuga do adolescente da entidade; (4) apreensão estando o adolescente infrator anteriormente em lugar incerto e não sabido (LINS)[41].

Logo, constata-se que o ECA, em seu art. 171, procurou estabelecer uma hipótese de audiência de custódia de forma pioneira no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a redação do dispositivo legal peca pela insuficiência, uma vez que estabelece, ainda que timidamente, o dever de se conduzir o menor apreendido à presença do juiz, mas nada regula sobre: a) as razões para tal procedimento; b) as atitudes que o juiz deverá tomar ao entrar em contato com o menor; c) possibilidade de o Ministério Público, defesa e o Conselho Tutelar participarem do procedimento. A falta de clareza da norma faz com que existam doutrinadores de renome que defendem sua inaplicabilidade, devendo o menor ser levado imediatamente ao seu local de apreensão, bastando apenas a comunicação do ato ao magistrado no prazo de 24 horas[42].

---

[39] BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 245

[40] ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 513.

[41] Idem, p. 505.

[42] Neste sentido, importante destacar a opinião de Guilherme Nucci, o qual assevera que "*Se é para ser internado, uma vez apreendido, não há o que fazer na presença do juiz; deve ser imediatamente encaminhado à unidade apropriada. Poder-se-ia dizer – e esse é o real significado desta norma – que, feita a apreensão, comunica-se, de pronto, o juízo, para que se tenha conhecimento da internação. (...) Enfim, quando for apreendido por ordem do juiz, deve seguir para a unidade respectiva, comunicando-se o juízo em, no máximo, 24 horas*" (NUCCI,

Outra crítica que se pode fazer é o fato de o ECA restringir a possibilidade de o menor passar por uma espécie de audiência de custódia somente nos casos em que já existe um histórico entre ele o sistema judicial, tanto que foi decretada sua internação provisória ou sua recaptura em caso de fuga de uma entidade. Nestas hipóteses, o magistrado já analisou a pertinência da internação provisória, servindo o contato com o menor para apurar eventuais abusos cometidos pelos policiais no momento da captura.

Entretanto, o momento em que o menor é surpreendido na flagrância de um ato infracional é aquele no qual se verifica a maior vulnerabilidade do capturado frente às autoridades policiais, tanto que as hipóteses de flagrante autorizam a realização da audiência de custódia de acordo com a CADH e a CEDH[43]. Logo, o ECA, estruturado na doutrina da proteção integral, não exige a apreciação judicial da hipótese de captura em que existe os maiores riscos de ocorrem abusos por parte das autoridades policiais, uma vez que de acordo com os arts. 172 e 174, ela será apresentado, apenas, ao Delegado de Polícia e ao representante do Ministério Público.

Assim, diante do exposto, não se pode considerar a previsão contida no art. 171, ECA como uma audiência de custódia, uma vez que o procedimento não foi organizado pela lei, além de não abranger a única modalidade de captura que não exige a prévia e motivada decisão judicial.

3.3 Tentativas de se legislar o tema no Brasil

3.3.1 Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009

Em que pese o Brasil ser regido por uma Constituição Federal democrática e cidadã desde o ano de 1988, além de ter assinado a CADH no ano de 1992, o processo penal ainda é regido pelo atual CPP, promulgado por meio de um decreto-lei no ano de 1941. Apesar de terrem ocorrido inúmeras atualizações ao longo dos anos, o espírito do CPP está muito afastado das disposições previstas nos mais diversos tratados internacionais de direitos humanos.

Guilherme de Souza Nucci. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 554).

[43] Ressalta-se que a captura decorrente de mandado judicial sequer é mencionada na CEDH, a qual se preocupa unicamente com o flagrante para fins da realização da audiência de custódia.

Partindo desta premissa, o então Senador Renato Casagrande apresentou, em 2008, o Requerimento nº 227, com o objetivo de nomear uma comissão de juristas com a missão de elaborar um novo Código de Processo Penal.

A comissão, formada por Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral[44], foi constituída no ano de 2008 e entregou o seu trabalho concluído em 2009, o qual foi imediatamente convertido no projeto de lei do Senado Federal nº 156/2009[45].

Na exposição de motivos para o Novo CPP, a comissão que o elaborou deixou clara a incompatibilidade entre a legislação processual penal atualmente vigente com a Constituição Federal, destacando que o momento do político do Brasil mudou muito desde a década de 1940. No aspecto político, defende-se que não se pode conceber que a persecução penal do crime e do criminoso ocorra mediante violação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos[46].

Procurando conceber um sistema acusatório para o processo penal brasileiro[47], a redação original do anteprojeto de Novo CPP vedava, em seu art. 4º, que o magistrado substituísse a acusação no que tange à atuação probatória. Posteriormente, em seu art. 12, garante o livre acesso do material investigativo já produzido por parte dos advogados ou do próprio investigado.

Contudo, a principal modificação ocorre no Capítulo II do Título II do anteprojeto de Novo CPP, uma vez que se cria a figura do juiz de garantias no processo penal brasileiro. A mais importante preocupação da comissão de juristas foi modificar a atual sistemática

---

[44] BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto** / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, p. 2.

[45] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 30.

[46] BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto** / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, pp. 15-16.

[47] Na doutrina, discute-se se o processo penal brasileiro seria estruturado com base em um sistema acusatório puro ou misturado com o inquisitório. O sistema acusatório é aquele em que existe a real separação entre as funções de acusar, defender e julgar, sendo o processo o meio em que as partes, dialeticamente e pautadas pelo princípio do contraditório, procurarão convencer o magistrado daquilo que alegam, recaindo, sobre o acusado, o princípio da presunção de sua inocência (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 48). Já o processo inquisitivo é marcado pela ausência de separação entre as funções de acusar, defender e julgar, sendo todas elas concentradas em um único indivíduo, fato que transforma o acusado em mero objeto de direito (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 41). O caráter misto do processo penal brasileiro decorreria dos poderes instrutórios do magistrado, além de a fase de inquérito policial ser caracterizado como inquisitivo.

processual, na qual o mesmo magistrado que atua na fase de inquérito policial, decretando prisões preventiva ou temporária, deferindo a interceptação telefônica e que toma contato com os elementos indiciários colhidos, seja aquele que julgará o investigado ao final do processo penal em primeira instância. Tal contato com a apuração do fato criminoso afetaria imparcialidade do magistrado, não sendo aconselhável que um único juiz atuasse em ambas as etapas[48].

Desta forma, pela nova sistemática trazida pelo anteprojeto do Novo CPP, haveria dois juízes em um mesmo caso criminal: a) O juiz das garantias seria aquele competente para controlar a legalidade da investigação criminal, bem como para salvaguardar os direitos e garantias do suspeito. De acordo com o art. 15, será de competência do juiz de garantias decidir inúmeras questões que exigem solução ao longo do inquérito policial, sendo exemplos o deferimento de pedidos prisão preventiva ou a imposição de medidas cautelares, autorizar a prorrogação do prazo do inquérito para fins de realização de diligências, autorizar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, entre outras hipóteses; b) Já outro magistrado assumiria o caso quando a denúncia fosse oferecida pelo membro do Ministério Público, cabendo a ele decidir as questões que surgirem a partir de então.

Cabe salientar que a figura do juiz das garantias já recebe críticas na doutrina. Segundo Carlos Frederico Coelho Nogueira, seria errôneo entender que o juiz que atua durante o inquérito policial não seria imparcial para julgar o caso, pois o próprio anteprojeto do Novo CPP não consegue afastar o magistrado do processo até o momento da sentença, pois caberá a ele se manifestar no recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa crime (art. 274, *caput*), na absolvição sumária do acusado (art. 275), na decretação da prisão preventiva (art. 535) ou nos casos de admissibilidade da prova (art. 166)[49].

Apesar de o anteprojeto do Novo CPP ter sido estruturado de acordo com a CF/1998 e com os tratados internacionais de direitos humanos, a audiência de custódia não foi introduzida em sua primeira redação, existindo, apenas, a facultatividade de o juiz das garantias determinar a apresentação do preso à sua presença, com o objetivo de analisar o respeito ou violações aos seus direitos.

Atento a tal problema, o Senador José Sarney, durante as discussões acerca do projeto de lei, apresentou duas propostas de emendas ao texto, com a finalidade de efetivamente inserir

---

[48] SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória.** 2012. 118 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

[49] NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **O aberrante "juiz das garantias" no projeto do Novo Código de Processo Penal.** São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016, pp. 21-23.

a audiência de custódia no anteprojeto do Novo CPP, tornando-o convencionalmente compatível com a CADH[50].

Porém, a "Comissão do Senado Federal para a Reforma do CPP" negou ambas as emendas sugeridas, por entender que o controle da legalidade da prisão em flagrante continuaria a ser realizada pelos Delegados de Polícia, sendo que tal previsão não feriria as disposições da CADH.

Em março de 2010, o Senado Federal aprovou o anteprojeto do Novo CPP sem incluir a audiência de custódia em suas disposições. Atualmente, o projeto se encontra na Câmara dos Deputados, na fase de audiências públicas, registrado sob o número 8045/2010.

3.3.2 Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011

3.3.2.1 Introdução

O Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 é a possibilidade mais concreta e mais adiantada de implementar a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro por meio de ato normativo emanado pelo Poder Legislativo.

Diante de tal importância, suas disposições provisórias[51] serão abordadas, de modo mais aprofundado, no capítulo 6 da presente dissertação, oportunidade em que serão problematizados os aspectos procedimentais da audiência de custódia tanto no Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, quanto na Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (doravante denominado de CNJ), adotando como paradigma interpretativo as disposições da CADH e da CF/1988. Destaca-se que, por enquanto, a audiência de custódia é regulamentada, no Brasil, apenas por meio de resoluções emendas pelos tribunais e pelo CNJ, questão que será abordada adiante.

---

[50] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 30.

[51] Diz-se "provisória", pois, até a entrega da presente dissertação, o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 ainda estará tramitando na Câmara dos Deputados, sendo possível que ocorram modificações em sua redação.

3.3.2.2 Tramitação

No dia 06 de setembro de 2011, o Senador Antonio Carlos Valadares apresentou um projeto de lei com o objetivo de introduzir a audiência de custódia no CPP. Tal projeto de lei recebeu o número de 554, iniciando sua tramitação.

De acordo com o as razões do próprio parlamentar, seu objetivo era atualizar a legislação processual brasileira com as disposições presentes tanto no PIDCP, quanto na CADH, uma vez que ambos os tratados impunham a obrigação do preso ser levado à presença física de um magistrado, ao passo que a CF/1988 e o CPP determinam, apenas, a remessa do APF ao magistrado competente no prazo de vinte e quatro horas da prisão[52].

A redação original procurou regulamentar a audiência de custódia, mas o fez de modo pouco detalhado, de forma aquém da exigida pela complexidade do tema. Assim, mantida a proposta inicial, somente haveria a modificação do art. 306, § 1º, CPP. Para facilitar a compreensão, comparo o atual dispositivo legal com sua possível modificação:

Redação Atual do art. 306, § 1º, CPP	**Redação Original do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**
Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.	No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Comparando ambas as disposições, verifica-se que a redação original proposta pelo Senador Antonio Carlos Valadares apenas determinou que o preso em flagrante e o seu respectivo APF fossem apresentados conjuntamente ao Juiz competente no prazo de vinte e quatro horas contados da captura.

---

[52] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. Redação original. **Altera O § 1o do Art. 306 do Decreto-lei no 3.689, de 3 de Outubro de 1941 (código de Processo Penal), Para Determinar O Prazo de Vinte e Quatro Horas Para A Apresentação do Preso à Autoridade Judicial, Após Efetivada Sua Prisão em Flagrante**. Brasília, DF, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947033&disposition=inline>. Acesso em: 03 jan. 2017. Pp. 2-3.

Apesar de se tratar de um avanço na adequação do processo penal brasileiro aos tratados de direitos humanos já ratificados, inúmeras questões práticas ficaram sem resposta, tais como: a) Qual será o juiz competente para presidir a audiência de custódia? b) A audiência de custódia poderá ser realizada via videoconferência? c) Quem participará do procedimento[53]? d) Quais perguntas poderão ser realizadas durante o procedimento? e) O que fazer com os autos gerados pela audiência de custódia? f) O Juiz que presidiu a audiência de custódia torna-se suspeito para o posterior processo? g) O que acontecerá se o prazo de vinte e quatro horas for desrespeitado ou se a audiência de custódia sequer for realizada?

Como se percebe, o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 iniciou sua tramitação muito mais como uma instigação ao Poder Legislativo sobre a necessidade da audiência de custódia do que apresentando um modelo procedimental estruturado.

Após ser submetido à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o projeto sofreu mudanças substanciais. Designado como relator, o Senador Randolfe Rodrigues entendeu que a proposta de Senador Antonio Carlos Valadares não apresentava vícios formais, além de ser conveniente e oportuna. Contudo, acatou as sugestões oferecidas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, as quais permitiram um maior detalhamento acerca do procedimento da audiência de custódia, respondendo grande parte das dúvidas acima mencionadas[54].

Resumidamente, ocorrida a prisão em flagrante, a autoridade policial terá o prazo de vinte e quatro horas para conduzir o capturado à presença do Juiz, sendo o objetivo deste procedimento a possibilidade de se averiguar o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo detido, bem como possibilitar que o magistrado decida, com maior arcabouço fático, se a prisão em flagrante será relaxada, convertida em prisão preventiva ou se a liberdade provisória será concedida. Destaca-se que a decisão judicial será precedida de contraditório entre o Ministério Público e a defesa, cujos representantes serão ouvidos nesta ordem. Limitando o escopo de perguntas, a nova redação do referido projeto de lei determina que oitiva do preso será limitada à legalidade e necessidade da prisão, além da eventual ocorrência de tortura ou maus tratos

---

[53] De acordo com Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, a forma como o projeto foi apresentado força a conclusão de que somente o preso e o juiz participariam da audiência de custódia, razão pela qual os princípios do contraditório e da ampla defesa não incidiriam no procedimento (ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 33).

[54] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **PARECER Nº , DE 2011**. Relatoria: Senador Randolfe Rodrigues. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451492&disposition=inline>. P. 2. Acesso em: 03 jan. 2017.

praticados pelos agentes policiais, sendo registrada em autos apartados, os quais não poderão ser utilizados como prova no processo penal futuro[55].

Posteriormente, o projeto de lei tramitou pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, oportunidade em que o Instituto Sou da Paz, a Conectas Direitos Humanos, a Pastoral Carcerária, a Justiça Global, o Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria do Estado de São Paulo, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa e o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania puderam encaminhar sugestões. Entretanto, apenas foram realizadas modificações de ordem redacional, sem modificar o procedimento até então estabelecido para a audiência de custódia[56].

Importante debate ocorreu no ano de 2014, uma vez que o Gabinete da Presidência do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro remeteu ofício ao Presidente do Senado Federal, sugerindo que fosse acrescentada a possibilidade de a audiência de custódia ser realizada por meio de videoconferência. Sustentando sua tese, a Desembargadora Leila Mariano enfatizou que o referido sistema é regulamentado pela lei 11900/2009, bem como pela Resolução 105/2010 do CNJ, sendo que ele também possibilita o contato direto entre o preso e o magistrado, ainda que por meio da tecnologia[57]. Além do argumento técnico, o ofício apresentou uma questão de ordem social, ao destacar que a redução do número de presos circulando em uma determinada cidade aumenta a segurança do local, sendo algo desejável pelo Poder Público. Para exemplificar tal posicionamento, mencionou-se o episódio ocorrido no Fórum do município de Bangu, cidade fluminense, local que foi invadido por onze bandidos armados, os quais tentavam resgatar Alexandre Bandeira de Melo, conhecido pela alcunha "Piolho", que prestava depoimento como testemunha em um processo. O saldo da invasão foi a morte de uma criança e de um policial militar[58].

A análise da possibilidade de a audiência de custódia ser realizada mediante videoconferência ficou a cargo do Senador Humberto Costa. Em parecer datado de 06 de agosto de 2014, o parlamentar rechaçou a sugestão da Presidência do Poder Judiciário do Estado do

---

[55] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **PARECER Nº , DE 2011**. Relatoria: Senador Randolfe Rodrigues. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451492&disposition=inline>. Pp. 3-4. Acesso em: 03 jan. 2017.

[56] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 34.

[57] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício nº 275/2014, da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451587&disposition=inline>. Pp. 3-4. Acesso em: 23 dez. 2016.

[58] EQUIPE O GLOBO. **Presos sete suspeitos de ataque ao Fórum de Bangu no fim de outubro**. Jornal O Globo**.** Rio de Janeiro, p. 1-2. dez. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/presos-sete-suspeitos-de-ataque-ao-forum-de-bangu-no-fim-de-outubro-10965021>. Acesso em: 23 dez. 2016.

Rio de Janeiro, entendendo que, de acordo com relatórios da *Human Rights Wacht*, existem indícios de presos tenham sido torturados ou recebido tratamento cruel ou degradante em pelo menos sessenta casos, espalhados por cinco Estados do Brasil. Ademais, ressalta-se que tais violações de direitos fundamentais ocorrem, em regra, dentro das primeiras vinte e quatro horas contadas da prisão, razão pela qual a audiência de custódia realizada pessoalmente garante maior chance de os abusos serem constatados e apurados do mais célere e eficaz[59].

Nos meses subsequentes, foram sugeridas emendas ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, as quais possibilitaram um maior detalhamento acerca do procedimento da audiência de custódia, tanto que, se o projeto for aprovado como está redigido atualmente[60], o art. 306, CPP saltará dos dois parágrafos que tem para expressivos quinze parágrafos, todos regulamento as questões que surgem a partir da obrigação de apresentar o preso ao Juiz competente. Conforma mencionado acima, o procedimento previsto para a audiência será aprofundado no capítulo 6 da presente dissertação.

Uma vez aprovado no Senado Federal, no dia 06 de dezembro de 2016, o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 foi remetido à Câmara dos Deputados, passando a tramitar sob a designação de PL 6620/2016.

No âmbito da Câmara dos Deputados, surgiu a polêmica, amparada pelos arts. 139, inciso I e 142 do respectivo Regimento Interno, sobre a possibilidade de o projeto que regula a audiência de custódia ser apensado ao projeto do Novo CPP, uma vez que ambos tratam de matérias correlatas.

O Deputado Carlos Zarattini emitiu parecer, no dia 07 de março de 2017, salientando que, apesar de possível o apensamento, ele não seria desejável, uma vez que a audiência de custódia somente é regulada, atualmente, por meio de resoluções de tribunais e do CNJ, havendo insegurança jurídica decorrente da falta de uma lei que estabeleça regras mais claras sobre o procedimento. Ademais, salientou que o projeto de Novo CPP não prevê a realização da audiência de custódia, razão pela qual não haveria correspondência de matérias tratadas por ambos os projetos de lei[61]. Em que pese os esforços do parlamentar paulista, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, no dia 23 de março passado, negou o requerimento. Portanto, o

---

[59] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **PARECER Nº , DE 2011**. Relatoria: Senador Humberto Costa. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451596&disposition=inline>. Pp. 4. Acesso em: 04 jan. 2017.

[60] Última consulta ao trâmite legislativo datou de 17 de maio de 2017.

[61] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PL 6620, de 06 de dezembro de 2016. **REQUERIMENTO Nº DE 2017**. Autor: Deputado Carlos Zarattini. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=71705FC985EC829EA285F797000 77EE5.proposicoesWebExterno1?codteor=1528822&filename=Tramitacao-PL+6620/2016 >. Pp. 1-2. Acesso em: 05 maio 2017.

projeto de lei que objetiva implementar a audiência de custódia, no Brasil, tramita em conjunto com o Projeto do Novo CPP.

Segundo a página da internet da Câmara dos Deputados[62], desde que o PL 6620/2016 foi apensando ao Projeto de Novo CPP, dezenas de outros projetos de lei também o foram, destacando que este último ainda está na fase de audiências públicas, não havendo alteração redacional daquela apresentada no item 3.3.1. Portanto, ao menos por ora, o Projeto de Novo CPP ainda não contempla o instituto da audiência de custódia.

3.3.2.3 Manifestações Institucionais

O Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 se destaca pelo intenso debate jurídico acerca de suas disposições, demonstrando a atualidade da audiência de custódia e a capacidade de o instituto gerar sentimentos, sejam de simpatia ou de antagonismo, nas mais diversas instituições que lidam com o Direito Penal e com o Direito Processual Penal brasileiros. O ponto positivo das discussões é possibilitar que todas as visões acerca da audiência de custódia sejam abordadas, conferindo maior legitimidade ao procedimento, tendo em vista que ele derivou de um ambiente democrático.

Em ofício remetido ao Senado Federal no dia 04 de agosto de 2014, a Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal manifestou-se contrariamente à implementação da audiência de custódia. Em síntese, entendeu-se que todos os presos alegariam que foram torturados durante a abordagem policial, objetivando a nulidade da captura, resultando na sua colocação em liberdade. Por outro lado, o Policial diligente passaria a responder inquérito pela suposta prática de crime de tortura, infração penal insuscetível de fiança, anistia e graça. Assim, haveria um desestímulo para policiais agirem, fator que elevaria a criminalidade. Por fim, alegou-se que o Poder Público não apresenta estrutura e quadros suficientes para, diariamente, transportar presos até o Poder Judiciário[63].

Posteriormente, no dia 06 de agosto de 2014, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil também se manifestou sobre o assunto, objetivando a rejeição da positivação da audiência de custódia no CPP. Primeiramente, afirmou-se que a CADH não obriga que o preso seja levado a presença de um juiz necessariamente, havendo a abertura para que ele seja

---

[62] Último acesso realizado no dia 17 de maio de 2017.

[63] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451614&disposition=inline >. Pp. 1-2. Acesso em: 10 jan. 2017.

apresentado a outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Assim, o legislador brasileiro, ao estruturar o processo penal, concebeu que a primeira autoridade a ter contato com o capturado após o flagrante seria o Delegado de Polícia. Mais adiante, houve destaque à falta de estrutura física por parte dos órgãos de segurança pública, os quais não conseguiriam arcar com o ônus de combater a criminalidade, além de transportar diariamente os detidos para sede do Poder Judiciário local. Por fim, destacou-se que a atual redação do art. 306, CPP já se preocupa em resguardar os direitos dos indivíduos presos em flagrante, não havendo necessidade de sua modificação[64].

A primeira manifestação institucional favorável ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 somente ocorreu no dia 05 de novembro de 2014, sendo proferida pelo Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. Defendendo o instituto, asseverou-se que a audiência de custódia tem por finalidade o contato direto entre o magistrado e o preso, potencializando o controle do flagrante. Por outro lado, também é possível apurar a ocorrência de práticas abusivas por parte dos policiais, tendo em vista que as denúncias de tais ocorrências crescem ano a ano, bem como avaliar a própria legalidade da prisão e a necessidade, ou não, de sua manutenção[65].

O Ministério Público do Estado de São Paulo se manifestou por meio de ofício datado de 06 de novembro de 2014, entendendo que não seria adequada a estruturação de novo mecanismo tendente a evitar a punição dos autores do crime, em razão da sensação de insegurança e de impunidade que permeiam a população. Ademais, destacou-se que insuficiência estrutural, orçamentária e humana do Ministério Público, Poder Judiciário e da Defensoria Pública em conseguir efetivar o procedimento. Para embasar tal manifestação, invoca-se os dados do estudo "O impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de Paulo, realizado pelo Instituto Sou da Paz, no qual se verificou que, apenas no segundo trimestre de 2012, ocorreram, em média, noventa prisões em flagrante por dia na capital do Estado. Para dar efetividade à audiência de custódia, incontáveis policiais e viaturas deixarão de realizar patrulhas ostensivas ou repressivas para passar a conduzir os presos ao Fórum para que sejam ouvidos pelo Juiz competente. Também se problematiza a proibição de que o conteúdo da oitiva do custodiado tenha valor probatório e possa ser utilizado ao longo do

---

[64] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451605&disposition=inline >. Pp. 1-5. Acesso em: 10 jan. 2017.

[65] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451605&disposition=inline >. Pp. 1-2. Acesso em: 10 jan. 2017.

processo, tendo em vista que o ato é realizado na presença de um Juiz de Direito, de um membro do Ministério Público e do responsável pela defesa do capturado. Por outro lado, reclama-se que eventual denúncia do preso de que tenha sofrido tortura ou maus tratos por parte dos policiais servirá como prova para o início das investigações, mas não há clareza se será possível processá-lo pelo crime de denunciação caluniosa caso se provem falsas as imputações deduzidas na audiência de custódia[66].

Convém destacar que o ofício do Ministério Público do Estado de São Paulo não objetivou rechaçar pura e simplesmente a audiência de custódia, mas sim adequá-la de uma maneira que a instituição julgava ser mais efetiva. Para tanto, sugeriu-se nova redação para o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Logo, no art. 306, CPP, seria incluído um parágrafo terceiro, no qual estaria determinada a necessidade de todo preso em flagrante ser submetido a exame de corpo de delito realizado por perito médico-legista ou, na ausência de tal profissional, por um médico nomeado pela autoridade policial, destacando que a avaliação deverá ser concluída, obrigatoriamente, antes de o que preso ser levado à unidade carcerária. A seguir, seriam acrescidos cinco parágrafos ao art. 310, CPP, estruturando-se uma espécie de audiência de custódia a ser realizada somente nos casos em que houvesse suspeitas fundadas de ocorrência de tortura ou maus tratos por parte das autoridades policiais durante o flagrante[67].

A Associação dos Juízes Federais do Brasil, por meio de ofício datado de 04 de dezembro de 2014, posicionou-se em desacordo com a aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Resumidamente, asseverou-se que o preso em flagrante já passa por exame de corpo de delito após sua captura, como forma de atestar suas condições físicas após o primeiro contato com a Polícia. Ademais, o juiz não teria conhecimento técnico-científico para avaliar eventuais lesões apresentadas pelo custodiado, havendo o risco de que machucados que não sejam aparentes acabem passando desapercebidos pelo magistrado. Por outro lado, a realização da audiência de custódia resulta em uma presunção de inidoneidade da força policial, uma vez que toda prisão precisaria passar pela chancela do Poder Judiciário, independentemente de ter havido reclamação de abusos no momento da captura. Em uma perspectiva pragmática, narrou-se que dificilmente os presos relatariam eventuais maus tratos sofridos, pois eles iriam regressar ao sistema carcerário posteriormente, estando novamente à mercê das autoridades penitenciárias. Por último, destacou-se que não há estrutura material e de pessoal para que haja

---

[66] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício do Ministério Público do Estado de São Paulo**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451641&disposition=inline >. Pp. 1-12. Acesso em: 10 jan. 2017.
[67] Idem. P. 1-12.

o deslocamento diário de todos os presos em flagrante do local do crime para a Delegacia de Polícia, desta para o Poder Judiciário e dali para uma penitenciária[68].

Outra instituição que se manifestou favoravelmente ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, por meio de ofício datado de 05 de fevereiro de 2015, foi a Associação Nacional dos Defensores Públicos (doravante denominada de ANADEP). Inicialmente, destacou-se que a audiência de custódia encontra amparo legal, no Brasil, desde a ratificação da CADH e do PIDCP, os quais apresentam hierarquia de normas supralegais, de acordo com o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703, bem como dos *Habeas Corpus* 87.585 e 92.566. Em um aspecto sociológico, entende-se que a rápida apresentação do preso à autoridade judicial é a maneira mais eficaz de resguardar os direitos fundamentais do capturado, reduzindo as chances de abusos sejam praticados pelas autoridades policiais. Posteriormente, invocando dados elaborados pelo CNJ, salienta-se que a audiência de custódia pode significar uma forma de reduzir o expressivo número de presos provisórios no Brasil, muitos dos quais respondem por crimes que não envolvem violência ou grave ameaça, tendo em vista que a média nacional de presos provisórios na população carcerária é de 45%, sendo que existem Estados em que a média sobe para 70%. Rebatendo as reclamações de que o procedimento geraria custos insuportáveis para o Poder Público, a ANADEP entende que nenhum valor possa ser comparado aos direitos fundamentais da pessoa humana e sugere que cada Estado encontre as soluções mais adequadas para a realização da audiência de custódia, propondo que se adote a mesma sistemática utilizada na cidade de Salvador-BA, na qual existe um mecanismo de controle das prisões preventivas e que consiste no deslocamento de juízes e promotores até o local em que os presos estejam detidos[69].

Contribuindo com as discussões, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (doravante denominado de IBCCRIM) manifestou-se por meio de ofício, no dia 11 de fevereiro de 2015. Inicialmente, destacou-se que o fato de o preso e o magistrado estarem frente a frente garante maior legitimidade à decisão sobre a conversão, ou não, do flagrante em prisão preventiva, evitando que tal manifestação deixe de ser um ato burocrático. Insurgindo-se contra os argumentos da incapacidade organizacional para a implementação da audiência de custódia, o

---

[68] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício da Associação dos Juízes Federais do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451650&disposition=inline >. Pp. 1-7. Acesso em: 10 jan. 2017.

[69] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Associação Nacional dos Defensores Públicos**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451659&disposition=inline >. Pp. 1-33. Acesso em: 11 jan. 2017.

IBCCRIM salientou que muitos países latino-americanos, cuja realidade econômica é mais restrita que a brasileira, já realizam o instituto, além de destacar que o Estado deve se adequar para efetivar os direitos fundamentais, ao invés destes sofrerem constrições em razão da incapacidade estatal de cumprir seus deveres legais. Discute-se, ainda, que a realização da audiência de custódia possibilitaria uma análise criteriosa acerca da necessidade da prisão preventiva, bem como sobre a possibilidade de se impor a liberdade provisória a um maior número de detidos, sendo que a redução de indivíduos encarcerados gerará economia ao Poder Público. Encerrando o ofício, rechaça-se o uso da videoconferência, em razão que tal medida reduz a eficácia da análise da situação do preso pelo juiz, além de intimar que os casos de tortura e maus tratos sejam denunciados, pois o capturado jamais teria deixado o sistema penitenciário, estando mais sujeito a intimidações[70].

Ainda em fevereiro de 2015, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público também se manifestou. Iniciando suas considerações, asseverou-se que o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 não deveria prever o prazo de vinte e quatro horas como forma absoluta, pois tal sistemática não é observada em alguns países, fora que o Brasil, em razão do seu vasto território, abriga realidades distintas, sendo que, como exemplo, em comarcas da Região Norte, há a dependência do uso de barcos e aviões para a locomoção de presos. Logo, um prazo tão curto quanto o estipulado somente gerará os relaxamentos do flagrante por falta da realização da audiência de custódia. Entretanto, preocupando-se com a integridade física do preso, sugere-se que haja exame de corpo de delito sempre que alguém foi preso, ocorrendo, posteriormente, a apresentação ao magistrado. Em segundo lugar, questiona-se a sistematicidade do CPP, pois, em meio a um procedimento inquisitivo, representado pela investigação da ocorrência de um crime, seria inserido um procedimento acusatório, que é a audiência de custódia, sendo recomendável a discussão de toda a etapa pré-processual, ao invés de tentar compatibilizar sistemas antagônicos. Em terceiro lugar, critica-se a proibição do uso da oitiva do custodiado no processo penal futuro, uma vez que o mesmo não se confunde com o interrogatório do réu, pois sequer existe processo e, por consequência, um réu, além de estarem presentes no ato a acusação e a defesa, os quais concretizam o princípio do contraditório. Por fim, aborda-se uma questão interessante. E se a autoridade policial, em desconformidade com o art. 69, parágrafo único, da lei 9099/1995, prender em flagrante em razão do cometimento de um crime de menor potencial ofensivo? Nesta hipótese, há a necessidade de a audiência de custódia ser realizada

---

[70] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451677&disposition=inline >. Pp. 1-18. Acesso em: 11 jan. 2017.

ou já é possível apresentar a proposta de transação penal, gerando celeridade no processo? Tal problemática não é abordada no Projeto de Lei do Senado nº 554/2011[71].

A penúltima manifestação institucional ficou a cargo da Rede Justiça Criminal, em ofício datado de 24 de fevereiro de 2015. Após defender a estrutura procedimental da audiência de custódia, considerando-a adequada com as determinações da CADH e do PIDCP, entende-se que sua implementação no processo penal brasileiro servirá como instrumento de redução do encarceramento em massa, sobretudo das camadas mais carentes da população, em razão da seletividade do Direito Penal, fato que gera quatro problemas: a) violação da presunção da inocência; b) morosidade judicial; c) violação dos tratados internacional ratificado; d) excesso de recursos visando a liberdade dos presos. Por fim, critica-se a possibilidade de o procedimento ser realizado mediante videoconferência, pois isso violaria o princípio da identidade física do juiz, além de reduzir a eficiência na apuração de tortura e maus tratos praticados pelas autoridades policiais[72].

Encerrando a extensa lista das instituições que contribuíram com debate durante a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal também se manifestou, por meio de ofício, no dia 05 de agosto de 2015. Em linhas gerais, afirma-se que o controle da legalidade da prisão em flagrante é realizado, inicialmente, pelo Delegado de Polícia, cabendo ao Juiz de Direito uma análise posterior. Por outro lado, o Delegado de Polícia funcionaria como a "outra autoridade" a que se refere o art. 7º, item 5, CADH, não havendo necessidade para se estruturar um novo procedimento. Por último, mostra-se preocupação com a sensação de insegurança que a população poderá sentir, caso o descumprimento dos prazos para a realização da audiência de custódia gerem a soltura dos detidos em flagrante[73].

Como se observa, a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 contou com ampla participação das mais diversas instituições que tratam do Direito Penal e Processual Penal no Brasil. A diversidade de opiniões acerca do instituto da audiência de custódia é própria

---

[71] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451668&disposition=inline >. Pp. 1-26. Acesso em: 11 jan. 2017.

[72] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Rede Justiça Criminal**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4451738&disposition=inline>. Pp. 1-13. Acesso em: 11 jan. 2017.

[73] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451623&disposition=inline >. Pp. 1-6. Acesso em: 11 jan. 2017.

de um país democrático, além de ser importante para que o maior número de nuances acerca do instituto seja analisado por parte do Poder Legislativo, como forma de que seja positivado um procedimento que proteja os direitos fundamentais dos indivíduos presos, mas que, ao mesmo tempo, sejam factíveis à realidade social e institucional no nosso país.

3.3.3 Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011

A Proposta de Emenda Constitucional[74] nº 112, de 2011 tinha por objetivo conferir hierarquia constitucional à obrigação da realização da audiência de custódia, por meio da modificação da redação do art. 5º, inciso LXII, da CF/1988. Ademais, além da hierarquia constitucional, tal procedimento passaria a integrar o rol dos direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna brasileira.

O autor da PEC nº 112, de 2011 foi o então Deputado Federal Domingos Dutra, sendo influenciado pelo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, divulgado de julho de 2008, bem como pelos dados do Projeto dos Mutirões Carcerários, organizados pelo CNJ, nos quais se constatou o excesso no uso da prisão preventiva, as péssimas condições de habitação e humanidade das penitenciárias nacionais, bem como na grande quantidade de presos liberados em razão de excesso de prazo. Assim, a apresentação do preso à autoridade judicial, amparada pelo status constitucional, funcionaria como um instrumento para modificar a realidade narrada[75].

Para facilitar a compreensão, convém compararmos a atual redação do art. 5º, inciso LXII, CF/1988 com a mudança sugerida pelo Deputado Federal Domingos Dutra:

Atual redação do art. 5º, inciso LXII, CF/1988	**Redação sugerida pela PEC nº 112, de 2011**
A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.	A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, devendo em até quarenta e oito horas ser

[74] Doravante designada de PEC.

[75] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PEC nº 112, de 22 de novembro de 2011. **Proposta**. Autor: Deputado Domingos Dutra. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8D920E5A74DFC80408D40ED3BA8536B.proposicoesWebExterno1?codteor=941676&filename=Tramitacao-PEC+112/2011>. Pp. 1-4. Acesso em: 19 janeiro 2017.

	conduzida à presença do juiz competente que decidirá sobre a sua legalidade

Como se verifica, a prisão de um indivíduo somente deve ser comunicada ao magistrado e à sua família ou pessoa por ele indicada. Já com a PEC nº 112, de 2011, tal comunicação se estenderá, também, ao membro do Ministério Público. Por outro lado, inclui-se o dever de apresentar, no prazo de quarenta e oito horas, o capturado até a presença física do Juiz competente.

Por razões que fogem da lógica do razoável, após apresentada a proposta, ela somente foi encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados no dia 01 de março de 2012. Agravando a situação, o parlamentar Paulo Teixeira, a quem cabia a relatoria acerca da admissibilidade da tramitação da PEC, somente apresentou suas razões em 14 de outubro de 2014. Considerando que inexistiam violações às determinações do art. 60, parágrafo quarto, da CF/1988, o relator manifestou-se pela possibilidade que a proposta do Deputado Federal Domingos Dutra iniciasse o processo legislativo[76].

Sucedeu, entretanto, que a legislatura em que a PEC nº 112, de 2011 foi apresentada encerrou-se no dia 31 de janeiro de 2015. Logo, de acordo com o art. 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, todos os projetos de lei que estiverem em tramitação serão arquivados ao término de uma legislatura, salvo se: a) apresentarem pareceres favoráveis de absolutamente todas as Comissões; b) já tenham sido aprovadas pelo plenário da Câmara dos Deputados; c) forem originários do Senado Federal ou nesta Casa tenham tramitado; d) sejam originados de iniciativa popular, de outro Poder ou do Procurador Geral da República[77].

A PEC nº 112, de 2011 não se enquadrava em nenhuma das exceções descritas, pois a admissibilidade de sua tramitação acabara de ser reconhecida, além do fato de ela ter sido proposta dentro da própria Câmara dos Deputados. Logo, ela foi arquivada no dia 31 de janeiro de 2015.

---

[76] Dados disponíveis no endereço eletrônico da tramitação da PEC nº 112, de 2011: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528162

[77] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 21 de setembro de 1989. **Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/7legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2020-2016.pdf>. Acesso em: 19 janeiro 2017.

3.3.4 Projeto de Lei nº 7.871, de 2014

Uma nova tentativa de se implementar a audiência de custódia no CPP decorreu do Projeto de Lei nº 7.871, de 2014 cujo autor foi o Deputado Federal Jorginho Mello. As razões da proposta parlamentar basearam-se na necessidade de se adequar a legislação processual penal pátria aos tratados internacionais outrora ratificados, tais como o PIDCP e a CADH. Demonstrando a urgência na regulação do tema, invocou-se que inúmeros países já positivaram a audiência de custódia, sendo que o Brasil ainda não o fez[78].

A proposta do Deputado Federal Jorginho Mello objetivava acrescentar um parágrafo único ao art. 301, CPP, no qual se inseriria o dever de o preso em flagrante, após a lavratura do APF, ser conduzido à presença do juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas. Ademais, caso o capturado não informasse o nome do seu advogado, ser-lhe-ia designado um Defensor Público[79].

Inicialmente, o Projeto de Lei nº 7.871, de 2014 foi distribuído à Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, no dia 01 de setembro de 2014, oportunidade em que foi aberto o prazo de cinco sessões ordinárias para que os interessados propusessem emendas. Tal prazo se encerrou no dia 11 de dezembro de 2014, sem a apresentação de emendas.

O encerramento da legislatura em que o Projeto de Lei nº 7.871, de 2014 foi apresentado ocorreu no dia 31 de janeiro de 2015. Assim, por não se adequar a nenhuma das hipóteses previstas no art. 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a proposta do Deputado Federal Jorginho Mello foi arquivada. Valendo-se da prerrogativa prevista no parágrafo único da referida norma, o parlamentar requereu o desarquivamento, objetivado que o processo legislativo retornasse a tramitar do ponto em que parara[80], sendo seu pedido atendido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados no dia 11 de fevereiro de 2015.

---

[78] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7841, de 06 de agosto de 2014. **Proposta**. Autor: Deputado Federal Jorginho Mello Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270488&filename=Tramitacao-PL+7871/2014>. Pp. 1-3 Acesso em: 21 janeiro 2017.

[79] Idem. Pp. 1-3.

[80] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7841, de 06 de agosto de 2014. **Requerimento de Desarquivamento**. Autor: Deputado Federal Jorginho Mello Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1298370&filename=Tramitacao-PL+7871/2014>. P. 1. Acesso em: 21 janeiro 2017.

Após um ano em que se deliberou o apensamento Projeto de Lei nº 7.871, de 2014 a outros que tratavam de matérias correlatas, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em decisão proferida no dia 09 de março de 2016, determinou que a proposta do Deputado Federal Jorginho Mello passasse a tramitar conjuntamente ao PL 8045, de 2010, cujo objetivo é instituir o Novo CPP.

3.3.5 Projeto de Lei nº 470, de 2015

A importância de debatermos o Projeto de Lei nº 470, de 2015 reside no fato de que seu objetivo é alterar, de forma mais aprofundada, o regramento da prisão em flagrante, modificando as atribuições do Delegado de Polícia e do magistrado responsável pela análise da constrição de liberdade.

Proposto pelo Deputado Federal Laerte Rodrigues de Bessa, no dia 25 de fevereiro de 2015, o Projeto de Lei nº 470, de 2015 objetiva alterar a redação dos arts. 304, 306, 310 e 322 do CPP[81].

Primeiramente, o art. 304, § 1º do CPP teria suas disposições reordenadas, de modo a alocar nas atribuições dos Delegados de Polícia a possibilidade de determinarem medidas cautelares diversas da prisão, bem como reconhecer causa excludente de ilicitude, hipóteses em que o indivíduo preso em flagrante não seria recolhido à prisão. Já o art. 304, § 4º, CPP passaria a trazer a assistência de um advogado ou defensor dativo já para o momento em que o APF esteja sendo realizado. Entretanto, a nomeação de defensor dativo, nas hipóteses em que capturado não apresentar um patrono, caberia ao Delegado de Polícia. Ainda no art. 304, CPP, ser-lhe-ia acrescido um parágrafo quinto, determinando que qualquer preso deverá ser submetido a exame de corpo de delito.

Em segundo lugar, ao art. 306, CPP seriam acrescidos dois parágrafos. O parágrafo terceiro determina que a comunicação do preso ao magistrado deverá ser acompanhada do laudo preliminar do exame de corpo de delito realizado. Já o parágrafo quarto estabelece que o preso não pode permanecer custodiado na delegacia ou unidade da polícia judiciária por prazo superior a setenta e duas horas, devendo ser transferido a um local mais apropriado à sua permanência, garantindo-se sua disposição ao magistrado competente.

---

[81] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 470, de 25 de fevereiro de 2015. **Apresentação**. Autor: Deputado Federal Laerte Rodrigues de Bessa. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C0B104124F9FCB05D20F2ED57C5AFFED.proposicoesWebExterno1?codteor=1303512&filename=Tramitacao-PL+470/2015>. P. 1-8. Acesso em: 21 janeiro 2017.

A audiência de custódia passaria a ser regulada pelo art. 310, CPP. Entretanto, de acordo com a redação sugerida para o parágrafo segundo do referido dispositivo, o instituto seria facultativo, dependendo da convicção do magistrado, além de restrito aos casos em que o preso em flagrante não foi liberado (conforme veremos abaixo) pelo Delegado de Polícia. Ademais, o parágrafo terceiro autoriza a realização da audiência de custódia mediante o uso da videoconferência.

Por fim, a principal mudança contida no Projeto de Lei nº 470, de 2015. Pela sistemática contida no art. 322, CPP, a autoridade policial somente é autorizada por lei a conceder apenas uma das medidas cautelares diversas da prisão, qual seja, a fiança, sendo tal possibilidade restrita aos casos de crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos.

Entretanto, o objetivo do Deputado Federal Laerte Rodrigues de Bessa foi o de conferir maior poder aos Delegados de Polícia, pois se concebeu que a análise da legalidade da prisão em flagrante não é submetida à cláusula da reserva de jurisdição, tanto que é possível a concessão da fiança pré-processual. Ademais, a apresentação do preso em flagrante à autoridade policial se adequa ao art. 7º, item 5, CADH, mais precisamente na parte em que se menciona a "outra autoridade"[82].

Assim, havendo a prisão em flagrante, pela nova redação do art. 322, CPP, o Delegado de Polícia poderia aplicar, isolada ou cumulativamente, quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão, prevista no art. 319, CPP, exceto a de suspensão de função pública ou de atividade econômica ou financeira, bem como a de internação compulsória de inimputáveis ou semi-imputável, desde que o capturado tenha praticado: a) crime culposo; b) crimes dolosos punidos com pena de detenção; c) crimes dolosos punidos com pena de reclusão não superior a quatro anos; d) quando não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva.

Logo, o Delegado de Polícia poderia ter contato com o capturado inicialmente e, controlando a legalidade do flagrante, relaxá-lo ou conceder a liberdade provisória cumulada, ou não, com medida cautelar diversa da prisão. Caso mantivesse a clausura, o caso passaria à alçada do Juiz de Direito competente, o qual poderia determinar a realização da audiência de custódia, bem como ratificar ou modificar a decisão inicial da autoridade policial.

---

[82] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 470, de 25 de fevereiro de 2015. **Apresentação**. Autor: Deputado Federal Laerte Rodrigues de Bessa. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C0B104124F9FCB05D20F2ED57C5AFFED.proposicoesWebExterno1?codteor=1303512&filename=Tramitacao-PL+470/2015>. Pp. 4 e 5. Acesso em: 21 janeiro 2017.

Em nossa opinião, o Projeto de Lei nº 470, de 2015 padece de dois problemas graves. Ainda que se possa encontrar argumentos jurídicos para que os Delegados de Polícia possam decretar outras medidas cautelares diversas da prisão, que não seja a fiança, a realização da audiência de custódia não pode ser uma faculdade do magistrado do caso, pois a CADH é expressa ao determinar a realização do ato para "toda pessoa detida ou retida". Por outro lado, tal projeto ainda determina a não realização da audiência de custódia nos casos em que o Delegado de Polícia concedeu a liberdade provisória cumulada, ou não, de medida cautelar diversa da prisão. Conforme analisaremos posteriormente, as funções da audiência de custódia não se encerram na análise do flagrante, mas, também, na averiguação do respeito aos direitos fundamentais do indivíduo cuja liberdade foi restringida. Assim, por exemplo, seria possível que um preso em flagrante tenha sido ameaçado por um Policial, tendo testemunhas do ocorrido. Chegando à delegacia, o Delegado de Polícia concede a ele liberdade provisória sem fiança. Como ficará o caso da ameaça? Percebe-se, portanto, que a proposta do Deputado Federal Laerte Rodrigues de Bessa desvirtua as disposições da CADH e do PIDCP.

Atualmente[83], a última movimentação do Projeto de Lei nº 470 de 2015 ocorreu no dia 11 de maio de 2017, oportunidade em que a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados determinou que outros projetos de lei fossem a ele apensados. Vale destacar que, por enquanto, inexistem pareceres de quaisquer comissões da referida Casa Legislativa. A atual legislatura se encerra no dia 31 de janeiro de 2019. Caso as discussões não sejam aceleradas, ou pelo menos iniciadas, corre-se o sério risco de tal projeto seja arquivado.

3.3.6 Proposta de Emenda Constitucional nº 89, de 2015

A PEC nº 89/2015 foi proposta pelo Deputado Federal Hugo Leal no dia 09 de julho de 2015, objetivando modificar de modo contundente a carreira dos Delegados de Polícia, além da forma como a investigação criminal ocorre no Brasil.

Logo de início, a redação do artigo 129, inciso VIII, da CF/1988 seria alterada[84], resultando em uma limitação de poder do Ministério Público. Atualmente, a instituição realiza investigações criminais por conta própria, à revelia da Polícia Judiciária, com base na teoria dis poderes implícitos, tendo em vista que o inciso III do referido dispositivo confere à instituição

---

[83] Informação conferida, pela última vez, no dia 24 de maio de 2017.

[84] Texto da PEC 89/2015, no que tange ao art. 129, VIII, CF/1988: Art. 1º Os arts. 129 e 144 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações: "Art.129.....VIII – requisitar diligências de natureza criminal aos órgãos policiais competentes e realizá-las diretamente, nas hipóteses previstas em lei complementar, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações, sob controle do Poder Judiciário.

os poderes investigatórios no inquérito civil. Entretanto, a PEC nº 89/2015 objetiva sujeitar tal atribuição, condicionando-a às hipóteses elencadas em uma lei complementar que ainda precisaria ser criada. Tal fato gera, ainda, um problema: O que acontecerá enquanto a referida lei complementar não for criada[85]?

A principal mudança, contudo, ocorreria com os acréscimos do artigo 98-A na CF/1988 e dos artigos 101 e 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aprovadas as propostas como estão, seriam criados "Juizados de instrução e garantias", órgãos estes vinculados ao Poder Judiciário, cuja competência seria a de realizar um controle de legalidade acerca dos procedimentos investigatórios criminais.

Tais juizados seriam coordenados por membros advindos da carreira de Delegados de Polícia, cujos membros, promulgada a PEC nº 89/2015, deveriam optar pelo cargo jurídico ou pelo cargo policial da sua carreira.

Em meio a tantas mudanças, a audiência de custódia passaria a estar regulada no artigo 98-A, § 3º, CF/1988, sendo restrita aos presos em flagrantes, os quais deveriam ser apresentados, sem demora, ao juiz de instrução e garantias para a realização do ato, sendo assegurada a participação da acusação e defesa. O objetivo da audiência de custódia seria a avaliar a legalidade da prisão e a necessidade, ou não, de imposição de medidas cautelares. Nota-se que não há prazo fixado para a apresentação e não há uma preocupação legal com as hipóteses de maus tratos sofridos pelo capturado durante ou após a prisão em flagrante. Logo, a PEC 89/2015 já foi estruturada em desconformidade com as regras previstas na CADH e no PIDCP, além da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, conforme veremos posteriormente.

As justificativas para a proposta decorrem da semelhança entre a função do Delegado de Polícia na fase pré-processual de uma investigação criminal com as funções judiciais ao longo do processo, conforme sintetiza Francisco Sannini Neto:

> mister destacar as semelhanças existentes entre as fases que compõem a persecução penal, senão vejamos: a-) o processo é instruído pelo Juiz e a investigação é instruída pelo Delegado de Polícia; b-) o Juiz deve ser imparcial, sem interesse na causa discutida, assim como o Delegado de Polícia; c-) em observância ao sistema acusatório, o Juiz deve se manter equidistante das partes, assim como o Delegado de Polícia no inquérito policial, não sendo, esta autoridade, parte em eventual processo posterior, tendo o dever de promover a investigação com a observância das regras legais e proporcionando a "paridade de armas" entre os envolvidos, tal qual o Juiz durante o processo; d-) o Juiz deve conduzir a instrução processual de modo a chegar o mais próximo possível da verdade real dos fatos, sendo que o Delegado de Polícia

[85] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PEC nº 85, de 09 de julho de 2015. **Proposta**. Autor: Deputado Hugo Leal. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359846&filename=Tramitacao-PEC+89/2015>. P.p 1-14. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

> deve agir da mesma forma, buscando a produção de provas e informações que esclareçam os fatos e promovam a justiça, sem se preocupar se os elementos coligidos irão prejudicar o investigado ou beneficiá-lo[86].

Sucedeu, entretanto, que, após tramitar por cerca de um ano, oportunidade em que somente se discutiu burocracia, a PEC 89 de 2015 foi apensada à PEC 430/2009, uma vez que se entendeu que ambas tratavam de objetos semelhantes. Atualmente, a PEC 430/2009 acabou de ser analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, retornando à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados para que dê prosseguimento ao processo legislativo[87].

3.4 Intervenção do Poder Judiciário Brasileiro

3.4.1 Ações Judiciais

Demonstrada a inércia do Poder Legislativo em conferir efetividade à audiência de custódia, direito assegurando em dois tratados internacionais que o Brasil ratificou, coube ao Poder Judiciário desempenhar um papel decisivo na estruturação procedimental que o instituto apresenta na atualidade.

O primeiro exemplo de busca da implementação da audiência de custódia ocorreu com o Ofício Circular nº 033/03 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datado de 02 de abril de 2003, no qual o Desembargador Marcelo Bandeira Pereira lembrava aos seus colegas magistrados da vigência e conteúdo do disposto no art. 7º, item 5, da CADH[88]. Contudo, tal ofício não surtiu os efeitos almejamos, uma vez que os magistrados rio-grandenses, como regra, não passaram a determinar a realização da audiência de custódia. Ainda que o Juízes do Serviço Judicial Permanente do Plantão, instalado em Porto Alegre, houvessem determinado a apresentação dos presos em flagrante, tal medida foi revogada posteriormente, em razão da reclamação dos órgãos policiais acerca das dificuldades materiais e humanas consequentes dos inúmeros deslocamentos realizados do local da captura até o Fórum[89].

---

[86] CONCEIÇÃO, Frabrício de Santis. **Fiança: atribuição do delegado de polícia sob o prisma da 'função judicial'**. Disponível em: http://www.delegados.com.br/pecas-juridicas/fianca-atribuicao-do-delegado-de-policia-sob-o-prisma-da-funcao-judicial. Acesso em 26 de janeiro de 2017.

[87] Informação conferida, pela última vez, no dia 26 de janeiro de 2017.

[88] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ofício Circular nº 033/03 da Corregedoria Geral de Justiça.** Porto Alegre, RS, Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/bim/doc/Bim_310_abril_2003.pdf>. P. 11. Acesso em: 31 de janeiro de 2017.

[89] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 22.

Anos depois, a Defensoria Pública da União (doravante designada de DPU), mais precisamente a unidade de Fortaleza, voltou a discutir o tema por meio do *habeas corpus* de número 0014512-10.2010.4.05.8100. No caso concreto, um indivíduo fora preso em fragrante por trazer consigo o total de cinquenta reais em notas falsas. Posteriormente, o magistrado competente homologou a captura, bem como decretou a prisão preventiva do indiciado. Em razão de a decretação ter prescindido a realização da audiência de custódia, a DPU impetrou o *habeas corpus* em razão da violação do disposto no art. 7º, item 5, da CADH. A parte mais interessante do acórdão proferido pela 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi o cuidado que o Relator Desembargador Messod Azulay Neto conferiu ao caso, pois, além de conceder o *habeas corpus* para que a audiência fosse realizada, determinou que tal ato deveria seguir o procedimento previsto no PLS nº 554/2011, o qual ainda tramitava no Senado Federal[90].

A última demanda judicial tentando implementar a audiência de custódia foi a ação civil pública nº 8837-91.2014.4.01.3200, proposta pela DPU da Seção Judiciária do Amazonas. Os defensores públicos subscritores alegaram que o Brasil passa, atualmente, por uma "era de encarceramentos em massa", além de que o processo penal não está atualizado de acordo com os preceitos constantes na CADH e no PIDCP. Assim, o mencionado instituto serviria como forma de garantir o controle judicial da prisão em flagrante, bem como reduziria o número elevado de presos provisórios existentes nas penitenciárias. Nos pedidos, requereram que a União fosse responsabilizada pela implementação da audiência de custódia, garantindo sua realização no prazo máximo de vinte e quatro horas contadas da prisão em flagrante, além de que a ação civil pública tivesse abrangência nacional[91]. Na sentença proferida em fevereiro de 2015, o Juiz Federal Ricardo A. de Sales extinguiu a petição inicial sem julgamento de mérito, pois entendeu que a DPU somente tem legitimidade ativa para a propositura de ações civis públicas quando os beneficiados apresentam hipossuficiência, conjugando os arts. 5º, inciso

---

[90] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **HC nº 201450010003521**. 2ª Turma Especializada. Rel. Des. Messod Azulay Neto. J. em 20/05/2014.

[91] BRASIL. Defensoria Pública da União. Sessão Judiciária do Amazonas. **Ação civil pública nº 8837-91.2014.4.01.3200**. Disponível em: < https://pt.scribd.com/doc/228594540/ACP-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2017.

LXXIV[92] e 134[93], *caput*, da CF/1988 com o artigo 5º, inciso II[94], da lei 7347 de 1985, sendo que, no caso concreto, não se comprovou que os reais beneficiários da ação civil pública eram hipossuficientes[95]. A DPU apelou da sentença e o processo está parado junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região desde o dia 16 de outubro de 2015[96].

3.4.2 Provimento nº 24/2014 do Tribunal de Justiça do Maranhão

Como foi exposto acima, a primeira audiência de custódia a ser realizada no Brasil não decorreria de uma norma elaborada pelo Poder Legislativo. Assim, coube ao Poder Judiciário, por meio de atos administrativos, determinar a realização do instituto, bem como regulamentar o seu procedimento.

A primeira corte a efetivar a audiência de custódia foi o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Entretanto, tal pioneirismo não decorreu de um ato preventivo por parte do Poder Judiciário local, mas sim em razão da realidade caótica que o sistema penitenciário maranhense enfrentava, a qual é didaticamente descrita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

> 1. entre dezembro de 2013 e maio de 2014, 15 internos morreram devido a motins e confrontos, três dos quais foram decapitados; 2. entre junho e julho de 2014, quatro detidos foram assassinados, tendo o corpo de um deles apresentado perfurações, de modo que se presume que foi assassinado com arma de fogo, e outros dois internos teriam cometido suicídio; 3. a suposta tomada de 32 pessoas como reféns por 19 horas, em 25 de maio de 2014; 4. alegadas agressões e tortura contra presos por parte de funcionários encarregados da segurança no centro penitenciário. Os "monitores", que são os funcionários privados contratados para executar os serviços de vigilância, seriam responsáveis por atos de tortura contra os presos e não receberiam qualquer tipo de capacitação para o tratamento de pessoas privadas de liberdade. Existiriam, também, casos de espancamento de detentos durante revistas. Ademais, os agentes penitenciários utilizariam indiscriminadamente balas de borracha e bombas de gás lacrimogêneo contra os detentos, e, para evitar identificação, usam máscaras ou capuzes. Em alguns casos, supostamente, chegaram a usar projéteis de armas de fogo com impacto letal; 5. o complexo penitenciário teria sido "militarizado" através da entrada da Força Nacional de Segurança Pública. Tal fato não teria impedido a ocorrência dos diversos fatos de violência descritos, mas, ao contrário, supostamente gerou a ocorrência de maus-tratos contra os presos. Supostamente a presença de

---

[92] Art. 5º, inciso LXXIV, da CF/1988: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos

[93] Art. 143, *caput*, da CF/1988: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal

[94] Art. 5º, inciso II, da lei 7347, de 1985: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar (...) II - a Defensoria Pública.

[95] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 84.

[96] Informações consultadas pela úlitma vez no dia 27 de maio de 2017 junto ao site https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00088379120144013200&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar.

> militares no centro penitenciário tornou-se uma política contínua; 6. os solicitantes das medidas cautelares teriam sido proibidos de entrar no complexo penitenciário; 7. a suposta posse de armas de fogo por parte das pessoas privadas de liberdade, além de os administradores do complexo penitenciário terem colocado grupos rivais em locais muito próximos, o que cria um clima de tensão com potencial de novas ocorrências de violência; 8. situações de falta de atendimento médico, inclusive para presos feridos por disparos de arma de fogo, portadores de tuberculose, HIV/AIDS e lepra. Ainda, haveria escassez de alimentos, falta de acesso a água potável e a material de higiene, além da existência de medicamentos vencidos e armazenados em um local inadequado; 9. a alegada situação de superlotação carcerária, com: i) 600 pessoas privadas de liberdade no Centro de Detenção Provisória, que tem 392 vagas; ii) 300 presos na Central de Custódia dos Presos de Justiça, que tem 160 vagas; e iii) 1.350 presos na Penitenciária de São Luís II, centro penitenciário com capacidade para 108 pessoas; e 10. os fatos mencionados não teriam sido investigados[97].

Convém destacar que a situação dos presídios do Estado foi denunciada,já no ano de 2013, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e pela Ordem dos Advogados do Brasil de Maranhão, uma vez que ambas as instituições objetivavam uma melhoria das condições de vida, saúde e alojamento dos encarcerados, bem como evitar que novas mortes ocorressem.

Procurando reduzir a quantidade de presos preventivos nas penitenciárias, fator que agrava o problema descrito acima, a Corregedoria Geral de Justiça do Maranhão editou o Provimento nº 14 de 2014, cujo conteúdo determinava e regulamentava a audiência de custódia, ainda que restrita à Comarca de São Luís[98].

De acordo com a referida norma, caberia ao juiz plantonista determinar a realização da audiência de custódia nos casos em que vislumbrar a necessidade de converter a prisão preventiva em prisão em flagrante ou remeter o APF para a Central de Inquéritos para que ocorra o referido ato[99]. Como se observa, pela regulamentação prevista no Provimento nº 14 de 2014, a audiência de custódia era restrita aos casos de prisões em flagrante convertidas em prisões preventivas, desde que a decisão fosse prolatada durante os plantões judiciais. Ainda que restrita, foi a primeira regulamentação acerca do instituto em âmbito institucional.

Sucedeu, entretanto, que os problemas nos presídios maranhenses, sobretudo na Unidade Prisional de Ressocialização do Complexo de Pedrinhas, palco de rebeliões, estupros, decapitações e outras barbáries motivadas pela superlotação e por disputas entre facções

---

[97] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Medidas provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, de 14 de novembro de 2014.** Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/decisao-corte-interamericana-direitos.pdf>. Pp. 2-3. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

[98] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 68.

[99] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Provimento nº 14/ 2014: **Altera o teor do PROVIMENTO- 12014 que dispôs sobre a verificação das regularidades das prisões ocorridas durante o plantão forense e dá outras providências**. Disponível em http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1581/publicacao/407410> Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

criminosas rivais, aliados à demora de o Estado mitiga-los ou resolvê-los[100] gerou a imposição de medidas provisórias tomadas por parte da CIDH, a qual determinou que o Estado do Maranhão: a) adotasse todas as medidas necessárias para a proteção da vida e integridade física de todos os presos do Complexo de Pedrinhas; b) comunicasse os representantes dos encarcerados acerca das melhorias implementadas; c) enviasse, trimestralmente, relatório das medidas tomadas[101].

Procurando auxiliar na restruturação do sistema penitenciário local, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão editou, no dia 05 de dezembro de 2014, o Provimento nº 24, esmiuçando o procedimento da audiência de custódia, a qual ainda permanecia restrita à Comarca de São Luís. Inicialmente, pela leitura do art. 1º, *caput*, combinado com o seu § 1º, o instituto passou a beneficiar todos os presos em flagrante, mesmo que a constrição da liberdade tenha ocorrido durante o plantão judiciário. Ademais, nos incisos I e II do art. 1º, prevê-se que as finalidades da audiência de custódia são avaliar a necessidade da decretação da prisão preventiva ou se há possibilidade de apenas se impor medidas cautelares diversas da prisão, além de avaliar a ocorrência de tortura ao capturado. Já o art. 2º, *caput*, estipula o prazo de quarenta e oito horas para a realização da audiência de custódia, ao passo que seu § 2º autoriza a utilização de sistema de videoconferência nos casos em que existirem indícios de que o preso possa colocar em risco as pessoas envolvidas em qualquer das etapas do procedimento[102].

Acerca da efetividade da audiência de custódia no Estado do Maranhão, tem-se o balanço elaborado pela Corregedoria da Justiça ao longo do primeiro semestre de implementação do instituto. Os dados brutos divulgados mostram que, em quase trezentas prisões em flagrantes realizadas, houve a conversão em prisão preventiva em cerca de 40% dos

---

[100] Vale ressaltar que o Estado do Maranhão realizou inúmeras ações no sentido de reduzir os problemas enfrentados no sistema penitenciário. Inicialmente, em 2013, a Força Nacional de Segurança Pública auxiliou nos esforços realizados nas cadeiras, como forma de assegurar a integridade física dos envolvidos, bem como a manutenção da ordem pública. Também foi criado um Plano de Ação para a Pacificação das Prisões de São Luís, estruturado em um eixo de direitos humanos (saúde e atendimento legal) e um eixo de segurança (prevenção a possíveis focos de rebeliões e violência entre os detentos). Em relação ao número de vagas, dois novos presídios foram inaugurados, totalizando seiscentas e cinquenta e seis novas vagas no sistema. Houve a assinatura de um termo de compromisso com o CNJ, objetivando a construção de novas unidades prisionais, bem como o monitoramento e tratamento de doenças crônicas comuns na população carcerária (e.g. HIV, tuberculose, hipertensão, hepatites). (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Medidas provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, de 14 de novembro de 2014.** Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/decisao-corte-interamericana-direitos.pdf>. Pp. 5-6. Acesso em 05 de fevereiro de 2017). Estas foram apenas algumas das medidas tomadas pelo governo maranhense. Entretanto, diante da gravidade das violações aos direitos humanos ocorridos no sistema penitenciário, a imposição de medidas cautelares se mostrou necessária.

[101] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Medidas provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, de 14 de novembro de 2014.** Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/decisao-corte-interamericana-direitos.pdf>. P. 10. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

[102] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Pp. 69-70.

casos. Por outro lado, em 33% dos casos, houve a concessão da liberdade provisória, cumulada, ou não, com medida cautelar diversa do cárcere. Entretanto, é importante a comparação que a Corregedoria da Justiça entre a situação antes e depois do advento do Provimento nº 24, de 2014. Quando as prisões em flagrante eram analisadas apenas documentalmente, conforme dispõe o CPP, o índice de concessão da liberdade provisória era cerca de 10%. Entretanto, após a implementação da audiência de custódia, tal índice subiu para 40%, provocando uma redução dos indivíduos encerados provisoriamente[103].

3.4.3 Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo e ADI nº 5240/2015: Uma análise de sua (in)constitucionalidade

Após a implementação da audiência de custódia no Maranhão, o instituto ganhou força no Estado de São Paulo, por meio de um projeto piloto organizado pelo CNJ, pelo Ministério da Justiça e pelo Tribunal de Justiça local. A participação de tantas instituições de forte poderio político teve por finalidade esclarecer que o instituto precisava ser estruturado no Brasil todo, não sendo mais possível que ordenamento jurídico pátrio desconsiderasse disposições expressas da CADH e do PIDCP[104].

O projeto piloto recebeu o nome de Provimento Conjunto nº 03/2015, sendo assinado em janeiro de 2015. Composto por dez artigos, a norma objetiva organizar o procedimento da realização da audiência de custódia no Estado de São Paulo, além de servir de modelo para os demais entes federados.

Em linhas gerais, o art. 2º determina que o instituto será implementado inicialmente na capital, estendendo-se para as comarcas do interior de acordo com o cronograma estabelecido pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[105]. Já o art. 3º, *caput*, impõe o dever

---

[103] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Corregedoria da Justiça apresenta balanço das audiências de custódia**. Reportagem do dia 24 de abril de 2015. Disponível em < http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/publicacao/408827>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

[104] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 96.

[105] O cronograma de interiorização da audiência de custódia foi publicado por meio da Resolução nº 740/2016 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De acordo com suas disposições, a implementação do instituto se encontra, no dia 02 de junho de 2017, na penúltima etapa, na qual os trabalhos passaram a ser realizados nas comarcas de Botucatu, Avaré, Ourinhos, Assis, Presidente Venceslau, Dracena, Tupã, Marília, Jaú, Lins, Andradina e Franca. A última etapa da implementação será iniciada em agosto de 2017, abrangendo as comarcas de Batatais, Ituverava, Jaboticabal, Casa Branca, Itapeva, São João da Boa Vista, Caraguatatuba, Americana, Amparo, Jales e Itanhaém (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Resolução nº 740/2016**. Disponível em < http://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao740-2016.pdf>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017).

de apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial no prazo máximo de vinte e quatro horas, contadas do momento da captura. O art. 5º garante o contato prévio à realização do ato entre o preso e seu defensor. Já o art. 6º limita a cognição a ser utilizada durante a audiência de custódia, pois somente será possível arguir ao preso as circunstâncias de sua captura, bem como dados sobre sua vida, não possível discutir o mérito dos seus atos. Objetivando a apuração de eventuais maus tratos sofridos pelo encarcerado, o art. 7º autoriza que o juiz requisite a realização de exame clínico. Por fim, o art. 6º, §§ 4º e 5º estabelecem que todo o procedimento será gravado e uma cópia instruirá o APF[106].

Contudo, se houve forte resistência instituição quanto à possível implementação da audiência de custódia por meio do PLS nº 554/2011, conforme explicitado anteriormente, medidas concretas foram efetivadas na tentativa de extinguir os efeitos jurídicos do Provimento Conjunto nº 03/2015.

A Associação dos Delegados da Polícia do Brasil, inconformada com a normativa do Tribunal de Justiça paulista, ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade (doravante denominada de ADI) nº 5240, alegando que o Provimento Conjunto nº 03/2015 violaria a CF/1988, sustentando esta tese com base em três argumentos: a) O regramento da audiência de custódia editado tem natureza jurídica de norma de direito processual penal, cujo tema, por previsão expressa do art. 5º, inciso II e do art. 22, inciso I, ambos da CF/1988, são de competência legislativa da União, não podendo ser regrado por resoluções administrativas do Poder Judiciário; b) A CADH apresenta status supralegal[107], somente podendo ser regulamentada por meio de lei; c) Violação da separação dos poderes, pois a norma elaborada pelo Poder Judiciário interfere nas atribuições da Polícia, a qual é constitucionalmente subordinada ao Poder Executivo[108].

Em relação ao argumento de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inovou no ordenamento jurídico, em frontal violação dos art. 5º, inciso II e do art. 22, inciso I, ambos da CF/1988, o STF entendeu que o art. 2º da CADH[109] autoriza que os direitos nela previstos sejam implementados por meio de leis ou por medidas administrativas, quando necessário. Como visto acima, o Poder Legislativo brasileiro tem demorado a positivar, por meio de lei, o

---

[106] MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento no Brasil.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016. Pp. 118 e 119.
[107] Tema que será abordado posteriormente
[108] MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento no Brasil.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016. P. 123.
[109] Art. 2º, CADH: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

instituto. Assim, o Poder Judiciário paulista somente deu cumprimento a um direito previsto na CADH sendo por ela própria autorizado a fazê-lo[110]. Em relação ao tema, Luiz Flavio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli entendem que:

> Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas 'de outra natureza'. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.) Os Estados têm o dever de tomar *todas as medidas necessária* a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido[111].

Já o argumento de que o status supralegal da CADH forçaria uma regulamentação de suas disposições por meio de lei foi rechaçada pelo STF, uma vez que se entendeu que tal natureza jurídica somente tem o efeito de suspender a eficácia de toda legislação contrária ao tratado internacional, cujas disposições podem ser implementadas por qualquer ato normativo, não havendo necessidade, sequer, de futuras alterações no CPP[112].

Por fim, o último argumento acerca da separação dos poderes acabou por ser desconsiderado pelo STF, tendo em vista que não foi o Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que impôs novas atribuições à Polícia e, por extensão, aos demais participantes da audiência de custódia (membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e advogados), mas sim a própria CADH, ao exigir, em seu art. 7º, item 5, ao prever a realização de tal procedimento. Assim, a atacada regulamentação teve por finalidade apenas estabelecer as diretrizes organizacionais acerca da forma como as novas atribuições dos atores do processo penal seriam desenvolvidas.

3.4.4 ADPF 347/2015: O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional

O estado de coisas inconstitucional (doravante denominado de ECI) configura a última etapa de um processo que os tribunais constitucionais passaram, a partir da década de 1980, sobretudo nos países que passaram por um período de instabilidade política, marcado pela

---

110 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 98.

111 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 33

112 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 98-99.

transição de um modelo autoritário para um modelo democrático ou pretensamente democrático[113].

Tal teoria jurídica foi originada no direito colombiano, sendo caracterizada pelo reconhecimento, por parte da corte constitucional de um determinado país, de que um ou mais setores da sociedade são caracterizados por uma recorrente série de violações aos direitos fundamentais dos indivíduos, além da existência de uma espécie de inércia estatal em procurar sanar o problema. Nestas hipóteses, caberá ao Poder Judiciário a propositura de medidas objetivando restaurar a legalidade na situação, bem como conferir dignidade a todos os afetados. Para garantir o sucesso na empreitada, ressalta-se que haverá monitoramento das ações tomadas[114].

Muitos acabam por confundir o ECI com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Nesta última, o objetivo do autor da ação é fazer com que o Poder Judiciário reconheça a demora do Poder Legislativo em promulgar uma lei necessária para uma determinada finalidade, sem apresentar, entretanto, efeitos concretos no cotidiano daqueles que dependem da referida norma. Por outro lado, o ECI exige uma ação concreta por parte do Poder Judiciário, o qual deverá impor aos demais Poderes uma atuação positiva capaz de resolver um determinado problema existente na sociedade e que acarrete a violação massiva de direitos fundamentais dos indivíduos[115].

De acordo com a própria Corte Constitucional Colombiana, são requisitos do ECI: a) Violação massiva dos direitos fundamentais de um grande número de pessoas; b) Omissão estatal prolongada em garantir os direitos fundamentais aviltados; c) Inexistência de legislação ou medidas administrativas visando a resolução do problema; d) A complexidade social do problema exige a participação do Poder Público como um todo na busca de sua solução; e) O ajuizamento de ações individuais procurando guarida judicial do problema acabaria por gerar um maior acúmulo de processos, podendo piorar a situação fática[116].

---

[113] VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENCIA T-025 E A ADPF 347/DF-MC**. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta. **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223.

[114] GOURSAND, Renata Avelino. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a dignidade da pessoa privada de liberdade**. 2016. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. P. 28.

[115] RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito Comparado e Transjusfundamentalidade - O Estado de Coisas Inconstitucional. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional,** Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p.429-448. P. 441.

[116] COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <http:// www. corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 03 de março de 2017.

Apesar do forte apelo que o ECI goza por parte da doutrina, ele não escapa das críticas. De acordo com Francisco Rodrigues:

> Os fundamentos das críticas são conhecidos e se aproximam, sensivelmente, da contrariedade ao ativismo judicial. Subjetivismo e arbítrio judicial (decido de acordo com minha consciência), ilegitimidade democrática (os juízes não são eleitos pelo voto popular) e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes (não há controle institucionalizado das decisões do STF), violação à separação de poderes (os poderes são independentes. Embora harmônicos) e o eclipse da fronteira entre Direito e Política (judicialização da política e politização do direito)[117].

Por outro lado, o constitucionalista Lênio Streck afirma que o ECI nada mais é do que uma nova forma de ativismo judicial "vitaminado" (sic), uma vez que os recentes conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo possibilitam um protagonismo político por parte do STF. Ademais, uma análise crítica do Brasil geraria a conclusão de que o país como todo é inconstitucional, tendo em vista que não se vive em uma "sociedade justa e solidária", em desacordo com o art. 3º, da CF/1988, além de que o salário mínimo confere a quantia mínima que um cidadão precisa para não estar na miséria. Logo, com tantas inconstitucionalidades existentes no Brasil, a quem caberia decidir quais são prioritárias[118]?

Apesar das críticas, o instituto tornou-se relevante no ordenamento jurídico brasileiro em razão do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante denominada de ADPF) 347, no ano de 2015, pelo PSOL, na qual se objetivava o reconhecimento de um ECI no sistema prisional brasileiro. Em síntese, requereu-se: a) Aplicação imediata do instituto da audiência de custódia; b) Motivação idônea para o indeferimento da concessão de medidas cautelares não prisionais; c) Realização de mais mutirões carcerários; d) Descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional; e) Criação de um plano de metas objetivas visando reduzir a superlotação dos presídios, bem como melhorar as instalações penitenciárias e vida no cárcere[119].

O julgamento das tutelas de urgência do caso ocorreu entre os meses de agosto e setembro de 2015. Ainda que o STF tenha declarado o ECI do sistema prisional brasileiro, de todos os pedidos acima referidos, apenas dois foram concedidos liminarmente, quais sejam: a)

---

[117] RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito Comparado e Transjusfundamentalidade - O Estado de Coisas Inconstitucional. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional,** Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p.429-448. P. 441.P. 443.

[118] STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**. Pp. 1-2.

[119] GOURSAND, Renata Avelino. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a dignidade da pessoa privada de liberdade**. 2016. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Pp. 30-31.

Descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional; b) A determinação de que a audiência de custódia seja implementada no prazo máximo de noventa dias[120].

Como se observa, em que pese a notoriedade do caos existente no sistema prisional brasileiro, a audiência de custódia foi o mecanismo escolhido pelo STF, ao menos no atual estágio do julgamento do ECI, para melhorar as condições existentes nos cárceres.

3.4.5 Resolução 213/2015 do CNJ

Ainda no ano de 2015, após o STF declarar a constitucionalidade dos instrumentos administrativos editados pelo Tribunais brasileiros e que implementavam a audiência de custódia, o CNJ editou a resolução 213, com o objetivo também regulamentar o instituto, como forma de uniformizar os procedimentos.

A uniformização mostrou-se necessária em razão da variedade com que a audiência de custódia foi regulamentada no Brasil. A tabela a seguir, elaborada por Fernanda Teixeira de Medeiros ilustra bem o alegado[121]:

UF	Prazo para a apresentação do preso	Prevê gravação da audiência	Destino da mídia da Audiência	Limita perguntas	Impede utilização das gravações
RS	Até 48h	Sim	Instruir APF	Não	Não
SC	24h	Sim	Disponível no site do TJSC	Sim	Não
PR	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
SP	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
RJ	Sem demora	Sim	Lacrado	Sim	Sim
MG	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
ES	Maior brevidade	Sim	Instruir APF	Sim	Não

[120] VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENCIA T-025 E A ADPF 347/DF-MC**. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta. **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223.

[121] MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso.** 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>. Acesso em: 01 dez. 2016. P. 16.

MS	24h	Não	-	Sim	Não
MT	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
GO	Sem demora	Não	-	Não	Não
DF	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
BA	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
SE	Não prevê prazo	Sim	Instruir APF	Sim	Não
AL	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
PE	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
PB	24h	Sim	Instruir APF	Não	Não
RN	24h	Não	-	Sim	Não
CE	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Sim
PI	24h	Não	-	Sim	Não
MA	48h	Sim	Instruir APF	Não	Não
TO	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
PA	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Sim
AP	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
RR	24h+24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
AM	24h	Sim	-	Sim	Não
RO	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
AC	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não

Em que pese as resoluções administrativas dos tribunais de justiça foram importantes para implementar a audiência de custódia no Brasil na ausência de lei federal específica sobre o tema, é forçosa a conclusão que tal variedade procedimental não poderia existir, pois ela traz complexidade para que o STJ e o STF possam analisar eventuais ilegalidades ocorridas, pois cada unidade federativa apresenta regramento próprio.

Em razão deste fato, o CNJ, durante sua 223ª Sessão Ordinária, aprovou a Resolução 213 de 2015, com o objetivo de uniformizar as rotinas procedimentais da apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial competente[122].

O art. 15, *caput*, da Resolução 213/2015 estabelece que os tribunais terão o prazo de 90 (noventa) dias para implementar o procedimento direcionado à realização da audiência de

[122] MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento no Brasil.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016. P. 138.

custódia conforme regulado pelo CNJ, contados a partir do dia 1º de fevereiro de 2016. Assim, encerrado tal período, eventuais conflitos entre os regramentos estaduais e o determinado pelo CNJ serão resolvidos no plano da eficácia, sendo suspensas as disposições que contrariarem o estabelecido pelo CNJ[123]. Entretanto, como curiosidade, o STF, no julgamento da ADPF 347, já havia determinado a implementação do instituto no prazo de 90 (noventa) dias, só que contados de 09 de setembro de 2015. Como se observa, a decisão da Corte Constitucional não vinculou o CNJ, posto que a Resolução 213/2015 acabou por prever prazo diverso[124].

Por fim, resta destacar que os aspectos procedimentais da referida resolução somente serão analisados no capítulo 5, o qual trata especificamente sobre este tema.

3.4.6 Audiência de Custódia em Números

3.4.6.1 Números Absolutos Disponibilizados pelo CNJ acerca da realização da audiência de custódia no Brasil

O CNJ é uma das instituições nacionais que ais se esforça para a implementação da audiência de custódia no maior número de comarcas, utilizando-se o menor espaço de tempo possível.

Como forma de fiscalizar a forma pela qual o instituto vem sendo executado pelos Tribunais pátrios, o art. 7º, da resolução 213 de 2015, do CNJ, criou o Sistema de Audiência de Custódia (doravante denominado de SISTAC), o qual é fornecido gratuitamente e possibilita um melhor gerenciamento estatístico das informações produzidas durante a realização do ato.

No site do CNJ, existe um mapa do Brasil que, ao se clicar em um dos Estados da Federação, surge um quadro com as informações acerca do total de audiências de custódia realizadas, as taxas de conversão da prisão em flagrante em preventiva e da concessão de liberdade provisória, além de apurar a frequência de relatos de violência policial. Tais informações presentes no mapa foram compiladas e geraram a tabela abaixo:

---

[123] MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso.** 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>. Acesso em: 01 dez. 2016. P. 19.

[124] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 178.

Estado[125]	Total de Audiências de Custódia Realizadas	Conversão do flagrante em prisão preventiva	Concessão de liberdade provisória	Alegação de violência policial	Atualizado em
Acre	1965	972 (49%)	993 (50,53%)	17 (3%)	31/12/2016
Alagoas	99	21 (21%)	78 (79%)	Sem dados	24/11/2015
Amapá	2561	1075 (42%)	1486 (58%)	0	31/12/2016
Amazonas	2267	1250 (55%)	1017 (44%)	885 (39%)	31/12/2016
Bahia	4244	1633 (38%)	2611 (62%)	88 (2%)	31/12/2016
Ceará	7696	4426 (58%)	3270 (42%)	430 (6%)	31/12/2016
Distrito Federal	11;172	5376 (48%)	5796 (52%)	347 (3%)	31/12/2016
Espírito Santo	11.039	5972 (54%)	5067 (46%)	514 (5%)	15/12/2016
Goiás	6850	3987 (58%)	2863 (42%)	699 (10%)	31/12/2016
Maranhão	3083	1600 (52%)	1483 (48%)	75 (2%)	31/12/2016
Mato Grosso	4091	1874 (46%)	2217 (54%)	625 (15%)	31/12/2016
Mato Grosso do Sul	9097	4930 (54%)	4167 (46%)	0	16/12/2016
Minas Gerais	14.153	7518 (53%)	6635 (47%)	34 (1%)	31/12/2016
Pará	6219	3357 (54%)	2862 (46%)	409 (7%)	31/12/2016
Paraíba	3588	1762 (49%)	1826 (51%)	31 (1%)	31/12/2016
Paraná	14.469	8180 (56%)	6289 (44%)	242 (2%)	31/12/2016
Pernambuco	5312	3236 (61%)	2076 (39%)	60 (1%)	31/12/2016
Piauí	1943	1094 (56%)	849 (44%)	94 (5%)	31/12/2016
Rio de Janeiro	6973	4140 (59%)	2833 (41%)	110 (2%)	31/12/2016
Rio Grande do Norte	2237	1137 (51%)	1100 (49%)	47 (2%)	30/11/2016
Rio Grande do Sul	5078	4310 (85%)	768 (15%)	335 (7%)	31/12/2016
Rondônia	4514	2717 (60%)	1797 (40%)	263 (6%)	31/12/2016
Roraima	1187	561 (47%)	626 (53%)	24 (2%)	07/10/2016
Santa Catarina	3099	1569 (51%)	1530 (49%)	259 (8%)	31/12/2016
São Paulo	36.539	18.148 (49%)	18.391 (51%)	2596 (7%)	19/12/2016
Sergipe	3975	1420 (61%)	1555 (39%)	56 (1%)	30/11/2016
Tocantins	792	469 (60%)	323 (40%)	25 (3%)	31/12/2016
Brasil	**174.242**	**93.734 (53%)**	**80.508 (47%)**	**8300 (5%)**	**31/12/2016**

[125] Os dados estão disponíveis no link a seguir e foram compilados pelo autor e atualizados até fevereiro de 2017: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil

De início, é possível constatar que o Estado de Alagoas descumpre o art. 7º, da resolução 213 do CNJ, ao não enviar periodicamente os dados das audiências de custódia realizadas, pois a última atualização ocorreu em 24 de novembro de 2015.

Por outro lado, quanto ao tema da efetividade do instituto, verifica-se que em apenas nove Estados brasileiros, quais sejam, Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Distrito Federal, Mato Grosso, Paraíba, Roraima e São Paulo, o número de concessões de liberdade provisória superou o número de prisões em flagrante.

Ademais, merece destaque, embora negativo, de que o Estado do Rio Grande do Sul apresenta taxa de 85% de conversão do flagrante em preventiva, em total discrepância ao restante do país, ao passo que o Estado do Amazonas relata o uso de violência policial em 39% das audiências de custódia realizadas.

3.4.6.2 Audiência de Custódia e Economia

O instituto da audiência de custódia foi um mecanismo de política criminal escolhido para reduzir o número de presos preventivos no país, de modo a tornar mais dignas as condições do cárcere. Entretanto, a diminuição do número de indivíduos encarcerados gera um efeito secundário importante, caracterizado pela redução das despesas públicas. De acordo com o Ministro do STF Ricardo Lewandowski:

> Nós temos hoje no país 50% de liberdade condicional daqueles que são detidos em flagrante porque não apresentam periculosidade à sociedade. Vão responder processo criminal em liberdade. Implantamos esse projeto e já economizamos para os cofres públicos. Nossa estimativa é que, até o fim do ano, deixemos de prender 120 mil pessoas e, como cada preso custa cerca de R$ 3 mil para o erário, teremos, ao final de um ano, economia anual de R$ 4,3 bilhões que podem ser investidos em educação, saúde e outros serviços públicos. Ademais, teremos a vantagem de abrir vagas para aqueles presos que oferecem perigo à sociedade e precisam ser segregados[126].

3.4.6.3 Audiência de custódia e reincidência/reiteração criminosa

Ainda não existem grandes estudos metodologicamente aprofundados em um lapso temporal alargado acerca dos impactos da audiência de custódia na ocorrência, ou não, de reincidência e reiteração criminosa. Entretanto, faz-se necessária a menção à pesquisa realizada pelo CNJ acerca do tema.

---

[126] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiências de custódia já pouparam R$ 400 milhões aos cofres públicos**. Reportagem de 08 de setembro de 2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>. Acesso em 12 nov. 2016.

O CNJ realizou estudo em em nove Tribunais de Justiça brasileiros, quais sejam, Espírito Santo, Mato Grosso, São Paulo, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Bahia, ao longo do ano de 2015, constatando que os presos que passaram pelo contato pessoal com o magistrado e foram beneficiados com a liberdade provisória tiveram um índice de reincidência ou reiteração criminosa na casa dos 4%[127], sendo que a média nacional varia entre 29% a 70%, dependendo da metodologia emprega pelo autor do estudo[128].

O estudo colheu a opinião do magistrado vinculado ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Dr. Marcos Faleiros, acerca do porcentual reduzido quando comparado com o restante do Brasil, cujas considerações apontam que um dos fatores principais para a queda do número presos reincidentes decorre do encaminhamento a serviços assistenciais dos encarcerados em situação de vulnerabilidade social, além do oferecimento de empregos e cursos de profissionalização[129].

Por fim, segundo o estudo, das 6.513 pessoas que receberam a liberdade provisória, somente 264 foram presas novamente por terem cometido outro crime[130].

3.4.6.4 Críticas à Audiência de Custódia

3.4.6.4.1 Dados do Núcleo de Prisão em Flagrante, de Salvador/BA

No município de Salvador, capital do Estado da Bahia, já existia um controle aperfeiçoado acerca da necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, denominado de Núcleo de Prisão em Flagrante, sediado dentro do Complexo Penitenciário da Mata Escura. Todo preso em flagrante era levado diretamente ao local, reduzindo a permanência de capturados nas delegacias de polícia, liberando tais agentes para desenvolverem suas atividades. No local, era analisada a possibilidade da concessão da liberdade provisória ou se a cautelar de natureza prisional era a melhor solução para o caso[131].

---

[127] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos**. Reportagem de 11 de novembro de 2015. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886-apenas-4-dos-liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>. Acesso em 12 nov. 2016.

[128] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil.** Estudo publicado em 2015. P. 13.

[129] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos**. Reportagem de 11 de novembro de 2015. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886-apenas-4-dos-liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>. Acesso em 12 nov. 2016.

[130] Idem.

[131] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Resolução nº 9/2011: Institui o Núcleo de Prisão em Flagrante - NPF e dá outras providências**. Aprovada em 3 de agosto de 2011.

Assim, já se havia estruturado um acompanhamento estatístico acerca da porcentagem de concessão de liberdade provisória ou conversão do flagrante em prisão preventiva. Os dados revelam que, antes da implementação das audiências de custódia, 23,21% das prisões em flagrante eram convertidas em prisão preventiva. Após a realização do referido procedimento, este número passou para 23,53%.

Logo, conclui-se que a implementação das audiências de custódia não representou, ao menos por ora, uma redução do encarceramento na cidade[132].

3.4.5.4.2 Doutrinador Carlo Velho Masi

Segundo o autor Carlo Velho Masi, os dados fornecidos pelo CNJ acerca do porcentual de presos provisórios no Brasil revelava um índice de 42% em relação ao total de indivíduos encarcerados em nosso país. Por outro ado, ao se analisar os dados específicos da audiência de custódia, disponibilizados no site da referida instituição, forçosa seria a conclusão de que não tem havido grandes mudanças, demonstrando existir, ainda, uma certa resistência por parte dos magistrados em relaxar a prisão ilegal ou decidir pela liberdade provisória quando possível[133].

Assim, a implementação da audiência de custódia parece não ser a opção mais acertada a resolver o problema do excesso de presos provisórios no Brasil.

3.4.5.4.3 Instituto de Defesa do Direito de Defesa

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa realizou o estudo "Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo", o qual ficou restrito à capital do Estado, sendo possível acompanhar a realização de quase seiscentas apresentações do preso em flagrante ao juiz competente.

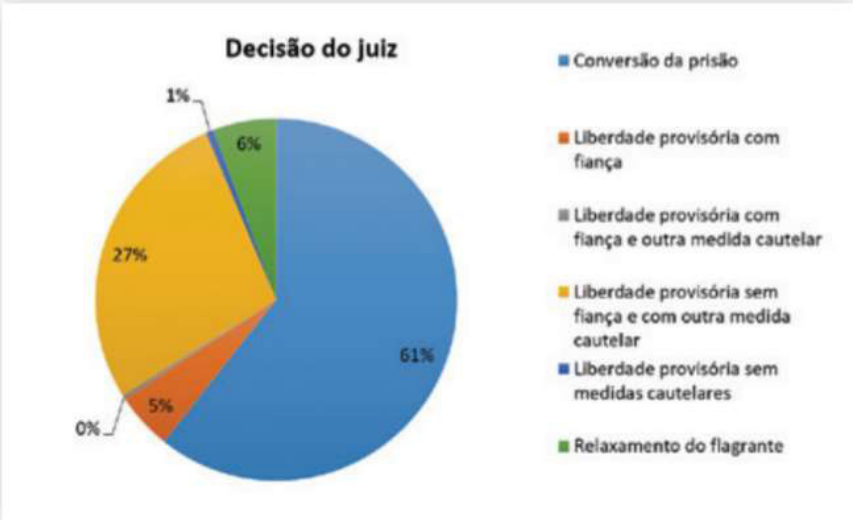
De acordo com o relatório divulgado, as decisões judiciais em sede de audiência de custódia foram divididas da seguinte forma[134]:

---

[132] PRADO, Daniel Nicory do. **Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante do primeiro mês de implementação**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 276, nov. 2015.

[133] MAIS, Carlos Velho. Audiência de Custódia e a cultura do encarceramento no Brasil. Editora Canal Ciências Criminais. 2016.

[134] INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Estudo publicado em maio de 2016. Disponível em <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em 08 agosto de 2016. P. 51.



Segundo a instituição autora do estudo:

> Diante dos dados levantados pelo IDDD, não foi possível afirmar que houve uma significativa redução no número de prisões preventivas, por não haver registros anteriores acerca das decisões tomadas na análise do flagrante. NO mesmo sentido, não se pode afirmar de forma contundente que não houve impacto algum. As pistas coletadas, a partir de estudos realizados por organizações da sociedade civil, revelam uma pequena alteração, cuja mensuração resta prejudicada[135].

[135] INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Estudo publicado em maio de 2016. Disponível em <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em 08 agosto de 2016. P. 79.

4. FUNDAMENTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

4.1 Fundamentos de política criminal

4.1.1 Mudança da política criminal de Von Liszt a Claus Roxin

O tema da política criminal passou a ser mais discutido, tornando-se um movimento, com maior força durante os debates proporcionados pelo Projeto Alternativo do Código Penal alemão no ano de 1966[136].

Entretanto, existem autores que entendem que não se trata de uma discussão acerca da política criminal como se ela não tivesse existido anteriormente, mas sim uma retomada sobre o assunto, uma vez que o tema já havia surgido, com intensidade, nos escritos de Franz von Liszt[137].

Com os horrores da 2ª Guerra Mundial ainda presentes, os novos estudos de política criminal passaram a reunir duas características marcantes: a) a preponderância do jusnaturalismo em substituição da ideologia totalitária marcada pelo governo de Adolf Hitler; b) Utilização da dogmática-finalista.

Acerca do tema, Franz von Liszt entendia como necessária uma mudança na forma como a dogmática era enxergada. Como exemplo, a indagação acerca do que deveria ser entendido como um ilícito penal não seria plenamente respondia apenas com os conhecimentos teóricos fornecidos pela dogmática. Logo, havia necessidade de uma interdisciplinaridade com outras ciências, sobretudo a política criminal[138].

Posteriormente, Claus Roxin se inspirou na teoria elaborada por Franz von Liszt, avançando sobre o assunto, defendendo o ideal de que o Direito Penal e a política criminal deveriam se tornar uma amálgama. Assim, em que pese o Direito Penal apresentar como finalidade a proteção das pessoas diante do *ius puniendi* estatal, ele precisa proteger bens jurídicos que sejam valorizados socialmente, sendo que tal análise é respondida pela política crimina, demonstrando como um ramo jurídico não pode sobreviver sem ser analisado em conjunto com o outro[139].

---

[136] AMARAL, Claudio do Prado**. Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno, 2005. P. 60.
[137] AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea:** Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco. São Paulo: Ibccrim, 2007. P. 205.
[138] Idem. P. 206.
[139] AMARAL, Claudio do Prado**. Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno, 2005. P. 61.

Contudo, a referida mescla entre o Direito Penal e a política criminal acaba por gerar questionamentos acerca da forma por meio da qual os bens jurídicos relevantes penalmente são determinados pelos membros do Poder Legislativo e pelos juízes ao julgarem os casos concretos. Acerca do assunto, Cláudio do Prado Amaral assevera que:

> Surgem, então, indagações no âmago do conceito de bem jurídico, de difícil solução e resposta, em razão da própria vaguidade do mesmo, sujeito a manipulações pelas instâncias oficiais de controle social. O conceito de bem jurídico, como todos os conceitos normativos, é uma criação artificial, o produto de um processo constitutivo consensual mais ou menos amplo, no qual é necessariamente "reelaborado" e as vezes até manipulado ou pervertido em seus elementos essenciais. Como responder com certeza, por exemplo, se o pudor público ou os bons costumes existem ainda como bens jurídicos dignos de tutela penal? Ou se o meio ambiente, desconsiderando as condições vitais para as pessoas, é um bem jurídico penal? A dificuldade em se encontrar respostas precisas certamente é minimizada, mas não anulado, com o adequado concurso auxiliador da criminologia. De qualquer forma, muito pouco se soma ao dizer que o direito penal protege bens jurídicos, se antes não há um acordo sobre o que entendemos como tal.
> São vários fatores aqueles que levam o legislador e o julgador a tomarem uma decisão quanto ao merecimento de pena sobre um comportamento. Uns são fatores normativos ou de Justiça; outros são fatores empíricos ou de utilidade[140].

4.1.2 Problemática das medidas cautelares no Brasil

4.1.2.1 Evolução das medidas cautelares no Brasil

No regime original do Código de Processo Penal, eram previstas cinco modalidades de prisões cautelares, quais sejam: a) a prisão em flagrante; b) prisão temporária; c) prisão preventiva; d) prisão decorrente de sentença condenatória recorrível; e) prisão decorrente da pronúncia[141].

Desta forma, sendo a prisão em flagrante uma medida cautelar autônoma[142], o suspeito, uma vez capturado pela prática de um crime, poderia ficar recluso durante todo o processo, salvo quando o apelo da defesa lograva êxito, beneficiando-o com a liberdade provisória, mediante pagamento, ou não, de fiança. Entendia-se, portanto, que a prisão em flagrante tinha por objetivo segregar provisoriamente o suposto autor do delito, exigindo apenas indícios de tipicidade, sem haver qualquer análise acerca da antijuridicidade da conduta praticada e da culpabilidade do capturado[143].

---

[140] AMARAL, Claudio do Prado**. Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno, 2005. P. 62.
[141] BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, Gustavo. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.
[142] TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
[143] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Tal sistemática fomentava o encarceramento, pois se o juiz entendesse que o capturado não tinha condições de gozar da liberdade provisória, não existiam outras medidas cautelares, previstas em lei, que fossem diversas da prisão. Destaca-se que alguns magistrados aplicavam, analogicamente, o artigo 798, do revogado Código de Processo Civil de 1973, impondo ao suspeito uma medida cautelar diversa da prisão, fundada no poder geral de cautela do juiz. Entretanto, tal posição era rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores[144].

Inicialmente, o legislador brasileiro procurou, ainda que com certo atraso, atualizar as disposições do Código de Processo Penal aos princípios e garantias consagrados pela Constituição Federal, sobretudo o princípio da presunção da inocência. Assim, foi promulgada, em 2008, a lei nº 11.690, a qual alterou o regime da pronúncia, extinguindo seu efeito de encarcerar automaticamente o acusado pronunciado por um crime doloso contra a vida.

Posteriormente, ainda no mesmo ano, foi editada a lei nº 11.719, a qual eliminou necessidade do recolhimento do condenado à prisão para que sua apelação fosse conhecida pelo tribunal competente[145].

Já a prisão em flagrante teve sua natureza jurídica modificada com o advento da lei nº 12.403, de 2011, deixando de ser uma medida cautelar autônoma - a qual autorizava, per si, a manutenção do indivíduo preso durante o processo – tornando-se uma medida precautelar ou administrativa, cuja finalidade é colocar o indivíduo preso em flagrante à disposição do juízo, para que se adote, se necessário, uma medida propriamente cautelar[146].

Por fim, somente com a promulgação da lei nº 12.403, em 2011, foram criadas medidas cautelares penais diversas da prisão, as quais apresentam escala crescente de restrição à locomoção do indivíduo.

De acordo com o art. 310, CPP, quando o juiz analisar um APF, deverá, inicialmente, verificar a legalidade da captura. Em casos de ilegalidade da prisão, esta deverá ser relaxada. Entretanto, caso não sejam constatadas ilegalidades, as condições pessoais do capturado e o crime supostamente praticado tornam-se relevantes. A regra geral estabelecida pela reforma ocorrida em 2011 preconiza a concessão da liberdade provisória combinada, ou não, com outra medida cautelar diversa da prisão. Para conferir maior possibilidade de eficácia da decisão judicial, o CPP passou a trazer, em seu 319, um extenso rol de medidas cautelares diversas da

---

[144] VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A alteração do mecanismo de prisões no Brasil a partir da Lei 12.403 de 2011.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11144>. Acesso em: 23 abr. 2016.
[145] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.
[146] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

prisão, quais sejam: a) comparecimento periódico a juízo; b) proibição do acesso e frequência a determinados locais; c) proibição de contato com pessoas determinadas; d) proibição de se ausentar da Comarca; e) recolhimento domiciliar; f) suspensão continuar a desempenhar função pública ou de atividade econômica ou financeira; g) internação provisória; h) fiança; i) monitoramento eletrônico. Nas hipóteses em que as referidas medidas cautelar não se mostrarem adequadas em razão de que a segregação do capturado seja necessária à "*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*"[147], a prisão em flagrante poderá ser convertida em prisão preventiva. Logo, ressalta-se que a prisão preventiva se tornou medida extrema, sendo possível determina-la somente quando nenhuma outra cautelar for adequada para o caso concreto.

4.1.2.2 Distinção entre prisão cautelar e prisão pena

A prisão como sendo um local em que o indivíduo cumpre uma pena a ele imposta, sendo privado da sua liberdade de ir e vir, não foi uma concepção vista desde o início do instituto, mas sim consequência de sua evolução ao longo dos séculos.

Durante a Antiguidade, período marcado entre a invenção da escrita (cerca de 4000 anos a.C) e a queda do Império Romano do Ocidente (ano 476 d.C), a prisão era entendida como um local no qual o indivíduo permaneceria enquanto aguardava seu julgamento, tendo por finalidade evitar sua fuga. Sendo vigente o princípio do Talião, as penas, em regra, envolviam violência ou morte[148].

Durante a Idade Média, a situação pouco mudou. Nesta época, os Estados tentavam se organizar institucionalmente e os presos acabavam por ficarem à disposição dos seus captores, sendo o cárcere ainda compreendido como um local de custódia até a aplicação de penas cruéis e degradantes ou mesmo de morte. Contudo, existia a possibilidade de as sanções serem substituídas por prestações em pecúnia ou em espécie, existindo uma residual pena prisional para os casos de delitos leves, os quais eram incompatíveis as mutilações ou mortes verificadas no período[149].

Ainda na Idade Média, inauguram-se as prisões eclesiásticas, nas quais eram encarcerados os membros da Igreja que se rebelavam, inaugurando um sentido de penitência e

---

[147] BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.
[148] AMARAL, Cláudio do Prado. **A História da Pena de Prisão.** Jundiaí: Paco Editorial, 2016. Pp. 24-25.
[149] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão:** Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pp. 31-32.

meditação ao cerceamento de liberdade. Os punidos ficavam enclausurados em alas de mosteiros até que expiassem o pecado de seus espíritos e passassem e se comportar conforme o esperado para as funções que ocupassem[150]. Logo, tais locais inauguram a concepção da prisão como pena.

Somente com o advento da Idade Moderna que a pena de prisão perde seu caráter de depósito de futuros condenados, passando a ser entendida como um local em que a o encarcerado sofrerá as consequências do crime por ele praticado, sem que isto signifique a imposição de castigos cruéis ou degradantes. Vale destacar que, em tal período, a pena de morte começa o movimento de deixar de ser um espetáculo, pois sua execução abandona a praça pública, tornando-se burocrática e no interior dos muros das prisões[151].

Na doutrina, existem quatro correntes para explicar o surgimento da prisão como pena: a) Advento do iluminismo, havendo um ideal de valorização da vida humana e da liberdade, o qual se mostrava em desacordo com o sistema prisional vigente até então, marcado pelo obscurantismo e pela aplicação desmedida de penas de mutilação ou de morte; b) Substituição do espetáculo da execução da pena pela vergonha gerada com a segregação do indivíduo do restante da sociedade; c) As mudanças sociais verificadas na passagem da Idade Média para a Idade Moderna geraram uma grande massa de indigentes. Logo, a criminalidade leve tornou-se muito frequente, não sendo possível o uso desenfreado da pena de morte, posto que ela geraria comoção e tensão social. Assim, a adoção do cárcere mostrou-se uma estratégia adequada para conter a sociedade do período; d) Absorver os excedentes de pessoas desempregadas, quando os meios de produção não fossem capazes garantir um ofício a todos[152].

Atualmente, o entendimento da prisão funcionar como uma pena está tão arraigado da doutrina que as discussões se referem à sua finalidade como pena, havendo movimentos em prol da retribuição ao mal causado, em prol da ressocialização do indivíduo encarcerado ou que defendem que o período prisional não poderia dessocializar aquele cerceado de sua liberdade[153].

Já a prisão cautelar independe de o indivíduo ter sido condenado pelo crime supostamente praticado, posto que ela não se presta a um juízo de inocência ou culpa. Sua

---

[150] AMARAL, Cláudio do Prado. **A História da Pena de Prisão.** Jundiaí: Paco Editorial, 2016. Pp. 26-27.
[151] PRATT, John. **Castigo y Civilización:** Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios. Barcelona: Gedisa Editorial, 2006. Pp. 33-49.
[152] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão:** Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pp. 49-50.
[153] Idem. P. 52-73.

finalidade será resguardar os interesses da Justiça, os quais são afetados pela liberdade do acusado[154].

O ordenamento processual penal brasileiro prevê a existência de dois tipos de prisões cautelares, denominadas de cautelares pessoais prisionais, posto que atingem o corpo do suspeito, ao invés de seus bens, além de gerar seu encarceramento: a) Prisão preventiva; b) Prisão temporária.

A primeira é regulada pelo CPP, podendo ser aplicada como como forma de assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei penal, bem como nos casos de descumprimento das obrigações impostas na liberdade provisória condicionada. De modo semelhante, a prisão temporária, regida pela lei nº 7960/1989, poderá ser aplicada quando indispensável à investigação policial ou quando o suspeito não tiver residência fixa ou não fornecer elementos que possam identifica-lo civilmente. Ainda que cumpridos um destes requisitos, ainda se exige suspeita fundamentada da prática de um dos crimes previstos no art, 1º, inciso III da referida lei[155].

4.1.2.3 Características e Princípios processuais penais que tratam das medidas cautelares

4.1.2.3.1 Necessidade e Adequação

Inicialmente, convém destacar que o CPP utiliza uma estruturação distinta daquela consagrada no processo civil brasileiro, no que tange aos requisitos da imposição de uma medida cautelar.

O Código de Processo Civil traz, no *caput* do seu art. 300, a exigência de que estejam verificados, no caso concreto, os requisitos da *probabilidade do direito*[156], também denominado de *fumus boni iuris*, bem como *o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*[157], também denominado de *periculum in mora*, demonstrando que o objetivo central das medidas cautelares é garantir a efetividade do processo em trâmite[158].

---

[154] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. Pp. 715-720.
[155] POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. Pp. 99-100.
[156] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.
[157] Idem.
[158] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória - Vol 2. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Pp. 608-609.

Já no processo penal, existe o conflito entre a liberdade do réu e o monopólio do *ius puniendi* estatal. Logo, não é possível fazer uma transposição pura e simples dos requisitos das cautelares processuais civis. Assim, o requisito do *fumus boni iuris* é substituído pelo *fumus comissi delicti*. Tal mudança guarda fundamento lógico. O crime é um comportamento antijurídico, afrontando, portando, o ordenamento jurídico. Desta forma, se o delito nega o direito, como uma medida cautelar processual penal poderia ser embasada na existência de um direito? Haveria uma contradição insanável, sendo mais correto entender que a imposição de uma medida cautelar penal decorra da existência da materialidade do crime e de indícios mínimos de quem seja o seu autor[159]. Em contrapartida, o *periculum in mora*, o qual é caracterizado como o risco que a passagem do tempo gera à utilidade da medida judicial intentada, é substituído, no processo penal, pelo *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que a manutenção da liberdade plena do investigado ou réu gera para a ordem pública ou para a administração da justiça[160]. Destaca-se, ainda, que tais premissas estão expressas no *caput* do art. 312 do CPP, sendo aplicáveis tão somente as hipóteses de prisão preventiva.

Os requisitos gerais para a imposição de qualquer medida cautelar no processo penal, quais sejam, a necessidade e a adequação, estão previstos nos incisos I e II do art. 282 do CPP. A necessidade, de acordo com CPP, busca garantir a aplicação da lei penal, a investigação do crime, à possibilidade de a prova ser produzida, bem como, em casos específicos, evitar a reiteração criminosa do suspeito. Já a adequação exige que a medida cautelar imposta tome por parâmetro a gravidade do crime, bem como as condições pessoais do agente que a sofrerá[161].

De acordo com Eugenio Pacelli, o CPP acabou por positivar dois dos aspectos do princípio da proporcionalidade, o qual é formado pela necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, a necessidade seria caracterizada pela proibição do excesso, ou seja, aplicando, quando a situação exigir, uma medida cautelar que gere o menor grau de restrição ao seu sujeito passivo, como forma de garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais. Já a adequação pressupõe que o meio empregado deverá ser capaz de realizar o interesse que merece proteção. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que as desvantagens da utilização de uma medida cautelar sobre o direito

---

[159] LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 49.
[160] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 819.
[161] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resplução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. Pp. 45-47.

fundamental de quem a sofrer serão menos intensas que as vantagens advindas de seu emprego[162].

Com base no exposto, ressalta-se que existem críticas na doutrina em razão de o CPP não ter positivado, em seu art. 282, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, o lapso do legislador em nada obsta sua aplicabilidade, pois sua exigência é facilmente demonstrada no tema da prisão preventiva, pois o magistrado não poderá determinar o encarceramento provisório de alguém que, ao ser condenado na sentença, não seria preso de forma de definitiva, em razão da pena aplicada não ser elevada[163].

4.1.3.3.2 Contraditoriedade

A reforma trazida ao CPP pela lei 12.403 de 2011 inaugurou a possibilidade do exercício do princípio do contraditório no âmbito do processo cautelar penal, razão pela qual tal característica é denominada de contraditoriedade.

De acordo com o art. 282, § 3º, CPP, o magistrado responsável pela análise e imposição de uma medida cautelar deverá intimar a parte sobre quem recairá os efeitos da decisão, exceto se tal comunicação acabar por tornar ineficaz a decisão ou nos casos em que a urgência da situação exige a mitigação do contraditório[164].

Como exemplo, tem-se que é perfeitamente possível a intimação prévia de um réu para que ele se manifeste acerca de uma eventual imposição do uso de tornozeleira eletrônica (art. 319, IX, CPP) no caso de suspeitas de descumprimento da obrigação de recolhimento domiciliar no período noturno (art. 319, V, CPP). Entretanto, não se pode conceber, em razão da ineficácia da medida, a prévia comunicação de um suspeito acerca da decretação da prisão preventiva (atrs. 311 a 316, CPP), no caso em que ele esteja destruindo provas. Tanto que se entende que a exigência do contraditório, ainda que seja juridicamente possível nos casos de prisão preventiva, raramente é adotada, pois certamente seu sujeito passivo potencializaria seus comportamentos que justificaram a imposição de tal restrição ao direito de ir e vir.

Assim, a melhor interpretação do referido dispositivo força que se entenda que o acusado deverá ser comunicado, via intimação, a respeito do pedido de imposição de medida cautelar, desde que não exista urgência ou risco de ineficácia, além das seguintes hipóteses: a)

---

[162] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Pp. 497-498.
[163] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. Pp. 718-719.
[164] Idem. P. 720.

revogação da medida cautelar; b) substituição da medida cautelar imposta por outra, ainda que mais gravosa; c) cumulação de outra medida cautelar diversa daquela já imposta anteriormente, desde que existam novos fundamentos[165].

Por fim, resta destacar que o art. 282, § 2º, do CPP admite a possibilidade de o magistrado impor, de ofício, uma medida cautelar. Nesta hipótese, o suspeito deverá ser intimado previamente à decisão judicial, em respeito à contraditoriedade, desde que tal comunicação não torne ineficaz a medida decretada, bem como não haja urgência no seu cumprimento.

4.1.3.3.3 Princípio da Proporcionalidade

Inicialmente, convém destacar que o princípio da proporcionalidade não está previsto explicitamente na CF/1988 ou no CPP. Entretanto, ele encontra amparo na doutrina e nos julgados dos tribunais superiores, sendo aplicado em inúmeros casos concretos. Ademais, tal princípio se vincula com maior intensidade ao tema das medidas cautelares prisionais e não prisionais.

O princípio da proporcionalidade apresenta dois pressupostos, um formal e um material.

O pressuposto formal se refere à legalidade, exigindo a regulamentação por lei dos direitos que o réu pode se utilizar durante um processo, bem como os mecanismos pelos quais o Estado pode interferir na sua liberdade. Já o pressuposto material se vincula à vinculação teleológica, ou seja, as medidas cautelares que restringem o direito de liberdade do indivíduo precisam ser necessárias ao objetivo que almejam alcançar[166].

Aprofundando no tema, serão abordados os requisitos extrínsecos e intrínsecos do princípio da proporcionalidade.

Os requisitos extrínsecos se dividem em: Judicialidade e motivação. Por judicialidade, entende-se que as restrições ao direito de liberdade do acusado somente poderão ser determinadas judicialmente. Logo, somente um magistrado pode decretar a prisão temporária ou preventiva de alguém. A motivação, diversamente, exige que o

---

[165] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. Pp. 720.

[166] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 87

magistrado justifique, minuciosamente, suas decisões, sendo possível que haja a impugnação pela parte interessada[167].

Em contrapartida, os requisitos intrínsecos se dividem em: a) Adequação; b) Necessidade; c) Proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige que as medidas cautelares impostas sejam aptas a atingir os fins que almejam. Como exemplo, se o juiz teme que o acusado fuja, de nada adiantará proibi-lo de frequentar determinados lugar, sendo mais efetivo o uso de monitoramento eletrônico ou a decretação da prisão preventiva. A necessidade determinada que o juiz escolha, dentre as medidas cautelares existentes e aptas serem aplicadas no caso concreto, aquela que menos interfira no direito de liberdade do acusado. No exemplo acima, seria mais "necessário" o uso do monitoramento eletrônico ao invés da decretação da prisão preventiva. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito se concretiza em um juízo de ponderação entre o ônus da medida cautelar e o benefício por ela trazido[168].

4.1.3.4 As reformas nas medidas cautelares não evitaram o aumento do número de presos provisórios no Brasil

Como se observa, as inúmeras mudanças legislativas tiveram por finalidade a redução do número de presos no Brasil, sobretudo aqueles que estão encarcerados e sequer foram sentenciados pelos supostos crimes praticados, uma vez que conferiram inúmeras ferramentas para que o juiz analisasse, com maior atenção, se a conversão da prisão flagrante em prisão preventiva era mesmo necessária e adequada.

Entretanto, as estatísticas do sistema penitenciário pátrio demonstram que as referidas alterações falharam em seus objetivos. De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de junho de 2014, o número de presos, no Brasil, dobrou no período de 2003 a 2014, passando de 308.000 encarcerados para aproximadamente 608.000 detentos[169].

Agravando a situação, o número de presos provisórios também apresentou forte elevação no período. Para fins de comparação, no ano de 2003, dos 308.000 encarcerados, cerca

---

[167] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Pp. 87-88.
[168] Idem. Pp. 88-89.
[169] BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Brasília: 2014.

de 67.549 presos ainda aguardavam julgamento, fatia correspondente a 21% do total[170]. Se tal taxa tivesse sido mantida, o Brasil teria números semelhantes aos observados nos Estados Unidos, Rússia e África do Sul[171]. Contudo, ao analisarmos os dados contidos no INFOPEN de dezembro de 2014, constata-se que 41% dos presos ainda aguarda o julgamento em primeira instância[172].

4.1.3 Finalidades da Audiência de Custódia

A primeira finalidade da implementação da audiência de custódia é a atualização da Código de Processo Penal aos direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sobretudo a CADH e o PIDCP. Como analisados anteriormente, ambos exigem que a prisão dos indivíduos seja comunicada imediatamente ao Juiz competente, determinando, ainda, a condução, sem demora, do capturado até presença física de tal autoridade, para a realização da audiência de custódia[173].

A segunda finalidade seria colocar o Juiz e o acusado frente a frente, garantindo uma melhor análise da necessidade da prisão preventiva ou se é possível a concessão da liberdade provisória, condicionada ou não a outras medidas cautelares. O jurista Luis Carlos Valois aborda a importância de tal apresentação por meio da história de um rei que ordena o sacrifício de um suíno para alegrar aos deuses de seu povo. Entretanto, como o animal está na sua presença, ele o vê gritando por sua vida e se compadece, dizendo que o leitão não seria morto. O sacerdote, preocupado, afirma pela necessidade de um sacrifício, caso contrário a nação correria os riscos advindos da ira dos deuses. Assim, o rei, após refletir, ordenou a morte de uma vaca, a qual se encontrava a quilômetros dali[174]. Logo, percebe-se que a autor entende que os magistrados passarão a refletir melhor na forma que decidirão a respeito da concessão da liberdade provisória ou se decretarão a prisão preventiva caso vejam o custodiado, ao invés de apenas lidarem com o papel, conforme preceitua o regime do CPP.

---

[170] BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. . **População Carcerária - Sintético - Ano 2003.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

[171] BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Brasília: 2014. P. 15.

[172] Idem. P. 15.

[173] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 34.

[174] VALOIS, Luís Carlos. **A audiência de custódia e o porco.** 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-e-o-porco-luis-carlos-valois/?doing_wp_cron=1484029986.2340629100799560546875>.

Por outro lado, Nereu José Giacomolli destaca que a apresentação pessoal do capturado possibilita um exercício mais apurado dos direitos do contraditório e da ampla defesa, havendo a chance de o advogado ou Defensor Público reunirem documentos capazes de garantir a concessão da liberdade provisória, bem como uma maior disposição dos magistrados em analisa-los com a devida atenção[175].

Ainda sobre a segunda finalidade, Raphael Melo sustenta que o novo sistema de medidas cautelares penais, estabelecido pela Lei 12.403/2011 não foi capaz de modificar o entendimento vigente, marcado pela análise superficial da legalidade da APF, bem como na decretação quase automática da prisão preventiva[176].

Encerrando, a terceira finalidade da audiência de custódia é garantir maior apuração nos casos em que a abordagem policial resulta na prática de tortura ou maus tratos ao indivíduo preso. Roberto Delmanto Júnior defendia que:

> Enquanto nossa Lei Maior preceitua que toda prisão será comunicada imediatamente ao juiz competente (art. 5º, LXII), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina que o preso deve ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz (art. 9º, 3, 1ª parte), prática completamente inexistente em nosso meio forense, que poderia ser um forte fator à inibição da prática de maus tratos e da tortura, quando do interrogatório do preso auto de prisão em flagrante[177].

Entretanto, apesar dos esforços em buscar coibir um comportamento violento por partes das autoridades policiais, estudos técnicos têm mostrado a fragilidade da audiência de custódia em apurar a prática de tortura e maus tratos.

---

[175] GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 58.
[176] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 161.
[177] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. Ed ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 48.

Segundo estudo elaborado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa na cidade de São Paulo, dos quinhentas e oitenta e oito procedimentos acompanhados, o tema da tortura gerou o seguinte gráfico[178]:

Interesse sobre violência praticada pelos policiais	Número Bruto	Porcentagem
O juiz perguntou	248	42,18%
A defesa perguntou	34	5,78%
O Ministério Público perguntou	8	1,36%
Falou espontaneamente	32	5,44%
Nada foi perguntado	266	45,23%
Total	**588**	**100%**

Logo, a constatação imediata é que o tema da tortura sequer foi mencionado em quase metade das audiências de custódias realizadas, sendo espantoso que a própria defesa dos presos se absteve neste assunto.

Por outro lado, em relação ao encaminhamento tomados pelo magistrado presidente do ato após as declarações dos presos, o referido estudo revela os seguintes dados[179]:

Pergunta sobre agressão	Nenhum procedimento	Exame médico e encaminhamento à Defensoria Pública	Exame médico e encaminhamento ao DIPO 5	Total
Negou ter sido agredido	196	-	-	196
Assunto não abordado em audiência	251	-	-	251
Confirmou ter sido agredido	50	1	90	141
Grand Total	**497**	**1**	**90**	**588**

Assim, percebe-se que nos casos em que o preso afirmou ter sido agredido por policiais, em expressivas cinquenta oportunidades nada foi feito. Vale destacar que o referido encaminhamento ao DIPO 5 (divisão interna da polícia que cuida da violência praticada por seus membros), conforme consta no gráfico, não é acompanhada pelo magistrado presidente da audiência de custódia, mas sim pelo Juiz corregedor da polícia[180].

Agravando ainda mais o quadro, o estudo realizado pelo Conectas Direitos Humanos concluiu que:

---

178 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Estudo publicado em maio de 2016. Disponível em < http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. P. 67

179 Idem. P. 68.

180 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Estudo publicado em maio de 2016. Disponível em < http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. P. 66.

Se não teve "porrada", se não há marcas, se sequer se sabe reconhecer o(a) agressor(a) – ainda que se observe que muitas agressões são especialmente praticadas com esta finalidade – a violência relatada não parece ser algo passível de indignação perante o Poder Judiciário, ou até mesmo perante o órgão constitucionalmente responsável pelo controle da atividade policial – o Ministério Público.

As formas complexas e aprimoradas que a tortura e outros TCDD assumem devem ser compreendidas e combatidas a partir das audiências, e não legitimadas por elas. No entanto, o ambiente hostil narrado contribui para uma burocratização das audiências, que acabam ocorrendo de forma cada vez mais protocolar. Essa burocratização se evidencia, por exemplo, quando se analisa que, segundo dados oficiais, o tempo médio de duração das audiências no mês de sua implementação era de 35 minutos e reduziu-se mensalmente, até passar a apenas 15 no último mês de 2015 112.

Esse quadro corrobora a subnotificação da violência policial, uma vez que muitos não se sentem confortáveis para relatar exatamente num espaço criado com essa finalidade. Porém, não apenas é grave que isto ocorra aos olhos das diversas instituições presentes, sem que qualquer encaminhamento seja dado, como isto pode acabar servindo para um discurso oficial ainda mais legitimador da violência policial, uma vez que será dito que se não é relatada, ela não existe, ou que, quando o relato aparece, ele é adequadamente encaminhado, e que a violência está sendo devidamente apurada.

A naturalização por parte das instituições acaba por gerar também uma subnotificação nos dados oficiais, uma vez que diversos relatos não são considerados violência, e sequer são encaminhados para algum órgão ou contabilizados como tal. Há de ser ressaltado também que no controle realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo acerca das audiências durante o monitoramento, sequer se contabilizava o número de encaminhamentos a respeito da apuração da tortura e outros TCDD, cabendo isto ao próprio DIPO 5, setor que acaba sendo responsável por encaminhar de modo burocrático, e não apurar, todos os procedimentos instaurados por causa da violência policial.

Com a implementação das audiências de custódia, o que ocorre hoje é que, na maioria dos casos, o relato de tortura e maus tratos trazido da rua, após passar por Magistratura, Defensoria Pública e Ministério Público, termina voltando para as mãos da instituição acusada de ter praticado a violência. No caso dos policiais militares isto é ainda mais grave uma vez que, devido a seu Regimento, é o próprio batalhão policial da região em que a tortura ou outros TCDD ocorreu, e não a Corregedoria, que vai receber a mídia da audiência de custódia com o relato feito pela pessoa presa, o que desconsidera a necessidade de preservar as vítimas. Caso seja instaurado inquérito, será a Delegacia de Polícia da circunscrição do Batalhão do denunciado.

Este cenário pode não apenas aumentar os casos de subnotificação como trazer retaliações aos que relatam terem sido vítimas de tortura ou outros TCDD (um cenário imensuravelmente grave dentro de uma política que se propõe a reprimir e não aumentar a violência policial), uma vez que não há também, por parte de nenhum dos órgãos – nem mesmo da Defensoria Pública, que atende semanalmente presos recém-incluídos nos Centros de Detenção Provisória – um acompanhamento posterior daquele que relatou a tortura durante a audiência. A audiência de custódia ainda se mostra como uma política isolada, sem diálogo com outras implementadas com a mesma finalidade de reduzir o encarceramento e prevenir as práticas de violência[181].

---

[181] CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia**. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2017. Pp. 111-112.

4.2 Fundamentos normativos

4.2.1 A hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro

4.2.1.1 Introdução acerca da solução das antinomias entre normas[182]

A interpretação das normas jurídicas é objeto de estudo de inúmeros doutrinadores do Direito, uma vez que a existência de uma vasta gama de leis regulando os mais diversos temas relacionados à convivência entre pessoas físicas, jurídicas e o Estado acaba por gerar situações em que duas ou mais normas, contraditórias entre si, são igualmente aplicáveis a um determinado caso concreto.

Tal situação recebe o nome de antinomia, o qual foi consagrado no Direito Romano para se referir a regras que são incompatíveis entre si. Entretanto, como conceituar tal incompatibilidade? O autor Norberto Bobbio entende que normas incompatíveis são aquelas que não podem ser ambas verdadeiras sem acarretar alguma contraditoriedade ou contrariedade na solução de uma questão jurídica.

Para exemplificar, o autor conclui que se duas leis são verdadeiras, elas não podem: a) mandar fazer uma conduta e proibir a mesma conduta (contrariedade); b) mandar fazer uma conduta e permitir que a conduta não seja realizada (contraditoriedade); c) proibir a prática de uma conduta e permitir que a prática seja realizada (contraditoriedade).

Posteriormente, Bobbio destaca que são requisitos para a caracterização de uma antinomia o fato de que as normas incompatíveis pertençam a um mesmo ordenamento jurídico, além da necessidade de apresentar a mesma validade, sendo este temporal, espacial, material e pessoal.

Destacam-se, também, a existência das denominadas antinomias impróprias, aquelas geralmente verificadas na colisão entre princípios. Como exemplo, uma sociedade estruturada na segurança e na liberdade apresentará regras antinômicas, tendo em vista que ambos os princípios prejudicam a existência plena do outro. Disserta-se, ainda, sobre as antinomias de valoração, caracterizadas pela existência de punições mais rigorosas a ilícitos mais leves do que as previstas para os ilícitos mais graves. Para Bobbio, não se trata de antinomia, mas sim de

---

[182] Todo o presente tópico foi baseado na obra: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6. ed. Brasília: Editora Unb, 1995. Pp. 77-111.

injustiça. Por fim, apresenta-se as antinomias teleológicas, verificadas quando a aplicação da norma meio impede a concretização da norma fim.

Para solucionar as antinomias existentes nos ordenamentos jurídicos, Bobbio apresenta três critérios para definir a norma aplicável ao caso concreto em análise pelo intérprete.

Inicialmente, é apresentado o critério cronológico, cujo predicado determina que a lei posterior derroga a lei anterior, pois ela representa a vontade mais atual do legislador, bem como evita trabalhos inúteis, uma vez que, se a lei anterior tivesse prevalência, para que foi criada uma nova?

O segundo critério é o da hierarquia, pois uma lei hierarquicamente superior à outra prevalece em caso de conflito. Um problema ocorrerá quando uma lei contrariar um costume. Neste caso, dependerá de como o ordenamento jurídico local se estrutura.

O terceiro critério é o da especialidade, pois uma lei especial derroga a lei geral. Isto se verifica pois, a primeira é editada com a finalidade de regular todos os casos genéricos. A segunda, entretanto, é editada para regular poucos casos, preocupando-se mais com suas minúcias.

Realizada a sucinta abordagem acerca dos mecanismos de solução de antinomias, resta analisar qual a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como forma de analisar sua aplicabilidade aos casos concretos quando suas disposições divergem do direito pátrio.

4.2.1.2 Tripla Hierarquia dos Tratados Internacionais no Brasil

A corrente majoritária dos doutrinadores de Direito Internacional sempre defendeu que os tratados internacionais que versassem sobre o tema dos direitos fundamentais teriam status constitucional. Sintetizando os argumentos, Cançado Trindade entende que:

> A disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. (...) O propósito do disposto nos §§2º e 1º do artigo 5º da Constituição Federal não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. (...) A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira.(...) O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto

> e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*)[183].

Entretanto, em que pese os argumentos doutrinários, o STF entendia, desde a primeira vez em que se manifestou a respeito do tema, no ano de 1977, até o ano de 2006, que os tratados internacionais, independentemente da matéria que regulavam, teriam status de lei ordinária. Sucedeu, entretanto, que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, cujo objeto seria declarar a inconvencionalidade da prisão civil do devedor infiel com as disposições do art. 7º, item 7 da CADH, o STF modificou sua jurisprudência, passando a considerar que os tratados internacionais que versavam sobre os direitos humanos teriam hierarquia supralegal. Logo, o status supralegal sinalizava uma hierarquia superior à das leis, mas inferior à da Constituição Federal[184].

No ano de 2004, com o advento da Emenda à Constituição nº 45, foi inserido o parágrafo terceiro ao art. 5º da CF/1988 estabelecendo que os tratados internacionais relativos ao tema dos direitos humanos que fossem aprovados, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, em dois turnos de votação, em quórum de três quintos dos votos, teriam hierarquia equivalente à das emendas constitucionais. A título de curiosidade, apenas a Convenção sobre as Pessoas com Deficiência foi aprovada por este procedimento. Logo, suas disposições apresentam hierarquia equivalente à da CF/1988[185].

Desta forma, forçosa a conclusão de que existe uma tripla hierarquia acerca dos trados internacionais no direito brasileiro. Inicialmente, tem-se que somente os tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo rito previsto no art. parágrafo terceiro da CF/1988, terão a mesma hierarquia dos dispositivos constitucionais. Por outro lado, os tratados internacionais sobre o tema que forem ratificados sem o quórum qualificado de votação terão status supralegal. Por fim, os tratados internacionais que não versarem sobre o tema dos direitos humanos terão a mesma hierarquia de uma lei ordinária[186].

---

183 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.9.

184 NOVELINO, Marcelo; CUNHA JUNIOR, Dirleu da. **Constituição Federal para Concursos:** Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Pp. 155-156.

185 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 379.

186 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Pp. 832-837.

4.2.2 A prisão em flagrante, como medida administrativa, precisa ser controlada judicialmente

Conforme analisado anteriormente, a prisão em flagrante deixou de ser modalidade autônoma a autorizar o cerceamento de liberdade do indivíduo, passando a ostentar, atualmente, uma natureza jurídica de medida pré-cautelar, uma vez que após ser efetivada, precisará ser analisada pelo magistrado competente. Assim, eventual medida cautelar prisional imposta alterará os fundamentos pelos quais o indivíduo se encontra privado de sua liberdade. Assim, a prisão em flagrante tem por finalidade a cessação da conduta criminosa e a disponibilização do suposto autor do delito a um Juiz, o qual deverá analisar sua legalidade e as medidas a serem tomadas no caso concreto.

Tal mudança ocorreu, segundo Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, em razão do fato de que o CPP foi editado, originariamente, sob a égide de um regime autoritário, sendo fundado na presunção de culpa e na necessidade de se mitigar os riscos de fuga. Assim, a prisão em flagrante tinha por finalidade antecipar o provimento final do processo. Posteriormente, com o advento da lei nº 12.403/2011, houve uma profunda mudança no regime das medidas cautelares penais. Tanto que todas precisam de ordem judicial escrita para serem impostas, além de se prever um regime excepcional para a decretação de prisões cautelares[187]. Ainda sobre o assunto, ambos os autores afirmam que:

> Assim, cumpre redefinir os rumos da prisão em flagrante, no que toca à importante questão de sua manutenção, após o cumprimento de suas funções (recolhimento imediato dos elementos informativos disponíveis e impedimento de maiores consequências do fato praticado). Uma coisa, então, parece induvidosa: a prisão em flagrante não poderá ser mantida sob este específico fundamento: a flagrância. Não poderá, portanto, fundamentar presunção de culpa, embora não se possa, de outro lado, subestimar a eficácia instrumental da medida, relativamente à visibilidade do fato e sua autoria, bem como no que respeita aos possíveis riscos de perturbação das investigações, diante de sua força de convencimento[188].

Ademais, convém destacar que a prisão em flagrante é a única forma de cerceamento da liberdade que independe de autorização judicial, podendo, inclusive, ser efetivada por qualquer do povo, reduzindo as chances de respeito às garantias previstas constitucionalmente ao indivíduo capturado. Logo, a análise de sua legalidade por um magistrado torna-se ainda mais necessária.

---

[187] PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. P. 725.
[188] Idem. P. 725.

Por fim, o estudo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa na cidade de São Paulo revelou que a maioria expressiva dos casos em que se narrou, nas audiências de custódia, a prática de violência por parte dos policiais, elas aconteceram no momento do flagrante, conforme demonstra o gráfico abaixo[189]:

4.2.3 Eficácia do Mandamento Convencional

A determinação para que a audiência de custódia seja realizada está prevista, no Brasil, nas disposições da CADH. Entretanto, para entender se era possível a apresentação pessoal no processo penal pátrio, é necessário abordarmos a eficácia do mandamento convencional.

A doutrina clássica acerca da eficácia das normas constitucionais foi elaborada pelo jurista português José Afonso da Silva. Em que pese a teoria do autor tenha analisado as normas previstas nas Constituições dos países, ela se mostra compatível com o conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos, posto que ambos os instrumentos normativos se assemelham. De acordo om o jurista, existem três tipos de eficácia das normas: a) Plena; b) Contida; c) Limitada[190].

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que apresentam aplicabilidade direta, imediata e integral. Assim, não dependem de nenhuma outra vontade intermediadora entre a norma e o caso concreto. Ademais, não se sujeitam a condição temporal, inexistindo

---

[189] INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Estudo publicado em maio de 2016. Disponível em < http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. P. 70.

[190] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Malheiros Editores, 1998. Pp. 81-82.

prazo para sua entrada em vigor. Por fim, suas disposições não podem sofrer restrição por normas infraconstitucionais. Como exemplo, tem-se que a imunidade civil e penal dos parlamentares brasileiros por suas palavras e votos, prevista no art. 53, *caput*, da CF/1988 não poderia ser reduzida pelo CP ou pelo CPP[191].

Já as normas constitucionais de eficácia contida são caracterizadas por apresentarem eficácia plena, mas possivelmente não integral. Isto significa que uma lei infraconstitucional, por autorização constitucional, pode regulamentar ou restringir seus efeitos, desde que proporcionalmente. Assim, na ausência da lei infraconstitucional, a norma constitucional de eficácia contida terá efeitos plenos. Logo, ela não depende de lei para ser aplicada no caso concreto, mas a lei pode restringir sua aplicação no caso concreto[192]. Assim, por exemplo, tem-se a liberdade do exercício de profissões, prevista no art. 5º, inciso XIII da CF/1988, cuja redação a condiciona ao preenchimento dos requisitos legais.

As normas constitucionais de eficácia limitada são indiretas e mediatas. Indiretas, pois dependem da de um mecanismo de implementação, tais como uma lei, uma política pública ou uma decisão judicial. Mediatas pois depende de uma condição para ser aplicada.

A doutrina a divide em dois grupos: a) Normas de princípio institutivo b) Normas de conteúdo programático.

As normas de princípio institutivo são aquelas que depende de outra norma para dar corpo, forma ou estrutura a determinadas instituições. Como exemplo, tem-se que a CF/1988, em seu art. 102, parágrafo primeiro, atribui ao STF a competência para julgar as ADPF´s. Entretanto, sem uma lei que regulamente o procedimento de tal ação constitucional, não será possível ajuizá-las, pois nada de seu regramento, exceto a competência para julgamento, foi definido pela Carta Magna[193].

Por outro lado, as normas de conteúdo programático são aquelas que estabelecem diretrizes ou programas de ação a serem implementados pelos poderes públicos. Como exemplo, tem-se os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vistos no art. 3º da CF/1988[194].

A CADH, em seu art; 7º, item 5, determina que toda pessoa presa seja apresentada pessoalmente a um magistrado ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções

---

[191] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. P. 318.
[192] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Malheiros Editores, 1998. Pp. 104-105.
[193] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. P. 318.
[194] Idem. P. 318.

jurisdicionais. Entretanto, em que pese tal tratado internacional prever a audiência de custódia, acaba por não esclarecer maiores detalhes acerca da forma como tal apresentação ocorrerá, bem como não regula o juízo competente, o prazo, o procedimento e eventuais recursos. Assim, sem que haja a intermediação de outra lei, a previsão convencional é inócua e impossível de ser aplicada aos casos concretos. Logo, diante do exposto, forçosa a conclusão de que a referida previsão da CADH caracteriza uma norma convencional de eficácia limitada, mais precisamente de conteúdo institucional.

4.3 Fundamentos de sociologia jurídica

4.3.1 A vulnerabilidade da população carcerária: A questão do estigma

Desde a época em que Michel Focault escrevia[195], tem-se que os estabelecimentos prisionais eram vistos como uma solução precária e incapaz de frear os índices de criminalidade, bem como de ressocializar aqueles que ali se encontram.

Já Weber Martins Batista escancara as mazelas do sistema penitenciário nacional, ao entender que a doutrina é unânime em reconhecer o fracasso da pena de prisão, pois ela, além de não ressocializar os indivíduos, acaba por funcionar como uma verdadeira escola da criminalidade[196].

A precariedade das penitenciárias nacionais acaba por vulnerar os detentos, os quais passam a não ter condições mínimas de uma vida digna no interior dos muros. Segundo Hulsman, é falsa a concepção de que as penas corpóreas foram abolidas, uma vez que uma as penitenciárias maculam a humanidade dos presos, posto que as celas mal projetadas são pioradas com a superlotação e a falta de manutenção, gerando um cenário de privação de ar, estímulo à propagação de doenças, pois todos partilham os mesmos vasos sanitários e os dejetos são eliminados na presença dos outros companheiros de cárcere. Ademais, as refeições servidas são de procedência duvidosa. Por fim, é frequente o contato com ratos e baratas, únicos serem vivos capazes de viver bem em um ambiente tão inóspito[197].

Caio Paiva assevera que o sistema pena transita entre rebeliões e mutirões, ambas faces da mesma moeda da ineficiência estatal. As rebeliões mostram que não há controle sobre os

---

[195] De acordo com o autor, a prisão seria a "detestável solução, de que não se pode abrir mão" (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. P. 218).
[196] BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória.** Rio de Janeiro: Forense, 1981. P. 20.
[197] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993. Pp. 62-63.

presos e que a vida nas penitenciárias beira o surreal. Por outro lado, os mutirões retratam que o Poder Judiciário trabalha de uma forma aquém do que seria esperado[198].

De acordo com dados do INFOPEN, o Brasil saltou de uma população prisional de 232.755 presos no ano de 2000 para a expressiva quantia de 622.202 no ano de 2014, número que nos coloca na quarta posição mundial entre as nações com mais detentos, perdendo apenas para os Estados Unidos, a China e a Rússia. Agravando o problema, existem apenas 371.884 vagas no sistema penitenciário nacional, havendo um déficit de vagas na ordem de 67%[199].

Um fator que eleva a quantidade de encarcerados é a cultura judicial de decretar a prisão preventiva de forma burocrática, ou seja, sem analisar corretamente se tal medida era realmente necessária e proporcional ao caso concreto. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada publicou um estudo sobre o tema, no qual se constatou que a prisão provisória funciona como a regra geral no processo penal, ao invés de ser aplicada excepcionalmente, de acordo com as disposições do CPP. Tanto que 54,6% das denúncias aceitas tornam réus presos provisórios. Por outro lado, leva-se, em média, cerca de cento e vinte dias até que o encarcerado tenha seu primeiro contato com uma autoridade judicial. Por fim, tal medida cautelar se prolonga, em média, por mais de seiscentos dias[200].

O cenário brasileiro de superlotação, aliado de precárias condições de higiene, implicam na impossibilidade de os encarcerados conseguirem pensar nos crimes praticados, estimulando uma mudança de vida. Pelo contrário, a barbárie vivida no cárcere gera forte revolta, a qual será descontada na sociedade no momento em que pena for cumprida e a liberdade reconquistada.

Uma primeira consequência do cárcere, seja ele definitivo ou provisório, refere-se aos seus efeitos sociais. O estigma de ser egresso de uma penitenciária gera uma barreira entre o ex detento e as demais pessoas, as quais parecem estar em um patamar acima. Isto acaba gerando uma redução das oportunidades lícitas de obtenção de renda e humanidade, em razão da desconfiança gerada pela anterior privação da liberdade[201].

Uma segunda consequência do cárcere é o estigma econômico, uma vez que dificilmente alguém condenado criminalmente conseguirá encontrar um emprego com carteira de trabalho

---

198 PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 22.
199 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: 2014. Pp. 14, 18 e 19.
200 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A aplicação de penas e medidas alternativas**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. P. 34.
201 WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 3-4.

assinada. A sociedade não se preocupa em saber por que o indivíduo foi preso, contentando-se em questionar se ele por preso ou não[202].

Há necessidade de se destacar o estigma na saúde dos presos, pois, em razão do ambiente contaminado e promíscuo em que vivem, acabam por estar sujeitos, com maiores riscos, à infecção de doenças contagiosas. Como exemplo, a prevalência do agravo "vírus do HIV" nas penitenciárias brasileiras é de 1,3% para cada grupo de cem mil encarcerados[203], sendo que o mesmo índice cai para cerca de 0,20%[204]. Logo, um preso corre 6,5 mais chances de contrair o vírus HIV do que uma pessoa livre. Em relação ao agravo "tuberculose", seu índice de prevalência é de 0.9% para cada grupo de cem mil encarcerados[205]. No Brasil, tal índice cai para 0,03%. Assim, um indivíduo cumprindo pena terá três vezes maiores chances de ser exposto e se contaminar com o vírus da tuberculose[206].

Outro fator importante na estigmatização de presos são os frequentes programas televisivos sensacionalistas, os quais se utilizam da ânsia punitivista da população para mostrar indivíduos que ainda não foram condenados pelos fatos supostamente praticados, mas que são julgados imediatamente como párias. A pressão da mídia é tão intensa que muitos Promotores de Justiça e Juízes acabam por ceder à dita "opinião pública", gerando processos em que vigem as prisões cautelares, bem como o desrespeito dos direitos e garantias fundamentais dos réus[207].

Existem autores que discutem, atualmente, a estigmatização provocada pelas medidas cautelares não prisionais, sobretudo o monitoramento eletrônico. A tornozeleira eletrônica, aparelho frequente na efetivação da cautelar prevista no art. 319, inciso IX do CPP, apresenta dimensões consideráveis, mostrando a todos em volta do seu usuário que ele é alguém cumprindo pena. Assim, tal geraria os estigmas sociais e econômicos referidos, mas colocaria em risco a própria integridade do apenado, posto que ele correrá maiores riscos de ser vítima de linchamento, caso haja a suspeitas do cometimento de um crime no local em que ele esteja, hipótese em que o tornará o alvo imediato do ódio das massas[208].

Sintetizando a problemática das penitenciárias, Cláudio do Prado Amaral conclui que:

---

[202] WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P.16.
[203] BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: 2014. P. 55.
[204] Dado obtido no site do *Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais* no seguinte link: http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil.
[205] BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: 2014. P. 55.
[206] Dado obtido no site do Ministério da Saúde, no seguinte link: http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/marco/25/Boletim-tuberculose-2015.pdf.
[207] Idem. P. 17-27.
[208] FLAUZINA, Ana et al. **Discursos Negros: Legislação Penal, Política Criminal e Racismo.** Brasília: Editora Brado Negro, 2015. Pp. 76-77.

> A observação da realidade atual do sistema prisional brasileiro revela que pouca coisa mudou. É fácil apontar o registro de fatos como: o de uma mulher presa entre presos, seguidamente violentada, durante dias; a mistura de presos condenados e provisórios em um mesmo ambiente; detentos comendo com as mãos alimentos fornecidos em sacos plásticos; presos cumprindo penas em *containers*; a morosidade do sistema de justiça e, consequentemente dos processos judicias; a violência *intra muros*; a debilidade da assistência à saúde; ações principalmente voltadas à disciplina em detrimento da humanização e socialização; baixa interferência do judiciário na efetiva interdição de unidades prisionais; estabelecimentos penais com a capacidade três vezes excedida; etc.
> (...)
> Em grande parte, o estado de cosias permanece porque o preso é um alguém que não é percebido pela sociedade como seu semelhante humano. O cidadão comum associa frequentemente a perda da condição humana do preso como consequência de um ato ilícito por ele praticado, sem maiores indagações[209].

Logo, diante do cenário descrito, tem-se que a audiência de custódia não será capaz de resolver os problemas das penitenciárias brasileiras, mas servirá como filtro que permitirá aos juízes decidir sobre a imposição de medidas cautelares prisionais ou não prisionais de forma mais racional, evitando ao máximo que indivíduos sejam submetidos a tais estigmas quando aplicável a liberdade provisória.

4.3.2 O presídio como instituição total

4.3.2.1 Erwing Goffman

O termo instituição total foi elaborado pelo sociólogo estadunidense Erving Goffman após sua pesquisa de campo realizada no Sta. Elizabeths Hospital, localizado na cidade de Washington D.C durante a década de 1950. Estudando a micro sociedade do nosocômio, o autor foi capaz de identificar as características comuns de grupos marcados pelo isolamento com o restante da sociedade, sendo que tal segregação abarca os aspectos laborativas, de lazer e repouso dos seus membros[210].

Logo, as instituições totais são marcadas como o local em que uma parcela expressiva de pessoas se encontram em situações parecidas, havendo certo isolamento em relação aos demais indivíduos que ali não se encontram, por um relevante lapso temporal, podendo apresentar inúmeras finalidades[211].

---

[209] AMARAL, Cláudio do Prado. **A História da Pena de Prisão.** Jundiaí: Paco Editorial, Pp. 159-160.
[210] BENELLI, SJ. **Goffman e as instituições totais em análise**. In: A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas. São Paulo: Editora UNESP, 2014, pp. 23-62. P. 23.
[211] GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1974
. P. 11,

Segundo o autor, as instituições totais poderiam exercer cinco finalidades a depender do modo como se organizavam, quais sejam:

> a) as criadas para cuidar de pessoas que são consideradas incapazes e inofensivas, tais como as casas de cegos, asilos para idosos, órfãos e indigentes; b) locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são também uma ameaça não intencional para a comunidade, como sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais e leprosários; c) as criadas para proteger a comunidade contra ameaças e perigos intencionais, sem se importar muito com o bem-estar das pessoas segregadas, onde se inserem as cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra e campos de concentração; d) as erigidas com a intenção de realizar de um modo mais adequado alguma tarefa instrumental, tais como: quartéis, navios, escolas internas, campos de trabalho, colônias; e) os estabelecimentos destinados a servir de refúgio do mundo, que também podem servir como locais de instrução para religiosos, tais como: abadias, mosteiros, conventos e outros claustros[212].

As consequências da permanência de um indivíduo em tais locais não têm o condão de substituir sua essência cultural, em regra. Entretanto, principalmente no caso dos presídios, em que a estadia acaba se prolongando ao longo do tempo, pode começar a surgir o fenômeno da mortificação do eu, uma vez que a pessoa perderá determinadas características que a identificavam como um ser autônomo, tornando-a uma espécie de engrenagem da instituição total, devendo pautar seu comportamento de acordo com as regras estabelecidas[213].

Isto ocorre, inicialmente, em razão da organização social das instituições totais dividida em dois grupos. O primeiro é marcado pelos membros da equipe dirigente, responsável pela dinâmica social dos internados, os quais compõem o segundo grupo. A interação entre ambos é marcada pela assimetria informacional, havendo um controle e vigilância daqueles em relação a estes últimos[214].

Assim, aplicada a teoria de Goffman aos presídios, conclui-se que o processo de mortificação do eu, caracterizado como a perda da própria identidade do indivíduo, é intensificado desde o início, uma vez que, ao ingressar o estabelecimento prisional, o detento é despojado de seus bens pessoais, tem sua cabeça raspada e recebe um uniforme, sendo ele será sua vestimenta durante o cumprimento da pena. Ademais, raros serão os momentos de solidão, pois as celas são compartilhadas, bem como a realização de atos outrora considerados íntimos, como urinar, defecar, banhar-se e, em vários casos, a prática de relações sexuais.

---

[212] BENELLI, SJ. **Goffman e as instituições totais em análise**. In: A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas. São Paulo: Editora UNESP, 2014, pp. 23-62. P. 24.

[213] SANTOS, Robson dos. **Interações, poder e instituições totais: A narrativa de Primo Levi e a microssociologia de Erwing Goffman**. Revista de Sociologia Política**,** Curitiba, v. 17, n. 34, p.231-240, out. 2009. P. 232.

[214] FERREIRA, Marcelo Santana. P**olissemia do conceito de instituição: diálogos entre Goffman e Foucault**. Estudos Contemporâneos da Subjetividade**,** Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p.74-86, maio 2012. P. 76.

4.3.2.2 Michel Foucault

Diferentemente de Goffman, Foucault procura analisar seu objeto de estudo a partir das chamadas "instituições austeras", as quais são marcadas pelo objetivo de disciplinar um determinado grupo populacional[215].

O tema é ilustrado, inicialmente, por meio da análise dos soldados. Segundo Foucault os antigos guerreiros apresentavam um físico robusto, em razão do seu ofício de guerrear, sendo escolhidos, para o exército, os homens naturalmente mais fortes. Porém, a partir do século XVIII, os soldados passaram a ser moldados graças ao aprimoramento dos treinamentos. Assim, qualquer indivíduo poderia se tornar um combatente se assim o desejasse. Logo, o corpo deixou de ser entendido como algo dotado de qualidades naturais, sendo um bem passível de aprimoramento[216].

Entretanto, surgiu a necessidade de que houve o controle minucioso no que tange ao treinamento. Tal mecanismo de controle é denominado de disciplinas, as quais tornam o indivíduo mais obediente e útil.

Percebeu-se, à época, que era possível aplicar as disciplinas em grupos delimitados de pessoas, desde que houve isolamento destes em relação ao restante da sociedade. O afastamento mostrou-se possível nas prisões, colégios, quarteis e fábricas, como exemplo.

As disciplinas eram marcadas pela hierarquia, vigilância e mérito, sendo capaz de transformar uma massa confusa em uma multiplicidade de pessoas organizadas. Para tanto, havia necessidade de: a) Controle rígido do tempo, pois quanto maior o seu fracionamento, mais fácil a regulação das atividades desempenhadas; b) Separação dos novatos dos veteranos, como forma de uniformizar o que estava sendo ensinado; c) Aprendizados de uma tarefa de cada vez; d) Avaliação por meio de provas; e) Sistema de obediência a comandos[217].

Para que todo o esquema funcionasse, estruturou-se um sistema de vigilância piramidal, segundo o qual os próprios fiscais acabam sendo analisados e avaliados, sempre por alguém pertencente a uma hierarquia superior.

Ademais, eventuais desvios cometidos pelos membros de uma instituição eram punidos, sendo que castigos variavam de pequenas humilhações até mesmo a castigos físicos envolvendo

---

[215] Ibidem. P. 79.
[216] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. P. 117.
[217] Idem. Pp. 143-147.

violência. No conceito de desvios poderiam ser abarcadas as hipóteses em que uma determinada meta não foi alcançada[218].

Como se observa, os presídios se adequam ao conceito de instituições austeras cunhado por Foucault, uma vez que um determinado grupo populacional, no caso os presos, são segregados da sociedade, passando a serem constantemente vigiados pelos agentes penitenciários, havendo um controle rígido de tempo para a realização das atividades diárias (e.g. exercícios físicos, banho de sol, visitas). Ademais, eventuais transgressões são punidas legalmente, por meio das disposições da LEP, bem como ilegalmente, através de castigos físicos impostos por outros detentos ou por servidores públicos.

4.3.3 Direitos e garantias constitucionais vinculados à audiência de custódia

4.3.3.1 Respeito à Integridade Física e Moral dos Presos

O legislador constitucional apresentou preocupação com a integridade física e moral dos indivíduos presos, tanto que tal garantia foi positivada no art. 5º, inciso XLIX da CF/1988.

Desta forma, isto significa que a prisão não aniquila o indivíduo para o direito, uma vez que ele mantém seus direitos à propriedade, à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, à vida, bem como à dignidade da pessoa humana. O encarceramento afeta apenas alguns direitos, como a liberdade de locomoção, os direitos políticos e o livre exercício de profissões[219].

Ademais, uma forma de assegurar que o preso não foi vítima de abuso de autoridade, lesão corporal ou tortura, antes da implementação das audiências de custódia, era a necessária a realização de exame de corpo de delito, tanto no momento da captura do indivíduo, quanto no momento de sua soltura. Desta forma, seria possível avaliar como evoluiu sua saúde e integridade física enquanto esteve custodiado pelo Estado,

Atualmente, um tema que sensivelmente à integridade moral dos presos é a forma pela qual a mídia se relaciona com o processo penal.

Frequentemente, inúmeras prisões cautelares são acompanhadas ao vivo pela imprensa, sendo a captura filmada ao vivo e transmitida na internet, na televisão e nos jornais impressos, destacando a imagem e o nome do indivíduo preso, sem que ele tenha autorizado a divulgação

---

[218] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. P. 154-158.

[219] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 881.

do seu rosto e sem que haja transitado em julgado sua culpa. Logo, ele é considerado um bandido pela imprensa, a qual fomenta na população um desejo de vingança, independentemente das provas trazidas ao processo.

Segundo Ana Lúcia Menezes Vieira, a proteção à integridade moral dos presos proibiria a espetacularização do processo penal, sendo possível a divulgação da imagem do encarcerado em duas hipóteses: a) Prévia autorização do preso; b) Divulgação for necessária à administração da justiça, como ocorre com a divulgação de retratos falados ou de suspeitos foragidos[220].

Um caso que ilustra bem os julgamentos sumários realizados pela mídia é denominado de "Caso da Escola Base". No ano de 1994, os administradores e um motorista da Escola de Educação Infantil Base foram acusados de drogas e violentar sexualmente algumas crianças que na instituição estudavam. Após o julgamento sumário realizado pela mídia, os acusados foram considerados culpados pela população e pela imprensa, conforme ilustra a imagem do slide. Todos perderam os empregos e foram abandonados por amigos e familiares. Sucedeu, entretanto, que as acusações se mostraram falsa. Entretanto, os efeitos nocivos da má publicidade foram realizados[221].

Outro tema relacionado à integridade física e moral dos presos refere0se ao uso de algemas. Inicialmente, o tema era regulado apenas no artigo 199 da Lei de Execução Penal, o qual determinava que um decreto federal estabeleceria as condições de uso. Porém, o referido decreto ainda não foi editado até a presente data.

Posteriormente, foi acrescentado o parágrafo terceiro ao art. 474 do CPP, disciplinando o uso de algemas no plenário do júri. Assim, em clara preocupação com estigma que as algemas causam nos presos, de modo a influenciar negativamente os jurados, ficou estabelecido que o uso seria excepcional, sendo autorizado somente para garantir a execução dos trabalhos, a segurança das testemunhas ou a integridade física daqueles que acompanham o ato.

Entretanto, o tema ainda carecia de regulamentação para os demais casos. Em razão da inércia do Legislativo em regular o uso de algemas, o STF, invocando a integridade moral dos presos, praticamente legislou e editou a súmula vinculante nº 11, com a seguinte redação:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade

---

[220] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 153.

[221] CRUZ, Maurício Jorge D'Augustin. **O caso da escola infantil da base: liberdade de imprensa e presunção de inocência**. Porto Alegre: PUCRS, 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003. p. 106

> disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado[222].

Especificamente quanto ao tema da audiência de custódia, tem-se que a integridade física do preso procurará ser resguardada em alguns dispositivos da Resolução 213/2015 do CNJ, bem como no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011.

A Resolução 213/2015 do CNJ determina, em seu art. 1º, parágrafo quarto, que os presos que estiverem com enfermidade grave ou nos casos excepcionais em que a apresentação pessoal não for possível, o magistrado competente deverá se deslocar até o local em que o capturado se encontre, para a realização do procedimento. Contudo, na impossibilidade de que isso ocorra, a realização da audiência de custódia será postergada para a primeira oportunidade após a recuperação integral da saúde do preso.

Outra forma de resguardar a integridade do preso é vedando a participação, na audiência de custódia, dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou investigação. Tal regra é prevista no art. 4º, parágrafo único, da Resolução 213/2015 do CNJ, bem como na redação sugerida do art. 306, parágrafo nono do CPP, a ser estabelecida pelo Projeto de Lei do Senado 554 de 2011. Garante-se, desta forma, que o capturado não se sinta pressionado a mascarar eventuais abusos físicos ou psicológicos por ele sofridos durante a sua prisão.

Objetivando concretizar a preocupação com a integridade física, ambas as normas referidas anteriormente determinam a realização de exame de corpo de delito no indivíduo preso, como forma de avaliar se sua higidez corpórea é condizente com que for relatado durante a audiência de custódia. Ademais, havendo a denúncia de tortura ou maus tratos, a Resolução 213/2015 do CNJ estabelece um protocolo específico a ser seguido, como forma de evitar impunidade.

4.3.3.2 Princípio da Presunção da Inocência

O princípio da presunção da inocência está positivado no art. 5º, inciso LVII da CF/1988, o qual determina que o trânsito em julgado da condenação é marco temporal para que alguém seja considerado culpado no processo penal brasileiro.

---

[222] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**, de 28 de agosto de 2008. Brasília. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em 30 de abril de 2017.

Ademais, tal princípio também está presente no 8º, item 2 da CADH, cuja redação estabelece que a prova legal da culpa é o limite para que um indivíduo seja considerado inocente.

De acordo com o doutrinador Marco Antônio Marques da Silva, a presunção da inocência apresenta três finalidades, quais sejam: a) Assegurar garantias a um acusado frente ao direito de punir por parte do Estado; b) Evitar que o acusado sofra medidas que restrinjam seus direitos enquanto não verificada sua culpa no caso concreto; c) Atribuir o ônus probatório para a acusação, ou seja, o réu não precisa provar sua inocência, bastando que demonstre que a acusação não se mostrou capaz de comprovar sua culpa[223].

Tema polêmico relacional a tal princípio é a sua vigência temporal, ou seja, até que momento do processo em que exerce seus efeitos. Abordando a questão, tem-se que a CADH e a CF/1988 atribuem duração diferente para a presunção da inocência.

A CF/1988 é clara no sentido de considerar alguém como inocente enquanto não transitar em julgado a condenação. Assim, enquanto não esgotadas todas as vias recursais, o indivíduo não pode reconhecido como culpado. Já a CADH restringe a presunção até o momento em que restar comprovação legal da culpa do acusado. Logo, seria possível considera-lo culpado com o acórdão do Tribunal de Justiça ou TRF que condena o indivíduo, uma vez que o STJ e o STF não analisam questões fáticas, restando comprovado que o acusado praticou o crime. Os apelos aos tribunais superiores acabam por analisar vícios processuais que podem anular todos os atos já praticados, mas não se rediscutirá o conteúdo das provas carreadas aos autos.[224]

Sucedeu, entretanto, que o STF modificou o entendimento existente sobre o tema. No julgamento do HC 126.292, neste ano de 2017, a corte constitucional passou a entender a possibilidade da execução provisória da condenação penal após o julgamento do caso por um tribunal de segunda instância. Considerou-se que, por meio do devido processo legal, o réu teve a possibilidade de se defender em duas instâncias e que, julgada a apelação, não é mais possível se analisar questões fáticas do caso. Ademais, entendeu-se pela impossibilidade de o manejo de infinitos recursos serem usados como forma de evitar a punição de culpados. Por fim, destacou-se que ainda subsiste, para a defesa, o habeas corpus como formas de garantir a cessação de eventual constrangimento ilegal[225].

---

[223] SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. Pp. 30-31.
[224] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 44.
[225] CUNHA, Rogério Sanches. **Execução provisória da pena.** 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>. Acesso em: 15 maio 2017.

Em razão da polêmica gerada com a adoção de tal entendimento, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, com a finalidade de reconhecer a adequação do art. 283 do CPP à Carta Magna, uma vez que ele limita o encarceramento das pessoas às hipóteses de flagrante, prisão temporária, prisão preventiva ou em decorrência de condenação criminal transitada em julgado. O objetivo das ações era reverter o entendimento adotado pelo STF que autorizava a execução provisória da pena. Sucedeu, entretanto, que o STF manteve seu entendimento, dando interpretação conforme à constituição ao art. 283 do CPP, para adequá-lo à possibilidade de execução provisória da pena. Assim, nossa corte constitucional entendeu que o princípio da presunção da inocência apresenta conteúdo dinâmico, modificando-se a depender da marcha processual. Até o julgamento da segunda instancia, ele pende para a defesa, uma vez que a culpa do acusado não foi formada. Já após o acórdão condenatório, ele pende para a acusação, pois as questões fáticas do caso tornam-se imutáveis. Ademais, asseverou-se que o conceito de "trânsito em julgado" no processo criminal não é o mesmo verificado no processo civil. No processo civil, "trânsito em julgado" equivale à formação da coisa julgada, oportunidade em que nenhum recurso mais é cabível no processo. Já no processo penal, o termo significa a impossibilidade de análise fática do caso, o que ocorre com julgamento da segunda instância[226].

Ademais, tem-se que o princípio da presunção da inocência se desdobra em duas regras. A primeira é a regra probatória. A segunda é a regra de tratamento.

Pela regra probatória, também denominada de *in dubio pro reo*, o Ministério Público ou o querelante apresentam o ônus, ou seja, a obrigação de provarem a culpa daquele que acusam. Assim, o juiz do caso, ao analisar as provas produzidas, deverá absolver o réu caso exista qualquer dúvida razoável de sua inocência, uma vez que é preferível não punir um culpado do que prender um inocente. Ressalta-se que o *in dubio pro reo* somente tem validade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A partir daí, passa a valer o *in dubio contra reum*[227].

Em contrapartida, a regra de tratamento, apresenta duas dimensões: a) Dentro do processo, tem por finalidade fazer com que o juiz enxergue o réu como um inocente, considerando a imposição de medidas cautelares somente em último caso, além de absolve-lo quando a acusação não lograr êxito em provar sua culpa. b) Externamente ao processo, objetiva evitar que haja publicidade abusiva e estigmatização sobre os acusados, uma vez que eles ainda

---

[226] CUNHA, Rogério Sanches. **Execução provisória da pena.** 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>. Acesso em: 15 maio 2017.
[227] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 44.

não foram declarados culpados pela Justiça. Entretanto, tal regra não é cumprida no Brasil, conforme se verifica nos casos criminais midiáticos que se sucedem de tempos em tempos[228].

Uma forma de garantir a presunção de inocência durante a audiência de custódia foi estabelecida tanto pela Resolução 213/2015 do CNJ (em seu art. 8º, parágrafo primeiro), quanto pelo Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 (na redação sugerida ao art. 306, parágrafo sétimo do CPP) limitam que as perguntas da acusação e da defesa se limitem sobre a legalidade e a necessidade da prisão, sendo vedado o questionamento de temas que se relacionem ao mérito dos fatos a serem abordados em uma futura ação penal.

4.3.3.3 Princípio do Contraditório

Conceitualmente, contraditório seria comunicação às partes do processo a respeito de cada ato processual realizado, dando a possibilidade de que haja a manifestação e a confrontação de ideias, sempre que houver interesse para tanto.

Tal conceito abarca os dois elementos do contraditório: O primeiro é o direito à informação, ou seja, a ciência pelas partes dos atos processuais praticados no processo. O segundo é o direito de participação, representado pela possibilidade de as partes impugnarem ou concordarem com os referidos atos dos quais tomaram conhecimento[229].

Convém destacar a mudança na concepção do contraditório. Originalmente, entendia-se que bastava a possibilidade abstrata de ambas as partes se manifestarem no processo, independentemente de eventuais desequilíbrios técnicos ou financeiros envolvidos no caso. Contudo, em razão do princípio da isonomia e da superação do princípio da igualdade formal entre as partes, surgiu a necessidade de igualar os desiguais, fator que repercutiu no princípio do contraditório. Assim, para que se possa falar em contraditório, há necessidade de que o embate entre as partes seja efetivo e equilibrado. Logo, como a acusação criminal é representada pelo Estado, o CPP estabelece algumas regras em apoio à defesa, de modo a conferir paridade de armas entre as partes[230]. Como exemplo, tem-se que o art. 261 do CPP proíbe que qualquer acusado seja julgado sem defensor. Por outro lado, o art. 497, inciso V do CPP autoriza que o juiz presidente do júri nomeie outro defensor ao acusado, quando entender que ele está indefeso.

Em que pese se tratar de um direito às partes do processo, princípio do contraditório encontra limitações reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência. A mais comentada nas

---

[228] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 45.
[229] Idem. P. 49.
[230] PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Pp. 43-44.

obras jurídicas e nos acórdãos proferidos pelos tribunais se refere à sua inaplicabilidade ao inquérito policial. Apesar de o inquérito ser um procedimento administrativo, sua finalidade é a colheita de elementos de informação acerca da autoria e materialidade de um determinado crime, não havendo necessidade de que o investigado se manifeste acerca das descobertas realizadas. Entretanto, isto gera uma consequência: Tudo o que for levantado durante o inquérito não poderá ser considerado, em regra, como prova, tendo em vista que elas somente são produzidas durante o processo judicial e com a participação de ambas as partes. Para conferir maior força a tal consequência, o art. 155, *caput* do CPP proíbe que o juiz motive uma condenação criminal com base exclusivamente nos elementos colhidos durante o inquérito[231].

O princípio do contraditório é assegurado em sede da audiência de custódia por meio da participação obrigatória de um membro do Ministério Público, bem como pelo preso estar acompanhado de defesa técnica, sendo possível que ambas as figuras questionem o custodiado acerca das circunstâncias da sua captura, como forma de embasar eventuais pedidos de prisão preventiva e de liberdade provisória.

4.3.3.4 Princípio da Ampla Defesa

Conceituando, a ampla defesa é o conjunto de meios que os acusados penalmente dispõem para rechaçar uma acusação que considerem injusta ou excessiva.

Apesar de tal princípio estar positivado no art. 5º, inciso LV da CF/1988, o qual também apresenta o princípio do contraditório, ambos não podem ser confundidos. A ampla defesa é exercida por meio do contraditório, ao mesmo tempo em que o garante, pois a "participação" da parte, elemento do contraditório, é caracterizada pela sua defesa. Outro argumento para diferenciar os dois princípios reside no fato de que é possível violar o contraditório, sem macular a ampla defesa. O contraditório deve ocorrer para ambas as partes, tanto para acusação, quanto para a defesa. Assim, logo, em uma suposta situação em que o advogado da parte junta um documento que beneficie o réu de um processo criminal e o juiz não dê a possibilidade de o Ministério Público se manifestar haverá a violação do princípio do contraditório, ainda que a ampla defesa do acusado esteja imaculada[232].

A ampla defesa é gênero, sendo suas espécies a defesa técnica e a autodefesa.

---

[231] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 50.
[232] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 37.

A defesa técnica é caracterizada pela atuação de um advogado, profissão que apresenta capacidade postulatória, no melhor interesse do réu em um processo criminal. Sua marca é a indisponibilidade, uma vez que o acusado terá um defensor ainda que deseje ser preso ou tenha desaparecido antes de o processo começar[233].

Ademais, tem-se que o art. 8º, item 2, alínea "d" da CADH assegura o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

Outro aspecto relacionado à defesa técnica é a possibilidade de o réu escolher seu próprio advogado. Assim, somente será admitida a nomeação judicial de defensor a um acusado quando o profissional escolhido abandonar o caso e o interessado se manter inerte após ser intimado para contratar novo patrono.

Vale destacar, também, que os casos em que o réu não tiver condições financeiras para contratar um advogado, ele poderá ser representado pela Defensoria Pública. Entretanto, se a instituição ainda não estiver presente na sua cidade, a defesa ficará a cargo de um advogado dativo nomeado pelo magistrado.

O último aspecto da defesa técnica é a exigência de que ela seja plena e efetiva. Tais requisitos foram positivados no art. 261, parágrafo único do CPP, uma vez que toda manifestação defensiva precisa ser fundamentada. Isto ocorre em razão de que não adianta o indivíduo estar sendo assistido por um advogado que o não defende ou o faz sem zelo. Acerca deste tema, é importante frisar que o advogado não precisa sempre pedir a absolvição do seu cliente, uma vez que isto é impossível em determinados casos. A função do advogado, portanto, é tentar melhorar a situação do acusado[234].

Diferentemente, a autodefesa é aquela realizada pelo próprio acusado nos momentos processuais em que ele tem a possibilidade de se manifestar. Para garantir seu direito à autodefesa, tem-se que, em regra, o acusado deve ser citado pessoalmente, sendo possível a citação por edital somente quando foram empreendidas todas as diligências necessárias para tentar efetivar a citação pessoal ou a citação por hora certa. Em que pese se tratar de um direito do acusado, a autodefesa não é obrigatória, tendo em vista que o imputado pode ficar em silêncio ou mesmo sequer comparecer às audiências marcadas[235].

A autodefesa se desdobra em: a) Direito de audiência; b) Direito de presença

---

[233] DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 23.
[234] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P. 56.
[235] DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 22.

O direito de audiência é caracterizado pela possibilidade de o acusado apresentar, por suas próprias palavras, a sua defesa diretamente ao juiz da causa. Isto ocorrerá no momento do interrogatório. Já o direito de presença garante ao réu a possibilidade de acompanhar, em conjunto com o seu defensor, os atos instrutórios do processo. Como exemplo, o acusado pode acompanhar a prova pericial, bem como ouvir os depoimentos das testemunhas. Tal desdobramento ressalta a importância de tanto o réu, quanto o seu defensor serem intimados pessoalmente acerca dos atos processuais que serão realizados[236].

Todavia, é importante ressaltar que o direito de presença encontra as limitações previstas no art. 217 do CPP, que apresenta a seguinte redação: Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

O princípio da ampla defesa é garantido na audiência de custódia pela exigência de que o preso seja assistido, durante o ato, por advogado por ele contratado ou por Defensor Público. Ademais, é assegurado o direito de que haja contato prévio entre ambos, de modo a amparar a sustentação a ser realizada pela defesa.

4.3.3.5 Princípio do Nemo Tenetur se Detegere

Inicialmente, tem-se que o princípio do nemo tenetur se detegere pode ser caracterizado como o direito que qualquer indivíduo apresenta de não produzir provas contra si próprio.

A principal manifestação de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro é o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII da CF/1988, cuja redação assegura que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado[237]". Entretanto, convém mencionar que o direito ao silêncio é apenas uma das possibilidades de exercício do direito de não se auto incriminar.

---

[236] Ibidem. P. 22.

[237] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 5 de out.. de 1988. Seção 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Por outro lado, na CADH, tal princípio é regulado com maior clareza no art. 8º, item 2, alínea "g", na qual tem-se que "toda pessoa acusada de delito tem direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada[238]".

A doutrina muito debate acerca da titularidade do direito de não se auto incriminar. Logicamente, tem-se que o indivíduo que foi preso, independentemente do tipo de prisão, goza do direito de não produzir provas contra si, cabendo ao Estado provar sua culpa. Por outro lado, a doutrina majoritária e defende que qualquer pessoa que seja considerada suspeita pela prática de um crime também pode se valer da vedação à autoincriminação[239].

Conforme se depreende do referido dispositivo constitucional, há a necessidade de o preso ser informado sobre o seu direito de ficar em silêncio, além do fato de que isso não poderá ser considerado em seu desfavor durante o processo. Ademais, tal mandamento é assegurado durante a realização da audiência de custódia (Art. 8º, inciso III da Resolução 213/2015 do CNJ), uma vez que o juiz é obrigado a informar ao custodiado sobre o direito a nada dizer.

Entretanto, o que acontecerá se o preso não for informado deste seu direito? O STF e a doutrina majoritária entendem que tal problema gera nulidade insanável, devendo ser desconsideradas todas as informações obtidas a partir da captura do preso[240].

Por fim, vale ressaltar que o princípio do nemo tenetur se detegere se desdobra em quatro características, ou seja, ele pode ser exercido pelo seu titular de quatro formas distintas, quais sejam: a) Direito ao silêncio; b) Direito de não ser obrigado a confessar um delito; c) Inexigibilidade de dizer a verdade, desde que isto não configure crime (e.g. denunciação caluniosa); d) Possibilidade de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo[241].

---

238 BRASIL. **Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992**: **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Diário Oficial da União**.** Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.
239 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 72.
240 Idem. P. 74.
241 Idem. Pp. 75-78.

5. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

5.1 Obrigatoriedade

A audiência de custódia, em razão de se tratar de um instituto recente no processo penal brasileiro, é motivo de acalorados debates sobre a necessidade de sua realização, uma vez que a CF/1988 e o CPP já apresentam regras específicas acerca da prisão em flagrante e o procedimento que deverá ser seguido após tal ato.

Em que pese o art. 7º, item 5 da CADH ser cristalino ao determinar a condução do indivíduo preso à presença de um magistrado, muitas vozes ainda se insurgem contra a implementação do instituto na legislação brasileira.

Conforme visto no capítulo terceiro da presente dissertação, inúmeras instituições se manifestaram contrárias à aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, entendendo que a apresentação do preso em flagrante a um Delegado de Polícia, aliada ao posterior controle judicial sobre o caso concreto, já seria o suficiente para que as disposições convencionais fossem respeitadas. Por outro lado, também se defendeu que a administração pública não teria condições logísticas e financeiras para operacionalizar o transporte de todos os indivíduos presos aos respectivos Fóruns.

Outros defendem que a audiência de custódia não deveria ser realizada por se tratar de um procedimento caro e desnecessário. Os custos financeiros decorrem do emprego de viaturas e policiais em deslocamento e proteção de presos pela cidade, ao invés de somente os autos do APF serem direcionados ao Fórum. Por outro lado, a desnecessidade decorreria da suposta inutilidade do procedimento, uma vez que não haveria finalidade instrutória no que for revelado pelo capturado, além de que os juízes acabam por decretar a prisão preventiva em razão da ineficiência das demais medidas cautelares diversas da prisão. A tornozeleira eletrônica, substituto ideal para a cautelar prisional, não é adquirida em quantidade suficiente pelos Estados, os quais também não estruturam um sistema de fiscalização das penas alternativas e das medidas cautelares diversas da prisão[242].

Por outro lado, o Poder Judiciário tem colaborado com os discursos em prol da facultatividade da realização da audiência de custódia, uma vez que a conversão do flagrante em prisão preventiva, na ausência da apresentação pessoal do capturado ao juiz, não é maculada por nulidade, conforme se depreende da seguinte ementa proferida pelo STJ:

---

[242] SILVA, Adelmar Aires Pimenta da. **A audiência de custódia é cara e inútil.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-28/adelmar-silva-audiencia-custodia-cara-inutil>. Acesso em: 09 nov. 2016.

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. **2. A não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante. Precedentes**. 3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência Documento: 1505822 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 28/04/2016 Página 1 de 14 Superior Tribunal de Justiça dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 4. Na hipótese, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando, sobretudo, a expressiva quantidade e variedade das drogas apreendidas – 321,8 g de maconha, distribuídas em 253 sacos plásticos, 570,85 gramas de cocaína, acondicionados em 640 frascos do tipo eppendorf e 130,5 g de crack, divididos em 435 invólucros plásticos -, circunstâncias essas que evidenciam a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do acusado, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública. 5. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública 7. Habeas corpus não conhecido[243].

Entre os defensores do instituto, as críticas e a demora na implementação da audiência de custódia caracterizam sintomas do ilegalismo existente no processo penal brasileiro. Historicamente, a prisão preventiva foi usada como uma demonstração de poder por parte do Estado, razão pela qual a previsão do art. 7º, item 5 da CADH foi ignorado por mais de duas décadas pelos operadores do Direito brasileiro. Entretanto, a população carcerária acabou por atingir números alarmantes e se tornou economicamente inviável. Assim, atestado o fracasso

---

[243] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. Habeas Corpus 344.989. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 19 de março de 2016. Disponível em: < http://s.conjur.com.br/dl/falta-audiencia-custodia-nao-torna.pdf>.

do atual modelo de persecução penal, tanto que um ECI foi reconhecido, o Estado passa a imaginar formas de frear a entrada novos indivíduos nas cadeias espalhadas pelo país. Logo, a audiência de custódia somente foi estruturada porque se fez necessária, sem haver um planejamento de longo prazo objetivando uma melhoria do sistema penitenciário nacional[244].

Já autores de direito internacional entendem que os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos objetivaram, nas últimas décadas, uma proteção direta ao indivíduo, obrigando o cumprimento de suas disposições pelos países signatários. Por outro lado, o princípio da subsidiariedade entre o direito internacional e o direito público somente se refere aos procedimentos para a implementação de uma garantia assegurada em tratados de direitos humanos, sendo que todas as disposições materiais devem formar um todo harmônico, devendo haver a primazia da norma favorável ao indivíduo[245].

Bernardo Souza, por outro lado, credita a resistência à audiência de custódia a um suposto receio que os atores processuais apresentam em modificar os procedimentos que são realizados há décadas, tais como a formalização do APF e o seu envio ao magistrado competente, ao invés de haver a condução do próprio preso. Entretanto, por se tratar de um mecanismo previsto em um tratado internacional de direitos humanos, cuja finalidade é conferir maior dignidade ao encarceramento, a audiência de custódia deve ser obrigatória e implementada o mais rapidamente possível[246].

Por outro lado, Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa invocam o controle de convencionalidade para conferir obrigatoriedade na realização da audiência de custódia. Para os autores, a legislação interna do Brasil precisa se adequar aos tratados internacionais de direitos humanos que forem ratificados. No caso de haver eventuais antinomias, o caso deverá ser sanado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de um controle de convencionalidade, o qual funcionará como um controle de constitucionalidade, mas tendo por parâmetro alguma norma prevista em um tratado internacional. Tal espécie de controle já foi realizado no caso da prisão civil do depositário infiel, oportunidade em que o STF reconheceu a incompatibilidade das normas processuais civis a respeito do tema, uma vez que conflitavam com as disposições

---

[244] GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **A resistência à audiência de custódia no Brasil: sintoma de ilegalismo**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 62-66., ago./set. 2015. Pp. 63 e 65.

[245] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional.** Discurso proferido na III Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: 1998. 27 p. Pp. 21-22.

[246] SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **A audiência de custódia e o preço do comodismo**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 32-39., ago./set. 2015. P. 39.

do art. 7º, item 7, da CADH. Assim, a audiência de custódia é obrigatória, cabendo aos três poderes criarem as condições necessárias para a implementação de tal procedimento[247].

Vale destacar que a CIDH já se manifestou acerca da obrigatoriedade da audiência de custódia. No julgamento do caso Tibi vs. Equador, ficou decidido que o instituto é o mecanismo existente para a proteção da vida e integridade física do preso e o conhecimento de sua captura por um magistrado, graças ao envio do APF, não elimina a necessidade da sua apresentação pessoal perante uma autoridade judicial[248]. Já no julgamento do caso Garcia Asto vs. Perú, firmou-se o entendimento de que a mera comunicação da prisão ao juiz competente (conforme previsto no art. 5º, inciso LXII da CF/1998) não satisfaz a exigência prevista no art. 7º, item 5 da CADH, sendo necessária a apresentação pessoal do preso[249].

O CNJ, ao editar a Resolução 213/2015, pareceu pacificar a questão, ao reconhecer a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, uma vez que determinou que os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais implementassem, no prazo de 90 (noventa) dias contados a partir de 1º de fevereiro de 2016, a audiência de custódia nas respectivas áreas de jurisdição.

Assim, entendida como obrigatória a audiência de custódia, passaremos a analisar seu aspecto procedimental.

5.2 Quem será levado à presença do presidente da audiência de custódia?

5.2.1 Preso em flagrante

A audiência de custódia vincula-se precipuamente com a prisão em flagrante, uma vez que é neste tipo de cerceamento da liberdade do indivíduo, realizado independentemente de decisão judicial, em que as ocorrências de tortura e maus tratos praticados por policiais acaba ocorrendo.

---

[247] LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 1).** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acesso em: 12 dez. 2015.

[248] CIDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

[249] CIDH. Caso Garcia Asto vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

O termo "flagrante" decorre do latim *flagrans*, cuja tradução adequada seria brilhante. Logo, dá a entender que se trata de algo impossível de não se enxergar em detalhes, uma vez que estaria ocorrendo no momento em que é observado[250].

Segundo a doutrina, duas são as finalidades da prisão em flagrante. A primeira seria a de resguardar o bem jurídico tutelado pela norma penal, uma vez que, em regra, o agente estaria praticando o delito no momento em que é surpreendido, sendo possível impedi-lo ou mitigar os danos por ele causados. Por outro lado, também é possível a colheita de importantes elementos de prova na cena do crime, uma vez que o fato típico acabou de ocorrer[251].

De acordo com o Código de Processo Penal, existem três modalidades de prisão em flagrantes. Inaugurando-as, tem-se o flagrante próprio ou perfeito, definido pelos incisos I e II do art. 302 do CPP. Assim, aqueles que estão cometendo ou já consumaram o crime poderão ser presos em flagrante. Como exemplo da primeira hipótese, imagine um indivíduo que, objetivando matar um desafeto com seis tiros, acaba por disparar apenas dois, sendo impedido de continuar a alvejar a vítima por meio da intervenção de policiais. Já para o segundo caso, podemos pensar em um sujeito que, logo após entregar uma pedra de *crack* a um usuário e receber o respectivo pagamento, acaba por ser surpreendido por policiais[252].

A segunda hipótese é denominada de flagrante impróprio ou imperfeito, a qual, de acordo com o art. 302, inciso III do CPP, é verificada quando o agente é perseguido logo após a prática do crime, de uma forma em que se presuma ser ele o seu autor[253]. De acordo com o entendimento do STJ, proferido no HC 83.895, a expressão "logo após" abarca o tempo necessário para que a polícia seja acionada, compareça ao local do crime, colha as informações necessárias para identificar o suspeito, passando a procura-lo[254].

Por fim, existe o flagrante presumido ou ficto, sendo caracterizado pela descoberta, logo depois da ocorrência de um crime, de um agente com apetrechos que gerem a presunção de ser ele o autor do delito. De acordo com a doutrina, a expressão "logo depois" passa a impressão de um lapso de tempo mais elástico do que "logo após", adotada no flagrante impróprio[255].

---

[250] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 80.
[251] TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 435.
[252] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 901.
[253] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 86.
[254] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 902.
[255] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 87.

Assim, qualquer indivíduo que, por sua conduta, incidir em qualquer das hipóteses que autorizam a prisão em flagrante e efetivamente for capturado, deve ser levado à presença física de um magistrado para que seja realizada a audiência de custódia.

O Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 adota tal entendimento ao propor uma nova redação ao art. 306 do CPP, determinando a realização da audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão em flagrante. Já a resolução 213/2015 do CNJ determina a apresentação pessoal do capturado no mesmo prazo, mas contado da comunicação da prisão ao magistrado.

Entretanto, uma questão pode surgir. O que ocorrerá se o indivíduo for surpreendido em situação de flagrante delito de uma infração penal de menor potencial ofensivo? A questão se mostra pertinente ao analisarmos o disposto no art. 69, parágrafo único, da lei 9099/1995. Em tais delitos, o criminoso não é preso em flagrante desde que seja imediatamente conduzido ao Juizado Especial Criminal ou assuma o compromisso de a ele comparecer em data devidamente designada. Assim, somente é possível a realização da audiência de custódia em casos de prática de infração penal de menor potencial ofensivo se e somente se o sujeito não for conduzido imediatamente ao juizado e não prestar o compromisso de a ele comparecer, pois, neste caso específico, haverá sua prisão em flagrante[256].

5.2.2 Prisão por mandado judicial

A relação da audiência de custódia com a prisão em flagrante é facilmente compreensível, em razão da facilidade com que abusos possam ocorrer no momento da captura do indivíduo. Entretanto, seria possível, ou mesmo necessária, a realização de tal procedimento nas hipóteses em que um magistrado, após analisar o caso concreto, decreta a prisão preventiva ou a prisão temporária de um suspeito pela prática de um crime?

Conforme exposto no item 4.1.4, a audiência de custódia tem uma dupla finalidade: a) Resguardar a integridade física do preso, evitando a ocorrência de maus tratos; b) Analisar a necessidade da imposição de medidas cautelares prisionais, não prisionais ou se o indivíduo poderá gozar da liberdade provisória pura[257].

---

[256] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.Pp. 25-26.

[257] MACHADO, Leonardo Marcondes. **Resistencia Crítica e Poder Punitivo: Diálogos em torno da Audiência de Custódia**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 40-53., ago./set. 2015. P. 50.

Assim, para alguns autores, sua realização deveria ser embasada na possibilidade concreta de que ambas as finalidades sejam percebidas no caso concreto. Ocorre, entretanto, que nos casos de prisão preventiva, por exemplo, o Ministério Público descobre que um suspeito está destruindo provas e ameaçando testemunhas. Para resguardar o sucesso do processo penal, requer ao magistrado do caso a decretação da prisão preventiva do suposto autor do crime. O juiz, concordando com pedido, reconhece o *periculum libertatis*, fato que exclui a possibilidade de concessão de quaisquer outras medidas cautelares não prisionais. Portanto, não seria necessária a realização de audiência de custódia nesta hipótese, posto que ela perde sua segunda finalidade exposta acima. Hipótese ainda mais absurda ocorreria na captura do preso em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado. Qual a necessidade da audiência de custódia neste caso? Outro argumento para a não realização do procedimento em casos de prisão decorrente de mandado se embasa na própria resolução 213/2015 do CNJ, a qual estrutura todo o procedimento tomando por base a prisão em flagrante. Assim, para uma parcela da doutrina, somente seria exigível a realização da audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante[258].

Em um primeiro momento, as resoluções administrativas editadas por cada um dos Tribunais de Justiça brasileiros restringiram a implementação do procedimento aos casos de prisão em flagrante[259]. O mesmo entendimento foi adotado no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011[260], uma vez que introduziu o instituto na parte do CPP que trata da formalização do APF.

Entretanto, ao se analisar os tratados internacionais que versam sobre o tema, é facilmente constatável que tais instrumentos normativos não restringiram a aplicação da audiência de custódia. Muito pelo contrário, procuram expandi-la ao máximo. A CADH, em seu art. 7º, item 5, determina que será apresentada pessoalmente a um juiz "toda pessoa detida ou retida". Já a a CEDH adota o termo "qualquer pessoa presa ou encarcerada" nas condições do art. 5º, item 1, alínea "c"[261]. Por fim, o PIDCP abarca tanto as pessoas "presas", quanto as

---

[258] MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?** 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>. Acesso em: 01 mar. 2016.

[259] MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso.** 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>. Acesso em: 01 dez. 2016. P. 16.

[260] Acerca do tema, o Mauro Andrade e Pablo Alflen entendem que "o PLS nº 554, de 2011, diz menos do que deveria dizer, pois o fato de restringir a audiência de custódia à figura do indivíduo preso em flagrante faz com que dela permaneçam excluídas todas aquelas outras pessoas igualmente protegidas pelos textos internacionais já citados (ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 50).

[261] Importante definir que a redação da CEDH procurou restringir a realização da audiência de custódia aos casos previstos unicamente no art. 5º, item 1, alínea "c", desconsiderando as demais alíneas. Entretanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos procurou expandir a aplicabilidade do instituto, reconhecendo sua obrigatoriedade aos casos:

"detidas"[262]. Assim, é forçosa a conclusão que todos aqueles que tiveram sua liberdade de ir e vir cerceada deverão ser submetidos à audiência de custódia.

De acordo com Caio Paiva, a realização do procedimento é compatível com a prisão por mandato, uma vez que, nesta hipótese, a finalidade do ato será prospectiva, objetivando que o juiz analise ou reavalie a real necessidade da cautelar prisional. O autor ainda invoca o art. 2º, § 3º, da lei 7960/1989, o qual autoriza que o magistrado determine a apresentação do preso nos casos de prisão temporária, justificando que a facultatividade presente na norma seria substituída pela obrigatoriedade, em razão do advento da audiência de custódia[263].

O doutrinador Raphael Melo ressalta que ainda que a prisão seja consequência de um mandado judicial devidamente fundamentado, é possível que eventuais abusos e ilegalidades sejam praticadas no momento de cumprimento de tal ordem. Como exemplo, a captura do investigado poderia ter ocorrido em seu domicílio, durante o período noturno, em claro descumprimento do art. 5º, inciso XI, da CF/1988[264].

Para Gustavo Badaró, o controle de uma prisão decorrerá, em regra, de um contraditório diferido, no qual o sujeito estará encarcerado, apresentando profunda dificuldade em reunir provas e documentos capazes de demonstrar a possibilidade da medida cautelar prisional por outra não prisional. Assim, a audiência de custódia nos casos de prisão por mandado possibilitaria um exercício mais eficaz do princípio da ampla defesa, auxiliando que o

---

a) Prisão decorrente de sentença penal condenatória emanada de tribunal competente; b) Prisão cuja finalidade é punir a desobediência de uma ordem judicial ou para forçar o cumprimento de uma obrigação legal; c) Prisão para obrigar o comparecimento de um indivíduo perante um tribunal, quando existirem indícios de que ele tenha cometido uma infração penal, que ele irá cometer uma infração penal futura ou quando existir risco de fuga; d) Apreensão de um menor de idade, com o objetivo de fazê-lo comparecer diante de uma autoridade competente ou para interna-lo como forma de propiciar educação; e) Prisão de pessoas que possam propagar doenças contagiosas, de doentes mentais, de dependentes de álcool e outras drogas, bem como de vadios; f) Prisão cuja finalidade é a de impedir a entrada ilegal de um imigrante ou que possa dar efetividade à etapa final de um processo de extradição ou expulsão (DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El detenido y sus derechos em el convívio europeo de derechos humanos. Aplicaciones al derecho procesal nicaraguense. PEDRAZ PENALVA, Ernesto *et ali* (Directores). *Documentos Penales y Criminológicos*. Managa: Hispamer, 2004. Vol. 2. Pp.261-284).

[262] A distinção entre ambos os conceitos foi esclarecida pela própria ONU, ao editar a Resolução 43/173, no dia 8 de dezembro de 1998, a qual estabeleceu o "Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão". Assim, entendeu-se que "prisão" seria o cerceamento do direito de ir e vir decorrente de uma condenação criminal, ao passo que "detenção" significaria a privação de liberdade com finalidade diversa da imposição de pena (ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 50).

[263] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 85.

[264] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 202.

magistrado do caso avaliasse, com maior substrato fático, a necessidade da prisão preventiva ou da prisão temporária[265].

O CNJ, ao editar a Resolução 213/2015, adotou o entendimento manifestado pela doutrina majoritária, moldando o instituto da audiência de custódia de acordo como o tema é regulado nos tratados internacionais, ao estender a realização do instituto a todos aqueles cerceados do seu direito de ir e vir, independentemente da natureza da prisão, uma vez que seu art. 13 apresenta a seguinte redação:

> 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[266].

Em síntese, no Brasil, todos os indivíduos que forem encarcerados em decorrência de prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão decorrente de sentença penal condenatória deverão passar pela audiência de custódia.

5.2.3 E os indivíduos que já estavam presos antes do início da realização da audiência de custódia?

Nos tópicos anteriores foi abordada a situação daqueles que foram presos após a vigência da Resolução nº 213/2015 do CNJ, fato que abarca, ainda, a edição dos respectivos atos administrativos de cada tribunal brasileiro. Entretanto, como fica a situação daqueles que já estavam encarcerados antes das referidas normas tenham sido editadas?

O Projeto de Lei do Senado nº 544 de 2011 não regula a matéria, dando a entender que a audiência de custódia somente é válida somente para os presos em flagrante que forem capturados após sua entrada em vigor, fato que ainda não aconteceu, conforme esclarecido no item 3.3.2.2 da presente dissertação.

Vale destacar, também, que os atos administrativos dos tribunais também não se preocuparam com o tema, visto que somente estendiam o benefício da audiência de custódia somente aos presos em flagrante.

---

[265] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Prisão_em_flagrante_delito_e_direito_à_audiência_de_custódia>. Acesso em: 05 mar. 2017. P. 11.

[266] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 05 de março de 2017.

De acordo com o art. 400, *caput* do CPP, a audiência de instrução e julgamento, no rito ordinário, deverá ser marcada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados do recebimento da denúncia ou da queixa crime. Para os casos regidos pelo rito sumário, o prazo cai para 30 (trinta dias), conforme determina o art. 531, CPP[267]. Assim, a expectativa gerada por ambos os dispositivos do CPP é de que o réu de um processo criminal deve participar de uma audiência de instrução e julgamento no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.

Contudo, de acordo com um estudo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, constatou-se que 26% dos presos provisórios, no ano de 2014, já estavam encarcerados há mais de 90 dias, sem que uma sentença de condenação ou absolvição tenha sido proferida[268]. Analisando como o Poder Judiciário enfrenta o tema, não há um entendimento majoritário acerca da questão da prisão sem audiência de instrução e julgamento marcada, pois ora se entende que a demora é justificada pela complexidade do caso[269], ora relaxando a prisão por caracterização de constrangimento ilegal[270].

Pensando nesta problemática, o CNJ adotou, expressamente, a audiência de custódia àqueles que já estavam presos antes da vigência da Resolução 213/2015, desde que nenhuma audiência tivesse ocorrido durante a tramitação do processo, conforme se depreende do art. 15, parágrafo único:

> No mesmo prazo [90 dias] será assegurado, às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia que não tenham sido apresentadas em outra audiência no curso do processo de conhecimento, a apresentação à autoridade judicial, nos termos desta Resolução[271].

Entretanto, tal previsão precisa ser criticada, uma vez que o benefício da audiência de custódia somente foi estendido aos indivíduos presos em flagrante antes da vigência da Resolução 213/2015 do CNJ e que ainda não passaram pela audiência de instrução em julgamento durante o processo de conhecimento. Nada se esclarece acerca dos indivíduos que foram presos em função de mandado judicial e que também ainda não foram ouvidos judicialmente.

---

[267] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.Pp. 1303 e 1312.

[268] BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: 2014. P. 28.

[269] O Tribunal de Justiça de Santa Catarina adotou tal entendimento no julgamento do Habeas Corpus 359230 SC 2009.035923-0.

[270] O Tribunal de Justiça de Minas Gerais adotou tal entendimento no julgamento do Habeas Corpus 10000121269187000.

[271] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 05 de março de 2017.

Por outro lado, Orlando Faccini Neto ressalta que a referida norma não esclarece o juízo competente para a realização do procedimento, surgindo a dúvida se será o órgão judicial responsável pelas audiências de custódia de um determinado Estado ou se será o próprio magistrado do processo pelo qual o encarcerado já responde[272].

5.2.4 Menores em conflito com a lei

A audiência de custódia é instituto que se vincula ao tema das prisões, independentemente da natureza destas. Entretanto, existe um grupo de indivíduos que cometem fatos típicos e antijurídicos, apesar de seus atos em desconformidade com a lei sejam denominados de "atos infracionais equiparados a crimes", os quais ainda podem ser internados, oportunidade em que terão seu direito de ir e vir cerceado, em instituições próprias. Tal grupo é formado menores infratores, ou seja, adolescentes maiores que doze anos e menores que dezoito anos de idade. Assim, resta a pergunta: A audiência de custódia é aplicável ao procedimento penal regido pelo ECA?

Convém destacar que o ECA foi editado posteriormente à CF/1988, no ano de 1990, tendo sido elaborado à luz das disposições das Regras de Pequim[273], as quais preveem as "regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores". Portanto, diferentemente do CPP, o qual remonta a um período longínquo da sociedade brasileira, em que pese as dezenas reformas que seu texto sofreu, o ECA já foi estruturado pensando na aplicação de regras que protegessem e assegurassem o respeito aos direitos humanos de crianças e adolescentes. Tanto que as disposições penais e processuais penais se aplicam de forma subsidiária aos menores, tanto que toda uma terminologia própria é criada, sendo que o termo "ato infracional" substitui o "crime", "apreensão" seria o equivalente à "prisão", dando a entender que não se espera punir o infrator, mas sim entender a origem do seu comportamento desviante de modo a corrigi-lo, dando uma nova oportunidade de vida ao menor[274].

Quando um menor é apreendido em flagrante pela prática de um ato infracional de reduzida gravidade, ele poderá ser liberado, pela própria autoridade policial, aos pais ou outro responsável legal. Entretanto, em se tratando de uma infração penal grave, caberá sua

---

[272] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 180.

[273] Editadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1985.

[274] DIGIÁCOMO, Murillo José. Breves ponderações sobre a proposta de extensão da "audiência de custódia" para adolescentes acusados da prática de ato infracional. Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 133-147., 2016. P. 134.

apresentação ao membro do Ministério ainda no mesmo dia. Na sede o *parquet*, haverá a oitiva informal, oportunidade em que o Promotor de Justiça poderá beneficiar o menor com o instituto da remissão, sendo esta sua competência exclusiva, a qual apresenta natureza jurídica de causa de exclusão do processo[275].

Caso o membro do Ministério Público entenda pela necessidade de ajuizar uma ação contra o menor, tal fato, por si só, não enseja à apreensão provisória, sendo necessária decisão judicial neste sentido. Se ocorrer a internação provisória, todo o processo deverá terminar no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de o menor ser liberado imediatamente. Convém destacar, ainda, que nos casos em que houver representação do Promotor de Justiça, o menor passará por uma audiência de apresentação e, posteriormente, por uma audiência de instrução, na qual as provas serão produzidas[276].

Desta forma, verifica-se que o menor, ao ser apreendido em flagrante, poderá ser imediatamente liberado aos pais, caso tenha cometido um ilícito penal de reduzida gravidade. Por outro lado, caso o ato infracional seja grave, o menor será conduzido à presença de um membro do Ministério Público, oportunidade em que poderá ser beneficiado pelo instituto da remissão pré-processual. Entretanto, caso o Promotor de Justiça entenda como necessária a representação, o menor não seria internado provisoriamente como regra e, além disso, na audiência de apresentação ao magistrado ainda poderá ser beneficiado com o instituto da remissão processual. Como se observa, a sistemática da persecução penal aos menores segue uma lógica protetiva, sendo diferente daquela empregada no CPP.

Para o Juiz Márcio da Silva Alexandre, a realização da audiência de custódia para adolescentes seria ilegal. Inicialmente, o autor entende que o instituto foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro por três fatores, quais sejam, evitar a prática de tortura e maus tratos aos presos no momento da captura, a longa duração dos processos de réus presos e a superlotação do sistema carcerário, sendo que nenhum deles se verifica no caso específico da apuração de ato infracional. Ademais, destaca-se que a Resolução 213/2015 é voltada apenas para o preso em flagrante, sendo difícil implementá-la para os indivíduos em prisão preventiva ou prisão temporária, não sendo possível compatibilizar suas disposições com as previstas no ECA. Por fim, entende-se que é mais vantajoso ao menor ter a possibilidade de ser liberado

---

[275] Ibidem. P. 134.

[276] ALEXANDRE, Márcio da Silva. Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescentes. **Correio Braziliense em Direito e Justiça.** Brasília, mar. 2016.

imediatamente aos seus responsáveis legais, após ser conduzido perante a autoridade policial, do que ter de aguardar a realização da audiência de custódia[277].

O Procurador de Justiça Murillo José Digiácomo entende que o instituto da audiência de custódia precisa ser interpretado à luz do ECA, ao invés de a Resolução 213/2015 poder interferir nas disposições da lei 8069 de 1990, em razão do caráter extrapenal do procedimento de apuração do ato infracional. Para o autor, o ECA estabelece uma lógica própria que impede que o menor seja internado provisoriamente, a não ser em casos excepcionais, não havendo necessidade de sua condução a um Juiz de Direito logo após sua apreensão. Isto ocorre porque, em casos de menor gravidade, ele poderá ser liberado para os pais ou responsáveis legais. Ademais, ainda que se trate de uma infração penal grave, o apreendido será conduzido ao Ministério Público, oportunidade em que poderá se beneficiar da remissão pré-processual, a qual exclui qualquer possibilidade de um processo futuro. Assim, somente será possível se pensar em uma internação provisória se a remissão pré-processual não for concedida e o representante do *parquet* opte pela representação e requeira tal medida, sendo necessária decisão judicial neste sentido. Assim, ao contrário do que ocorre no CPP, a internação provisória é excepcional na teoria e na prática, sendo que o próprio ECA criou um procedimento que confere meios para que menor nem processado seja por um ato infracional praticado, privilegiando o princípio da intervenção mínima do Poder Judiciário. O autor destaca, também, que somente seria possível se referir a uma audiência de custódia para adolescentes nos casos em que o Ministério Público requerer a internação provisória, sendo que tal possibilidade deveria ser objeto de uma resolução específica do CNJ, diferente da nº 213/2015. Caso contrário, a imediata apresentação do menor apreendido a um Juiz de Direito, em todos os casos de flagrante, poderia alterar a regra geral atual, que é a da imediata liberação para os pais ou representantes legais[278].

Concordando com a compatibilidade entre a audiência de custódia e o procedimento de apuração de ato infracional, o doutrinador Raphael Melo entende que a Resolução 213/2015 do CNJ adota as expressões “prisão ou apreensão”, esta última de uso exclusivo para adolescentes em conflito com a lei. Logo, para harmonizar a CADH com o ECA, o autor conclui que os artigos que determinam a condução do menor perante o Ministério Público foram revogados,

---

[277] Ibidem.

[278] DIGIÁCOMO, Murillo José. Breves ponderações sobre a proposta de extensão da "audiência de custódia" para adolescentes acusados da prática de ato infracional. Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 133-147., 2016.

devendo ser, sempre que cerceado seu direito de ir e vir, conduzido à presença de um magistrado, para que seja realizada a audiência de custódia[279].

Já Caio Paiva reconhece a omissão da Resolução 213/2015 do CNJ acerca do tema, ao não determinar, de forma expressa, a realização da audiência de custódia para os casos em que os menores são apreendidos pela prática de atos infracionais. Entretanto, para o autor, tal falta de regulamentação não pode impedir a expansão do instituto, visto que ele decorre diretamente da CADH. Também se defende a realização de um controle de convencionalidade sobre as disposições do ECA, como forma de garantir maior efetividade dos direitos humanos. Desta forma, seu art. 171 passaria a contemplar a apresentação do adolescente perante um Juiz de Direito sempre que ele for apreendido e não somente nos casos em que houve prévia determinação judicial. Por meio do referido controle de convencionalidade, o art. 175 do ECA, o qual regula a oitiva informal perante um membro do Ministério Público seria revogado[280].

Ainda sobre este assunto, convém destacar que existe o Projeto de Lei nº 5876, de autoria da Deputada Federal Luiza Erundina, cujo objetivo é a implementação da audiência de custódia para os casos regidos pelo ECA. Assim, o art. 175 do ECA teria sua redação modificada, determinando que a audiência de custódia seria obrigatória nos casos em que não for possível liberar o menor apreendido imediatamente ou no prazo máximo de vinte e quatro horas. Ademais, durante o procedimento, conforme passaria a dispor o art. 176 do ECA, estariam presentes um Promotor de Justiça, a defesa do infrator e um Juiz de Direito, sendo esta a oportunidade em que o *parquet* deverá propor a remissão extrajudicial, a qual deverá ser homologada pelo magistrado do caso. Por fim, restaria positivado que a finalidade da apresentação é evitar a ocorrência de maus tratos ao adolescente, bem como avaliar a legalidade e a necessidade da internação[281]. Contudo, o projeto está parado, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados desde o ano de 2015.

5.2.5 E nos casos de Deputados Federais e Senadores?

Os membros do Congresso Nacional apresentam uma série de prerrogativas previstas na Constituição Federal, denominadas pela doutrina de "Estatuto dos Congressistas", como

---

[279] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 207.
[280] PAIVA, Caio. **Adolescentes apreendidos devem ser submetidos à audiência de custódia.** 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-04/tribuna-defensoria-adolescentes-apreendidos-submetidos-audiencia-custodia>. Acesso em: 10 mar. 2017.
[281] Idem.

forma de garantir a melhor execução dos seus mandatos, evitando que pressões externas ou ameaças de prisão acabem por macular a atividade parlamentar desempenhada[282].

Um destes benefícios é denominado de imunidade formal, incoercibilidade pessoal relativa ou *freedom from arrest*, a qual assegura aos Deputados Federais e Senadores eleitos, nos termos do art. 53, § 2º da CF/1998, a impossibilidade de serem de presos, desde a expedição do diploma, exceto em caso de flagrante de crime inafiançável. Assim, caso pratiquem um crime inafiançável e incidam em uma das hipóteses do art. 302 do CPP, o parlamentar ficará detido, sendo os autos enviados, no prazo de vinte e quatro horas, à Casa Legislativa à qual pertença, para que se decida pela manutenção ou relaxamento da prisão, em decisão tomada pelo voto da maioria dos membros[283].

Convém destacar que o STF relativizou o comando do art. 53, § 2º, da CF/1998, ao determinar a prisão cautelar do então Senador Delcídio do Amaral, uma vez que este se encontrava em situação de flagrância por crime inafiançável, qual seja, integrar organização criminosa, previsto no art. 2º, da lei 12.850 de 2013. Ainda que, após o cumprimento do mandado de prisão do parlamentar, os autos tenham sido remetidos ao Senado Federal para que a Casa decidisse sobre o cerceamento da liberdade, a doutrina passou a denominar o ocorrido como "derrotabilidade ou superabilidade da regra constitucional"[284].

Explicitada a regra constitucional, uma dúvida mostra-se pertinente: O parlamentar pode ser preso em razão de condenação definitiva? De acordo com o entendimento majoritário do STF, a imunidade formal protege o congressista apenas contra a prisão penal de natureza cautelar (flagrante, preventiva e provisória), salvo, é claro, no caso de flagrante de crime inafiançável. Logo, tal prerrogativa não protege o parlamentar de ser preso em razão de sentença condenatória definitiva[285].

Após analisadas todas as possibilidades em que Deputados Federais e Senadores podem ser presos, resta discutir se a audiência de custódia é aplicável a tais réus que gozam de regras próprias a respeito do cerceamento do direito de ir e vir.

Para o doutrinador Orlando Faccini Neto, a Resolução 213/2015 não seria aplicável aos casos de parlamentares presos, uma vez que eles gozam de prerrogativas específicas e previstas

---

[282] NOVELINO, Marcelo; CUNHA JUNIOR, Dirleu da. **Constituição Federal para Concursos:** Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 438.
[283] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Pp. 731-732.
[284] LACERDA, Fernando Hideo. **Prisão de senador Delcídio Amaral materializa o Estado de exceção.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/fernando-lacerda-prisao-delcidio-elegia-estado-direito>. Acesso em: 25 jul. 2016.
[285] NOVELINO, Marcelo; CUNHA JUNIOR, Dirleu da. **Constituição Federal para Concursos:** Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 444.

na Constituição Federal, cuja hierarquia é superior a qualquer norma internacional ou interna, de acordo com o entendimento do STF. Assim, no caso de prisão em flagrante de Deputados Federais e Senadores, o art. 53, § 2º da CF/1988 deverá ser seguido, não havendo necessidade da realização da audiência de custódia[286].

Com o devido respeito à posição acima descrita, considero que existe possibilidade de compatibilização entre a audiência de custódia e as prerrogativas dos parlamentares. De início, convém destacar que não é possível a decretação de prisão preventiva ou de prisão temporária de congressistas, uma vez que os ocupantes de tais cargos somente podem ser presos em flagrante, desde que se trate de crime inafiançável. Pois bem, suponhamos que um Senador tenha sido preso em flagrante praticando um crime inafiançável. De acordo com o art. 53, § 2º da CF/1988, os autos serão remetidos para o Senado Federal avaliar a manutenção ou relaxamento da captura. Entretanto, tal análise será política, sendo que a prisão poderá ser mantida ou extinta independentemente de qualquer ilegalidade praticada[287]. Assim, em caso de relaxamento, não haverá maiores problemas para o parlamentar. Contudo, nos casos em que a respectiva Casa Legislativa determinar a manutenção da prisão, entendo que o encarcerado precisará ser submetido à audiência de custódia, como forma de avaliar a atuação policial no caso concreto, sobretudo em razão da tensão entre os Poderes existente no Brasil atualmente. Neste caso, em razão do foro por prerrogativa de função, previsto no art. 53, § 1º, da CF/1988, a audiência de custódia deverá ser realizada por um Ministro do STF. Em que pese a Constituição Federal gozar de hierarquia superior à CADH, pela primazia do princípio da primazia da norma favorável ao indivíduo[288], é possível conciliar ambas as Cartas de Direitos, como forma de maximizar direitos ao maior número de hipóteses em que eles possam ser aplicados.

5.3 Deslocamento do Preso

Após o indivíduo ser capturado pela polícia, seja em decorrência da prisão em flagrante ou no cumprimento de um mandado judicial, ele deverá ser apresentado pessoalmente a um magistrado. Entretanto, como será feito o seu transporte?

---

[286] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 179.

[287] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Pp. 731-732.

[288] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional.** Discurso proferido na III Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: 1998. 27 p. Pp. 21-22.

O Projeto de Lei nº 554 de 2011 do Senado Federal nada mencionada acerca do tema. Em contrapartida, a Resolução nº 213/2015 do CNJ procura estruturar o transporte do preso até a audiência de custódia, uma vez que foi editada em um momento em que o instituto já era aplicado nos Estados, razão pela qual seu conteúdo precisava solucionar eventuais problemas existentes.

De acordo com o art. 2º da Resolução 213/2015 do CNJ, o deslocamento do encarcerado para o local em que o procedimento será realizado e deste para o eventual início do cumprimento da prisão preventiva decretada deverá ser realizado pela Secretaria de Administração Penitenciária respectiva ou da Secretaria de Segurança Pública, a depender das regras locais de distribuição de atribuições. Por outro lado, o parágrafo único do dispositivo confere aos Tribunais a possibilidade de celebrar convênios para que a audiência de custódia ocorra fora da unidade judiciária correspondente. Na prática, a resolução atribui o deslocamento do preso aos agentes penitenciários, policiais civis ou militares.

Apesar da simples redação da norma e de sua fácil compreensão teórica, sua aplicação no cotidiano forense acaba por gerar conflitos. De acordo com a CADH e com o PIDCP, a autoridade policial responsável pela prisão tem o dever de apresentar o capturado o mais rapidamente possível a um magistrado. Assim, uma vez encerrada a formalização do APF ou do cumprimento do mandado de prisão expedido, cessam as justificativas para que o indivíduo permaneça sob custódia policial. A consequência prática disto é que eventuais danos de ordem física, moral ou material que o capturado sofrer passarão a ser de responsabilidade de seus custodiantes[289].

Entretanto, o Poder Judiciário mostra-se resistente em determinar a realização da audiência de apresentação do preso a qualquer momento do dia, sobretudo nos períodos noturnos e nos fins de semana, devendo haver certa organização para tanto. Ilustrando a situação, tem-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Resolução 740/2016[290], postergou o início da realização do procedimento durante o recesso e plantões para o dia 12 de agosto de 2017, sendo que implantação em todas as comarcas somente estará finalizada no dia 14 de outubro deste ano. Segundo Leonardo Marcondes Machado, tal

---

[289] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 40.

[290] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Resolução nº 740 de 27 de abril de 2016.** Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao740-2016.pdf>. Acesso em 26 de fevereiro de 2017.

resistência demonstraria "a marca da hipocrisia nacional", uma vez que o instituto não deveria se adequar aos dias e horários estipulados pelos Tribunais, mas sim o contrário[291].

Desta forma, a operacionalização da audiência de custódia vem ocorrendo em turnos pré-determinados pelos Tribunais de Justiça, sendo realizadas principalmente nos turnos da manhã e da tarde.

Nas cidades de grande porte, os presos ficam aguardando o ato nas sedes das Delegacias de Polícia, as quais apresentam estrutura para tanto. Contudo, existe o problema de que tal estrutura foi imaginada para ser usada momentaneamente pelos indivíduos encarcerados, enquanto os trâmites prisionais, sobretudo a análise do APF, fossem realizados. Assim, eventual atraso na realização das audiências de custódia poderá gerar prejuízos à higiene e alimentação detentos, posto que as Delegacias de Polícia não possuem chuveiros e não dispõem de meios para o fornecimento de refeições. Porém, a maior preocupação ocorre com as cidades de médio e pequeno porte, uma vez que as respectivas sedes policiais, em sua maioria, não dispõem de carceragem própria[292].

Em razão dos problemas mencionados, alguns Estados adotaram o expediente de encaminhar o capturado até uma unidade prisional, na qual ele ficaria custodiado até o momento da apresentação pessoal a um magistrado. Neste caso, o transporte seria realizado por agentes penitenciários. Entretanto, tal opção viola o objetivo da Resolução nº 213/2015 do CNJ, uma vez que ela foi editada como forma de evitar que haja o contato com indivíduos submetidos a prisão preventiva ou temporária[293].

5.4 Apresentação pessoal e videoconferência

5.4.1 Como se Utiliza a Videoconferência no Brasil

O caso criminal que fez a utilização da videoconferência ser discutido com maior profundidade ocorreu no ano de 2005, oportunidade em que o traficante Luiz Fernando da Costa, o "Fernandinho Beira-mar" respondia a um processo na 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

---

[291] MACHADO, Leonardo Marcondes. **Resistencia Crítica e Poder Punitivo: Diálogos em torno da Audiência de Custódia**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 40-53., ago./set. 2015. P. 50.

[292] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 41.

[293] Idem. P. 41.

O Juiz Federal responsável adotou uma interpretação ampliada da então redação vigente do art. 217 do CPP[294] ao vetar a participação do réu na audiência de instrução e julgamento, tendo em vista que sua presença atentaria contra a segurança pública, bem como constrangeria as testemunhas que seriam ouvidas naquela oportunidade.

Irresignada, a defesa impetrou um *habeas corpus* para garantir o direito de presença de seu cliente. O pedido liminar foi negado pelo Tribunal Regional Federal, fato que obstaria um novo *habeas corpus* direcionado ao STJ, em razão da supressão de instância, posto que o mérito do primeiro *writ* ainda não havia sido julgado. Em razão da proximidade da audiência, não haveria tempo hábil para o ajuizamento do recurso cabível para a situação, qual seja, o agravo regimental. Assim, um novo *habeas corpus* foi ajuizado diretamente no STF. Os ministros da Corte julgaram inadmissível o remédio constitucional, em razão do conteúdo do enunciado da súmula 691[295]. Entretanto, a ordem foi concedida de ofício, garantindo a participação de Fernandinho Beira-mar ao referido ato processual[296].

Toda a discussão envolvida no caso poderia ser eliminada se existisse o recurso da videoconferência no Brasil. Entretanto, se ela fosse utilizada para a oitiva do réu, os atos processuais subsequentes poderiam ser maculados por nulidade absoluta. Vale destacar, ainda, que o transporte de presos de elevada periculosidade acaba por gerar vultosos gastos financeiros[297], cujo montante poderia ser empregado para garantir melhorias à vida da população em geral. A problemática somente foi solucionada em janeiro de 2009, com a promulgação da lei 11.900, a qual modificou a redação dos arts. 185, 217 e 222 do CPP, implementando a videoconferência no processo penal brasileiro.

Atualmente, o recurso somente pode ser utilizado para a realização do interrogatório do réu, ou seja, em sede da audiência de instrução e julgamento, desde que a medida seja necessária

---

[294] A redação então vigente do art. 217 do CPP era: Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

[295] Enunciado da Sumula 691, STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

[296] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF concede habeas corpus para Fernandinho Beira-mar estar presente em audiências.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68702>. Acesso em: 09 mar. 2017.

[297] Para explicitar assertiva, tem-se que, no ano de 2015, o transporte do mesmo réu para o comparecimento da sessão plenária do júri gerou um custo total de R$ 180.000,00 aos cofres públicos: "Pelo menos R$ 100 mil de combustível para avião, R$ 50 mil de diárias aos 220 agentes e mais R$ 29 mil equivalente a um dia de salário — totalizando R$ 180 mil —, é o valor que os contribuintes vão tirar do bolso para financiar o julgamento do traficante Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar" (NASCIMENTO, Christina; VALDEVINO, Diego; TELLES, Hilka. Aparato para trazer Beira-Mar a julgamento custou R$ 180 mil. **O Dia.** Maio 2015. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-05-14/aparato-para-trazer-beira-mar-a-julgamento-custou-r-180-mil.html>. Acesso em: 09 mar. 2017).

para: a) garantia da segurança pública, quando o preso pertencer a organização criminosa ou houver risco de sua fuga; b) garantir o direito de presença, nas hipóteses de doenças ou circunstâncias pessoais que dificultem o comparecimento pessoal; c) Obstar que o réu influencie as testemunhas, quando estas não puderem ser ouvidas por videoconferência; d) casos que envolvam gravíssima questão de ordem pública[298].

Implementada a audiência de custódia, resta a questão: É possível sua realização por meio do sistema de videoconferência?

5.4.2 (In)Aplicabilidade da Videoconferência Audiência de Custódia

Em que pese terem havido inúmeras manifestações institucionais contra a possibilidade de a audiência de custódia ser realizada por meio de sistema de videoconferência, conforme explicitado no item 3.3.2.3 da presente dissertação, tem-se que a redação final do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 abarcou tal opção, condicionando-a a uma decisão fundamentada do juiz competente, aliada à impossibilidade de o preso ser-lhe apresentado pessoalmente[299].

A norma atualmente vigente a respeito do tema, que é a Resolução nº 213/2015 do CNJ, não trouxe a utilização do sistema de videoconferência de forma expressa em suas disposições. Assim, atualmente, no Brasil, a apresentação do preso ao magistrado deve ser pessoal, sendo vedada que o encontro seja intermediado por qualquer sistema de transmissão de imagens.

Manifestando-se sobre o tema, Raphael Melo posiciona-se contra a possibilidade de a audiência de custódia ser realizada por meio de videoconferência, uma vez que tal expediente distancia o preso do magistrado do caso, do Promotor de Justiça e do seu defensor, dificultando a apuração de eventuais abusos ocorridos durante e após a captura ser efetivada, bem como uma avaliação mais precisa acerca da necessidade de a prisão preventiva ser decretada, ferindo, portanto, os princípios da dignidade da pessoa humana, bem como do contraditório e ampla defesa. Logo, eventuais disposições no sentido de implementar a videoconferência deveriam ser declaradas inconstitucionais[300].

Adotando uma postura garantista, Caio Paiva rechaça tal possibilidade como regra, por entender que ela viola duplamente o disposto no art. 7º, item 5 da CADH, uma vez que o preso

---

[298] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 628.

[299] BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011**. Texto Aprovado. Brasília, DF, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947033&disposition=inline>. Acesso em 12 de março de 2017.

[300] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. Pp. 219-220.

não foi conduzido e também não foi apresentado, fisicamente, a um magistrado competente. Desta forma, admitir tal expediente reduziria o "impacto humanizatório[301]" da audiência de custódia, postergando uma maior eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados. Por fim, destaca que o uso da videoconferência somente poderia ser admissível nos casos excepcionais e justificados.

Abordando outro aspecto da questão, tem-se que Fauzi Hassan Choukr ressalta que a obrigatoriedade da apresentação pessoal do preso ao magistrado competente tem sido objeto de críticas por parte de entidades ligadas à polícia, em razão de uma suposta carência de recursos financeiros e humanos para conseguir cumprir tal obrigação para todos os indivíduos que forem presos diariamente. Entretanto, em que pese se reconheça a necessidade de uma ampliação da estrutura estatal para a efetiva implementação da audiência de custódia, o autor destaca que tal problema vem funcionando como justificativa para a falta de efetivação de direitos desde que o atual CPP entrou em vigor, em razão de um desinteresse por parte da Administração Pública. Assim, mostra-se contraditório reclamar da falta de estrutura, sendo nenhuma melhoria é tentada[302]. Logo, o uso da videoconferência não poderia ser usado como regra, funcionando como um subterfúgio para facilitar a realização da audiência de custódia.

Apelando para a lógica, Mauro Andrade e Pablo Alflen entendem ser possível a utilização de recursos de áudio e vídeo. Segundo os autores, a CADH foi editada em um momento histórico em que os meios de comunicação ainda eram arcaicos e a criminalidade ainda não havia se organizado da forma como vista atualmente. Desta forma, suas disposições não podem ser invocadas para rechaçar o uso da videoconferência, tanto que a CIDH nunca se manifestou a respeito do tema. Ainda, negar o uso da tecnologia nas audiências de custódia acaba por ser contraditório, pois: a) Admite-se seu emprego durante o processo penal, relativizando o princípio da imediação, momento em que *status libertatis* do réu encontra-se sob o maior risco de condenação, mas se obsta o uso em um momento que nem processo penal ainda existe, oportunidade em que somente será analisada a necessidade da prisão cautelar ou a imposição de medidas diversas do cárcere. Assim, os interesses do preso não estariam sendo coerentemente tutelados pelo Estado; b) Os pressupostos que autorizam o uso da videoconferência ao longo do processo penal, previstos no art. 185, § 2º do CPP acabam por serem verificados com ainda mais intensidade após a prisão em flagrante. Exemplificando, se

---

301 PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Pp. 53-55.

302 CHOUKR, Fauzi Hassan. **PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana dos direitos do homem**. Boletim IBCCrim. São Paulo, nº 254, jan./2014. P. 2.

um grande chefe do crime organizado por preso em flagrante, será mais fácil para seus asseclas tentarem libertá-lo na audiência de custódia do que durante seu interrogatório, em razão de que o tempo gasto para que um forte aparato de segurança seja montado mostra-se incompatível com celeridade exigida na apresentação pessoal do capturado[303].

Diante das posições acima descritas, entendo que a utilização da videoconferência não pode ser rechaçada aprioristicamente. A apresentação pessoal do preso ao magistrado tem como finalidade fazer com que este "veja o porco[304]", nos dizeres do jurista Luís Carlos Valois, ou seja, obrigar que o Juiz olhe nos olhos do capturado, percebendo que ele é um ser humano com seus vícios e suas virtudes, de modo a sensibilizar o julgador a considerar a decretação da prisão preventiva apenas em último caso, conforme determina o CPP, em uma tentativa de humanizar o processo penal. Contudo, apesar do espírito filosófico da audiência de custódia, não se pode negar que o Brasil é um país de dimensão continental e que padece com a violência perpetrada pela criminalidade organizada. Assim, considero como necessária a realização do procedimento com auxílio da videoconferência, desde que não exista outra solução adequada ou a segurança pública assim o exija.

No primeiro grupo, é possível abarcar situações peculiares do território nacional, sobretudo no Estado do Amazonas, em que o deslocamento é feito, muitas vezes, por meio de embarcações e as distâncias são relevantes, bem como as situações em que o capturado esteja internado e não haja meios para que o magistrado, o Promotor de Justiça e defensor compareçam ao hospital. Em ambas os casos, é preferível o uso da tecnologia ao invés de a audiência de custódia não ser realizada ou ser postergada indefinidamente

Já no segundo grupo, é possível imaginar a prisão em flagrante ou preventiva de grandes chefes do crime organizado, os quais representam um risco para a toda a sociedade e certamente não serão beneficiados com a liberdade provisória, uma vez que não preenchem os requisitos legais. Diante da periculosidade do custodiado, o seu direito à apresentação pessoal cede espaço ao interesse público em não ver servidores públicos e a população que reside no entorno de onde a audiência de custódia será realizada correndo risco de morte, além de que o transporte onera em demasia os cofres públicos, em razão do esquema de segurança que precisa ser montado.

---

[303] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 57-59.

[304] VALOIS, Luís Carlos. **A audiência de custódia e o porco.** 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-e-o-porco-luis-carlos-valois/?doing_wp_cron=1484029986.2340629100799560546875>. Acesso em: 29 jan. 2017.

5.5 Prazo para apresentação

5.5.1 Breves Notas de Direito Comparado e de Direito Internacional

Conforme analisado anteriormente, os tratados interacionais que tratam do tema da audiência de custódia determinam a apresentação do preso a uma autoridade competente. Entretanto, são vagos em determinar em qual prazo tal ato deveria ocorrer. Tanto a CADH, quanto o PIDCP adotam a expressão "sem demora" para encaixar a audiência de custódia na linha do tempo da prisão. Entretanto, o que significaria "sem demora"?

Desta forma, coube às cortes internacionais de direitos humanos dar concretude ao que se entende por "sem demora". Entretanto, a análise de alguns julgados revela uma preferência para a definição caso a caso acerca do limite temporal em que a apresentação pessoal do preso ao juiz deverá ocorrer[305].

A CIDH já se manifestou acerca do descumprimento do art. 7º, item 5 da CADH quando a apresentação do preso ocorreu após os seguintes lapsos de tempo após a prisão: a) quase dois anos (Caso Acosta Calderón vs. Equador); b) mais de cinco meses (Caso Tibi vs. Equador); c) Cerca de trinta e seis dias (Caso Castillo Petruzi y outros vs, Peru); d) cerca de 5 dias (Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México). Por outro lado, entendeu como legal, no julgamento do Caso López Álvarez vs. Honduras, a realização da audiência de custódia no prazo de vinte e quatro horas contadas da prisão[306].

No que tange ao entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, o doutrinador Paulo Pinto de Albuquerque sintetiza que:

> O diferimento da apresentação ao juiz por um período de quatro dias e seis horas viola a Convenção (acórdão Brogan e Outros v. Reino Unido, de 29.11.1998), mas não viola o período de três dias (acórdão Ikincisoy v. Turquia, de 15.12.2004). Portanto, a detenção policial ou administrativa só pode durar prazo inferior a quatro dia se seis horas. Contudo, excepcionalmente esse período pode estender-se até um limite máximo de 13 dias e nove horas, quando a detenção ocorra em mar aberto (acórdão Medvedyev e outros v. França (GC), de 29.3.2010). Em situações de emergência pública, a detenção pode durar até sete dias ao abrigo de uma derrogação do art. 15º (acórdão Branningan e McBride v. Reino Unido (plenário), de 26.5.1993)[307].

---

[305] CASAL, Jesús María. **Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentário**. Fundación Bogotá, Colômbia: Konrad Adenauer, 2014. P. 198.

[306] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 45.

[307] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. P. 558.

Na Alemanha, uma ordem de prisão é cumprida por meio da "detenção", a qual se efetiva através da "apreensão". Uma vez capturado o indivíduo, ele deverá ser conduzido imediatamente ao juiz competente ou, excepcionalmente no dia seguinte. Tal magistrado terá três deveres: a) Comunicar o ocorrido a alguma pessoa indicada pelo preso; b) Proceder com o seu interrogatório; c) Confirmar ou sustar os efeitos da detenção realizada. Ademais, quando não for possível que, tempestivamente, o capturado seja levado à presença do juiz competente, a audiência de custódia dever[a ser presidida pelo Juiz mais próximo ao local da efetivação do cerceamento da liberdade[308].

Já na Itália, uma vez efetivada a prisão em flagrante, o preso deverá ser colocado à disposição do juiz competente, devendo ocorrer sua apresentação pessoal imediatamente ou no prazo de vinte e quatro horas, desde que não haja impedimentos ou casos de força maior. Entretanto, existe a possibilidade de que o magistrado postergue a realização da audiência de custódia, quando houver necessidade de maiores esclarecimentos por parte da Polícia[309].

A Espanha adota um prazo maior para a realização da audiência de custódia pois, de acordo com o art. 505 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, o preso deverá ser apresentado ao magistrado competente no prazo de setenta e duas horas a contar de sua captura, salvo nas hipóteses de imediata soltura em razão de fiança[310].

Em contrapartida, a França adota marcos temporais distintos, a depender do tipo de crime cometido pelo indivíduo cuja liberdade foi cerceada. A regra determina o prazo máximo de vinte e quatro horas para que a audiência de custódia seja efetivada. Entretanto, nos casos em que uma potencial condenação resulte em uma pena superior a um ano, o Promotor de Justiça pode autorizar, fundamentadamente e por escrito, que a apresentação pessoal do preso seja efetivada após quarenta e oito horas. Por fim, quando o indivíduo for suspeito de prática de terrorismo, sua detenção poderá se prolongar entre noventa e seis a cento e vinte horas[311].

Nos Estados Unidos, a audiência de custódia é denominada de *first appearance hearing* ou *bond hearing*, sendo regulamentada na *Rule* 5 da *Federal Rules of Criminal Procedure*. Desta forma, todo indivíduo preso em território estadunidense deveria ser levado no menor tempo possível[312] à presença de um juiz em, no máximo, quarenta e oito horas a contar da

---

[308] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. Pp. 265-266.
[309] MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal:** Tomo III. Buenos Aires: Jurídicas Europa, 1951. Pp. 616-617.
[310] VAN KALMTHOUT, A.m. et al (Ed.). **Pre-trial Detention in the European Union:** An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the grounds for Regular Review in the Member States of the EU. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009. Pp. 865-899.
[311] Idem. Pp. 357-387.
[312] A legislação dos Estados Unidos utiliza a expressão *without unnecessary delay*.

captura. Entretanto, se tal prazo esgotar em um dia em que o Poder Judiciário não tem expediente, a audiência de custódia deverá ocorrer no próximo dia útil[313].

O Peru adota um modelo semelhante ao observado na França, diferenciando o prazo para a efetivação do procedimento de acordo com a gravidade do crime supostamente praticado pelo capturado. Em regra, a audiência de custódia deverá ser realizada no prazo de vinte e quatro horas a contar da prisão. Por outro lado, nos casos de suspeita de terrorismo, espionagem e tráfico ilícito de drogas, a apresentação pessoal ao juiz poderia demorar até quinze dias[314].

A África do Sul regula o tema da audiência de custódia na sua própria Constituição, mais precisamente no art. 35, determinando que todo indivíduo preso terá direito de ser levado perante um Juiz ou Tribunal competentes para avaliarem sua detenção, no prazo máximo de quarenta e oito horas em regra. Contudo, tal lapso poderá ser ultrapassado quando seu termo final cair em horário ou dia em que não há expediente forense, ficando adiado para o próximo dia útil[315].

Por fim, a Argentina é o país em que a audiência de custódia deve ser realizada no menor intervalo de tempo. Muito embora a Constituição somente preveja o procedimento, regulando-o de forma vaga, o *Codigo Procesal Penal de La Nación Argentina*, em seu art. 286, exige a apresentação do preso ao Juiz competente no prazo máximo de seis horas[316].

Logo, conforme o exposto, tem-se que as cortes internacionais de direitos humanos admitem como lícita a realização da audiência de custódia em um prazo máximo de até setenta e duas horas contadas da prisão. Por outro lado, a maioria dos países analisados adota o prazo de quarenta e oito horas para a apresentação do preso ao juiz competente. Passaremos a verificar o lapso temporal escolhido pelo Brasil, comparando com a jurisprudência da CIDH.

5.5.2 O Prazo na Resolução 213/2015 do CNJ

A Resolução 213/2015 do CNJ regula o prazo para a apresentação pessoal do preso ao juiz em seu art. 1º *caput*, determinado a realização da audiência de custódia no prazo máximo

---

[313] MASI, Carlo Velho. **O direito à Audiência de Custódia continua ignorado no Brasil.** 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-brasil/>.

[314] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451668&disposition=inline >. P. 12.

[315] BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apresentação do Preso em Juízo: Estudo Comparado para Subsidiar o PLS 554/2011.** São Paulo. 2012. P. 18.

[316] Idem. P. 20.

de vinte e quatro horas, contadas da comunicação da efetivação do cerceamento da liberdade do indivíduo.

Entretanto, muitos podem entender que tal norma se comunica com o art. 5º, inciso LXII da CF/1988, ou seja, uma vez realizada a prisão, ela será comunicada imediatamente ao juiz competente. Logo, termo inicial das vinte e quatro horas para a realização da audiência de custódia passaria a correr a partir da ciência judicial acerca do enclausuramento.

Contudo, tal interpretação mostra-se equivocada quando comparada com o disposto no parágrafo primeiro do mesmo art. 1º da Resolução 213/2015 do CNJ, cuja redação explica o significado do termo "comunicação" usado no *caput*, ao determinar que o juiz terá ciência da prisão assim que receber o APF. Logo, o prazo máximo da audiência de custódia será de quarenta e oito horas, as contadas desde a efetivação da prisão.

Quando interpretados conjuntamente, percebe-se que o art. 1º *caput* e seu parágrafo primeiro se comunicam com a previsão contida no art. 306 do CPP. Assim, uma vez realizada a prisão em flagrante, o art. 306, *caput* do CPP exige sua imediata comunicação ao juiz competente. Ademais, no prazo de vinte e quatro horas contadas da captura, o Delegado de Polícia deverá formalizar o APF e remetê-lo ao magistrado. Uma vez recebido o APF, tem-se que houve a comunicação encarceramento para fins da resolução do CNJ. Assim, inicia-se o prazo de vinte e quatro horas para a realização da audiência de custódia.

Por fim, o art. 1º, parágrafo quarto da resolução 213/2015 do CNJ estipula uma hipótese em que o prazo fixado poderá ser descumprido caso o preso esteja gravemente enfermo ou por questões excepcionais não será possível sua apresentação ao magistrado competente. Em ambas as situações, o Juiz presidente, acusação e defesa deverão se dirigir ao local em que o capturado se encontre para a realização da audiência de custódia. Entretanto, sendo inviável tal deslocamento, o ato ficará adiado para o primeiro dia após cessada o motivo que gerou a impossibilidade.

5.5.3 O Prazo no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011

O Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 prevê, como regra geral, disposição semelhante da contida na Resolução 213/2015 do CNJ. Ao regular as novas redações dos arts. 304 e 305 do CPP, dispõe que a prisão de qualquer pessoa deverá ser comunicada, imediatamente, ao juiz competente. Ademais, o APF deverá ser formalizado e remetido ao magistrado do caso no prazo de vinte e quatro horas, contadas da captura. Por fim, a audiência

de custódia deverá ser realizada também no prazo de vinte e quatro horas, contadas da remessa do APF.

Entretanto, novas hipóteses de prazo são previstas e que divergem sobremaneira do que regula a Resolução 213/2015 do CNJ.

Inicialmente, tem-se, no art. 306, parágrafo dez do CPP, que a audiência de custódia poderá ser prorrogada para até setenta e duas horas contadas do recebimento do APF (e, portanto, noventa e seis horas contadas da prisão) caso o magistrado assim determine por decisão fundamentada, se presentes dificuldades operacionais enfrentadas pela autoridade policial.

Por outro lado, adotando uma *ratio legislatoris* semelhante à vista na França e no Peru, autoriza-se, no art. 306, parágrafo doze do CPP, o descumprimento dos prazos de vinte e quatro e setenta e duas horas estipulados para a realização da audiência de custódia caso o preso seja integrante de organização criminosa. Nesta hipótese, não haverá ilegalidade se o procedimento for designado em até cinco dias, totalizando cento e vinte e horas da remessa do APF ou cento e quarenta e quatro horas se o termo inicial for o momento da prisão.

Finalmente, o art. 306, parágrafo onze autoriza excepcionalmente que, verificada a impossibilidade da realização da audiência de custódia, o juiz competente, mediante decisão fundamentada, determine que o ato seja efetivado por meio de sistema de videoconferência, no prazo de setenta e duas horas contadas do recebimento do APF.

5.5.4 Críticas e Consequências do Descumprimento do Prazo

Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen entendem que o CNJ foi arbitrário ao fixar o mesmo prazo de vinte e quatro horas contadas da remessa do APF ao magistrado competente para todos os Estados da Federação, pois isto não levou em consideração a realidade local de Municípios em que centenas de prisões em flagrante ocorrem diariamente (e.g. São Paulo), bem como nas Comarcas que somente são acessíveis por meio de embarcações (e.g. centenas de cidades localizadas nas regiões Norte e Nordeste). Em ambos os exemplos, um prazo de quarenta e oito horas contadas da prisão pode não ser o suficiente[317].

Quando cotejamos as previsões da Resolução 213/2015 do CNJ à jurisprudência da CIDH, verifica-se que elas sobrevivem a um controle de convencionalidade. Contudo, o mesmo não pode ser afirmando quanto ao disposto no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011.

---

[317] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 62.j

Inicialmente, tem-se que sua regra geral (realização da audiência de custódia no prazo de quarenta e oito horas contadas da prisão) e a sua dilação excepcional (setenta e duas horas contadas do envio do APF) não violam a CADH e, portanto, a jurisprudência da CIDH. Entretanto, no que tange à hipótese de o capturado ter envolvimento com organizações criminosas, há flagrante inconvencionalidade no adiamento da audiência de custódia para cinco dias após a prisão, sendo que a CIDH já se manifestou sobre a ilegalidade deste prazo no julgamento do caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México. Logo, o Poder Legislativo deveria modificar tal previsão, como forma de promulgar um procedimento adequado às construções jurídicas existentes sobre o tema.

Para Raphael Mello, o não cumprimento do prazo previsto gerará a ilegalidade da prisão efetivada, a qual deverá ser relaxada, posto que estará violado o princípio da duração razoável do processo[318].

Já Cláudio do Prado Amaral assevera que o descumprimento do lapso temporal acarretará a concessão da liberdade ao indivíduo encarcerado, posto que estarão verificados o excesso de prazo e ausência de motivação para a manutenção da prisão, caracterizando constrangimento ilegal[319].

Por fim, Cleopas Isaías Santos defende que a não observância dos prazos estipulados gerará a violação de uma formalidade do APF, ensejando o relaxamento da prisão em flagrante. Entretanto, a liberdade do capturado não será automática, pois ainda será admissível que o magistrado decrete a prisão preventiva ou a prisão temporária, desde que seus requisitos estejam verificados no caso concreto[320].

5.6 Competência

5.6.1 Juiz de Direito

5.6.1.1 Introdução

A presidência da audiência de custódia caber a um magistrado devidamente aprovado em concurso público de provas e títulos, investido em jurisdição e com competência para

---

[318] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 156.
[319] AMARAL, Cláudio do Prado. **Da audiência de custódia em São Paulo.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 269, p. 4-6 2015. P. 5.
[320] SANTOS, Cleopas Isaías. **Audiência de Garantia ou sobre o óbvio ululante**. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-garantia-ou-sobre-o-obvio-ululante-por-cleopas-isaias-santos-2/>. P. 88-90.

decretar a prisão preventiva, conceder a liberdade provisória ou relaxar a prisão ilegal parece ser incontestável à luz do que dispõe a CADH, bem como o PIDCP.

A CIDH, manifestando-se sobre os requisitos da autoridade para a qual o preso será apresentado, entendeu, no Caso Cantoral Benavides, que ela deve reunir os atributos da imparcialidade para o julgamento e independência em relação aos demais Poderes do Estado[321]. Tais características são intrínsecas aos magistrados brasileiros, razão pela qual eles deverão presidir as audiências de custódia.

Feitas as considerações acima, convém ressaltar que os principais questionamentos sobre o tema se referem à forma de determinar qual será o Juiz competente, quando mais de um existir em uma determinada Comarca.

5.6.1.2 Regra geral para a presidência da audiência de custódia

A distribuição de competência é tema sensível no Estado brasileiro, tendo em vista o princípio do juiz natural, o qual viola a atribuição de um caso a uma autoridade posteriormente a sua ocorrência. Desta forma, a Resolução 213/2015 do CNJ não inova sobre o assunto, determinando, em seu art. 1º, parágrafo segundo, que a competência decorrerá das "leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista"[322].

Como bem observa Raphael Melo, a Resolução 213/2015 do CNJ exige uma dupla distribuição. A primeira, prevista no art. 1º, *caput* e parágrafo primeiro, bem como no art. 7º, parágrafo segundo, refere-se à comunicação da prisão a um magistrado, fixando sua competência para a posterior realização da audiência de custódia. Por outro lado, a segunda distribuição está positivada nos arts. 8º e 9º, estabelecendo a competência do Juiz que acompanhará o trâmite do inquérito policial e da ação penal futura. Convém destacar que a dupla distribuição somente seria necessária nas Comarcas em que existam dois ou mais magistrados competentes para casos criminais, pois, caso contrário, o mesmo Juiz estará vinculado em ambas as etapas[323].

---

[321] CIDH. Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

[322] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>.

[323] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 181.

Tem se tornado comum que a audiência de custódia de uma determinada região seja realizada pelos magistrados, promotores de justiça e defensores públicos respectivos, cada qual funcionando em um determinado dia, em uma escala de rodízio, como forma de não sobrecarregar os titulares de varas criminais. Mauro da Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen entendem que, de acordo com a CADH, a competência deveria ser regida por lei, não podendo um ato administrativo de tribunal modificar aquilo determinado pela legislação processual penal, sob o risco de se ferir o princípio do juiz natural[324]. Abordando o tema, Raphael Andrade entende que:

> Caso sejam criados órgãos específicos para a realização das audiências de custódia, devem ser observadas as regras gerais para nomeação dos juízes que exercerão suas funções jurisdicionais perante tais órgãos, não se admitindo a escolha, convocação, recrutamento ou designação casuística, o que ofenderia a garantia do juiz natural[325].

Já o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 atribui a competência para presidir a audiência de custódia ao mesmo magistrado que já o seria para a análise do APF, uma vez que tal procedimento foi inserido logo após a regulamentação da prisão pré-cautelar.

5.6.1.3 Casos em que o juiz competente não se encontra na comarca

Como foi analisado anteriormente, art. 1º da Resolução 213/2015 o capturado deverá ser apresentado ao juiz competente no prazo de vinte e quatro horas, contadas da comunicação da prisão para que se proceda com a realização da audiência de custódia.

Contudo, o que ocorrerá se não houver juiz competente na Comarca em que o ato seria realizado? Tais hipóteses podem acontecer nos casos de Comarcas de difícil provimento ou quando o titular da vara criminal apresentar compromissos que não o permitirão presidir a audiência de custódia no prazo estabelecido.

O Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 não aborda tal possibilidade. Porém, a Resolução 213/2015 do CNJ estipula um dispositivo específico para tal situação. De acordo com o seu art. 3º, se restar comprovado que não haverá juiz competente na Comarca em que a audiência de custódia deveria ser realizada, o preso deverá ser apresentado um substituto legal daquela autoridade. Logo, os Tribunais de Justiça deverão estipular os substitutos dos Juízes

---

[324] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 82-82.

[325] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 184.

responsáveis por presidir o procedimento, sob pena de um direito convencional do indivíduo ser violado em razão da má organização judiciária[326].

5.6.1.4 Flagrante realizado em Comarca diversa da qual o crime se consumou

Hipótese que pode gerar questionamentos, também, decorre da possibilidade de o preso ser capturado em Comarca diversa daquela em que o crime se consumou. Segundo o CPP, tal fato pode se consequência de: a) Perseguição policial que acaba ultrapassando os limites de um Município; b) Inexistência de Delegado de Polícia no local em que a prisão em flagrante foi efetivada.

Na prática, as autoridades policiais têm comunicado a prisão, bem como encaminhado o APF ao magistrado titular da vara criminal do local em que a captura ocorreu, ao invés do Juiz realmente competente pelas regras do CPP, justificando que não existiriam condições materiais para o transporte do preso à Comarca correta. Entretanto, com a exigência da realização da audiência de custódia, a apresentação ao juízo competente deverá acontecer, sendo o prazo de vinte e quatro horas aparentemente insuficiente para tanto[327].

Sobre o assunto, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen analisam que:

> Não se trata de qualquer desleixo por parte da polícia judiciária, muito menos em buscar apontar sua histórica falta de estrutura e de pessoal como responsáveis pelo eventual descumprimento do prazo estipulado para a apresentação do sujeito preso a quem deverá presidir a audiência de custódia. Estamos tratando aqui, de situações que se verificam de forma rotineira na atividade policial, e que, mais que isso, mereceram atenção por parte do legislador, a fim de dar amparo legal aos atos que vierem a ser praticados fora do local onde o fato deverá futuramente ser julgado.
> Dito de outra forma, parece-nos contraditório que o legislador autorize a lavratura de auto de prisão em flagrante em local diverso de onde deverá se dar a audiência de custódia, mas em contrapartida, fixe um prazo que pode se afigurar escasso – para não dizer inviável – para a apresentação do sujeito preso, em virtude das longas distâncias a serem percorridas. Também por essa razão, deveria ser revisto o prazo de 24 horas para o atendimento a essa apresentação, quiçá deixando de forma vaga, tal como aponta a redação constante nos próprios textos internacionais que versam sobre a audiência de custódia[328].

---

[326] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 185.
[327] CHOUKR, Fauzi Hassan. **PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana dos direitos do homem**. Boletim IBCCrim. São Paulo, nº 254, jan./2014. P. 2.
[328] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 85.

5.6.1.5 Casos de Competência de Tribunais

Novamente trata-se de tema que o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 não aborda, uma vez que ele se preocupa mais com o procedimento a ser realizado após a prisão em flagrante, em sede da primeira instância.

Em contrapartida, o tema é regulado, com críticas, na Resolução 213/2015 do CNJ. Em seu artigo 1º, § 2º, tem-se que os casos de prisão em flagrante cuja competência para apreciação do APF caiba a um Tribunal, a apresentação do capturado poderá ser realizada a um Juiz, desde que este tenha sido nomeado pelo Presidente do Tribunal ou pelo Desembargador ou Ministro relator do caso.

Inicialmente, é forçoso reconhecer que tal norma padece de inconstitucionalidade material, ao afrontar o princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, inciso XXXVII da CF/1998, já que a autoridade judicial competente é modificada posteriormente ao fato, sendo escolhida por meio de liberalidade do Presidente do Tribunal ou do relator do caso, na ausência de critérios que garantam isonomia e imparcialidade[329].

Outra polêmica reside na possibilidade de o magistrado cuja competência derivou de delegação pelas instâncias superiores decretar a prisão preventiva aos presos em flagrante que gozam de prerrogativa de foro.

Para Orlando Faccini Neto, a delegação de competência elimina a possibilidade da imposição de medidas cautelares prisionais ou de outra natureza. O autor acrescenta que a previsão contida no artigo 1º, § 2º da Resolução 213/2015 não seria aplicável a Deputados Federais, Senadores, bem como magistrados, os quais apresentam regras específicas em relação ao tema da prisão em flagrante, as quais se mostram incompatíveis com a realização da audiência de custódia[330].

De modo diverso, Raphael Melo argumenta que a delegação de competência decorreria da expedição de uma carta de ordem, a qual possibilitaria que o magistrado de primeira instância praticasse atos decisórios, não havendo óbices, entretanto, para que a autoridade judicial delegante os reavaliasse posteriormente[331].

---

[329] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 183.

[330] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 179-180ç

[331] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 184.

5.6.1.6 Auto de Prisão em Flagrante Lavrado por Magistrado

Última questão a ser analisada acerca da definição do juízo competente para a realização da audiência de custódia refere-se à hipótese prevista no art. 307 do CPP, segundo o qual magistrados podem presidir a lavratura do APF nos casos em que crime foi praticado contra a sua pessoa ou na sua presença, durante o desempenho funcional. Apesar das críticas doutrinárias acerca de uma eventual violação ao sistema acusatório, tal possibilidade ainda não foi declarada inconstitucional pelo STF, sendo plenamente válida[332]. Nestas circunstâncias, que seria o Juiz competente para a realização da audiência de custódia?

Norberto Avena, discorrendo sobre a necessidade de o APF ser remetido a outro magistrado, entende que o próprio Juiz que o lavrou possa analisar sua legalidade e, portanto, presidir a audiência de custódia. De acordo com o autor, os atos judiciais gozam de presunção de legalidade. Ademais, eventuais ilegalidades podem ser questionadas por meio da impetração de *habeas corpus*[333].

Discordando, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen argumentam que o APF lavrado por um magistrado não poderia por ele ser analisado, sendo vedada, ainda, sua presidência à audiência de custódia originada dos fatos. Segundo os autores, a definição da competência no processo penal brasileiro decorre da prevenção, a qual é fixada pela prática de atos em um momento anterior ao início da ação penal, em regra a análise da legalidade da prisão. Logo, se um magistrado lavrar o APF, ele não poderá julgar sua conformidade com o CPP e com a CF/1988. Assim, não se torna prevento, por consequência, para a audiência de custódia[334].

Solucionando a questão de uma forma mais simples e direta, Raphael Melo assevera que o Juiz que formalizou o APF não pode funcionar como o competente para a audiência, bem como para eventual ação penal futura em razão do disposto nos incisos II e IV[335] do CPP[336].

---

[332] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 107.
[333] AVENA, Norberto. **Processo Penal: Teoria e Prática.** 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. P. 434.
[334] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 86-87.
[335] Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.
[336] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 182.

5.6.2 Delegado de Polícia

Tradicionalmente, a primeira autoridade a analisar a legalidade de uma prisão em flagrante é o Delegado de Polícia. Uma vez preso em flagrante, o indivíduo é conduzido até uma Delegacia de Polícia, oportunidade em que a restrição da liberdade será comunicada a um juiz competente. Posteriormente, formalizado o APF, este documento é encaminhado ao magistrado, oportunidade em que seria analisada a necessidade da decretação da prisão preventiva ou se é possível a concessão da liberdade provisória cumulada ou não com medida cautelar não prisional. Resta destacar, por fim, que o Delegado de Polícia pode arbitrar fiança, nos casos em que a infração penal cometida não tiver pena superior a quatro anos.

Entretanto, com a implementação da audiência de custódia no Brasil, surgiu a polêmica acerca da adequação da figura do Delegado de Polícia às disposições do art. 7º, item 5 da CADH, mais precisamente ao termo "outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais[337]".

Em um primeiro momento, o Poder Judiciário entendia que a apresentação do preso ao Delegado de Polícia cumpria com o disposto na CADH, uma vez que a lei atribuía a tal servidor público as funções de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Ademais, o magistrado competente pelo caso também analisada o APF, não havendo necessidade de se implementar um novo procedimento, denominado de audiência de custódia[338]. Posteriormente, o próprio STF, no julgamento da ADPF 347/2015 reconheceu a imprescindibilidade de o mandamento convencional ser cumprido, havendo a apresentação do preso a um Juiz.

Questionando a possibilidade de o Delegado de Polícia presidir a audiência de custódia, André Nicolitt, Bruno Cleuder de Melo e Gustavo Rodrigues destacam que a função do ato é garantir o direito de liberdade do preso. Logo, a autoridade que o preside deve ter competência plena para nele interferir, seja para decretar a prisão preventiva, seja para relaxar eventual ilegalidade ou conceder a liberdade provisória. Contudo, de acordo com o CPP, o Delegado de Polícia somente tem a capacidade de arbitrar fiança nos casos em que a pena máxima cominada para o crime não exceder quatro anos. Portanto, tal figura não se adequaria às exigências da CADH para presidir a audiência de custódia[339].

---

[337] BRASIL. **Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992**: **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Diário Oficial da União**.** Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

[338] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000**. Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci. J. 12.05.2015.

[339] NICOLITT, André; MELO, Bruno Cleuder de; RIBEIRO, Gustavo Rodrigues. **Análise Crítica do Voto do Des. Guilherme de Souza Nucci – TJSP: O Delegado de Polícia não faz audiência de custódia.** 2015.

Sobre o assunto, Caio Paiva entende que a apresentação do preso deveria se dar perante um magistrado, graças ao fato de que um dos seus objetivos é a fiscalização de eventuais práticas de tortura e maus tratos realizados por policiais no momento da captura, fato que seria desvirtuado se a sistemática tradicional fosse mantida[340].

Ruchester Barbosa, abrindo divergência, entende que a CADH exige que "outra autoridade" esteja autorizada por lei a exercer funções judiciais. Assim, o autor diferencia as funções judiciais das funções jurisdicionais, sendo somente as últimas de competência exclusiva de magistrados. Logo, a apresentação do preso ao Delegado de Polícia satisfaria a exigência convencional[341]. Ademais, destaca-se que a CADH descentralizaria a garantia dos direitos humanos, pois caberia ao Delegado de Polícia a primeira análise acerca da privação de liberdade de um capturado, ao passo que os Juízes manifestariam a última palavra acerca do tema[342].

Diante do exposto, é forçosa a conclusão de que o Delegado de Polícia não pode presidir a audiência de custódia. Tal ato foi implementado, no Brasil, como forma de reduzir o número de presos preventivos nos estabelecimentos penitenciários, bem como fiscalizar com maior atenção a atuação policial no momento da captura. Para tanto, há a necessidade de que o procedimento seja conduzido por uma autoridade dotada de imparcialidade, independência e com competência para relaxar prisões em razão de ilegalidade, converter o flagrante em preventiva, bem como decretar a prisão cautelar. O CPP, ao regras as atribuições dos sujeitos processuais, conferiu tais características aos magistrados, razão pela qual caberá aos Juízes presidirem as audiências de custódia.

5.6.3 Membro do Ministério Público

5.6.3.1 Regra Geral

Além do Delegado de Polícia, também se cogitou que os membros do Ministério Público presidissem a audiência de custódia, sob a justificativa de que cabe à instituição a titularidade

---

Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/analise-critica-do-voto-do-des-guilherme-de-souza-nucci-tjsp-o-delegado-de-policia-nao-faz-audiencia-de-custodia-por-andre-nicolitt-bruno-cleuder-de-melo-e-gustavo-rodrigues-ribeiro/>. Acesso em: 23 abr. 2016.

[340] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 51.

[341] BARBOSA, Ruchester Marreiros. **A lógica autoritária das audiências de custódia.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/ruchester-marreiros-logica-autoritaria-audiencias-custodia>. Acesso em: 11 maio 2017.

[342] BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Fundamental**. In: DELGADO, Ana Paula Teixeira. MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra (Org.). As Novas Fronteiras do Direito: Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares. Juiz de Fora: Editar, 2015. Pp. 161-180. P. 170.

da ação penal, razão pela qual eventuais pedidos de arquivamento seriam agilizados se o preso fosse apresentado ao *parquet* após a captura.

Ao se manifestar sobre o tema, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do Caso Huber vs. Suíça, entendeu que a autoridade responsável pela condução da audiência de custódia deveria ser dotada de imparcialidade e de independência, havendo total desvinculação em relação ao Poder Executivo, bem como em relação aos direitos discutidos no processo[343].

Assim, a doutrina entende, de modo majoritário, que os membros do Ministério Público não poderiam presidir a audiência de custódia em nenhuma hipótese em que a ação penal fosse da titularidade do órgão, a saber, os casos de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação ou requisição, uma vez que o requisito da imparcialidade estaria violado[344].

5.6.3.2 Caso específico do ECA

Entretanto, convém destacar que existe uma corrente que defende a possibilidade de o membro do Ministério Público ser titular da audiência de custódia no caso específico da oitiva informal do adolescente infrator, regulada pelo art. 179 do ECA.

De acordo com Pablo Rodrigo Alflen, o art. 7º, item 5 da CADH determina o procedimento seja presidido por um juiz ou outra autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais. Já o art. 129, inciso IX da CF/1998 autoriza que o Ministério Público exerça, além das atribuições constitucionalmente previstas, outras funções que forem estipuladas em lei. Pois bem, de acordo com o art. 179 do ECA, o Promotor de Justiça, durante a oitiva informal com o menor, poderá beneficiá-lo com o instituto da remissão, o qual tem natureza jurídica de exclusão do processo. Contudo, caso não o faça e entenda como necessária a representação, o processo de apuração de ato infracional será iniciado e, durante a audiência de apreensão do adolescente, o magistrado do caso, de acordo com o art. 186, § 1º do ECA, conceder-lhe a remissão, a qual passará a ter natureza jurídica de causa de extinção ou suspensão do processo[345].

---

[343] JANIS, Mark; KAY, Richard; BRADLEY, Anthony. **European Human Rights Law: Text and Materials.** 3. ed. Oxford: Oxford, 2008. P. 682.

[344] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 78. No mesmo sentido, PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Pp. 47-48.

[345] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 27-28.

Como se observa, no que tange ao instituto da remissão, tanto que o Juiz, quanto o Promotor de Justiça apresentam o mesmo poder de concessão, ainda que em momentos procedimentais distintos. Logo, no que tange a realização da audiência de custódia nos casos regidos pelo ECA, entende-se que ela poderia substituir a atual oitiva informal, uma vez que o membro do Ministério Público estaria equiparado a uma autoridade judicial, além de que eventuais abusos cometidos pelos policiais do caso poderiam ser averiguados pelo próprio representante do *parquet*, posto que uma das atribuições da instituição é exercer o controle externo da atividade policial, conforme determina o art. 129, inciso VII, da CF/1998[346].

Discordando com tal posição e, portanto, negando qualquer possibilidade de o membro do Ministério Público presidir a audiência de custódia, o doutrinador Caio Paiva critica especificamente a teoria adotada por Pablo Rodrigo Alflen, ao entender que o fato de que tanto o magistrado quanto o Promotor de Justiça possam conceder a remissão ao adolescente não equipara o primeiro ao segundo, tendo em vista que os Delegados de Polícia também podem atribuir fiança, sem que isto os tornem autoridade autorizadas por lei a exercer funções judiciais. Isto é esclarecido pelo fato de que a remissão ministerial precisa ser homologada judicialmente, conforme determina o art. 181, *caput* do ECA. Ademais, o presidente da audiência de custódia precisa ter o poder de relaxar a apreensão ilegal do menor ou para determinar a extinção da internação provisória eventualmente concedida, ambos os expedientes que não integram o rol de atribuições do Ministério Público. Por fim, como a titularidade da acusação nos casos de cometimento de ato infracional pertence à referida instituição, seus membros não gozariam do atributo da imparcialidade, o qual é necessário ao presidente da audiência de custódia a ser realizada[347].

5.7 O juiz, acusação e defesa na audiência de custódia

5.7.1 Procedimento previsto na Resolução 213/2015 do CNJ

Inicialmente, o art. 1º, parágrafo primeiro da referida norma procura esclarecer que o cumprimento das disposições constitucionais acerca da prisão não elimina a necessidade de que a audiência de custódia seja realizada. Tanto que a comunicação imediata da prisão em flagrante

---

[346] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 27-28.

[347] PAIVA, Caio. **Adolescentes apreendidos devem ser submetidos à audiência de custódia.** 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-04/tribuna-defensoria-adolescentes-apreendidos-submetidos-audiencia-custodia>. Acesso em 21 de janeiro de 2017. P. 2.

ao juiz competente em nada afeta a determinação de que a apresentação pessoal seja efetivada no prazo determinado.

Em relação aos presentes no procedimento, tem-se que é obrigatório o comparecimento de um membro do Ministério Público, bem como de um responsável pela defesa técnica, a qual poderá ser exercida por um advogado contratado pelo preso, bem como por um Defensor Público nomeado (Art. 4º, *caput*). Ademais, proíbe-se a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação, uma vez que tais indivíduos poderiam afetar o psicológico do depoente, o qual poderia se sentir pressionado a não relatar eventuais abusos ou maus tratos sofridos (Art. 4º, parágrafo único).

Objetivando assegurar maior a efetividade da ampla defesa, será assegurado ao preso o direito de se comunicar com o responsável pela defesa, previamente à realização da audiência de custódia, sendo assegurada a confidencialidade do que foi discutido (Art. 6º).

Compatibilizando a audiência de custódia com o procedimento da prisão flagrante, tem-se que os policiais, constatando o cometimento de um crime, deverão proceder com a prisão em flagrante do suspeito, sendo ela imediatamente comunicada ao juiz competente. Posteriormente, o capturado será conduzido a uma delegacia de polícia, oportunidade em que o APF será formalizado, sendo-lhe entregue a nota de culpa. Logo, a audiência de custódia somente poderá ser marcada após a distribuição do APF (Art. 7º, parágrafo segundo), sendo realizada nos prazos previstos anteriormente.

O procedimento do ato é inaugurado pelo magistrado competente. Inicialmente, caberá ao Juiz esclarecer qual a finalidade da realização da audiência de custódia, destacando que somente serão discutidos os aspectos formais da captura (Art. 8º, inciso I). Posteriormente, a autoridade judicial zelará para que o preso não esteja algemado, salvo nos casos de resistência, risco de fuga ou à integridade física dos presentes no ato, devendo quaisquer destas hipóteses estarem justificadas por escrito (Art. 8º, inciso II). A seguir, o custodiado deverá ser informado sobre o direito constitucional ao silêncio, consequência direta do princípio do nemo tenetur se detegere (Art. 8º, inciso III).

Ademais, caberá ao o Juiz questionar o apresentado: a) Se lhe foram informados seus direitos constitucionais relativos à condição de cerceamento de liberdade, principalmente o direito à nomeação de um advogado, a comunicação da prisão à sua família ou pessoa por ele indicada (Art. 8º, inciso IV); b) As circunstâncias em que a prisão foi efetivada (Art. 8º, inciso V); c) Eventual ocorrência de tortura e maus tratos enquanto estevem à disposição das autoridades policiais (Art. 8º, inciso VI); d) Se o exame de corpo de delito acompanha o APF e, em caso contrário, determinar sua realização. Ainda sobre o tema dos questionamentos, é

vedado que o magistrado pergunte ao custodiado a respeito de circunstâncias ou temas que envolvam o mérito de uma eventual ação penal futura (Art. 8º, inciso VIII).

Na hipótese de serem constatadas eventuais irregularidades, o Juiz deverá tomar as providências possíveis para que elas sejam sanadas (Art. 8º, inciso IX). Por fim, será sua obrigação avaliar se o custodiado apresenta histórico de doença grave, se está gestando um bebê, se apresenta filhos ou incapazes que dele dependam, objetivando um a concessão da liberdade provisória, com ou sem condições, aliada ao encaminhamento assistencial, de modo a mitigar a vulnerabilidade social do apresentado (Art. 8º, inciso X).

Logo após os questionamentos judiciais, será conferida a palavra ao representante do Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, para que façam as perguntas que julgarem pertinentes, desde que elas sejam limitadas à necessidade e à legalidade da prisão. Caso eventuais questões se relacionem ao mérito do fato criminoso investigado, caberá ao magistrado indeferi-las. Por fim, caberá às partes a possibilidade de requerer o relaxamento da prisão ilegal, a concessão da liberdade provisória, condicionada ou não, a imposição da prisão preventiva ou a imposição de medidas necessárias para a manutenção dos direitos do apresentado (Art. 8º, § 1º).

De acordo com Raphael Melo, nesta etapa procedimental, a ausência do representante do Ministério Público à audiência de custódia importará na imediata concessão da liberdade provisória incondicionada ao preso, uma vez que, de acordo com o art. 282, parágrafo segundo e art. 311, ambos do CPP, os juízes somente podem impor medidas cautelares, prisionais ou não, de ofício no curso do processo penal. Assim, como a audiência de custódia ocorre antes do oferecimento da denúncia, em regra, a ausência do representante do *parquet* geraria a impossibilidade de medidas cautelares serem cominadas, pois a parte interessada (acusação) não estaria presente para requerê-las[348]. Entretanto, abro divergência em relação a este tema, uma vez que a Resolução 213/2015 do CNJ não modifica as competências judiciais previstas no CPP. Assim, o art. 310 do CPP estipula que o magistrado decidirá fundamentadamente, ao receber o APF, sobre a possibilidade de a prisão ser relaxada, de a liberdade provisória ser concedida, bem como sobre a necessidade de a prisão preventiva ser decretada. Logo, ainda que ausente o membro do Ministério Público na audiência de custódia, o Juiz Presidente poderá fazer valer sua competência, invocando o referido dispositivo processual, para decidir sobre o *status libertatis* do custodiado, ainda que em desacordo com os interesses da defesa. No que tange aos casos de prisões decorrentes de mandado, tem-se que elas independerão da presença

---

[348] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. Pp. 173 e 174.

do *parquet* na audiência de custódia, posto que elas passaram por uma prévia análise do magistrado que as decretaram, sendo admissível o juízo de retratação caso se demonstre a ausência dos seus pressupostos autorizadores.

Encerrando os debates, caberá ao magistrado decidir qual das quatro alternativas apresentadas será imposta. Vale destacar que as decisões que implicarem na imposição de medidas cautelares diversas da prisão deverão ser precedidas por um juízo de necessidade e adequação, além de haver um prazo estipulado para que sejam reavaliadas (Art. 9ª *caput*).

Para que a audiência de custódia seja célere, os depoimentos e perguntas nela realizados serão registrados em mídia. Contudo, quando isto não for possível, haverá necessidade de formalização de um termo. Independentemente do meio, ele será arquivado na unidade responsável pelo procedimento (Art. 8º, parágrafo segundo).

O ato final da audiência de custódia é a elaboração da sua ata, a qual conterá, de forma resumida, a deliberação do magistrado responsável, bem como eventuais medidas a serem tomadas em caso de tortura ou maus tratos sofridos pelo preso (Art. 8º, parágrafo terceiro).

Por fim, cópia da referida ata será entregue ao custodiado, ao seu defensor, bem como ao membro do Ministério Público. Além disso, uma cópia será anexada ao APF, sendo que ambos os documentos seguirão para livre distribuição (Art. 8º, parágrafo quarto).

5.7.2 Procedimento previsto no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011

Importante frisar que o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, se for aprovado com a redação atual[349], restringe a realização da audiência de custódia para os casos de prisão em flagrante, não determinando sua implementação para os casos de prisão preventiva ou de prisão temporária decretadas diretamente.

Assim, o regramento se inicia com a captura de alguém em estado de flagrância. Já na Delegacia de Polícia, o preso passaria a ter direito a assistência de defesa técnica a qual o acompanharia durante seu interrogatório (Art. 304, parágrafo quinto do CPP). Ademais, objetivando resguardar sua integridade física, todos os capturados passarão por exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito médico-oficial ou por médico nomeado pelo Delegado de Polícia (Art. 304, parágrafo sexto do CPP).

---

[349] Por atual, adotou-se a última data em que a redação da referida norma foi analisada, no dia 01 de junho de 2017.

Encerrada a lavratura do APF, o indivíduo ficaria à disposição do juízo competente para a realização da audiência de custódia (Art. 304, parágrafo sétimo do CPP), nos prazos analisados anteriormente.

Antes da realização do referido procedimento, as autoridades públicas envolvidas devem assegurar que o preso tenha contato com seu defensor, em um local hábil a garantir a confidencialidade do que for discutido. Ademais, de modo diverso do que foi regulado na Resolução 213/2015 do CNJ, caberá a um funcionário credenciado esclarecer ao apresentado as finalidades da audiência de custódia, bem como o rito pelo qual ela será desenvolvida (Art. 306, parágrafo quinto do CPP).

Iniciando a audiência de custódia, caberá ao magistrado competente proceder a oitiva do preso acerca das circunstâncias da sua captura, de modo a avaliar se seus direitos fundamentais foram respeitados, devendo tomar as medidas cabíveis em caso se constatem eventuais violações (Art. 306, parágrafo quarto do CPP). Entretanto, conforme veremos a seguir, o interrogatório encerra o procedimento.

O Ministério Público se manifestará em primeiro lugar, cabendo ao seu representante formular pedido de conversão do flagrante em prisão preventiva ou requerer a concessão de liberdade provisória cominada com medida cautelar não prisional. Curiosamente, o preso será ouvido na sequência, manifestando-se acerca da necessidade e legalidade da prisão, bem como sobre a eventual ocorrência de tortura ou maus tratos. Depois, a defesa técnica terá a palavra, requerendo aquilo que for do melhor interesse do custodiado. Por fim, o Juiz competente proferirá decisão na qual poderá: a) Relaxar a prisão ilegal; b) Decretar a prisão preventiva; c) Conceder a liberdade provisória combinada, ou não, com medida cautelar não prisional (Art. 306, parágrafos sexto e oitavo do CPP).

Limitando o contraditório em sede da audiência de custódia, tem-se que o seu conteúdo será registrado em autos apartados, os quais não poderão ser utilizados como prova contra o capturado. Ademais, somente serão admissíveis questões sobre a necessidade e legalidade da prisão, além de eventual ocorrência de tortura ou maus tratos (Art. 306, parágrafo sétimo do CPP).

Por fim, de modo a garantir que o preso não se sinta ameaçado ou coagido durante o seu depoimento, veda-se a presença dos policiais responsáveis pela sua captura ou pela investigação do suposto crime praticado (Art. 306, parágrafo oitavo do CPP).

5.8 A vítima pode participar da audiência de custódia?

A resolução 213/2015 do CNJ, bem como a redação final do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 são expressos ao determinar a participação do Ministério Público, da Advocacia ou da Defensoria Pública, do Juiz competente, bem como do preso à audiência de custódia, vedando, por outro lado, a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pelas investigações. Entretanto, ambos as normas são omissas quanto a possibilidade de a vítima do crime acompanhar o procedimento.

Caio Paiva defende tal participação, por entender que a vítima possa detalhar as circunstâncias da prisão e, nos casos em que ela conhece o autor do crime, fornecer maiores elementos a respeito da necessidade da imposição da prisão preventiva. Entretanto, o autor ressalta que deve haver um controle de eventuais depoimentos da vítima, como forma de evitar a discussão do mérito do caso concreto, fato que subverteria as finalidades da audiência de custódia[350].

Acrescentando outro argumento à discussão, entendo que a participação da vítima na audiência de custódia é obrigatória nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, uma vez que se garante, assim, a possibilidade de composição entre as partes, de modo a evitar a instauração do processo penal, sobretudo se houver a junção da audiência de custódia com a audiência preliminar prevista na lei 9099/95, conforme será discutido no item 5.12 da presente dissertação.

5.9 O que se fazer em caso de tortura policial?

5.9.1 Regramento da Resolução 213/2015 do CNJ

Em razão das inúmeras denúncias de maus tratos e práticas de tortura que permeiam o processo penal brasileiro, o CNJ procurou, ao editar a Resolução 213/2015, estruturar um regramento minucioso a respeito das consequências de eventual narrativa de abusos físicos ou psicológicos apresentada pelo preso durante a audiência de custódia.

Inicialmente, tem-se que o capturado poderá descrever o que ocorreu se ele estiver acompanhado pela defesa técnica, sem estar algemado, sendo auxiliado por um intérprete de

---

350 PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Pp. 91-92.

LIBAS ou de idioma estrangeiro quando tais profissionais se mostrarem necessários. Ademais, o magistrado do feito deverá explicar que a tortura policial não é um comportamento aceitável e nem é intrínseca a investigações ou efetivação de prisões (Item 3, Anexo II).

Tem-se, também, que se o custodiado relatar que foi vítima de tortura ou se o Juiz Presidente entender que existem indícios de abusos ocorridos, deverá determinar o registro das informações necessárias à melhor investigação dos fatos, bem como implementar providências que garantam a segurança da vítima (Art. 11, *caput*).

As informações necessárias comporão um relatório, cujo conteúdo mínimo deverá abranger: a) Quem eram os torturadores, bem como a quais instituições eles pertenciam; b) Data, hora e local aproximados em que os abusos foram efetivados; c) Descrição do ocorrido, bem como o apontamento das lesões sofridas; d) Indicação de eventuais testemunhas; e) Registro das lesões sofridas por meio de fotos ou vídeos, quando possível e autorizado pela vítima (Art. 11, parágrafo terceiro); f) Evidência de confirmação de lesões no exame de corpo de delito; g) Registro da determinação judicial para que os fatos sejam investigados; h) Descrição da medida protetiva à vítima determinada, nos casos em que a denúncia de maus tratos puder gerar riscos à sua vida, de seus familiares ou de eventuais testemunhas (Art. 11, incisos I a VIII).

Para o melhor desenvolvimento dos trabalhos, a Resolução 213/2015 do CNJ, em seu anexo II, item 5, elenca um rol de perguntas mínimas que deverão ser questionadas à suposta vítima de tortura ou maus tratos, quais sejam:

> **I**. Qual foi o tratamento recebido desde a sua detenção?
> Comentário: Pretende-se com esta questão que o custodiado relate o histórico, desde a abordagem policial até o momento da audiência, da relação ocorrida entre ele e os agentes públicos encarregados de sua custódia.
> **II**. O que aconteceu?
> Comentário: Havendo o custodiado relatado a prática de ato violento por parte de agente público responsável pela abordagem e custódia, é necessário que seja pormenorizado o relato sobre a conduta dos agentes, para identificação de suposta desmedida do uso da força, ou violência que se possa configurar como a prática de tortura.
> **III.** Onde aconteceu?
> Comentário: O relato sobre o local onde ocorreu a violência relatada pode ajudar a monitorar a possibilidade de retaliação por parte do agente que praticou a violência relatada, e pode fornecer à autoridade judicial informações sobre a frequência de atos com pessoas custodiadas em delegacias, batalhões, entre outros.
> **IV.** Qual a data e hora aproximada da ocorrência da atitude violenta por parte do agente público, incluindo a mais recente?
> Comentário: A informação sobre horário e data é importante para identificar possíveis contradições entre informações constantes no boletim de ocorrência, autorizando alcançar informações úteis sobre as reais circunstâncias da prisão do custodiado.
> **V**. Qual o conteúdo de quaisquer conversas mantidas com a pessoa (torturadora)? O que lhe foi dito ou perguntado?
> Comentário: Esta pergunta visa identificar qualquer ameaça realizada pelo agente público, assim como métodos ilegais para se obter a delação de outrem. Todas as

> formas ilegais de extrair informação do preso são necessariamente possibilitadas pela prática da tortura.
> **VI.** Houve a comunicação do ocorrido para mais alguém? Quem? O que foi dito em resposta a esse relato?
> Comentário: Esta pergunta visa averiguar possíveis pessoas que possam ter sofrido ameaças de agentes públicos, autorizando, caso a autoridade judicial assim decida, a indicação de pessoas ameaçadas para participação em programas de proteção de vítimas[351].

5.9.2 Regramento do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011

O Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 apresenta uma regulamentação preventiva aos maus tratos e abusos sofridos pelos presos de modo enxuto e sem o detalhamento que o tema exige.

Inicialmente, tem-se que a todo indivíduo capturado em estado de flagrância deverá ser submetido a exame de corpo de delito cautelar, como forma de averiguar sua condição física logo após o cerceamento de sua liberdade. Tal perícia tem por finalidade servir de parâmetro para avaliar a narrativa do preso e dos policiais acerca das circunstâncias da prisão, bem como o que ocorreu posteriormente. Ademais, o exame será realizado por perito-médico oficial e, na ausência deste servidor público, por outro médico, nomeado pelo Delegado de Polícia (Art. 304, parágrafo sexto do CPP).

De modo diverso do previsto na Resolução 213/2015 do CNJ, o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 atribui aos Delegados de Polícia a incumbência de tomar as primeiras procedências nos casos em que o preso narrar ter sofrido abusos físicos ou psicológicos durante ou após sua apreensão. Nesta hipótese, tal autoridade deverá, logo após a formalização do APF, instaurar inquérito para apurar o alegado, podendo, ainda, requerer a realização de diligências necessárias à obtenção de eventuais provas, bem como que o capturado seja submetido a exames complementares (Art. 306, parágrafo terceiro do CPP).

Em relação aos Juízes, por fim, o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 apresenta uma previsão genérica no art. 306, parágrafo quarto do CPP, ao exigir que os magistrados verifiquem se os direitos fundamentais dos presos foram respeitados, devendo determinar as medidas necessárias para preservá-los e para apurar eventuais práticas de tortura e maus tratos.

---

[351] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>.

5.10 O conteúdo da audiência de custódia pode ser usado como prova?

Considerando que as declarações tomadas durante a audiência de custódia são prestadas voluntariamente pelo indivíduo preso e na presença de seu advogado, surgiu a polêmica na doutrina a respeito da possibilidade do seu uso como prova, sobretudo nos casos em que o crime é confessado.

Inicialmente, enquanto não era vigente a Resolução nº 213/2015 do CNJ, cada Tribunal de Justiça regulava o tema conforme entendesse mais conveniente. A respeito da utilização, durante o processo penal, das declarações prestadas durante a apresentação pessoal do preso, tem-se que ela foi admitida na maioria das normas que regulavam a audiência de custódia, sendo garantida pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Distrito Federal, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Piauí, Maranhão, Tocantins, Amapá, Roraima, Amazonas, Rondônia e Acre. Logo, impuseram limitações ao uso das declarações como prova os Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, Ceará e Pará[352].

A Resolução nº 213/2015 do CNJ é omissa quanto ao tema, apesar de instruir ao magistrado, em seu art. 7º, inciso VIII, a não realizar perguntas com a finalidade de produzir provas quanto ao mérito do suposto crime cometido pelo capturado. Ademais, em seu art. 7º, § 1º, impõe o veto às perguntas realizadas pelos membros da defesa e do Ministério Público que questionarem o mérito da causa. Contudo, seu art. 12 determina que o termo gerado pela audiência de custódia será apensado ao APF ou à ação penal futura. Assim, o juiz de um eventual processo penal poderá conhecer tudo o que foi declarado durante a apresentação pessoal do preso, ainda que se trate de uma confissão dada espontaneamente, sem a instigação por parte do magistrado ou do Promotor de Justiça[353].

Entretanto, os principais questionamentos acerca do tema decorrem do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011. Se a redação proposta for aprovada, o art. 306 do CPP passaria a ter um parágrafo sétimo, cuja redação proíbe que as declarações prestadas em sede de audiência de custódia sejam usadas contrariamente aos interesses do réu, devendo, inclusive, ser registrada em autos apartados.

---

[352] MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso.** 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>.

[353] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 139.

Discorrendo sobre o tema, Rodrigo da Silva Brandalise entende que a vedação contida no Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 não se justifica, uma vez que as declarações do preso são prestadas na presença de um Juiz competente, de um membro do Ministério Público e da Defesa, com base nas disposições de um tratado internacional de direitos humanos, seguindo o sistema acusatório almejado por Estados democráticos de direito. Por outro lado, caso o capturado acuse um policial de tê-lo torturado, tais declarações passariam a ter valor, gerando um sistema contraditório, pois uma hora a narrativa não tem valor legal, mas, a depender do seu teor, passaria a ter. Por fim, salienta-se que a CEDH e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos consideram válida a utilização das declarações dos réus anteriores ao processo, ainda que tenha havido uso do direito ao silêncio durante o julgamento[354].

Os autores Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen destacam que tal vedação acaba por equiparar a oitiva do preso realizada em sede de Delegacia Policial àquela realizada durante audiência de custódia, sendo que, durante a segunda, são vigentes com grande intensidade os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a presença de advogado ou Defensor Público é assegurada. Por fim, eventual prova obtida durante a apresentação pessoal teria o mesmo valor de uma produzida em audiência de instrução e julgamento, cabendo ao juiz atribuir-lhe valor a depender de todas as informações colhidas durante o processo[355].

Em posição contrária, Caio Paiva considera que as declarações prestadas pelo capturado não podem ser utilizadas contra ele, pois o questionamento acerca do mérito do fato que deu ensejo à prisão fogem do escopo da audiência de custódia. Assim, para garantir o cumprimento das finalidades do procedimento, o termo que ela originar deveria ser proibido de ser juntado aos autos do processo penal futuro[356].

Acerca do tema, entendo que a proibição do uso com finalidade instrutória das declarações prestadas durante a audiência de custódia fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Se embora concordo que se evite invadir o mérito de eventual ação penal futura, uma confissão espontânea do preso não poderia ser descartada, tendo em vista que ela foi obtida de modo lícito, em cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais são materializados pela presença de acusação e defesa durante o procedimento. Ademais, a audiência de custódia corresponde já a uma etapa processual, em razão da existência

---

354 ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 142-149.

355 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 138-140.

356 PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 90.

de juiz competente para presidi-la. Logo, as informações obtidas em atos processuais têm o condão de serem consideradas provas e deveriam, portando, instruir o APF ou a ação penal futura.

5.11 É recorrível a decisão da audiência de custódia?

Como já se discorreu em tópico específico, tanto a Resolução nº 213/2015 do CNJ, bem como o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011 conferem ao magistrado a possibilidade de sentenciar o procedimento da audiência de custódia da seguinte forma: a) Relaxamento da prisão em flagrante; b) Concessão da liberdade provisória, cumulada, ou não, com medida cautelar diversa da prisão; c) Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; d) Imposição de medidas necessárias para tutelar os direitos do indivíduo capturado.

Entretanto, ambas as normas não preveem um recurso específico para o ato decisório que encerra a audiência de custódia. Na busca de estipular uma forma de as partes impugnarem a manifestação judicial, há a necessidade de caracterizar qual seria sua natureza jurídica.

De acordo com a doutrina de Renato Brasileiro de Lima, existem dois grandes grupos de decisões judiciais, as decisões interlocutórias e as decisões definitivas. As primeiras se dividem em decisões interlocutórias simples e decisões interlocutórias mistas terminativas e não terminativas. Já as segundas se ramificam em sentença definitiva em sentido estrito e em decisões terminativas de mérito[357].

As decisões interlocutórias simples integram a estrutura do processo e possuem caráter deliberativo, mas não encerram etapas procedimentais ou o procedimento como um todo. Em regra, não são passíveis de impugnação, em razão do princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Entretanto, poderá ser cabível o recurso em sentido estrito quando houver disciplina específica do art. 581 do CPP. Por fim, convém destacar que a parte que se sentir prejudicada poderá se valer das ações autônomas de impugnação, quais sejam o *habeas corpus* e o mandado de segurança[358].

A seguir, as decisões interlocutórias mistas possuem conteúdo deliberativo, evidenciando o caráter conclusivo, pois encerram etapas procedimentais ou o próprio procedimento. Elas se subdividem em: a) Decisões interlocutórias mistas não terminativas, as quais encerram uma etapa procedimental, mas não põem fim ao processo

---

[357] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Pp. 1469-1471.
[358] Idem. Pp. 1469-1471.

(e.g. decisão de pronúncia); b) Decisões interlocutórias mistas terminativas, caracterizadas pela capacidade de encerrar o próprio procedimento (e.g. decisão de rejeição da inicial). Quanto às formas de impugnação, as interlocutórias mistas enquadradas no art. 581 do CPP desafiam recurso em sentido estrito. Já as que não estão previstas no referido artigo, serão questionadas por meio de apelação, de acordo com o disposto no art. 593, inciso II do CPP[359].

Já as sentenças definitivas em sentido estrito são caracterizadas como aquelas que julgam o mérito da ação penal, condenando o absolvendo o réu. Portanto, são recorríveis por meio de apelação, conforme determina o art. 593, inciso I do CPP. Por fim, as decisões terminativas de mérito são dotadas da aptidão à imutabilidade pela coisa julgada material, sem, contudo, condenar ou absolver o réu (e.g. decisão que extingue a punibilidade). A impugnação destas decisões é realizada, em regra, por meio de recurso em sentido estrito, quando a hipótese estiver prevista no rol do art. 581 do CPP. Entretanto, caso isto não ocorra, será cabível a apelação, embasada no art. 593, inciso II do CPP[360].

Considerando o exposto, tem-se que a decisão judicial proferida em sede de audiência de custódia tem natureza de decisão interlocutória simples, uma vez que apresenta caráter deliberativo, mas não tem o condão de encerrar o processo ou uma etapa procedimental. Feita tal consideração, qual seria o recurso cabível?

De início, convém destacar que se o Ministério Público requerer a prisão preventiva do custodiado e o magistrado determinar o relaxamento da prisão em flagrante ou conceder a liberdade provisória, caberá ao representante do *parquet* se utilizar o recurso em sentido estrito, com base no art. 581, inciso V do CPP, posto que ele é cabível aos casos em que a decisão judicial "indeferir requerimento de prisão preventiva, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante[361]".

Entretanto, como impugnar a decisão que decreta a prisão preventiva? Convém esclarecer o não cabimento do recurso em sentido estrito, pois a imposição da cautelar prisional não se amolda à previsão do art. 581, inciso V do CPP[362], apesar de existirem doutrinadores adeptos ao uso deste recurso, utilizando-se de uma interpretação ampla do

---

[359] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Pp. 1469-1471.
[360] Idem. Pp. 1469-1471.
[361] BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.
[362] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. P. 626.

mencionado dispositivo legal[363]. Ademais, por se tratar de uma decisão interlocutória simples, ela não é recorrível por meio de apelação. Assim, outros autores consideram que a decisão que decreta a prisão preventiva é irrecorrível, devendo a defesa utilizar de ações autônomas de impugnação, ou seja, o *habeas corpus*[364].

Este parece ser o entendimento preponderante por parte dos advogados e Defensores Públicos que lidam com o tema, pois, como será observado na pesquisa jurisprudencial apresentada no capítulo 6, a maioria dos julgados que discutem a decretação da prisão preventiva são originados de *habeas corpus* impetrados em favor dos encarcerados.

5.12 Audiência de Custódia e Aceleração Procedimental

5.12.1 "Processo Penal Instantâneo": O caso ocorrido no Acre

Quando o termo "processo" é posto em debate, uma característica que acaba lhe sendo atribuída é sua morosidade. De acordo com o CNJ, no relatório "Justiça em Números" do ano de 2016, um processo de conhecimento tinha duração média de dois anos e dez meses, sendo que o Estado mais veloz no julgamento dos casos é o Sergipe, com o tempo de quinze meses, ao passo que os processos mais demorados para terem a sentença proferida são os julgados no Piauí, cujo prazo médio é de cinco anos e três meses[365]. Entretanto, houve um caso no Acre cuja fase de conhecimento levou apenas três dias entre a prisão do autor do crime em flagrante e a sua posterior condenação.

O caso ocorreu no Município de Xapuri, cuja população é de aproximadamente dezesseis mil habitantes, sendo localizado no interior do Estado do Acre. No dia 02 de abril de 2016, um sábado, Railândo da Silva Oliveira praticou um roubo, sendo preso em flagrante na mesma data. Formalizado o APF, tem-se que seu despacho ocorreu na segunda-feira, 04 de abril, sendo designada a audiência de custódia para às 08h30min do dia seguinte. Durante o procedimento, o magistrado responsável decretou a prisão preventiva, em razão do emprego de violência na consumação do delito, bem como dos indícios sólidos de autoria. Sucedeu, entretanto, que encerrada as análises cabíveis durante uma audiência de custódia, tem-se que o Promotor de Justiça ofereceu a denúncia verbalmente. Em seguida, o Juiz recebeu a inicial

---

[363] FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. P. 245
[364] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. P. 245.
[365] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016.** Brasília: 2016. P. 125.

acusatória, tornando o capturado em réu. Na mesma oportunidade, o advogado apresentou defesa preliminar, a qual foi rejeitada. Assim, a audiência de instrução e julgamento foi marcada para o mesmo dia, às 13h05min. Aberto este procedimento, a vítima e duas testemunhas foram ouvidas e o réu foi interrogado, oportunidade em que confessou o crime. Encerrando o processo em primeira instância ainda na mesma tarde, o magistrado condenou o acusado a uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime semi-aberto[366].

O Juiz responsável pelo caso entendeu que todas as exigências para um devido processo penal foram seguidas. Além disso, tanto a acusação, quanto a defesa estiveram presentes em todas as etapas processuais e não apontaram a ocorrência de quaisquer nulidades. Já o Promotor de Justiça destacou que a celeridade decorreu de uma conjunção única de fatores, ressaltando o pequeno porte da Comarca na qual o crime ocorreu, aliado ao fato de que o sentenciado foi preso em flagrante e confessou crime, além de que todas as testemunhas foram rapidamente localizadas e tinham disponibilidade para deporem em audiência. Já o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Acre criticou a velocidade da tramitação, pois entendeu que o "julgamento instantâneo" prejudicou o acusado, pois ele não foi tratado com o respeito exigido pelo CPP. Ademais, asseverou que um processo justo exige que a defesa apresenta todas as possibilidades de exercício. O advogado caso não prestou declarações[367].

No julgamento célere realizado no Estado do Acre, a audiência de custódia foi realizada. Entretanto, ao invés de se ater à análise da legalidade da prisão, de eventuais maus tratados sofridos pelo capturado, bem como à ponderação da real necessidade da imposição de medidas cautelares (prisionais ou não), tal procedimento teve sua finalidade ampliada, uma vez que funcionou como a etapa do recebimento da denúncia, apreciação da defesa preliminar, bem como sua rejeição pelo magistrado, o qual já aproveitou a oportunidade e designou data para a realização da audiência de instrução e julgamento.

Assim, a audiência de custódia pode ter suas finalidades ampliadas, de modo a acelerar a tramitação processual?

---

[366] PIMENTA, Guilherme. **Entenda como a Justiça do Acre condenou um réu três dias após prisão em flagrante.** 2016. Disponível em: <https://jota.info/justica/justica-acre-condena-reu-em-tres-dias-apos-prisao-em-flagrante-29072016>. Acesso em: 12 mar. 2017.
[367] Idem.

5.12.2 Audiência de Custódia nos Crimes de Menor Potencial Ofensivo

Tal hipótese ainda não ganhou adeptos na doutrina, tendo sido imaginada pelo autor Raphael Melo apenas para negar sua possibilidade. Segundo o doutrinador, a audiência de custódia poderia ser utilizada para tornar ainda mais célere a tramitação dos crimes cujo rito é regido pela lei 9.099/95[368].

Mas uma dúvida pode surgir. Na prática de crimes de menor potencial ofensivo, o indivíduo não é preso em flagrante, pois, uma vez formalizado o TCO, não se prevê o recolhimento ao cárcere, desde que haja o comprometimento de comparecer ao juízo na data designada, nas hipóteses em que o indivíduo não é imediatamente levado à sede do Juízo Especial Criminal[369]. Logo, a audiência de custódia serviria para agilizar ainda mais o procedimento sumaríssimo nas hipóteses em que o indivíduo cometeu um crime de menor potencial ofensivo. Entretanto, ao invés de o Delegado de Polícia lavrar um TCO, acabou por formalizar um APF, por entender que a conduta se amolda a um tipo penal de média ou elevada gravidade. Assim, o capturado será levado para a realização da audiência de custódia, oportunidade em que o Promotor de Justiça poderia reconhecer a ocorrência de infração penal de menor potencial ofensivo[370]. Encerrada a análise da prisão em flagrante, poderia ocorrer, na sequência, a audiência preliminar prevista na lei 9099/1995?

Para Raphael Melo, a realização da audiência preliminar na sequência da audiência de custódia, bem como a própria audiência preliminar na forma que ela é regulada pela lei 9099/1995 são inconstitucionais. De acordo com o autor, a audiência preliminar do JECrim precisaria ser modificada, como forma de garantir sua adequação à CADH, como forma de transformá-la em uma audiência de custódia. Tal alteração garantir a preponderância das finalidades desta última, ao invés da lógica conciliatória da primeira. Por outro lado, o indivíduo já entra na audiência preliminar privado de sua liberdade, sem bem compreender as razões pelas quais está neste ato processual. Assim, em clara violação à paridade de forças entre acusação e defesa, a composição civil (art. 74, lei 9099/95) ou a transação penal (art. 76, lei 9099/95) surgem como a salvação para uma suposta inevitabilidade de uma pena privativa de liberdade. Por fim, a audiência preliminar tem por finalidade a consensualidade, garantia pela aplicação

---

368 MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016.
369 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P. 1451.
370 MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 211.

dos referidos institutos despenalizadores, prevalecendo a vontade das partes sobre a realidade dos fatos. Se aplicados tais benefícios penais, o processo já se encerra de imediato. Logo, tal pressa acaba violando os princípios do contraditório e da duração razoável do processo[371].

Em que pese a argumentação de Raphael Melo, entendo que suas críticas ao processo seriam mais adequadas ao procedimento ordinário do que ao procedimento sumaríssimo. Os crimes previstos pela lei 9099/95, de acordo com seu art. 61, aplicam-se aos casos de contravenções penais e de crimes cuja pena máxima não supere dois anos, cumulada ou não com multa. Penas tão brandas não ensejam a imposição de pena privativa de liberdade, fato que acaba por não gerar o encarceramento do indivíduo, evitando o medo da prisão. Por outro lado, o flagrante de tais infrações penais também não conduz o indivíduo a um estabelecimento prisional, tendo em vista que ele será levado ao JECrim ou será liberado, desde que se comprometa a comparecer ao juízo quando determinado. Ademais, é necessário parar de isentar aqueles que praticam crimes de suas respectivas responsabilidades, imaginando que se tratam de sujeitos alienados e prejudicados por Juízes, Promotores de Justiça e advogados pactuados para o encarceramento. O cometimento de infrações penais de menor potencial ofensivo exige sim a imposição de penas, ainda que leves. Logo, a composição civil ou a transação penal são benefícios criados pela lei 9099/95 como forma de conscientizar o autor do delito acerca de seus atos, sem gerar um processo penal e sem acarretar maus antecedentes ou reincidência. Trata-se de uma verdadeira chance que o indivíduo recebe da lei para repensar os seus atos e sem o prejudicar na busca de um emprego, por exemplo, uma vez que sua ficha criminal estará em branco. Ademais, ele estará assistido por advogado, seja na audiência de custódia, seja na audiência preliminar. Se houve prévia e sigilosa conversa entre o patrono da causa e seu cliente, bem como o magistrado do caso explicou todos os detalhes do procedimento e cientificou o capturado de todos os seus direitos, não há motivos para eventuais nulidades ou inconstitucionalidades. Por fim, entendo que, nos casos do procedimento sumaríssimo, a junção da audiência de custódia, quando necessária, com a audiência preliminar agilizaria o andamento da Justiça, sem prejudicar o contraditório e a ampla defesa, pois não faria sentido liberar o indivíduo após a realização da primeira e designar a segunda para data futura, quando todos os participantes de ambas estivessem presentes desde o início e sua realização tem por objetivo beneficiar o capturado, ao invés de prejudica-lo.

---

[371] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 211-214.

5.12.3 Audiência de Custódia no Procedimento Ordinário

Com relação ao procedimento ordinário, surgiu o entendimento de que a audiência de custódia poderia ser convertida na audiência de instrução e julgamento nos casos em que o indivíduo foi preso em flagrante, uma vez que as testemunhas e vítimas do crime são de fácil localização, posto que todos são ouvidos quando da formalização do APF. Desta forma, realizada a audiência de custódia, o representante do Ministério Público ofereceria denúncia. Ouvida a defesa, a exordial acusatória seria recebida e dar-se-ia o início do depoimento das testemunhas. Ao término da colheita de provas, as partes apresentariam as respectivas alegações finais, oportunidade em que o magistrado proferiria a sentença no mesmo dia[372].

Convém destacar que tal viés procedimental já foi aplicado em um caso concreto, realizado no Estado do Acre, o qual ilustra e inicia o presente item da dissertação. A celeridade empregada ao processo apresentou ampla divulgação em *sites* de conteúdo jurídico, recebendo inúmeras manifestações de apoio.

De acordo com Raphael Melo, tal entendimento não poderia ser utilizado nos processos penais em razão da inexistência de previsão legal neste sentido. O autor destaca que o rito mais célere de todos, o sumaríssimo, determina que, oferecida a denúncia, o réu será citado, oportunidade que lhe será comunicada a data da audiência de instrução e julgamento. Assim, fica evidenciado que a tal etapa procedimental não ocorre conjuntamente com o recebimento da denúncia, mas sim em uma data posterior. Ademais, tamanha velocidade na realização dos atos acaba por violar os princípios da ampla defesa e da duração razoável do processo, uma vez que são desconsideradas as garantias constitucionais e as formalidades estabelecidas em lei. A única forma de aceleração de procedimento que o autor admite é que, durante a audiência de custódia do JECrim, o Promotor de Justiça ofereça denúncia, já ocorrendo, de imediato, a citação pessoal do réu e a notificação de seu defensor. Entretanto, a defesa preliminar e a audiência de instrução e julgamento deveriam ser realizadas posteriormente, em uma data que possibilite a melhor execução da defesa[373].

Entendo que o caso julgado no Estado do Acre foi único e reuniu todas as condições possíveis para que a sentença pudesse ser proferida no mesmo dia da audiência de custódia, posto que o crime era de reduzida complexidade, todas as testemunhas foram facilmente

---

[372] BARROS, Caio Sérgio Paz de. **As câmaras de flagrantes a inverterem o caos causado pelas audiências de custódias**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 67-98., ago./set. 2015. Pp. 79-81.

[373] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 215.

localizadas, havia possibilidade de acusação e defesa cumprirem com suas obrigações processuais e o réu confessou o crime, havendo margem ínfima de argumentos para a defesa. Entretanto, ainda em um caso único deste, é arriscado proceder com tamanha aceleração. Os prazos processuais existem, posto que o legislador entendeu que tais lapsos temporais são os necessários para que as partes possam proceder com maior efetividade. Obrigar um Promotor de Justiça a oferecer denúncia no mesmo dia em que ele analisa o APF viola o princípio da promoção privativa da ação penal, posto que o *parquet* apresenta o prazo legal para iniciar o processo penal, não podendo ser obrigado a fazê-lo em menor tempo. Por outro lado, a violação ao princípio da ampla defesa é cristalina, uma vez que não haverá tempo hábil para a reunião de documentos e demais materiais que poderiam instruir um pedido de liberdade provisória ou mesmo a defesa preliminar. Logo, com base nos princípios da razoabilidade, do contraditório efetivo e pleno, da ampla defesa e da duração razoável do processo, defendo que o processo penal julgado no Estado do Acre, bem como todos em que unirem a audiência de custódia com a audiência de instrução e julgamento deveriam ser declarados nulos.

6. CONSEQUÊNCIAS DA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

6.1 Introdução

Apesar de se tratar de um tema recente nas discussões jurídicas brasileiras, a audiência de custódia avançou rapidamente no que tange a apresentar uma norma que a regulamenta, uma série de projetos de leis que procuram fortalecer o instituto, além de que já foram realizadas, em pouco mais de dois anos, mais de cento e setenta e quatro mil apresentações do preso a um juiz competente.

Entretanto, a resolução nº 213/2015 do CNJ, o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, bem como o Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que pese os esforços em regulamentar um tema ainda inexistente no processo penal brasileiro, padecem de um problema de grande impacto prático que é a ausência de definição jurídica acerca da não realização da audiência de custódia em um caso concreto. Todos os citados instrumentos normativos esmiúçam a forma pela qual o preso será conduzido à presença do juiz, quem participará da audiência, o que pode ou não ser perguntado, bem como o papel que cabe a cada ator processual. Entretanto, quais serão as consequências jurídicas se nada do que foi tratado nesta dissertação foi realizado, sendo aplicado o regime previsto na CF/1988 e no CPP?

Ausente a resposta na legislação, tem-se que tal questão será respondida pelos debates existentes na doutrina, além da forma pela qual o Poder Judiciário enfrenta o tema na análise dos casos julgados diariamente. Assim, a proposta deste capítulo é verificar como os autores se manifestaram sobre o tema, além de buscar, na jurisprudência de tribunais selecionados, algumas propostas para enfrentar a questão lançada.

6.2 Como a doutrina entende o tema

Em razão do ineditismo e da recente implementação da audiência de custódia, muitos autores ainda não firmaram convicção sobre o tema. Assim, abaixo estarão descritas as opiniões dos principais autores que já se manifestarem a respeito das consequências da não realização da audiência de custódia.

De acordo com Caio Paiva[374], a ausência da apresentação pessoal do capturado a uma autoridade judicial eiva com o vício da ilegalidade qualquer prisão que tenha sido efetivada,

---

[374] PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 89.

implicando no seu consequente relaxamento, uma vez que o mandamento convencional seria uma formalidade necessária à legalidade da constrição de liberdade de um indivíduo. Ademais, o autor critica, ainda, o entendimento jurisprudencial que determina a realização da audiência de custódia imediatamente aos casos em que ela não ocorreu, pois: a) o ato funcionaria como um requisito da legalidade da prisão em flagrante, preventiva ou temporária, não podendo ocorrer posteriormente à análise judicial das mesmas; b) o Juiz de primeira instância presidiria o procedimento contra à sua vontade, reduzindo as chances de as teses defensivas modificarem seu entendimento[375].

Manifestando-se sobre o tema, o Professor Doutor Gustavo Badaró assevera que a audiência de custódia é uma garantia que os presos apresentam em razão do disposto no art. 7º, item 5 da CADH. Logo, o próprio flagrante, bem como eventuais medidas cautelares que sejam impostas a um indivíduo que não foi apresentado pessoalmente ao magistrado competente para analisar sua situação padecerá de nulidade absoluta, tratando-se de vício insanável, razão pela qual a liberdade plena do capturado deverá ser restituída imediatamente, sem quaisquer condicionantes[376].

Cleopas Santos aborda as consequências da não realização da audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante, entendendo que tal ausência implicaria no relaxamento do referido cerceamento de liberdade, visto que a apresentação pessoal do capturado ao Juiz competente seria uma formalidade exigível para a formalização do APF. Contudo, o autor defende a tese de que tal relaxamento não implicaria na imediata concessão da liberdade provisória, visto que, se os requisitos da prisão preventiva estivessem presentes no caso concreto, ela poderia ser decretada[377].

Para Luiz Eduardo Cani, a implementação da audiência de custódia no Brasil gera uma nova formalidade procedimental a ser observada nos casos de prisões em flagrantes efetivadas. Logo, no caso do descumprimento do disposto no art. 7º, item 5 da CADH, regulamentado pela Resolução 213/2015 do CNJ, gerará nulidade em razão de omissão de formalidade que constitua elemento essencial de um determinado ato, com base no art. 564, inciso IV do CPP. Para o

---

[375] O mesmo entendimento é partilhado por Carlo Velho Mais em: MASI, Carlo Velho. **O direito à Audiência de Custódia continua ignorado no Brasil.** 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-brasil/>. Acesso em: 25 mar. 2017.

[376] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** Disponível em <https://www.academia.edu/9457415/Parecer__Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%AAncia_de_cust%C3%B3dia>. Pp. 12-13.

[377] SANTOS, Cleopas Isaías. **Audiência de Garantia ou sobre o óbvio ululante**. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-garantia-ou-sobre-o-obvio-ululante-por-cleopas-isaias-santos-2/>. Acesso em 01 de maio de 2017.

autor, em que pese tal vício seja sanável, em regra, no caso espeífico da não realização da audiência de custódia, o defeito se torna impassível de convalidação, uma vez que a apresentação pessoal do preso ao Juiz competente não ocorreu no prazo estabelecido, ela não poderia ser refeita. Ademais, eventuais medidas cautelares impostas decorreram de decisão judicial proferida na ausência de advogado ou Defensor Público, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa[378].

Por fim, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen[379] sugerem que as consequências da não realização da audiência de custódia mudem de acordo com a marcha processual penal. Inicialmente, se o caso se encontrar durante o inquérito policial ou durante as primeiras investigações, o preso deverá ser apresentado imediatamente ao juiz competente, não sendo a sua colocação em liberdade automática, pois a realização da audiência de custódia deverá ser fomentada. Já se o caso estiver na fase processual, após o oferecimento da denúncia, a teoria geral das nulidades deverá ser aplicada. Ainda que não realizada a audiência de custódia, se o preso obteve a liberdade provisória incondicional, nenhum prejuízo resultou do descumprimento do disposto no art. 7º, item 5 da CADH. Se eventual medida cautelar não prisional ou a prisão preventiva tiverem sido decretadas, os autores sugerem a seguinte solução: a) Se o interrogatório do encarcerado ainda não ocorreu, a audiência de custódia deverá ser realizada o mais rapidamente possível; b) Se o interrogatório do preso já foi efetivada, seria inadmissível eventual alegação de nulidade, pois:

> Se já houve contato, com a superação da audiência de interrogatório, igualmente não há que falar em nulidade da prisão preventiva em vigor, muito menos da investigação ou do próprio processo. No contato pessoal mantido com o juiz, o réu teve toda a oportunidade de manifestar não só sua versão sobre o fato pelo qual é acusado, senão também, sobre a desnecessidade de manutenção de sua privação de liberdade e eventuais maus tratos ou tortura que sofrera quando de sua prisão em flagrante[380].

6.3 Como o tema tem sido julgado nos tribunais brasileiros

6.3.1 Seleção dos Tribunais e como os Julgados serão apresentados

Apesar deste tema já ter sido exposto no capítulo 2, uma retomada acerca da delimitação da forma pela qual os Tribunais foram selecionados se faz necessária, bem como dos aspectos

---

[378] CANI, Luiz Eduardo. **Não Realização de Audiência de Custódia Gera Defeito Processual Insanável, Sendo Necessário Revogar Medida(s) Cautelar(es) Fixada(s) sem Possibilidade de Exercício do Contraditório**. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p.141-158, dez. 2015. Pp. 154-155.
[379] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Pp. 91-92
[380] Idem. Pp. 91-92.

relacionados à coleta e análise das decisões judiciais, para não deixar injustificada a estruturação dos dados a seguir.

Inicialmente, houve a necessidade de fixar em qual marco temporal a pesquisa seria fixada. Como a audiência de custódia é tema recente no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que o termo inicial foi deixado em aberto. Contudo, para que os julgados pudessem ser organizados a tempo de a dissertação ser entregue, o termo final adotado foi o dia 31 de dezembro de 2016, abarcando mais de um ano de aplicação do instituto.

Em segundo lugar, foram fixados os parâmetros da pesquisa. Após alguns testes realizados nos sistemas de busca dos Tribunais, percebeu-se que o uso dos termos "audiência de custódia" e "não realização"[381], pesquisados conjuntamente, acabavam por refinar todo o espaço amostral de decisões judiciais para as que interessavam para a presente investigação, pois somente eram mostrados os acórdãos em que este tema foi discutido.

Posteriormente, delimitou-se quais Tribunais brasileiros seriam analisados. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são escolhas necessárias e óbvias, pois são os órgãos do Poder Judiciário responsáveis pela uniformização da jurisprudência a respeito da interpretação da CF/1988 e das leis infraconstitucionais respectivamente. Entretanto, após o uso dos termos de busca acima mencionados no *site* do Supremo Tribunal Federal, ocorreu que não foram localizados julgados, razão pela qual é possível concluir que o órgão da cúpula do Poder Judiciário ainda não discutiu tal questão.

Já em relação aos Tribunais de Justiça, foi usado como parâmetro as informações abaixo extraídas do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional[382]:

---

[381] É necessário destacar que o uso das aspas nos termos buscados é proposital, pois força com que o sistema eletrônico do tribunal localize exatamente a expressão contida entre tais sinais.

[382] BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: 2014. P. 25.

UF	População total aproximada	Taxa por 10 mil habitantes	Total de vagas sistema prisional	Taxa de ocupação*	Total de presos provisórios	% de presos provisórios
AC	4.244	53,52	2508	169%	1139	26,84%
AL	5.920	17,80	2596	228%	2332	39,39%
AM	8.868	22,80	3430	259%	5555	62,64%
AP	2.663	35,27	1484	179%	888	33,35%
BA	15.611	10,31	8597	182%	9994	64,02%
CE	21.648	24,43	11476	189%	10497	48,49%
DF	14.405	50,31	6920	208%	4040	28,05%
ES	16.694	42,87	13572	123%	7188	43,06%
GO	15.574	23,80	9073	172%	7694	49,40%
MA	6.703	9,77	4299	156%	4401	65,66%
MG	61.392	29,56	36685	167%	30712	50,03%
MS	13.915	52,95	6686	208%	4151	29,83%
MT	10.138	31,36	5909	172%	5672	55,95%
PA	12.622	15,60	7889	160%	6059	48,00%
PB	10.450	26,47	7488	140%	3934	37,65%
PE	26.809	28,85	11308	237%	13627	50,83%
PI	3.182	9,95	2221	143%	1848	58,08%
PR	28.004	25,22	18278	153%	14614	52,19%
RJ	40.301	24,44	28130	143%	16859	41,83%
RN	7.658	22,41	4906	156%	2600	33,95%
RO	17.987	102,61	6150	292%	9527	52,97%
RR	1.609	32,18	1080	149%	848	52,70%
RS	28.125	25,06	21287	132%	9761	34,71%
SC	16.828	24,94	12048	140%	4456	26,48%
SE	4.653	20,91	2425	192%	2558	54,98%
SP	220.030	49,85	132368	166%	64336	29,24%
TO	5.772	38,45	2298	251%	4332	75,05%
União	397	.	773	51%	46	11,59%
Brasil	622.202	30,62	371884	167%	249668	40,13%

Como se observa, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014 agrupa os Estados brasileiros de acordo com determinados parâmetros, quais sejam: a) População prisional total aproximada; b) Taxa de presos por 10 mil habitantes; c) Taxa de ocupação das vagas disponíveis; d) Total de presos provisórios. Logo, após conversar com meu

orientador, optou-se por selecionais os Tribunais de Justiça que se destacaram negativamente nos parâmetros fixados no estudo, pois cada parâmetro demonstra um problema prisional diferente.

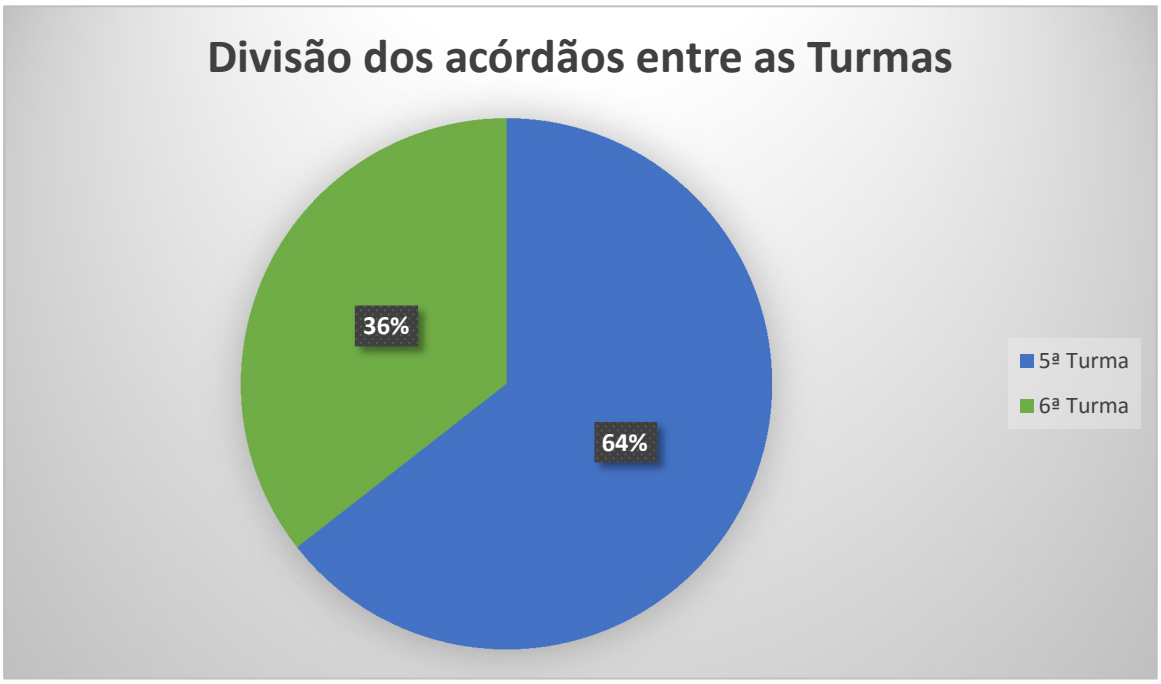
Portanto, para a variável "população prisional total aproximada", foram selecionados os Estados de São Paulo e Minas Gerais. Para a variável "taxa de presos por 10 mil habitantes", pesquisou-se os julgados de Rondônia. Para a variável "taxa de ocupação das vagas disponíveis", optou-se por Tocantins e Amazonas. Encerrando, para a variável "total de presos provisórios", o Estado selecionado foi o Maranhão.

6.3.2 Julgados do Superior Tribunal de Justiça

6.3.2.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados

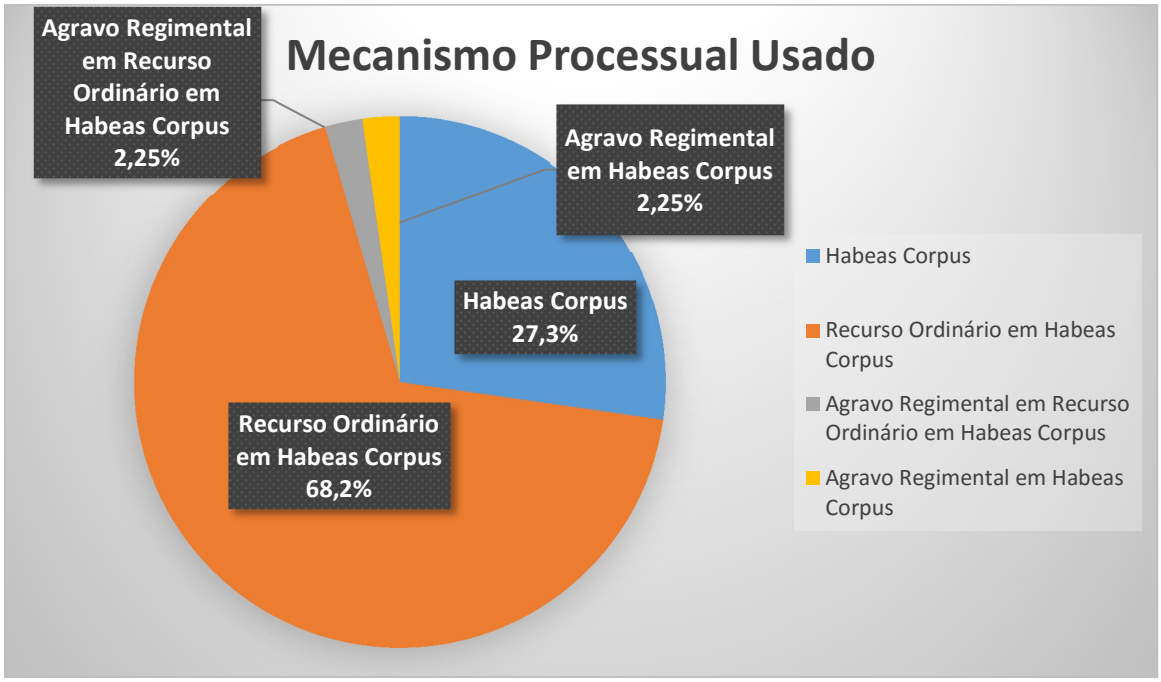
Utilizando os parâmetros descritos, constatou-se que existiam 45 (quarenta e cinco) acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido.

Inicialmente, importante ressaltar como tais acórdãos foram divididos entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça:



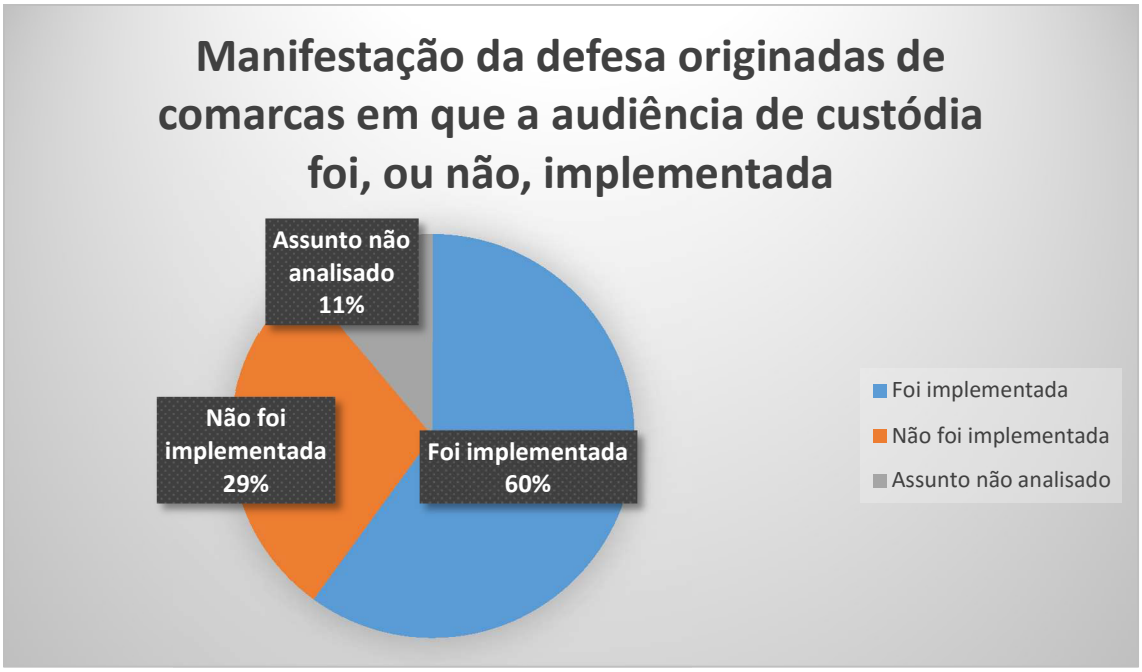
Os dados revelam uma distribuição assimétrica dos acórdãos em que se discutiu especificamente a não realização da audiência de custódia, havendo uma prevalência de casos julgados pela 5ª Turma do STJ.

Já em relação ao mecanismo processual utilizado pelas partes para que o tema fosse analisado pelo juízo *ad quem*, tem-se o gráfico a seguir:



É possível observar que todos os acórdãos julgados pelo STJ se originaram da impetração de *habeas corpus* ou recursos a ao *writ* relacionados. Tal preponderância certamente decorre do fato de o remédio constitucional apresentar prioridade de tramitação em relação a todos os demais casos de competência recursal ou originária de tribunais, gerando celeridade na análise do pedido.

Por fim, importante salientar o número de manifestações da defesa originadas de Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada e não realizada e Comarcas em que o instituto ainda não havia sido implementado, uma vez que tal distinção pode influenciar na decisão dos Ministros relatores:



Convém destacar, entretanto, que os Ministros do STJ adotam um critério diferente dos outros tribunais para determinar se a audiência de custódia já havia sido regulamentada à época da prisão em flagrante.

Nos Tribunais de Justiça que serão analisados a seguir, o fator determinante para encaixar o caso em um gos grupos acima era saber se a captura ocorreu antes ou após a regulamentação local acerca da obrigatoriedade da audiência de custódia. Por outro lado, o STJ adota como parâmetro as datas fixadas pelo STF no julgamento da ADPF 347/2015 (noventa dias para implementar, contados do dia 09 de setembro de 2015) e pelo CNJ na resolução 213/2015 (noventa dias a partir de 1º de fevereiro de 2016). Assim, somente são computadas como implementadas nas Comarcas, as audiências de custódia realizadas após a noventena estipulada pelo CNJ, pouco importando se já havia resolução de Tribunal de Justiça vigente em uma determinada localidade.

6.3.2.2 Como os Ministros enfrentaram o tema

6.3.2.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada

A análise será iniciada pelo grupo de 27 (vinte e sete) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia já havia sido implementada em uma determinada Comarca mas que, por razões diversas, não foi realizada após a prisão em flagrante de um indivíduo.

Vale ressaltar que os dados abaixo somente demonstram os casos de descumprimento da resolução nº 213/2015 do CNJ nos casos em que a prisão em flagrante foi convertida em

prisão preventiva e que a defesa impugnou tal decisão, seja mediante *habeas corpus* ou apelação criminal. Entretanto, não existem dados para os casos em que a audiência de custódia não foi realizada e o capturado obteve o benefício da liberdade provisória ou em que o flagrante foi relaxado, razão pela qual não é possível se definir uma taxa de não realização da audiência de custódia, não sendo este o objetivo do presente estudo.

Dos 27 (vinte e sete) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 17 (dezessete) os Ministros entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto. Outro argumento utilizado conjuntamente é o de que a decretação da prisão preventiva altera o fundamento do cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo, tornando prejudicadas eventuais irregularidades ocorridas durante a prisão em flagrante. Assim, foram mantidas todas as medidas cautelares prisionais determinadas pelos juízes de primeira instância[383].

Em outros 5 (cinco) acórdãos do grupo acima definido, ficou entendido que as prisões preventivas decretadas nos casos analisados seriam mantidas em razão de que a conversão da prisão em flagrante altera o fundamento pelo qual o suspeito está encarcerado, sendo que eventuais nulidades ou irregularidades ocorridas na etapa pré-processual encontram-se prejudicadas[384].

Já em 4 (quatro) acórdãos, asseverou-se que os requisitos da prisão preventiva estão elencados nos arts. 312 e 313 do CPP, sendo que a prévia realização da audiência de custódia não configura condição de validade para a medida cautelar prisional imposta. Assim, sua não realização não implica na concessão da liberdade provisória ao preso[385].

Resta destacar o ocorrido no julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* nº 75736. Inicialmente, o caso foi distribuído ao Ministro Nefi Cordeiro, o qual funcionaria como relator. Em seu voto, entendeu que:

> É a audiência de custódia procedimento legitimador da conversão do flagrante em preventiva, fonte de controle pleno judicial e garantia de dignidade do cidadão, não podendo jamais ser afastada - especialmente após consagrada nacionalmente por estruturação administrativa promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e por reconhecimento de sua necessidade e vigência imediata pelo Supremo Tribunal Federal. Como forma procedimental imprescindível à conversão da prisão em

[383] Na 5ª Turma, seguiram tal entendimento os Ministros Joel Ilan Paciornik (um acórdão) e Reynaldo Soares da Fonseca (nove acórdãos). Já na 6ª Turma, seguiram tal entendimento os Ministros Maria Thereza de Assis Moura (três acórdãos), Antonio Saldanha Palheiro (um acórdão) e Sebastião Reis Junior (três acórdãos).
[384] Na 5ª Turma, seguiram tal entendimento os Ministros Joel Ilan Paciornik (um acórdão), Jorge Mussi (dois acórdãos) e Ribeiro Dantes (dois acórdãos).
[385] Na 6ª Turma, seguiu tal entendimento o Ministro Rogerio Schietti Cruz (quatro acórdãos).

> preventiva, seu descumprimento acarreta nulidade insanável à custódia vigente, que deve ser relaxada[386].

O entendimento que poderia acrescentar algo novo nos debates acerca da não realização da audiência de custódia acabou por ser eliminado, uma vez que a decisão do Ministro Nefi Cardoso acabou por ser voto vencido, prevalecendo, na Turma, a concepção de que não se pode falar em nulidade da prisão preventiva em razão da prévia conversão da prisão em flagrante, quando todas as disposições do CPP e da CF/1988 tenham sido cumpridas.

6.3.2.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada

Neste tópico será abordado o do grupo de 13 (treze) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia ainda não havia sido implementada em uma determinada Comarca.

Em todos os casos que compõem o referido grupo, os ministros do STJ entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, uma vez que os prazos estipulados pelo STF e pelo CNJ para a implementação do instituto ainda não haviam espirado, fato que ainda não tornava a obrigatória a apresentação pessoal do encarcerado a um magistrado.

Por fim, convém destacar que cinco acórdãos, o argumento da nulidade da prisão preventiva em razão da ausência de realização da audiência de custódia não foi sequer analisado pelos Ministros do STJ, uma vez que o tema não havia sido objeto de deliberação no acórdão recorrido do Tribunal de Justiça respectivo (segunda instância), razão pela qual, se a Corte da Cidadania se manifestasse sobre o assunto, estaria caracterizada a supressão de instância.

6.3.3 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

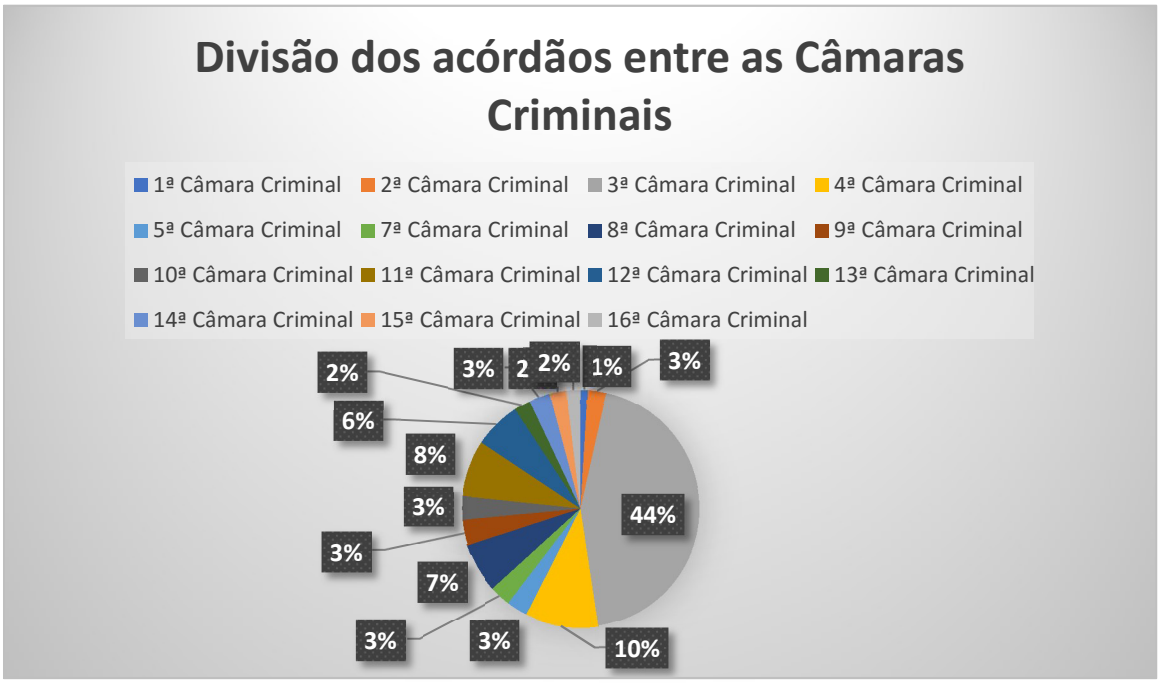
6.3.3.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados

---

[386] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **Recurso ordinário em *habeas corpus* 75.736**. Re. Min. Nefi Cordeiro. J. 10/11/2016. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000620509%27>.

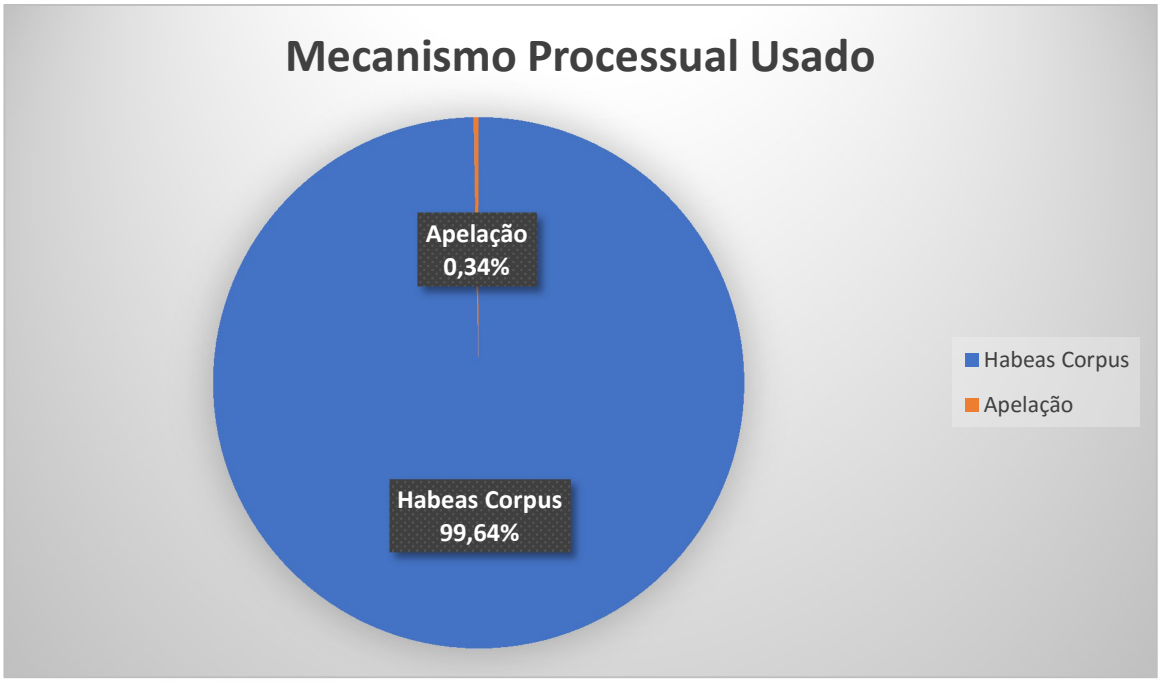
Utilizando os parâmetros acima informados, constatou-se que existiam 314 (trezentos e quatorze) acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido.

Inicialmente, importante ressaltar como tais acórdãos foram divididos entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:



Como se observa, houve um total desequilíbrio na divisão dos acórdãos entre as Câmaras Criminais do tribunal paulista. Em um total de quinze Câmaras Criminais analisadas, apenas a uma delas, a 3ª Câmara Criminal, ficou responsável pela análise de 44% dos acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido, sendo que o espaço amostral total é relevante, abrangendo 314 (trezentos e quatorze) acórdãos.

Já em relação ao mecanismo processual utilizado pelas partes para que o tema fosse analisado pelo juízo *ad quem*, tem-se o gráfico a seguir:



É evidente a opção do *habeas corpus* para forçar a análise da não realização da audiência de custódia pelo tribunal *ad quem*. Tal preponderância certamente decorre do fato de o remédio constitucional apresentar prioridade de tramitação em relação a todos os demais casos de competência recursal ou originária de tribunais, gerando celeridade na análise do pedido.

Por fim, importante salientar o número de manifestações da defesa originadas de Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada e não realizada e Comarcas em que o instituto ainda não havia sido implementado, uma vez que tal distinção pode influenciar na decisão dos Desembargadores:

Como se observa pelos dados, predomina um maior número de impugnações originárias de Comarcas em que a audiência de custódia já era obrigatória. Considerando que o Tribunal de Justiça de São Paulo estruturou, por meio da Resolução nº 740/2016, um cronograma de implementação do instituto por todo o seu território, encerrando o calendário apenas em 14 de outubro de 2017, bem o fato de que a pesquisa jurisprudencial foi limitada até o dia 31 de dezembro de 2016, isto significa que os defensores paulistas têm sido afobados em exigir a aplicação de um instituto ainda não obrigatório na Comarca em que a prisão foi efetivada.

6.3.3.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema

6.3.3.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada

A análise será iniciada pelo grupo de 102 (cento e dois) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia já havia sido implementada em uma determinada Comarca mas que, por razões diversas, não foi realizada após a prisão em flagrante de um indivíduo.

Inicialmente, o instituto da audiência de custódia foi prestigiado em dois acórdãos de relatoria do Desembargador Márcio Bartoli, posto que foi determinada a realização da apresentação pessoal do preso.

Em 23 (vinte e três) julgados, os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto. Assim, foram mantidas todas as medidas cautelares prisionais determinadas pelos juízes de primeira

instância, ainda que não ausente a apresentação pessoal do indivíduo preso em flagrante. Vale destacar que os julgadores não se manifestaram acerca da não implementação da audiência de custódia nas respectivas Comarcas em que as prisões ocorreram.

Ademais, em 30 (trinta) acórdãos entendeu-se que as prisões preventivas decretadas pelos juízes de primeira instância seriam mantidas em razão de que a conversão da prisão em flagrante altera o fundamento pelo qual o suspeito está encarcerado, sendo que eventuais nulidades ocorridas na etapa pré-processual se encontram prejudicadas. Além disso, na análise dos casos concretos, direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP foram respeitados.

Na expressiva marca de 31 (trinta e um) acórdãos, o tema da audiência de custódia sequer foi discutido, sendo somente analisados os requisitos da prisão preventiva.

Em um único acórdão, relatado pelo Desembargador Francisco Orlando, ficou decidido que a audiência de custódia não seria aplicável aos casos de prisão temporária. Convém ressaltar que tal caso por julgado antes da edição da Resolução 213/2015. Porém, em um acórdão relatado pelo Desembargador Louri Barbiero, tal entendimento foi adotado paera os casos de prisão preventiva aplicada diretamente.

O princípio da razoabilidade foi invocado em 6 (seis) acórdãos, ao se entender que a audiência de custódia é um instituto ainda recente no ordenamento jurídico brasileiro, além de exigir esforços por parte da Polícia, da Defensoria Pública, da Advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público. Logo, nos casos em que a apresentação pessoal não for realizada, não haverá o reconhecimento de nulidades

Ressalta que um *habeas corpus* não foi conhecido por conter problemas procedimentais que impediam a análise do seu mérito.

Por fim, em 3 (três), o Tribunal reconheceu como válida a aplicação do Provimento Conjunto nº 03/2015, cuja redação admite que o magistrado de primeira instância dispense a realização da audiência de custódia, caso o APF contenha as informações necessárias para a decretação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória. Em outros 3 () acórdãos também se reconheceu a validade do dispositivo que afastava a obrigatoriedade durante os finais de semana.

6.3.3.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada

Tem-se, agora, a análise do grupo de 212 (duzentos e doze) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia ainda não havia sido implementada em uma determinada Comarca.

Em 36 (trinta e seis) acórdãos, ficou decidido que a audiência de custódia somente poderia ser exigida nos locais em que o Tribunal de Justiça já havia determinado sua implementação. Ademais, nestes casos, ressalvou-se que as prisões preventivas decretadas não seriam anuladas pois houve o respeito aos direitos e garantias previstos no CPP, bem como na CF/1988.

Por outro lado, em 39 (trinta e nove) acórdãos os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto.

Já em 31 (trinta e um) acórdãos entendeu-se que as prisões preventivas decretadas pelos juízes de primeira instância seriam mantidas em razão de que a conversão da prisão em flagrante altera o fundamento pelo qual o suspeito está encarcerado, sendo que eventuais nulidades ocorridas na etapa pré-processual se encontram prejudicadas. Além disso, na análise dos casos concretos, direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP foram respeitados.

Em 5 (cinco) acórdãos, o pedido de audiência de custódia não foi analisado, posto que o paciente ganhou o direito de recorrer da sentença condenatória em liberdade.

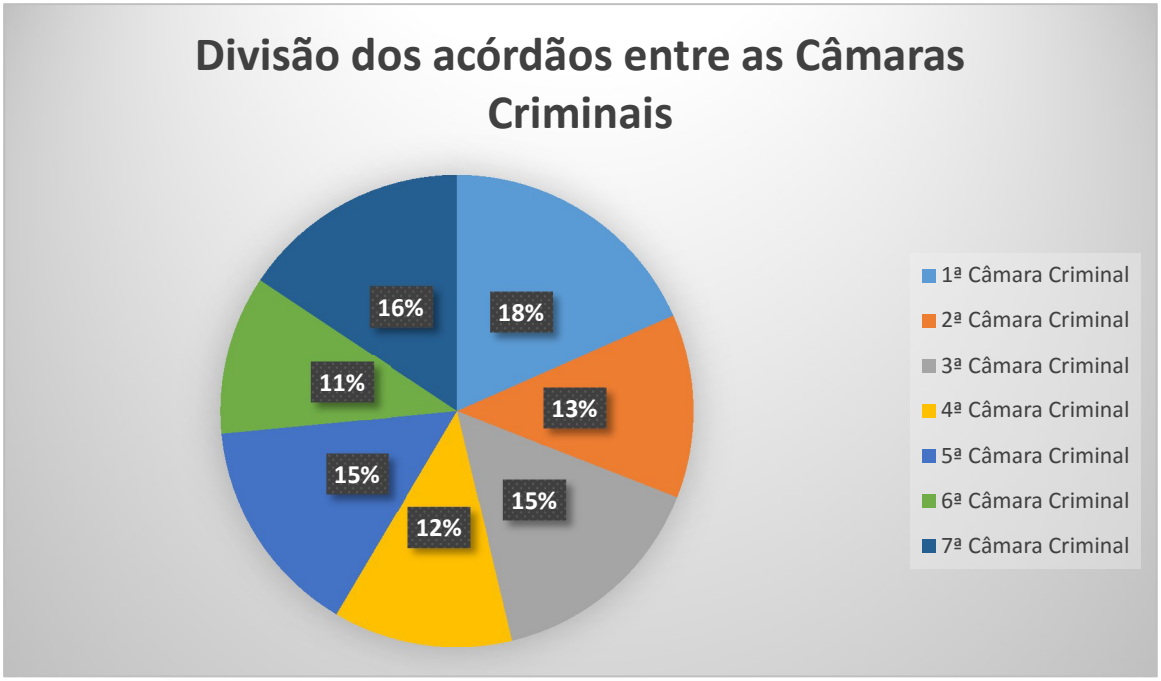
Na expressiva marca de 101 (cento e um) acórdãos, o tema da audiência de custódia sequer foi discutido, sendo somente analisados os requisitos da prisão preventiva.

6.3.4 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

6.3.4.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados

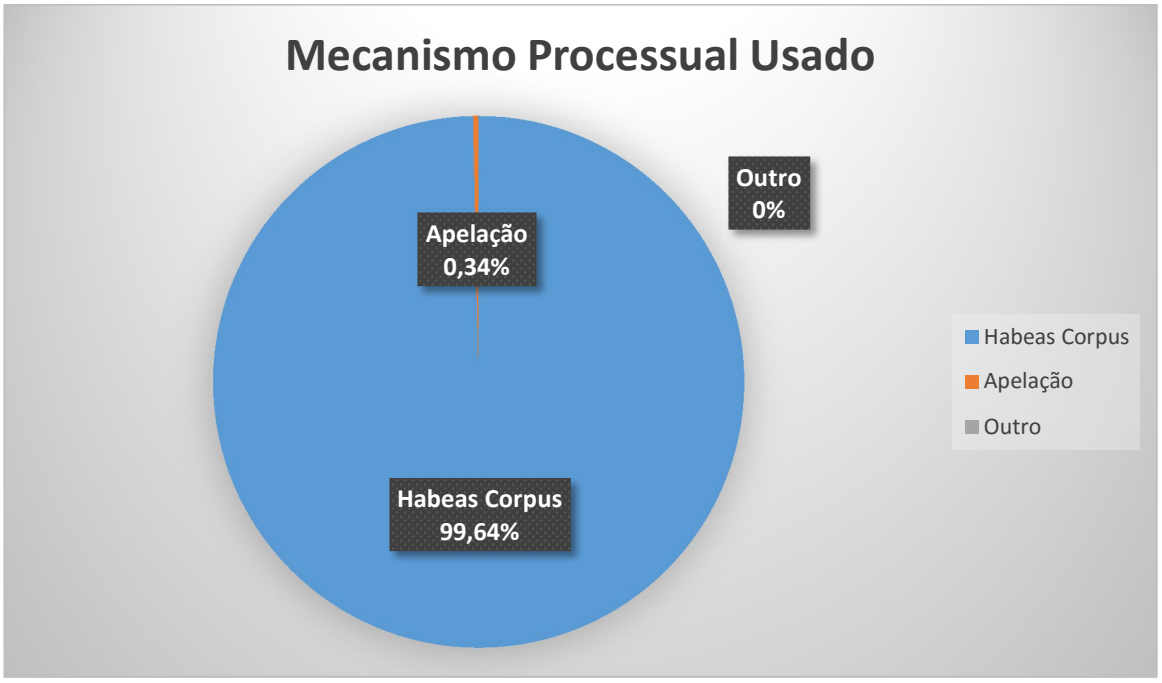
Utilizando os parâmetros acima informados, constatou-se que existiam duzentos e noventa e quatro acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido.

Inicialmente, importante ressaltar como tais acórdãos foram divididos entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:



Como se observa, houve um equilíbrio na divisão dos acórdãos entre as Câmaras Criminais do tribunal mineiro.

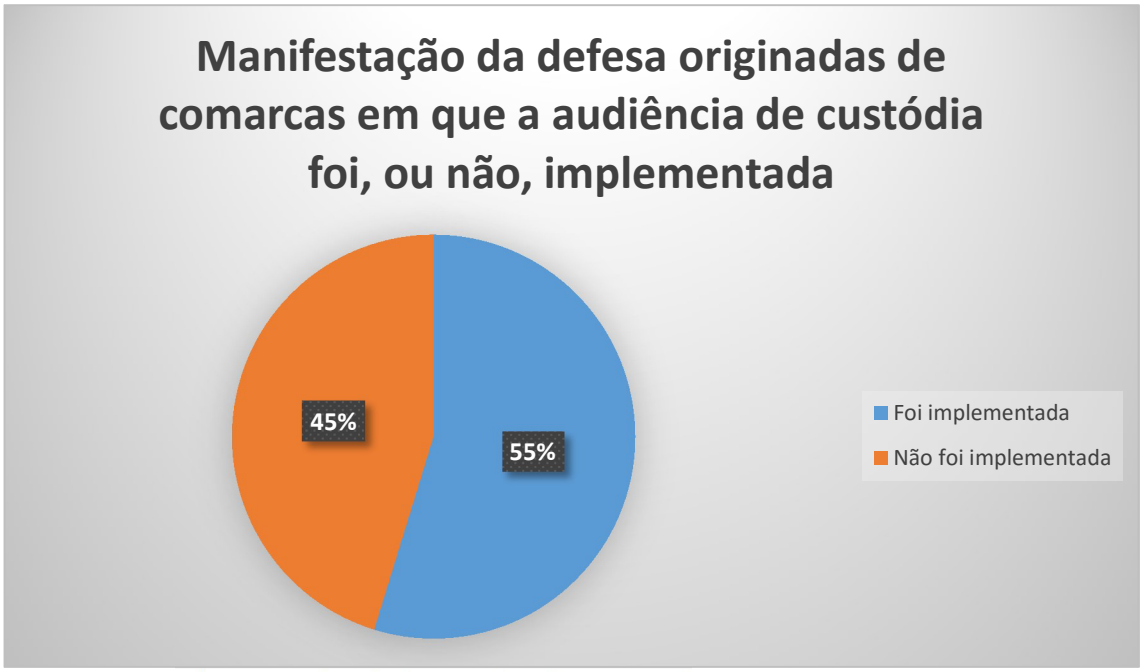
Já em relação ao mecanismo processual utilizado pelas partes para que o tema fosse analisado pelo juízo *ad quem*, tem-se o gráfico a seguir:



É evidente a opção do *habeas corpus* para forçar a análise da não realização da audiência de custódia pelo tribunal *ad quem*. Tanto que, dos duzentos e noventa e quatro acórdãos

analisados, todos eram originados de *habeas corpus* impetrados pelas partes, exceto em um deles, o processo de número 0058016-51.2014.8.13.0637 (relatoria da Desembargadora Kárin Emmerich), em que o tema foi discutido em sede de apelação. Tal preponderância certamente decorre do fato de o remédio constitucional apresentar prioridade de tramitação em relação a todos os demais casos de competência recursal ou originária de tribunais, gerando celeridade na análise do pedido.

Por fim, importante salientar o número de manifestações da defesa originadas de Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada e não realizada e Comarcas em que o instituto ainda não havia sido implementado, uma vez que tal distinção pode influenciar na decisão dos Desembargadores:



Como se observa pelos dados, predomina um maior número de impugnações originárias de Comarcas em que a audiência de custódia já era obrigatória, sugerindo a resolução nº 213/2015 do CNJ não tem sido cumprida a todos os presos em flagrante, conforme determina seu art. 1º, *caput*.

6.3.4.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema

6.3.4.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada

A análise será iniciada pelo grupo de 161 (cento e sessenta e um) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia já havia sido implementada em uma determinada

Comarca, mas que, por razões diversas, não foi realizada após a prisão em flagrante de um indivíduo.

Dos 161 (cento e sessenta e um) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 138 (cento e trinta e oito) os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto. Assim, foram mantidas todas as medidas cautelares prisionais determinadas pelos juízes de primeira instância, ainda que não ausente a apresentação pessoal do indivíduo preso em flagrante.

Em outros 11 (onze) acórdãos do grupo acima definido, ficou entendido que a não realização da audiência de custódia é incapaz de gerar nulidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva pois o procedimento não seria exigível, uma vez que inexiste lei federal regulando o tema, não sendo competência do Poder Judiciário legislar sobre Processo Penal.

Já em 10 (dez) acórdãos, negou-se a ilegalidade da prisão cautelar em razão da não realização da audiência de custódia, em razão de o instituto não ser amparado por uma lei federal que o regulamente, além de que, nos casos concretos analisados, os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP foram respeitados.

Por fim, em 2 (dois) acórdãos entendeu-se que as prisões preventivas decretadas pelos juízes de primeira instância seriam mantidas em razão de que a conversão da prisão em flagrante altera o fundamento pelo qual o suspeito está encarcerado, sendo que eventuais nulidades ocorridas na etapa pré-processual encontram-se prejudicadas. Além disso, na análise dos casos concretos, direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP foram respeitados.

6.3.4.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada

Tem-se, agora, a análise do grupo de 133 (cento e trinta e três) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia ainda não havia sido implementada em uma determinada Comarca.

Dos 133 (cento e trinta e três) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 71 (setenta e um) os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto. Assim, foram mantidas todas as medidas cautelares prisionais determinadas pelos juízes de primeira instância, ainda que não ausente a apresentação pessoal do indivíduo preso em flagrante. Vale destacar que os julgadores

não se manifestaram acerca da não implementação da audiência de custódia nas respectivas Comarcas em que as prisões ocorreram.

Em 54 (cinquenta e quatro) acórdãos, ficou decidido que a audiência de custódia somente poderia ser exigida nos locais em que o Tribunal de Justiça já havia determinado sua implementação. Ademais, nestes casos, ressalvou-se que as prisões preventivas decretadas não seriam anuladas pois houve o respeito aos direitos e garantias previstos no CPP, bem como na CF/1988.

Em um único acórdão, a nulidade da prisão preventiva não foi reconhecida em razão de o magistrado do caso possibilitou o contraditório para a defesa do encarcerado, ainda que posteriormente à efetivação da medida cautelar.

Já em quatro acórdãos, entendeu-se que o tema da audiência de custódia não poderia ser questionado judicialmente por inexistir lei federal regulando o procedimento, não bastando as resoluções do CNJ e do próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

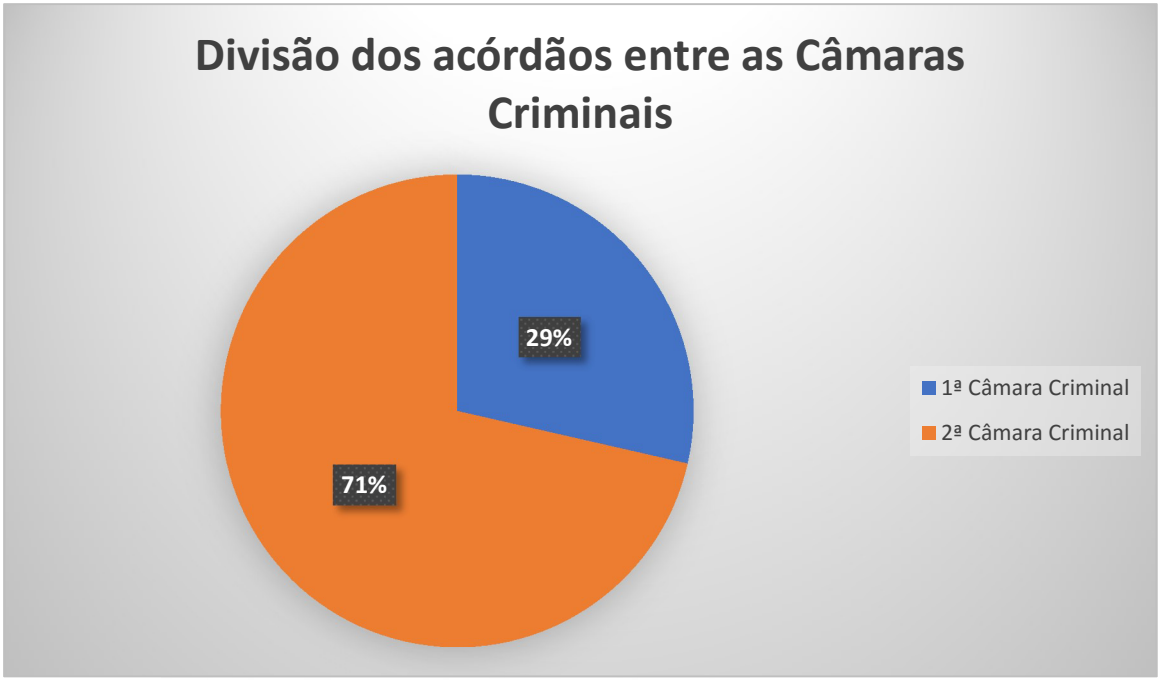
Destaca-se, por fim, que três *habeas corpus* não passaram pela análise de admissibilidade em razão de problemas administrativos existentes nas razões apresentadas pela defesa.

6.3.5 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

6.3.5.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados

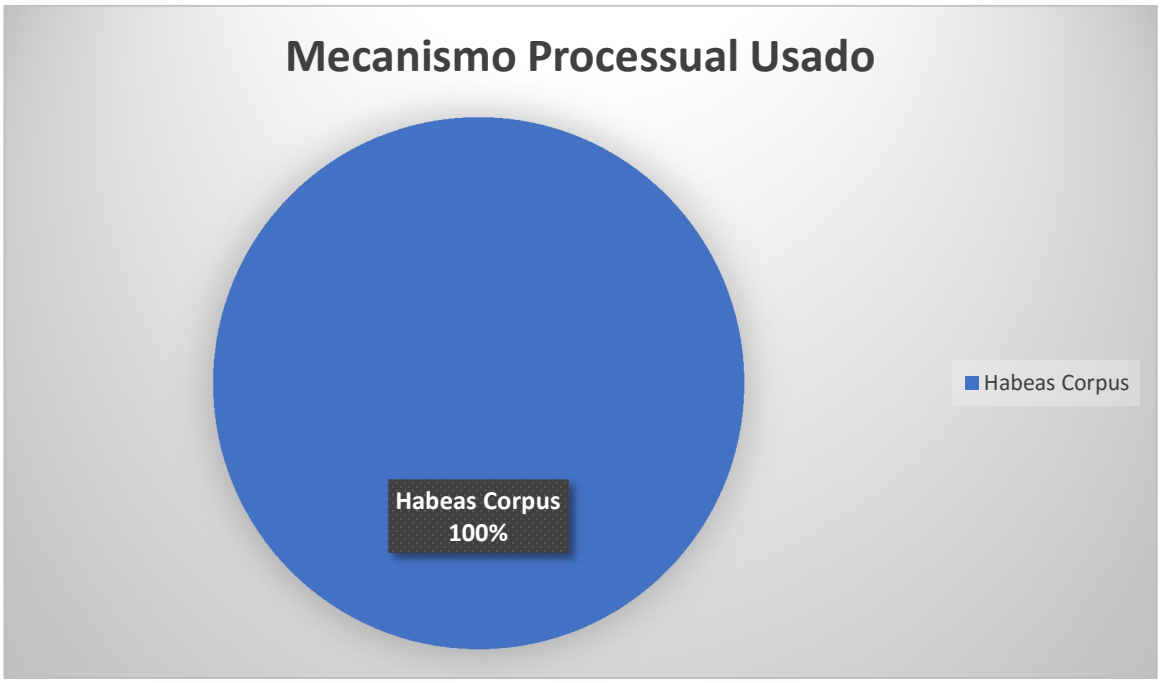
De acordo com a metodologia descrita, constatou-se que existiam 44 (quarenta e quatro) acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido.

Inicialmente, importante ressaltar como tais acórdãos foram divididos entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia:

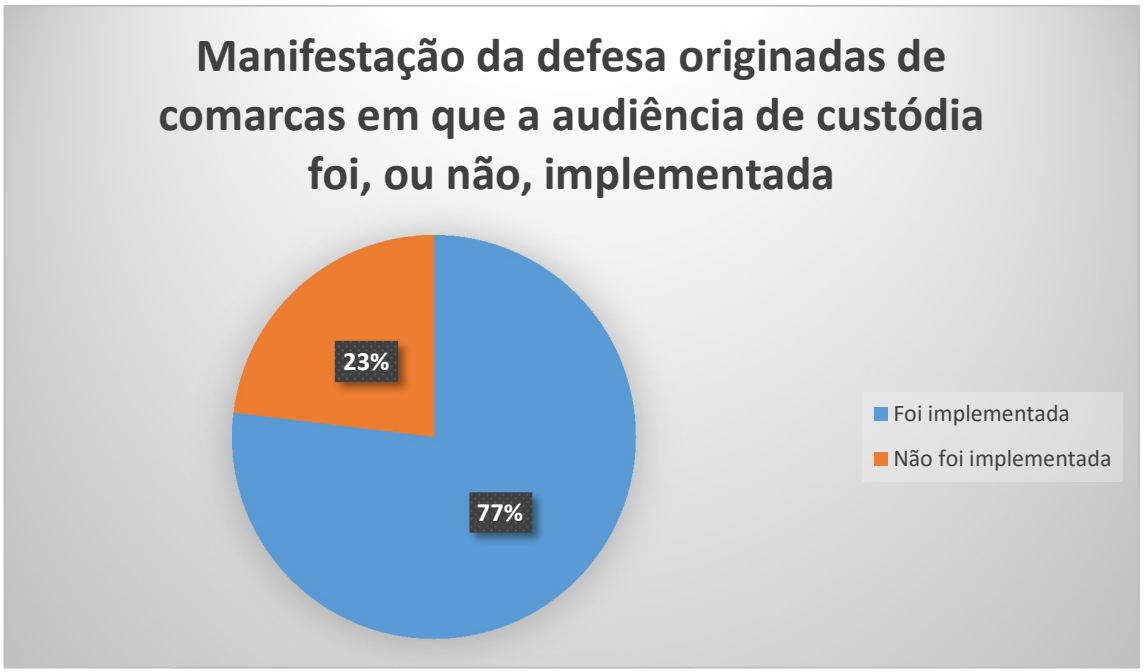


Como se observa, houve um desiquilíbrio na divisão dos acórdãos entre as Câmaras Criminais do tribunal rondoniense, havendo um predomínio da 2ª Câmara Criminal em relação aos casos em que o tema foi objeto da impugnação defensiva.

Já em relação ao mecanismo processual utilizado pelas partes para que o tema fosse analisado pelo juízo *ad quem*, tem-se o gráfico a seguir:



Por fim, importante salientar o número de manifestações da defesa originadas de Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada e não realizada e Comarcas em que o instituto ainda não havia sido implementado, uma vez que tal distinção pode influenciar na decisão dos Desembargadores:



Como se observa pelos dados, predomina um maior número de impugnações originárias de Comarcas em que a audiência de custódia já era obrigatória.

6.3.5.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema

6.3.5.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada

A análise será iniciada pelo grupo de 10 (dez) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia já havia sido implementada em uma determinada Comarca mas que, por razões diversas, não foi realizada após a prisão em flagrante de um indivíduo.

Dos 10 (dez) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 3 (três) casos os desembargadores não se manifestaram sobre as consequências da não realização da audiência de custódia, determinando a manutenção da prisão preventiva decretada pelo magistrado de primeira instância em razão do preenchimento de seus requisitos legais.

Em um acórdão, entendeu-se que a realização da audiência de custódia somente seria obrigatória nos casos em que o indivíduo foi preso em flagrante, não sendo cabível tal

procedimento nos casos de prisão preventiva decretada diretamente por decisão judicial, após prévio pedido por parte do Ministério Público ou Delegado de Polícia.

Já em um acórdão, reconheceu-se que a realização da audiência de custódia é obrigatória nos casos de prisão em flagrante, havendo a determinação de que o magistrado de primeira instância realizasse o procedimento no prazo de cinco dias.

Na 2ª Câmara Criminal, em três acórdãos em que funcionou como relatora, a Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno entendeu que a audiência de custódia não seria obrigatória. Entretanto, em todos os casos, os demais Desembargadores derrubaram tal tese, afirmando que o procedimento precisa ser realizado em todos os casos de prisão em flagrante, determinando sua efetivação no primeiro dia útil seguinte à publicação do acórdão.

Hipótese interessante ocorreu no processo nº 0001210-44.2016.8.22.0000, pois a audiência de custódia foi realizada sem que o capturado estivesse presente, uma vez que, em razão das circunstâncias do crime, ele ficou hospitalizado por um longo período. Funcionando como relator, o Desembargador Valdeci Castellar Citon entendeu pela legalidade da prisão preventiva decretada pelo magistrado da primeira instância, uma vez que todos os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP foram respeitados.

Por fim, um *habeas corpus* não foi admitido pelo Desembargador Miguel Monico Neto, em razão de o *writ* não estar devidamente instruído com os documentos que pudessem demonstrar as ilegalidades suscitadas pela defesa.

6.3.5.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada

Tem-se, agora, a análise do grupo de 4 (quatro) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia ainda não havia sido implementada em uma determinada Comarca.

Dos 4 (quatro) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 2 (dois) os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto.

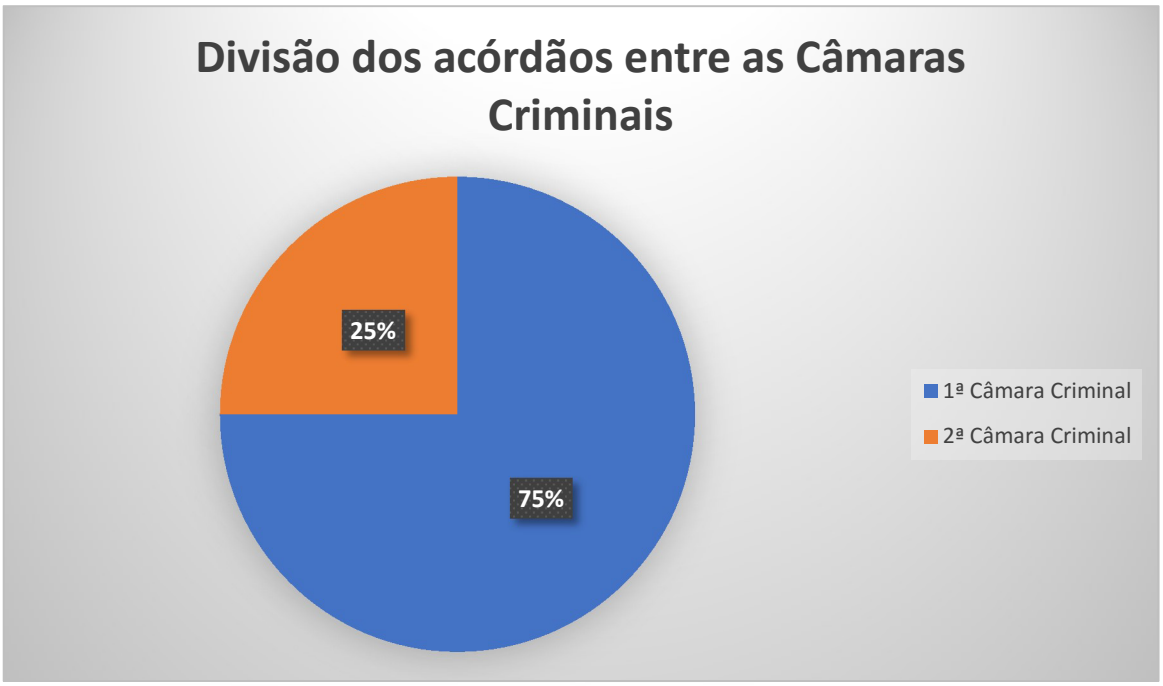
Já nos outros 2 (dois) acórdãos, ficou decidido que a audiência de custódia somente poderia ser exigida nos locais em que o Tribunal de Justiça já havia determinado sua implementação. Ademais, nestes casos, ressalvou-se que as prisões preventivas decretadas não seriam anuladas pois houve o respeito aos direitos e garantias previstos no CPP, bem como na CF/1988.

6.3.6 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins

6.3.6.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados

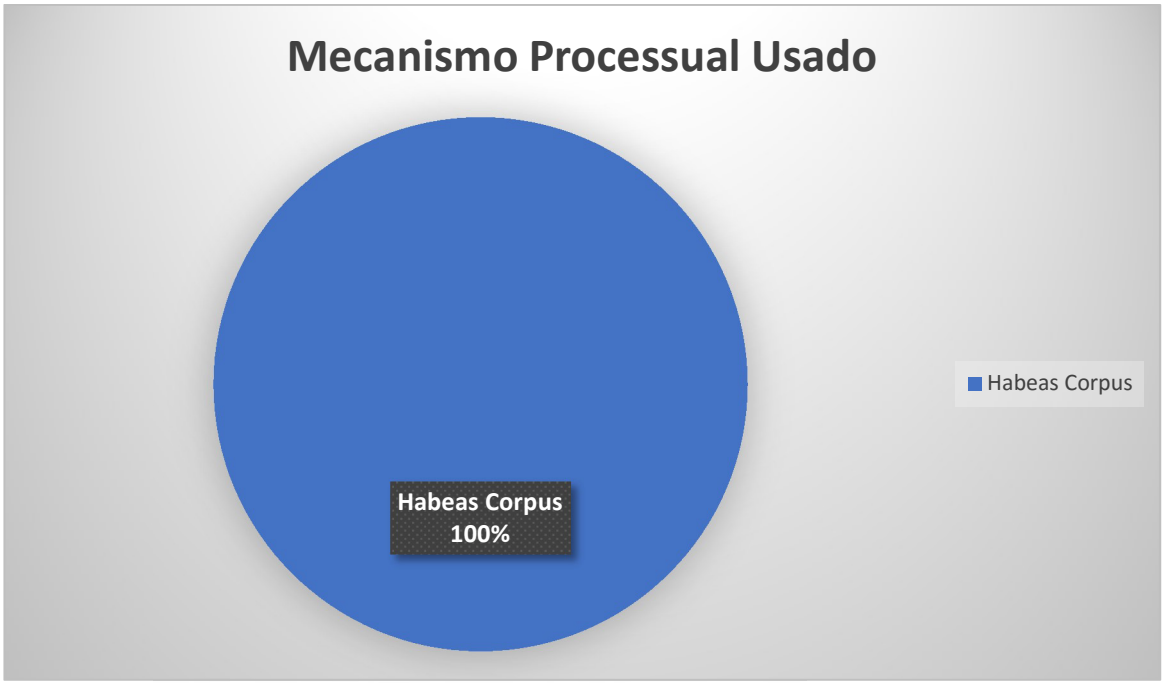
Utilizando os parâmetros acima informados, constatou-se que existiam 8 (oito) acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido.

Inicialmente, importante ressaltar como tais acórdãos foram divididos entre as duas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Tocantins:



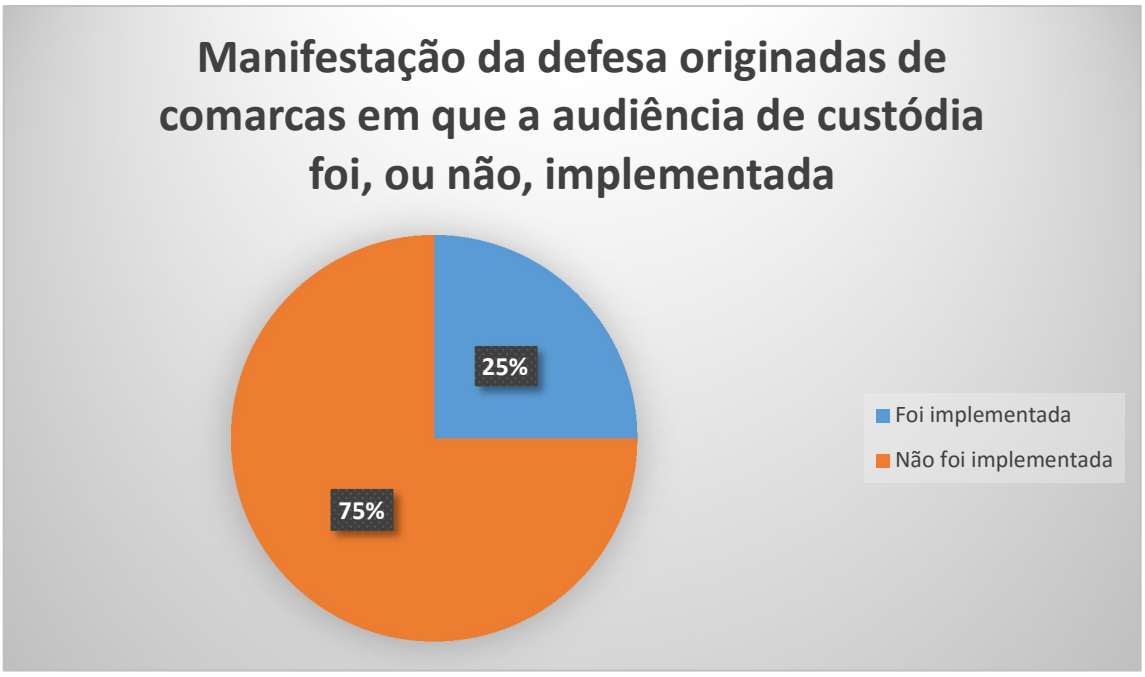
Neste Tribunal, verifica-se certo desequilíbrio na divisão dos acórdãos em que o tema foi discutido entre as Câmaras Criminais. Entretanto, maiores conclusões não podem ser esboçadas, tendo em vista a reduzida quantidade de julgados, ainda que o recorte temporal tenha abrangido dois anos (2015 e 2016) em que o instituto da audiência de custódia foi debatido e implementado no processos penal brasileiro.

Já em relação ao mecanismo processual utilizado pelas partes para que o tema fosse analisado pelo juízo *ad quem*, tem-se o gráfico a seguir:



No Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins todos os acórdãos foram analisados em sede de julgamento de *habeas corpus*, tendência já verificada nos tribunais anteriores.

Por fim, importante salientar o número de manifestações da defesa originadas de Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada e não realizada e Comarcas em que o instituto ainda não havia sido implementado, uma vez que tal distinção pode influenciar na decisão dos Desembargadores:



Como se observa pelos dados, predomina um maior número de impugnações originárias de Comarcas em que a audiência de custódia não era obrigatória, sugerindo um certo atraso para que o instituto seja implementado em todas as Comarcas do Estado.

6.3.6.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema

6.3.6.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada

A análise será iniciada pelo grupo de 2 (dois) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia já havia sido implementada em uma determinada Comarca mas que, por razões diversas, não foi realizada após a prisão em flagrante de um indivíduo.

Vale ressaltar que os dados abaixo somente demonstram os casos de descumprimento da resolução nº 213/2015 do CNJ nos casos em que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva e que a defesa impugnou tal decisão, seja mediante *habeas corpus* ou apelação criminal. Entretanto, não existem dados para os casos em que a audiência de custódia não foi realizada e o capturado obteve o benefício da liberdade provisória ou em que o flagrante foi relaxado, razão pela qual não é possível se definir uma taxa de não realização da audiência de custódia, não sendo este o objetivo do presente estudo.

Dos 2 (dois) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em um deles os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto. Assim, foi mantida a medida cautelar prisional determinada pelo juíz de primeira instância, ainda que ausente a apresentação pessoal do indivíduo preso em flagrante.

No outro acórdão, os desembargadores entenderam que não a CADH não apresenta primazia sobre a CF/1988, ou seja, é hierarquicamente inferior à Carta Magna brasileira. Logo, se cumpridos os direitos e garantias previstos na legislação nacional, a prisão preventiva decretada não apresenta vícios, devendo ser mantida, ainda que não realizada a audiência de custódia.

6.3.6.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada

Tem-se, agora, a análise do grupo de 6 (seis) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia ainda não havia sido implementada em uma determinada Comarca.

Dos 6 (seis) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 4 (quatro) os desembargadores entenderam que não a CADH não apresenta primazia sobre a CF/1988, ou seja, é hierarquicamente inferior à Carta Magna brasileira. Logo, se cumpridos os direitos e

garantias previstos na legislação nacional, a prisão preventiva decretada não apresenta vícios, devendo ser mantida, ainda que não realizada a audiência de custódia.

Em um acórdão, entendeu-se que a falta da realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto.

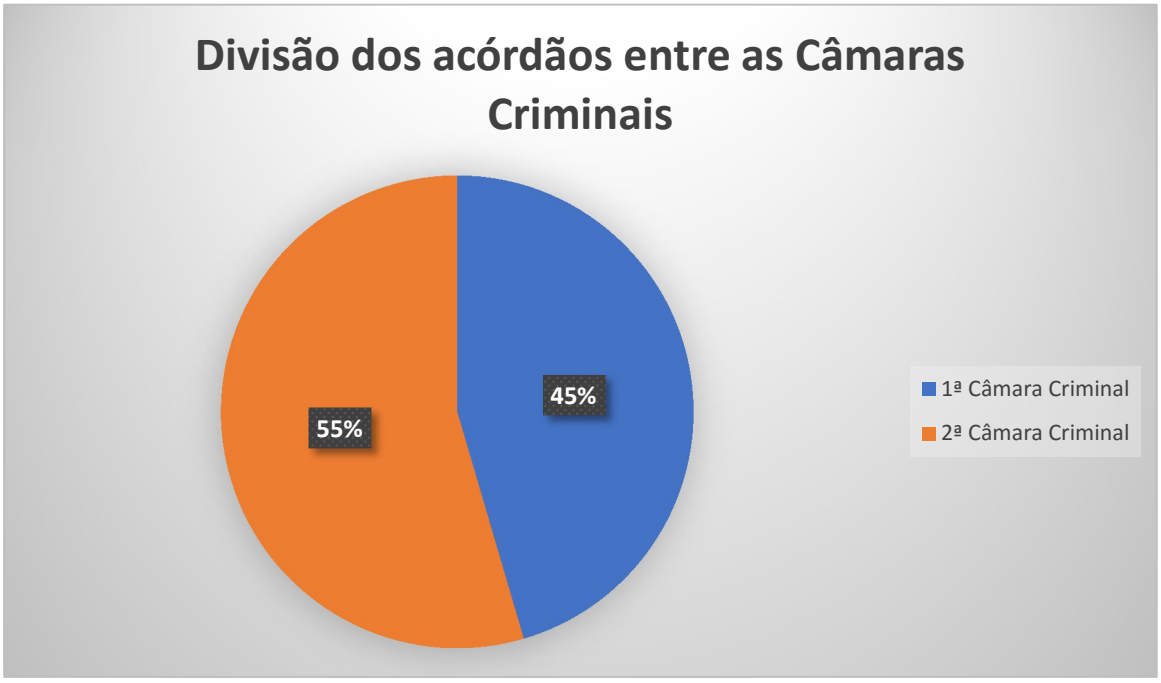
Por fim, em um único acórdão ficou decidido que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva modifica o fundamento do cerceamento da liberdade do indivíduo, razão pela qual eventuais vícios na primeira, a exemplo da não realização da audiência de custódia, acabam sendo convalidados com a decretação da segunda.

6.3.7 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

6.3.7.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados

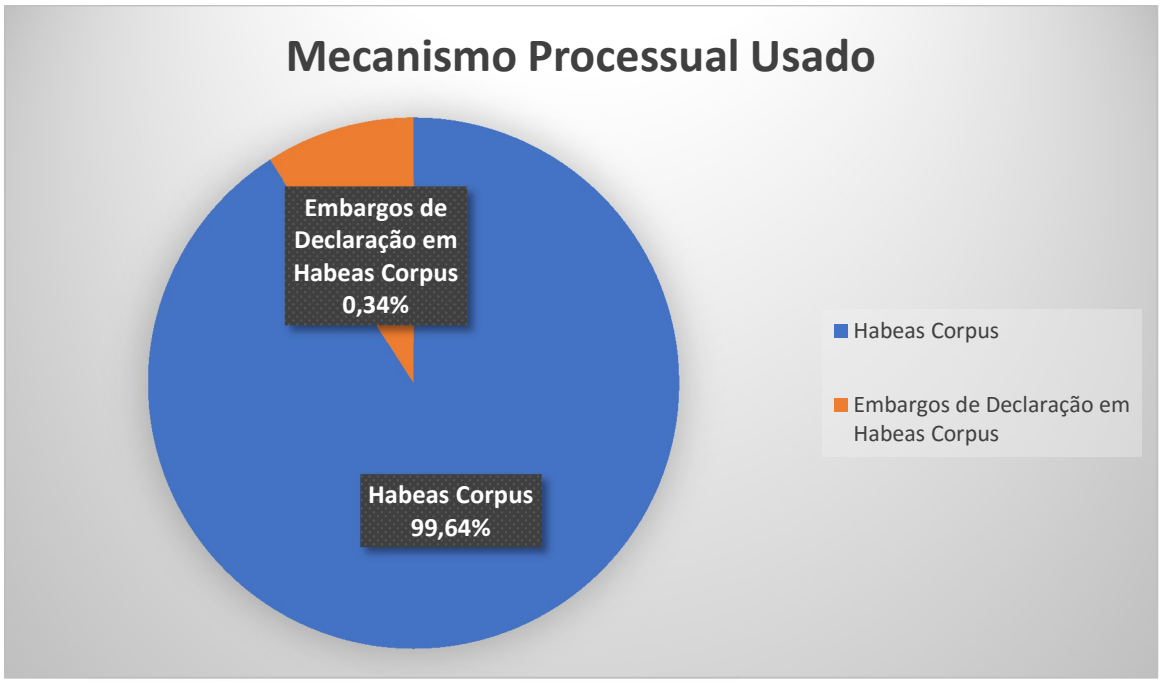
Utilizando os parâmetros descritos, constatou-se que existiam onze (onze) acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido.

Inicialmente, importante ressaltar como tais acórdãos foram divididos entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:



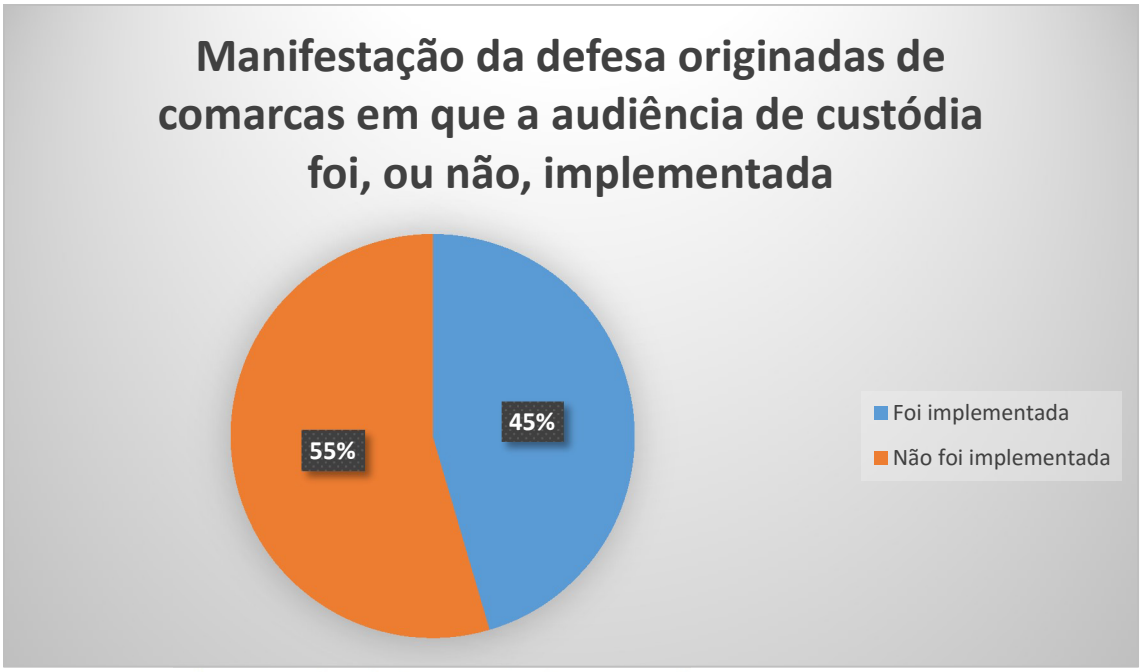
Como se observa, houve um equilíbrio na divisão dos acórdãos entre as Câmaras Criminais do tribunal amazonense.

Já em relação ao mecanismo processual utilizado pelas partes para que o tema fosse analisado pelo juízo *ad quem*, tem-se o gráfico a seguir:



Como se observa, os advogados e defensores públicos amazonenses optaram pelo remédio constitucional para discutir o tema no Tribunal de Justiça local, tendo em vista a tramitação célere e preferencial de tal mecanismo processual.

Por fim, importante salientar o número de manifestações da defesa originadas de Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada e não realizada e Comarcas em que o instituto ainda não havia sido implementado, uma vez que tal distinção pode influenciar na decisão dos Desembargadores:



Como se observa pelos dados, predomina um maior número de impugnações originárias de Comarcas em que a audiência de custódia não era obrigatória.

6.3.7.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema

6.3.7.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada

A análise será iniciada pelo grupo de 5 (cinco) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia já havia sido implementada em uma determinada Comarca mas que, por razões diversas, não foi realizada após a prisão em flagrante de um indivíduo.

Dos 5 (cinco) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 3 (três) os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto.

Em um acórdão, entendeu-se que a análise de eventuais nulidades provocadas pela ausência da realização da audiência de custódia estaria prejudicada em razão da mudança do fundamento do cerceamento da liberdade do paciente do *writ*, provocada pela decretação da prisão preventiva.

Por fim, um *habeas corpus* não foi conhecido pois o impetrante utilizou do remédio constitucional para discutir o mérito da ação principal.

6.3.7.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada

Tem-se, agora, a análise do grupo de 6 (seis) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia ainda não havia sido implementada em uma determinada Comarca.

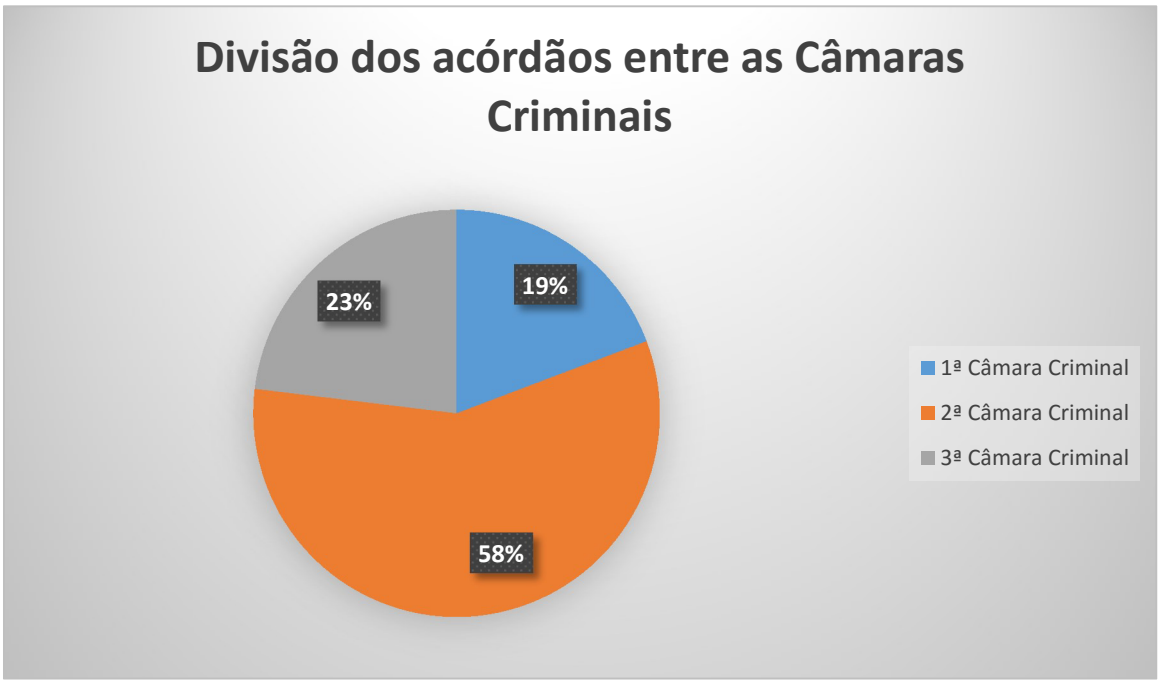
Em todos eles, os Desembargadores entenderam que que a audiência de custódia somente poderia ser exigida nos locais em que o Tribunal de Justiça já havia determinado sua implementação. Ademais, nestes casos, ressalvou-se que as prisões preventivas decretadas não seriam anuladas pois houve o respeito aos direitos e garantias previstos no CPP, bem como na CF/1988.

6.3.8 Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

6.3.8.1 Panorama Geral dos Acórdãos Analisados

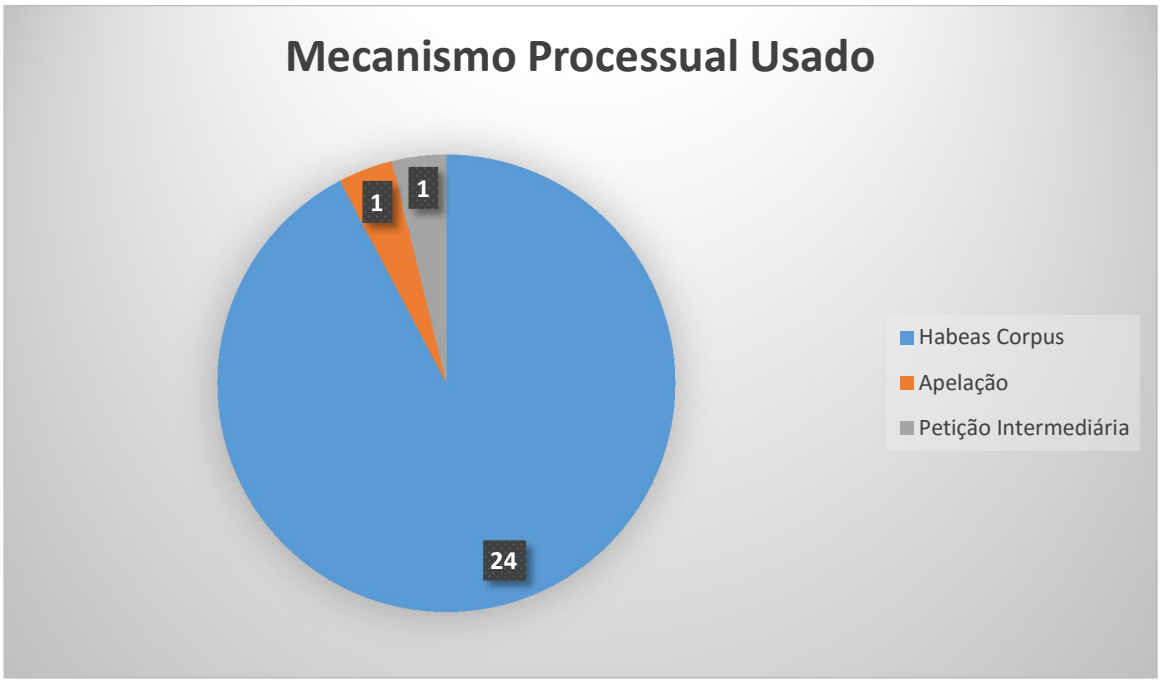
Utilizando os parâmetros descritos, constatou-se que existiam 26 (vinte e seis) acórdãos em que o tema da não realização da audiência de custódia foi discutido.

Inicialmente, importante ressaltar como tais acórdãos foram divididos entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:



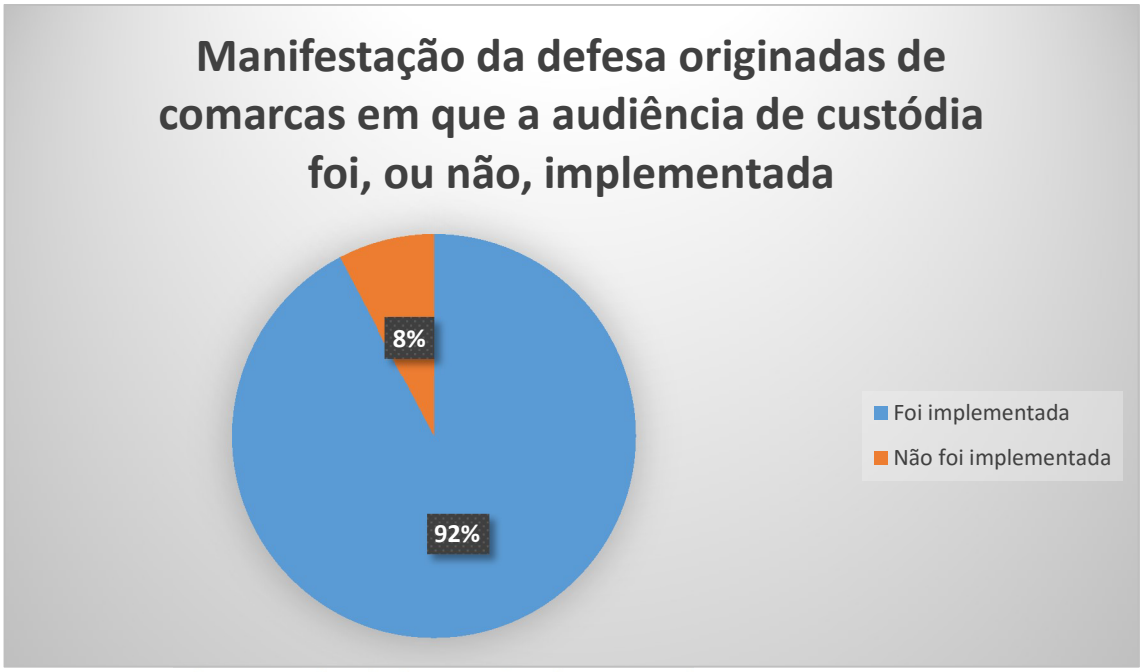
Como se observa, houve um desequilíbrio na divisão dos acórdãos entre as Câmaras Criminais do tribunal maranhense, tendo em vista que a 2ª Câmara Criminal julgou quase o dobro de casos das demais.

Já em relação ao mecanismo processual utilizado pelas partes para que o tema fosse analisado pelo juízo *ad quem*, tem-se o gráfico a seguir:



Como se observa, os advogados e defensores públicos maranhenses optaram pelo remédio constitucional para discutir o tema no Tribunal de Justiça local, tendo em vista a tramitação célere e preferencial de tal mecanismo processual.

Por fim, importante salientar o número de manifestações da defesa originadas de Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada e não realizada e Comarcas em que o instituto ainda não havia sido implementado, uma vez que tal distinção pode influenciar na decisão dos Desembargadores:



Como se observa pelos dados, predomina um maior número de impugnações originárias de Comarcas nas quais a audiência de custódia era obrigatória, sinalizando que os defensores dos réus esperaram que o instituto fosse realmente implementado para usá-lo na fundamentação das impugnações apresentadas.

6.3.8.2 Como os Desembargadores enfrentaram o tema

6.3.8.2.1 Comarcas em que a audiência de custódia foi implementada

A análise será iniciada pelo grupo de 24 (vinte e quatro) acórdãos que compõe os casos em que a audiência de custódia já havia sido implementada em uma determinada Comarca mas que, por razões diversas, não foi realizada após a prisão em flagrante de um indivíduo.

Dos 24 (vinte e quatro) acórdãos que compõem o grupo acima descrito, em 15 (quinze) os desembargadores entenderam que a não realização da audiência de custódia não gera a nulidade da prisão preventiva decretada, desde que os direitos e garantias previstos na CF/1988 e no CPP tenham sido respeitados no caso concreto.

Já em 7 (sete) acórdãos, entendeu-se que a análise de eventuais nulidades provocadas pela ausência da realização da audiência de custódia estaria prejudicada em razão da mudança do fundamento do cerceamento da liberdade do paciente do *writ*, provocada pela decretação da prisão preventiva.

Em um único acórdão, o Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues sustentou a tese de que a realização da audiência de custódia sem que o réu nela estivesse presente

constituiria mera irregularidade incapaz de relaxar a prisão preventiva decretada, tendo em vista que tal medida foi fundamentada com esmero pelo magistrado de primeiro grau.

Por fim, também em um acórdão, o Desembargador José de Ribamar Froz Sobrinho defendeu que a Resolução 213/2015 do CNJ somente seria aplicável aos presos em flagrante, não reconhecendo nulidade na prisão preventiva, em razão da ausência da apresentação pessoal, decretada diretamente por um magistrado de primeiro grau, após requisição do Delegado de Polícia.

6.3.8.2.2 Comarcas em que a audiência de custódia não foi implementada

Apenas 2 (dois) acórdãos são originários de Comarcas em que o instituto não fora implementado. Coincidentemente, ambos tiveram por relator o Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues.

No primeiro caso, o advogado sustentou que seu cliente estava em prisão preventiva há mais de três anos, razão pela qual pleiteou a concessão da liberdade provisória ou a realização da audiência de custódia. Como o primeiro pedido foi deferido, a análise da ausência da apresentação pessoal restou prejudicada. Já no segundo caso, afastou-se o argumento de nulidade pela não realização da audiência de custódia em razão de que ela ainda não havia sido implementada na Comarca em que a prisão fora efetivada.

6.4 Minhas impressões

Como se observa, a doutrina mais vinculada ao garantismo penal entende que a não realização da audiência de custódia implica no relaxamento da prisão, sendo necessário que o indivíduo seja posto imediatamente em liberdade. Entretanto, tal concepção desconsidera que a prisão preventiva pode ser decretada ainda que a prisão em flagrante seja considerada ilegal, tendo em vista que ambas apresentam requisitos distintos. Ademais, tal solução apresenta severas consequências práticas que impactam a sociedade. Como evitar um motim social quando as pessoas, muitas delas vítimas dos crimes praticados, perceberem que inúmeros presos estão sendo soltos aos montes, ainda que muitos deles deveriam ter a prisão preventiva decretada? Ademais, qual o estímulo para a Polícia agir nos casos em que é sabido que, por razões diversas, a audiência de custódia não poderia ser realizada?

Entretanto, a solução proposta pelo Poder Judiciário acabou por tornar facultativa a apresentação pessoal entre preso e magistrado, sendo que ela constitui um direito fundamental

previsto em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos. Nos mais diversos Tribunais analisados, a não realização da audiência de custódia não gera consequência alguma ao processo, existindo inúmeros argumentos em favor desta tese.

Ponderando sobre a questão, entendo que deve haver uma solução distinta para os casos em que a audiência de custódia já foi implementada em uma determinada Comarca e nos casos em que isto ainda não ocorreu,

Em que pese o instituto garantir direitos aos indivíduos, não há como negar que o dispositivo convencional que o prevê apresenta natureza de norma de eficácia limitada, mais precisamente de conteúdo institucional. Logo, para a sua correta implementação, há necessidade de atuação ativa por parte do Estado, pois as atribuições e cotidiano forense de Juízes, Advogados, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Delegados e Policiais são impactados fortemente. Assim, nas Comarcas em que a audiência de custódia ainda não foi implementada, não é possível reconhecer qualquer ilegalidade quando o preso em flagrante ou por decorrência de mandado judicial não for apresentado pessoalmente a um magistrado. A audiência de custódia é um direito fundamental, mas que precisa de estrutura para ser efetivado. Inexistindo tal estrutura, não cabe à parte exigir o impossível. Convém ressaltar, ainda, que os Tribunais de Justiça têm se organizado para implementar o instituto em todo o território nacional. Nas capitais, o procedimento foi rapidamente organizado. Já no interior, existe um cronograma de implementação gradual.

No que tange às hipóteses em que a audiência de custódia fora implementada, mas não foi realizada, é necessário um olhar crítico para o agir dos atores processuais. Em inúmeros casos, as defesas não provocam o magistrado de primeira instância para que ele realize a audiência de custódia ou justifique a sua dispensa. Pelo contrário, pois, uma vez não apresentado o preso ao magistrado, impetram imediatamente o *habeas corpus* procurando a nulidade de eventual prisão preventiva decretada. Como se observa, o objetivo não é realizar a audiência de custódia, mas sim relaxar a prisão em flagrante. Tanto que os pedidos dirigidos à segunda instância não requerem a realização do instituto, mas sim o reconhecimento da nulidade da prisão preventiva imposta.

Desta forma, objetivando que todos os atores processuais controlem o melhor andamento do processo, entendo que uma vez não realizada a audiência de custódia, caberá à defesa exigir, por simples petição, a sua efetivação no caso concreto, posto que este é o melhor interesse do indivíduo capturado. Assim, o magistrado do caso será obrigado a cumprir com o mandamento convencional ou deverá justificar o indefensável. Caso a audiência de custódia não seja realizada e o *habeas corpus* for impetrado, caberá ao Tribunal de Justiça respectivo

cumprir com a jurisprudência da CIDH (Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras; Caso Bulacio vs. Argentina, entre outros) e determinar: a) A imediata realização da audiência de custódia; b) A liberação do indivíduo preso. Assim, o pedido de liberdade da defesa se fortalece no interesse de agir, posto que a realização da audiência de custódia já fora requerida em primeiro grau, sendo negada pelo Juiz competente.

Tal proposta forçará que os membros do Ministério Público fiscalizem com maior rigor a realização do instituto, podendo requerer sua realização, pois a frequente dispensa do procedimento poderá ensejar a liberdade de inúmeros presos que necessitavam a custódia cautelar, podendo atrapalhar o andamento de investigações ou mesmo de processos.

Por fim, os magistrados também ficarão mais expostos, pois deverão determinar a realização da audiência de custódia, sob o risco de serem representados nas Corregedorias respectivas, caso descumpram, sistematicamente, as disposições da CADH.

CONCLUSÕES

A apresentação pessoal do indivíduo preso a um magistrado competente para apreciar a legalidade da constrição da liberdade, bem como tomar as medidas cabíveis é um instituto presente em inúmeros tratados internacionais que versam sobre tema dos direitos humanos.

O Brasil, em que pese ter ratificado a CADH no ano de 1992, ainda não efetivou, por meio de lei em sentido estrito, a audiência de custódia na CF/1988, no CPP ou em uma legislação própria para o tema.

No ordenamento jurídico nacional existem algumas figuras assemelhadas à audiência de custódia, uma vez que o Código Eleitoral, a Lei Orgânica da Magistratura e o ECA preveem a possibilidade de o indivíduo ser apresentado a uma autoridade judicial. Entretanto, nos três exemplos acaba por estar ausente alguma das finalidades daquela, seja o objetivo de evitar a prática de tortura, o de adequar o processo brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos ou realizar a melhor apreciação das medidas cautelares cabíveis.

Ao longo dos anos, inúmeros projetos de lei foram propostos na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. Apesar dos interessantes debates originados, nenhum deles teve força o suficiente para ser aprovado de acordo com o procedimento constitucionalmente estabelecido. O mais avançado entre todos, qual seja, o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 acabou por ser apensado ao Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal, fato que atrasará a positivação legislativa do tema.

Em que pese a mora do Congresso Nacional, em razão da forte crise penitenciária vivida pelo Brasil, os Estados passaram a procurar soluções para o encarceramento em massa existente, marcado pela superlotação dos presídios, péssimas condições de saúde e de vida no interior dos cárceres, bem como o processo de dessocialização existente ao longo do cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim, os Tribunais de Justiça passaram a editar resoluções visando implementar a audiência de custódia. Tais normas foram objeto de ADI, em razão de uma suposta violação à separação dos Poderes, pois o Judiciário estaria legislando sobre processo penal. Contudo, o STF reconheceu a constitucionalidade das questionadas resoluções, entendendo que a própria CADH admite o uso de medidas administrativas para a efetivação dos direitos nela previstos.

Concomitantemente à edição das referidas resoluções, no ano de 2015, o STF também declarou o estado de coisas inconstitucional vivenciado pelo sistema penitenciário brasileiro. Entretanto, em sede liminar, pouco fez para modificar o cenário, posto que, dentre as inúmeras medidas cautelares pleiteadas pelo PSOL (autor da ação), somente duas foram deferidas, quais sejam: a) Descontingenciamento dos valores presentes no Fundo Penitenciário Nacional; b) Implementação das audiências de custódia no prazo de 90 (noventa) dias.

Vale ressaltar, também, que o CNJ, em razão da variedade de normativas existentes acerca do tema, editou a resolução 213/2015, procurando uniformizar as regras para a realização da audiência de custódia em âmbito nacional.

Assim, diante da normativa elaborada pelo CNJ, a qual substituiu as resoluções editadas por cada Tribunal de Justiça, as audiências de custódia passaram a ser realizadas.

A primeira questão que surgiu referiu-se a quais tipos de presos deveriam ser apresentados ao magistrado competente. Na vigência das resoluções estaduais, muitas delas restringiam o procedimento aos presos em flagrante. Entretanto, com a vigência da Resolução 213/2015 do CNJ, a dúvida foi sanada, uma vez que ela determina a realização da audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante, prisão em decorrência de mandado judicial, além de beneficiar os indivíduos que já estavam presos anteriormente à sua edição.

Outra questão polêmica objetiva definir sobre a possibilidade do uso de sistema de videoconferência para a realização da audiência de custódia, como forma de evitar o deslocamento de presos pelos Municípios. A doutrina diverge sobre o assunto. No Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, tal possibilidade é admitida expressamente. Já a Resolução 213/2015 do CNJ rechaça o uso, posto que o preso deve ser apresentado pessoalmente, sem intermediação de tecnologia. Particularmente, entendo que o uso da videoconferência deveria ser admitido, especialmente quando houver grandes distâncias envolvidas ou se tratando de presos de elevada periculosidade, hipótese em que o transporte gerará vultosos gastos públicos, colocando servidores públicos e a sociedade local em risco. Contudo, como forma de resguardar os interesses do custodiado, haverá necessidade de toda a sala em que o procedimento for desenvolvido seja filmada, garantindo que não estará ocorrendo interferências ou pressões sobre o depoente. Ademais, ele deverá estar acompanhado, localmente, por defesa técnica.

Em relação ao prazo para a apresentação do preso ao magistrado competente, tem-se que os países costumam adotar um intervalo médio de 24 (vinte e quatro) a 72 (setenta e duas) horas contadas da prisão. As cortes internacionais de direitos humanos entendem como lícito tal interstício temporal. O Brasil, por meio da Resolução 213/2015 do CNJ adotou o prazo de 48 (quarenta e oito) horas contadas da prisão, sendo tal intervalo adequado quando confrontando com o direito comparado e com o direito internacional.

A respeito da autoridade competente para a presidência da audiência de custódia, a doutrina se divide. A corrente majoritária, amparada pelos julgados da CIDH, sustenta a tese que somente magistrados poderiam conduzir o procedimento, posto que somente tal cargo reúne os requisitos da independência e imparcialidade, além da competência para relaxar a prisão ilegal, decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória. Para outros, a audiência de custódia seria desnecessária, já que o cargo de Delegado de Polícia se adequaria à locução "outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais", em razão da possibilidade de arbitrar fiança para os presos em flagrante. Por fim, semelhante discussão surgiu a respeito do membro do Ministério Público no caso específico de prática de ato infracional, posto que o *parquet* é autorizado pelo ECA a oferecer a remissão ao menor infrator.

Especificamente quanto ao tema da não realização da audiência de custódia, a doutrina processual penal vinculada ao garantismo penal entende que tal problema gera nulidade insanável na prisão preventiva decretada, devendo o acusado ser posto imediatamente em liberdade. Por outro lado, o Poder Judiciário, na vasta quantidade de acórdãos analisados, entende, majoritariamente, que a não apresentação pessoal do preso ao magistrado não gera nulidade alguma, sendo uma irregularidade procedimental incapaz de causar prejuízo à parte.

Os argumentos mais utilizados são dois: a) A decretação da prisão preventiva altera o fundamento pelo qual o indivíduo está preso. Assim, eventuais nulidades ocorridas na prisão em flagrante acabam por ser prejudicadas; b) A ausência da audiência de custódia não gera nulidade no caso concreto, desde que os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na CF/1988 e no CPP tenham sido observados na formalização do APF e na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Com o devido respeito às opiniões acima, tais concepções não podem subsistir. A corrente doutrinária acabaria por restituir a liberdade plena a muitos presos que se adequam aos requisitos da prisão preventiva, não sendo uma solução interessante no que tange a política criminal envolvida. Por outro lado, a posição dos tribunais acaba por esvaziar a audiência de custódia, uma vez que a sua não realização não gera consequência alguma no processo.

Em razão do exposto, proponho uma solução na qual acusação, defesa e magistrado exerçam o melhor andamento do processo, entendo que uma vez não realizada a audiência de custódia, a defesa terá o dever de exigir a apresentação pessoal do preso ao Juiz competente, podendo fazê-lo por simples petição, tendo em vista de que se trata do melhor interesse do encarcerado. Caso haja o pedido, o magistrado do caso será forçado a realizar o ato ou deverá justificar as razões pelas quais descumprirá a CADH. Mantida a negativa, a defesa deverá impetrar *habeas corpus*, cabendo ao Tribunal de Justiça respectivo proferir dois tipos de decisão: a) Realização da audiência de custódia; b) Relaxamento da prisão ilegal.

Encerrando a presente dissertação, importante salientar que a sistematização da audiência de custódia no processo penal pátrio funciona como um marco na busca de um sistema prisional mais digno, de acordo com os inúmeros tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Entretanto, isolado, tal instituto não terá função alguma, posto que não pode ser considerado a solução de todos os problemas. A apresentação pessoal do preso ao magistrado competente é uma medida dentre várias que precisam ser efetivadas, sob o risco de as barbáries das penitenciárias continuarem a eliminar vias humanas, bem como a envergonhar nosso país nas cortes internacionais de direitos humanos.

Apenas para salientar que a presente dissertação não apresentou como objetivo esgotar os temas tratadas, mas tão somente lançar novos argumentos sobre o rico debate doutrinário a respeito das inúmeras questões relacionadas à audiência de custódia. Àqueles que se interessarem sobre o tema, existem dois tópicos que podem ser objeto de dissertações de mestrado ou teses de doutorado: a) Limitação ao contraditório na audiência de custódia; b) Uso das declarações da audiência como prova. Ambos os tópicos sugeridos não regulamentados de forma clara e tem forte incidência prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXANDRE, Márcio da Silva. Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescentes. **Correio Braziliense em Direito e Justiça.** Brasília, mar. 2016.

AMARAL, Cláudio do Prado. **A História da Pena de Prisão.** Jundiaí: Paco Editorial,

_____. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea:** Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco. São Paulo: Ibccrim, 2007.

2016.

_____. **Da audiência de custódia em São Paulo.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 269, p. 4-6 2015.

_____. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 217 A (III)**. Paris, França. Disponível em < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: Teoria e Prática.** 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** Disponível em <https://www.academia.edu/9457415/Parecer__Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%AAncia_de_cust%C3%B3dia>.

_____. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

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

_____. **Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Fundamental**. In: DELGADO, Ana Paula Teixeira. MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra (Org.). As Novas Fronteiras do Direito: Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares. Juiz de Fora: Editar, 2015. Pp. 161-180. P. 170.

BARROS, Caio Sérgio Paz de. **As câmaras de flagrantes a inverterem o caos causado pelas audiências de custódias**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 67-98., ago./set. 2015.

BARROS, Francisco Dirceu. **Curso de Processo Eleitoral**. 3. ed. Editora Campus/Elsevier, 2014

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Breves Notas Acerca da Prisão**. Síntese Jornal**.** São Paulo, dez. 2004.

BENELLI, SJ. **Goffman e as instituições totais em análise**. In: A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas. São Paulo: Editora UNESP, 2014, pp. 23-62.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão:** Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6. ed. Brasília: Editora Unb, 1995.

BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. **Por una dogmática conscientemente política**. Anuario de Filosofia del Derecho**,**Valencia, v. 17, jan. 2000.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PEC nº 85, de 09 de julho de 2015. **Proposta**. Autor: Deputado Hugo Leal. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359846&filename=Tramitacao-PEC+89/2015>. P.p 1-14. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PEC nº 112, de 22 de novembro de 2011. **Proposta**. Autor: Deputado Domingos Dutra. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8D920E5A74DFC80408D40ED3BA8536B.proposicoesWebExterno1?codteor=941676&filename=Tramitacao-PEC+112/2011>.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 470, de 25 de fevereiro de 2015. **Apresentação**. Autor: Deputado Federal Laerte Rodrigues de Bessa. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C0B104124F9FCB05D20F2ED57C5AFFED.proposicoesWebExterno1?codteor=1303512&filename=Tramitacao-PL+470/2015>.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. PL 6620, de 06 de dezembro de 2016. **REQUERIMENTO Nº DE 2017**. Autor: Deputado Carlos Zarattini. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=71705FC985EC829EA285F79700077EE5.proposicoesWebExterno1?codteor=1528822&filename=Tramitacao-PL+6620/2016 >.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7841, de 06 de agosto de 2014. **Proposta**. Autor: Deputado Federal Jorginho Mello Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270488&filename=Tramitacao-PL+7871/2014>.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7841, de 06 de agosto de 2014. **Requerimento de Desarquivamento**. Autor: Deputado Federal Jorginho Mello Brasília, DF, Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1298370&filename=Tramitacao-PL+7871/2014>.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 21 de setembro de 1989. **Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2020-2016.pdf>.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451605&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício da Associação dos Juízes Federais do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451650&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Associação Nacional dos Defensores Públicos**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451659&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal**. Brasília, DF, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451623&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451668&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451614&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio da Rede Justiça Criminal**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4451738&disposition=inline>.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451605&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Oficio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451677&disposition=inline >. Pp. 1-18. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **Ofício do Ministério Público do Estado de São Paulo**. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451641&disposition=inline >.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **PARECER Nº , DE 2011**. Relatoria: Senador Randolfe Rodrigues. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451492&disposition=inline>.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. **PARECER Nº , DE 2011**. Relatoria: Senador Humberto Costa. Brasília, DF, Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451596&disposition=inline>.

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011**. Texto Aprovado. Brasília, DF, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947033&disposition=inline>.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 06 de setembro de 2011. Redação original. **Altera O § 1o do Art. 306 do Decreto-lei no 3.689, de 3 de Outubro de 1941 (Código de Processo Penal), Para Determinar O Prazo de Vinte e Quatro Horas Para A Apresentação do Preso à Autoridade Judicial, Após Efetivada Sua Prisão em Flagrante**. Brasília, DF, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947033&disposition=inline>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiências de custódia já pouparam R$ 400 milhões aos cofres públicos**. Reportagem de 08 de setembro de 2015. Disponível em http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos**. Reportagem de 11 de novembro de 2015. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886-apenas-4-dos-liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016.** Brasília: 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>.

BRASIL. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992**: **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Diário Oficial da União**.** Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html>.

BRASIL. **Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992**: **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Diário Oficial da União**.** Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Sessão Judiciária do Amazonas. **Ação civil pública nº 8837-91.2014.4.01.3200**. Disponível em: < https://pt.scribd.com/doc/228594540/ACP-audiencia-de-custodia>.

BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apresentação do Preso em Juízo: Estudo Comparado para Subsidiar o PLS 554/2011.** São Paulo. 2012.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: 2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **População Carcerária - Sintético - Ano 2003.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto** / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. **Habeas Corpus 344.989**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 19 de março de 2016. Disponível em: < http://s.conjur.com.br/dl/falta-audiencia-custodia-nao-torna.pdf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **Recurso ordinário em *habeas corpus* 75.736**. Re. Min. Nefi Cordeiro. J. 10/11/2016. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000620509%27>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF concede habeas corpus para Fernandinho Beira-mar estar presente em audiências.** 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68702>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**, de 28 de agosto de 2008. Brasília. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ofício Circular nº 033/03 da Corregedoria Geral de Justiça.** Porto Alegre, RS, Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/bim/doc/Bim_310_abril_2003.pdf>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000**. Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci. J. 12.05.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Resolução nº 740 de 27 de abril de 2016.** Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao7402016.pdf>. Acesso em 26 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **HC nº 201450010003521**. 2ª Turma Especializada. Rel. Des. Messod Azulay Neto. J. em 20/05/2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional.** Discurso proferido na III Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: 1998.

CANI, Luiz Eduardo. **Não Realização de Audiência de Custódia Gera Defeito Processual Insanável, Sendo Necessário Revogar Medida(s) Cautelar(es) Fixada(s) sem Possibilidade de Exercício do Contraditório**. Revista da Emerj**,** Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p.141-158, dez. 2015. Pp. 154-155.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CASAL, Jesús María. **Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentário**. Fundación Bogotá, Colômbia: Konrad Adenauer, 2014. P. 198.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. **Direito Eleitoral Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana dos direitos do homem**. Boletim IBCCrim. São Paulo, nº 254, jan./2014.

CIDH. Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>.

_____. Caso Garcia Asto vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>.

_____. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <http://www. corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 03 de março de 2017.

CONCEIÇÃO, Frabrício de Santis. **Fiança: atribuição do delegado de polícia sob o prisma da 'função judicial'**. Disponível em: http://www.delegados.com.br/pecas-juridicas/fianca-atribuicao-do-delegado-de-policia-sob-o-prisma-da-funcao-judicial.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia**. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos dos Homens**. Roma, Itália. Disponível em < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Medidas provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, de 14 de novembro de 2014.** Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/decisao-corte-interamericana-direitos.pdf>.

CRUZ, Maurício Jorge D'Augustin. **O caso da escola infantil da base: liberdade de imprensa e presunção de inocência**. Porto Alegre: PUCRS, 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução provisória da pena.** 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El detenido y sus derechos em el convívio europeo de derechos humanos. Aplicaciones al derecho procesal nicaraguense. PEDRAZ PENALVA, Ernesto *et ali* (Directores). *Documentos Penales y Criminológicos*. Managa: Hispamer, 2004. Vol. 2.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. Ed ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEMO, Pedro. **Cuidado metodológico: signo crucial da qualidade**. Revista Sociedade e Estado**,** Brasília, v. 17, n. 2, dez. 2002.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória - Vol 2. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Breves ponderações sobre a proposta de extensão da "audiência de custódia" para adolescentes acusados da prática de ato infracional**. Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 133-147., 2016.

EQUIPE O GLOBO. **Presos sete suspeitos de ataque ao Fórum de Bangu no fim de outubro**. Jornal O Globo**.** Rio de Janeiro, p. 1-2. dez. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/presos-sete-suspeitos-de-ataque-ao-forum-de-bangu-no-fim-de-outubro-10965021>.

FERREIRA, Marcelo Santana. P**olissemia do conceito de instituição: diálogos entre Goffman e Foucault**. Estudos Contemporâneos da Subjetividade**,** Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p.74-86, maio 2012.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

FLAUZINA, Ana et al. **Discursos Negros: Legislação Penal, Política Criminal e Racismo.** Brasília: Editora Brado Negro, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **A resistência à audiência de custódia no Brasil: sintoma de ilegalismo**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 62-66., ago./set. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOURSAND, Renata Avelino. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a dignidade da pessoa privada de liberdade**. 2016. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. Estudo publicado em maio de 2016. Disponível em < http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A aplicação de penas e medidas alternativas**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015.

_____. **Reincidência criminal no Brasil.** Estudo publicado em 2015.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

JANIS, Mark; KAY, Richard; BRADLEY, Anthony. **European Human Rights Law: Text and Materials.** 3. ed. Oxford: Oxford, 2008.

LACERDA, Fernando Hideo. **Prisão de senador Delcídio Amaral materializa o Estado de exceção.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/fernando-lacerda-prisao-delcidio-elegia-estado-direito>.

LAFER, Celso. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):** História da Paz. Demétrio Magnoli (org.). São Paulo: Contexto, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 1).** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>.

LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Resistencia Crítica e Poder Punitivo: Diálogos em torno da Audiência de Custódia**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 40-53., ago./set. 2015.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal:** Tomo III. Buenos Aires: Jurídicas Europa, 1951.

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

MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento no Brasil.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

_____. **O direito à Audiência de Custódia continua ignorado no Brasil.** 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-brasil/>

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso.** 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>.

MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016.

MINAGÉ, Thiago; SAMPAIO JUNIOR, Alberto. A questão político criminal da audiência de custódia. **Revista Síntese - Direito Penal e Processo Penal,** São Paulo, v. 16, n. 93, p.54-61, 2015.

NASCIMENTO, Christina; VALDEVINO, Diego; TELLES, Hilka. Aparato para trazer Beira-Mar a julgamento custou R$ 180 mil. **O Dia.** Maio 2015. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-05-14/aparato-para-trazer-beira-mar-a-julgamento-custou-r-180-mil.html>.

NICOLITT, André; MELO, Bruno Cleuder de; RIBEIRO, Gustavo Rodrigues. **Análise Crítica do Voto do Des. Guilherme de Souza Nucci – TJSP: O Delegado de Polícia não faz audiência de custódia.** 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/analise-critica-do-voto-do-des-guilherme-de-souza-nucci-tjsp-o-delegado-de-policia-nao-faz-audiencia-de-custodia-por-andre-nicolitt-bruno-cleuder-de-melo-e-gustavo-rodrigues-ribeiro/>.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **O aberrante "juiz das garantias" no projeto do Novo Código de Processo Penal.** São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JUNIOR, Dirleu da. **Constituição Federal para Concursos:** Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 554

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

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

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PAIVA, Caio. **Adolescentes apreendidos devem ser submetidos à audiência de custódia.** 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-04/tribuna-defensoria-adolescentes-apreendidos-submetidos-audiencia-custodia>.

_____. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIMENTA, Guilherme. **Entenda como a Justiça do Acre condenou um réu três dias após prisão em flagrante.** 2016. Disponível em: <https://jota.info/justica/justica-acre-condena-reu-em-tres-dias-apos-prisao-em-flagrante-29072016>.

PIOVEZAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006.

POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

PRATT, John. **Castigo y Civilización:** Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios. Barcelona: Gedisa Editorial, 2006.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito Comparado e Transjusfundamentalidade - O Estado de Coisas Inconstitucional. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional,** Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p.429-448.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Audiência de Garantia ou sobre o óbvio ululante**. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-garantia-ou-sobre-o-obvio-ululante-por-cleopas-isaias-santos-2/>.

SANTOS, Robson dos. **Interações, poder e instituições totais: A narrativa de Primo Levi e a microssociologia de Erwing Goffman**. Revista de Sociologia Política**,** Curitiba, v. 17, n. 34, p.231-240, out. 2009.

SIEGHART, Paul. **The international law of human rights.** Oxford: Oxford University Press, 1983.

SILVA, Adelmar Aires Pimenta da. **A audiência de custódia é cara e inútil.** 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-28/adelmar-silva-audiencia-custodia-cara-inutil.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória.** 2012. 118 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **A audiência de custódia e o preço do comodismo**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 32-39., ago./set. 2015

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Resolução nº 9/2011: Institui o Núcleo de Prisão em Flagrante - NPF e dá outras providências**. Aprovada em 3 de agosto de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Corregedoria da Justiça apresenta balanço das audiências de custódia**. Reportagem do dia 24 de abril de 2015. Disponível em < http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/publicacao/408827>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

_____. **Provimento nº 14/ 2014: Altera o teor do PROVIMENTO- 12014 que dispôs sobre a verificação das regularidades das prisões ocorridas durante o plantão forense e dá outras providências**. Disponível em http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1581/publicacao/407410>.

VALOIS, Luís Carlos. **A audiência de custódia e o porco.** 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-e-o-porco-luis-carlos-valois/?doing_wp_cron=1484029986.2340629100799560546875>.

VAN KALMTHOUT, A.m. et al (Ed.). **Pre-trial Detention in the European Union:** An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the grounds for Regular Review in the Member States of the EU. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A alteração do mecanismo de prisões no Brasil a partir da Lei 12.403 de 2011.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11144>.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENCIA T-025 E A ADPF 347/DF-MC**. In:

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta. **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.