

RODRIGO CARLOS DE ALMEIDA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:
UM MEIO DE GARANTIR OS DIREITOS DO PRESO EM
FLAGRANTE?**

BRASÍLIA
2016

RODRIGO CARLOS DE ALMEIDA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:
UM MEIO DE GARANTIR OS DIREITOS DO PRESO EM
FLAGRANTE?**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Gabriel Haddad Teixeira.

Brasília
2016

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo da audiência de custódia, por meio de sua implementação pelo Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça. O instituto está previsto em diplomas internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Consiste na imediata apresentação do preso em flagrante a uma autoridade judiciária, para que esta proceda à avaliação da legalidade da prisão e decida acerca da necessidade de sua manutenção, adequação de outra medida cautelar ou concessão da liberdade provisória. Será analisada sua função e utilidade na atual conjuntura do sistema prisional brasileiro, em que se observam penitenciárias cada vez mais superlotadas. Será avaliado o contraditório na medida cautelar, em contraposição ao sistema atual, que prevê apenas o envio do auto de prisão em flagrante ao magistrado. Será observada a efetividade da audiência e desse contraditório, verificando se realmente é capaz de evitar prisões desnecessárias e se tem o condão de detectar indícios de abusos e de tortura policial. Por fim, serão examinadas as consequências da não realização da audiência de custódia.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Prisão em flagrante. Projeto Audiência de custódia. Processo Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 MEDIDAS CAUTELARES, PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA	
7	
1.1 Prisão em Flagrante	7
1.2 Prisão Preventiva.....	11
1.3 Prisão Domiciliar	15
1.4 Medidas Cautelares Alternativas à Prisão	15
1.5 Liberdade Provisória.....	17
1.6 Insuficiência das alterações realizadas pela Lei 12.403/2011.....	20
2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	22
2.1 Conceito e previsão normativa	22
2.2 Artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	
24	
2.3 Autoaplicabilidade dos Tratados de Direitos Humanos	25
2.4 Hierarquia dos tratados que versam sobre direitos humanos no	
ordenamento brasileiro.....	26
2.5 Delimitação das características da audiência de custódia	28
2.6 Projeto de Lei do Senado nº 554/2011	33
2.7 Projeto Audiência de Custódia.....	35
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE, RESULTADOS E	
CONSEQUÊNCIAS DA NÃO REALIZAÇÃO.....	41
3.1 A patente necessidade de mudança.....	41
3.2 O contraditório na medida cautelar	43

3.3	Algumas vantagens e resultados práticos	45
3.4	As audiências de custódia como forma de prevenção e combate à tortura	46
3.5	Utilidade das audiências.....	47
3.6	Consequências da não realização	49
	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS.....	56
	ANEXO A - PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015 DO TJSP	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das audiências de custódia, que consistem, basicamente, na apresentação imediata do preso em flagrante à autoridade judiciária competente, para que esta proceda à avaliação da legalidade da prisão, bem como decida se é necessária sua manutenção, se são suficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou se é cabível a liberdade provisória.

É um tema bastante relevante para o Direito e que se encontra em voga no sistema de justiça brasileiro, embora ainda desconhecido por muitos. Sua importância reside no fato de que só recentemente passou a ser discutido no universo jurídico e é uma prática inovadora no Brasil, causadora de modificações significativas no modo de punir do Estado.

O problema que desencadeou o desenvolvimento do trabalho foi: são as audiências de custódia realmente úteis para salvaguardar os direitos fundamentais relativos à liberdade pessoal e à integridade física do preso em flagrante delito?

A hipótese é que o contato direto e pessoal do flagrado com o juiz teria o potencial de ampliar a quantidade de elementos de convicção deste último, de modo que poderia decidir de forma mais apropriada.

O objetivo do estudo é mostrar, principalmente por meio das experiências realizadas com o Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça, a importância da aplicação do instituto no Brasil, avaliando se realmente é um meio de garantir o respeito aos direitos fundamentais do preso em flagrante.

Para tanto, o primeiro capítulo apresenta uma base teórica acerca da prisão em flagrante, que dá ensejo à audiência de custódia, bem como da prisão preventiva, prisão domiciliar, medidas cautelares alternativas à prisão e da liberdade provisória, que constituem as alternativas conferidas por lei ao juiz para serem aplicadas ao preso em flagrante. Ao final, é feita uma abordagem sobre as alterações feitas pela Lei nº 12.403/2011, que inseriu alterações relacionadas a esses institutos no Código de Processo Penal.

No segundo capítulo, trata-se da conceituação e da previsão normativa das audiências de custódia em diplomas internacionais, o que demanda algumas considerações sobre a autoaplicabilidade e a hierarquia dos tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro. Então, procede-se à delimitação das características das audiências de custódia, segundo entendimento das cortes internacionais de direitos humanos, e expõe-se as tentativas de implementação no Brasil, com o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 e o Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça.

No terceiro e último capítulo, é feita a análise das audiências de custódia, enfatizando-se sua necessidade na justiça brasileira, especialmente porque privilegia o contraditório na medida cautelar. São apresentadas algumas vantagens e resultados práticos do Projeto Audiência de Custódia. Por fim, é abordada a audiência como forma de prevenção da tortura, a utilidade prática das audiências e as consequências da sua não realização.

1 MEDIDAS CAUTELARES, PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA

Para o estudo das audiências de custódia, que consistem na rápida apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial, deve-se, inicialmente, conceituar os institutos a elas relacionados. Primeiro, a prisão em flagrante, que dá início a todo o procedimento, e, em seguida a prisão preventiva, a prisão domiciliar, as medidas cautelares diversas da prisão e a liberdade provisória, que são as opções conferidas ao juiz para serem aplicadas após a análise do flagrante, caso este seja considerado legal. A intenção aqui não é de esgotar tais assuntos, mas de abordar os pontos que mais interessam ao tema.

Cabe salientar, que a prisão preventiva não é a única possibilidade de prisão cautelar. Com efeito, tem-se a prisão temporária, que consiste em uma custódia provisória para acautelar as investigações policiais. Contudo, não se faz necessário uma abordagem mais aprofundada desta, pois na atual circunstância não se prevê audiência de custódia para esse instituto.

1.1 Prisão em Flagrante

Prisão em flagrante, como o próprio nome sugere, é a modalidade de prisão cautelar realizada no instante em que a infração penal está acontecendo ou pouco tempo depois de ocorrer, exigindo apenas que o fato pareça ser típico (fumaça do bom direito), sendo prescindível valoração quanto à ilicitude ou à culpabilidade.¹

Seu fundamento reside na possibilidade de se reagir rapidamente a um delito em andamento, sem que haja necessidade de análise prévia de um juiz.² (NUCCI, 2014). Assim, a prisão em flagrante tem a importante função de impedir que a ação criminosa se consuma, em caso de estar sendo praticada, ou atinja o exaurimento, caso tenha sido praticada há pouco tempo. Além disso, permite a

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

colheita imediata da prova, o que favorece o esclarecimento dos fatos, auxiliando a persecução criminal.³

Inicialmente, tem caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante é formalizado pela Polícia Judiciária. Após a análise do juiz, caso se decida manter a prisão, esta passa a ter caráter jurisdicional. Ressalte-se que em alguns casos não é necessária a formalização do auto de prisão, como acontece nas infrações de menor potencial ofensivo, desde que se assuma o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal, conforme artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95.⁴

De acordo com o artigo 301 do Código de Processo penal, qualquer pessoa do povo pode efetuar o flagrante, no que se denomina flagrante facultativo. Já as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de efetuar a prisão, sendo obrigatório o flagrante.⁵ Quando qualquer do povo efetua a prisão, está amparado pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito. Já o policial age sob o estrito cumprimento do dever legal.⁶

O Código de Processo Penal, em seu artigo 302, elenca três espécies de flagrante, denominados pela doutrina de flagrante próprio (ou perfeito), flagrante impróprio (ou imperfeito) e flagrante presumido, que serão analisados a seguir.

O flagrante próprio ou perfeito (artigo 302, I e II, CPP) ocorre quando o agente é encontrado cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. Na primeira hipótese, a intervenção de alguém impede que o resultado se consuma, culminando geralmente em tentativa, a não ser que o crime seja permanente, caso em que só se impede o seu prosseguimento, pois eles se consumam com uma única ação, mas seu resultado se prolonga no tempo. Na segunda hipótese, o delito já se consumou, mas o autor continua próximo à cena do crime, deixando evidentes a materialidade e a autoria.⁷

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Por sua vez, o flagrante impróprio ou imperfeito (artigo 302, III, CPP) ocorre quando o agente empreende fuga depois de cometer o delito, e logo após é perseguido pela vítima, pela polícia ou por qualquer pessoa, que o surpreendem em situação que faça presumir, de forma clara, ser ele o autor da infração. A expressão “logo após” quer dizer que o intervalo entre o fim da execução do delito e a perseguição deve ser o menor possível, evitando-se a perseguição de meros suspeitos.⁸ De acordo com Capez⁹, a expressão “compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor”.

O flagrante presumido (artigo 302, IV, CPP) ocorre quando o agente é encontrado, sem haver perseguição, logo depois da prática delituosa, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que o tornem suspeito de ser o autor. Da mesma forma, a expressão “logo depois” não admite um longo período de tempo. Assim, não se enquadram nessa modalidade as investigações policiais que levam ao autor de determinado delito, encontrando-o com objetos relacionados ao crime. Cabe, entretanto, o flagrante presumido na hipótese de realização de bloqueio em estrada por policiais, em que se encontra alguém em fuga ou com objetos do crime, o qual acabou de ser praticado.¹⁰

Além dos tipos de flagrante expressamente previstos no Código de Processo Penal, vistos acima, a doutrina aponta outras modalidades: flagrante preparado ou provocado; flagrante forjado; flagrante esperado; flagrante diferido ou retardado.

Flagrante preparado ou provocado se dá quando um agente induz alguém a cometer uma infração penal, para então poder prendê-lo. Como o controle está todo nas mãos do agente provocador, que arma toda a situação ao mesmo tempo em que age para evitar o resultado, não há possibilidade de consumação, ou seja, o crime é impossível. Em alguns casos, a polícia utiliza o agente provocador para descobrir a autoria de outros crimes, como, por exemplo, quando um policial se

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, p. 321, 2014.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

disfarça de usuário de drogas para comprar de um traficante, que não será preso pela venda, mas por trazer consigo o entorpecente.¹¹

Flagrante forjado ocorre quando a situação delituosa foi totalmente montada por terceiros, não tendo o agente nenhuma relação com o crime nem intenção de cometê-lo. Assim, o fato é atípico.¹²

Flagrante esperado acontece quando a polícia recebe a notícia de que um crime será cometido em breve, e envia agentes ao local indicado. Como não há controle sobre a ação do criminoso, caso o fato realmente ocorra, é válida a prisão em flagrante.¹³

O flagrante diferido ou retardado verifica-se quando a ação policial é postergada, para que a conduta delituosa praticada por uma organização criminosa possa ser observada e acompanhada por mais tempo, reunindo-se maior número de provas e informações. Está previsto na Lei nº 12.850/13, que trata das organizações criminosas, bem como na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos).¹⁴ Conceituada a prisão em flagrante e explicadas suas espécies, deve-se prosseguir com a análise do procedimento a ser seguido posteriormente à realização da prisão.

Assim, efetivada a prisão, deve-se proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante de acordo com o artigo 304 do CPP, segundo o qual, após a apresentação do preso à autoridade competente, esta ouvirá o condutor do flagrante, que é liberado para voltar a suas funções após assinar o auto e receber cópia do recibo de entrega do preso. Em seguida, são ouvidas as testemunhas e é interrogado o acusado, que tem o direito de permanecer em silêncio, lavrando-se auto assinado por todos. Não havendo testemunhas que presenciaram o fato, admitem-se pessoas que tenham testemunhado ao menos a prisão.¹⁵

Por prescrição do artigo 306 do CPP, a prisão de qualquer pessoa e o local em que se encontre devem ser comunicados imediatamente à autoridade competente, ao Ministério Público e à família do preso ou a quem ele indicar. Em até

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

24 horas após a prisão, deve o auto de prisão em flagrante ser encaminhado ao juiz competente e, se o preso não tiver advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. No mesmo prazo o preso receberá nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.¹⁶

A comunicação imediata da prisão, que pode ser realizada por qualquer meio disponível, tem a finalidade de proteger o preso contra eventuais abusos cometidos. Ademais, possibilita o imediato relaxamento da prisão ilegal, como obriga o artigo 5º, LXV, da Constituição Federal.¹⁷

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 322737 RJ 2015/0102062-2, entendeu que a conversão da prisão em flagrante em preventiva prejudica a alegação de ilegalidade daquela. O argumento é que a decisão decretadora da prisão preventiva constitui novo título, apto a justificar a privação da liberdade.¹⁸

Após a implementação da Lei 12.403/2011, o juiz se viu obrigado a adotar algumas medidas quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, previstas no artigo 310 do CPP. São elas: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP e se mostrarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.¹⁹

Portanto, não é mais permitida a manutenção da prisão apenas em razão da homologação da prisão em flagrante, que não é um título judicial suficiente.²⁰ Recebido o auto de prisão, o juiz deverá decidir por algum dos caminhos elencados acima, os quais serão examinados a seguir.

1.2 Prisão Preventiva

Prisão preventiva é a medida cautelar que priva a liberdade do indiciado ou do réu, obedecidos certos requisitos legais, com o objetivo de garantir a

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no habeas corpus nº 322737 RJ 2015/0102062-2**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Dje. 02 jun. 2015d.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

efetividade do processo. Não possui um prazo máximo, se prolongando enquanto houver necessidade, mas sua duração deve ser por tempo razoável e deve respeitar a proporcionalidade.²¹

Para sua decretação deve haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus boni iuris*), além de pelo menos uma das seguintes situações descritas no artigo 312 do CPP (que configuram o *periculum in mora*): garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.²² Sem esses elementos, não se justifica a imposição da medida.

Sem querer aprofundar no assunto, vez que complexo e não faz parte do escopo deste trabalho, vale ressaltar que alguns autores, dentre eles Aury Lopes Júnior, defendem a impropriedade desses termos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) emprestados do processo civil ao processo penal. Afirma-se que é mais apropriado a utilização do termo *fumus comissi delicti* para se referir à probabilidade de ocorrência do delito, bem como do termo *periculum libertatis*, para denotar o perigo gerado pela liberdade do acusado.²³ Apresentadas as noções iniciais sobre o instituto, passa-se ao estudo de seus requisitos.

Prova da existência do crime é a certeza da sua materialidade, pois não se pode segregar alguém cautelarmente quando há dúvida quanto à própria existência do fato delituoso. Indício suficiente de autoria é a forte suspeita de que o indiciado cometeu o delito, já que a certeza somente virá com o desenrolar do processo, quando serão colhidas provas mais robustas.²⁴

A garantia da ordem pública é um dos critérios mais amplos, sendo entendida como a necessidade de se manter a ordem e a tranquilidade na sociedade, que foram abaladas pela prática do delito. Quanto maiores a gravidade concreta da infração e a periculosidade do agente (probabilidade de reiteração delitiva, demonstrada pelos antecedentes penais e pelo *modus operandi*), e quanto

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

mais negativa a repercussão social do fato, maior a necessidade da segregação cautelar para garantia da ordem pública.²⁵

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o *habeas corpus* nº 22485490420158260000, entendeu que a existência de diversos processos em andamento contra o acusado impossibilita a concessão de liberdade. A justificativa foi que, embora tecnicamente primário, a reiteração delitiva em curto espaço de tempo denota uma vida voltada ao crime e indica a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.²⁶

Ademais, cabe salientar que a repercussão do crime e o clamor social não podem, isoladamente, justificar a prisão preventiva.²⁷ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Habeas Corpus nº 10000121330799000, considerou que o clamor público não é motivação idônea para restringir a liberdade do acusado no curso do processo, quando não verificados, no caso concreto, os requisitos da prisão preventiva.²⁸

A garantia da ordem econômica é a proteção à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou de um órgão do Estado, sendo mais aplicável aos crimes de colarinho branco. Também deve observar os requisitos de gravidade do delito, periculosidade do agente e repercussão social.²⁹

A conveniência da instrução criminal visa resguardar o devido processo legal, para que a verdade real possa ser alcançada. Assim, o acusado que age de modo a obstruir o andamento da instrução criminal, ameaçando testemunhas ou destruindo provas, por exemplo, não merece ficar livre.³⁰

Por fim, a garantia de aplicação da lei penal consiste em assegurar o *jus puniendi* estatal, para que seja aplicada a devida punição ao autor da infração,

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 22485490420158260000**, 12ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Desembargador João Morenghi. DJe. São Paulo, 18 mar. 2016

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas corpus nº 10000121330799000**. Relator: Desembargadora Denise Pinho da Costa Val. Dje. 27 fev. 2013.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

evitando-se possível fuga.³¹ Se acusado não possui nada que o vincule ao distrito da culpa, como residência fixa e ocupação lícita, alto é o risco de sua liberdade à futura aplicação da lei, dada a provável evasão.³²

O artigo 313 do CPP dispõe sobre as circunstâncias legitimadoras da prisão preventiva. Segundo o dispositivo, se admite a decretação da prisão preventiva nas seguintes situações: a) nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (inciso I); b) se o agente for reincidente em crimes dolosos (inciso II); c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso III); d) se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos para esclarecê-la (parágrafo único).³³

As circunstâncias impeditivas, por sua vez, estão enumeradas no artigo 314 do CPP, que diz que a prisão preventiva não deve ser decretada se o juiz verificar que o fato foi praticado sob estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, hipóteses previstas no artigo 23 do CP.³⁴

Ao decretar a prisão preventiva, o magistrado deve expor as razões que o levaram a isso, pois a CF exige que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas (artigo 93, IX, CF), bem como o CPP, que em seu artigo 315 determina a devida motivação das decisões que decretam, substituem ou denegam a prisão preventiva. Destarte, não pode, simplesmente, reproduzir os termos legais previstos na lei, sem embasá-los com elementos concretos. Ademais, havendo mais de um réu, deve o juiz analisar individualmente a situação de cada um.³⁵

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

1.3 Prisão Domiciliar

A prisão domiciliar é uma hipótese de cumprimento da prisão preventiva em casa, quando o agente preenche ao menos um dos requisitos previstos no artigo 318 do CPP: a) maior de 80 anos; b) extremamente debilitado por motivo de doença grave; c) imprescindível para os cuidados de pessoa menor de seis anos ou deficiente; d) gestante; e) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; f) homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. De acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, para que ocorra a substituição, deve-se apresentar prova idônea das situações mencionadas.³⁶

O juiz tem a faculdade de autorizar a substituição, devendo avaliar o caso concreto. (NUCCI, 2014). Ademais, como medida substitutiva da prisão preventiva, a prisão domiciliar deve obedecer os mesmos requisitos e princípios desta.³⁷

No caso de agente extremamente debilitado por motivo de doença, o entendimento jurisprudencial é de que a prisão cautelar domiciliar só é aplicável em caso de impossibilidade de realização do tratamento no estabelecimento prisional. Assim decidiu o Tribunal de Justiça de Pernambuco ao julgar o habeas corpus nº4127415, em que o paciente não logrou comprovar que o local onde se encontrava preso não oferecia condições para o tratamento.³⁸

1.4 Medidas Cautelares Alternativas à Prisão

Por prescrição do artigo 286, §6º, do CPP, a prisão preventiva só pode ser decretada se incabível a sua substituição pelas medidas cautelares alternativas. Portanto, são medidas restritivas de liberdade alternativas à prisão

³⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: mar. 2016.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁸ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Habeas Corpus nº 412741-5**, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 1ª Turma. Relator: Desembargador José Viana Ulisses Filho. DJe. Pernambuco, 15 fev. 2016.

preventiva, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulada entre si (artigo 282, § 1º, CPP), bem como cumulada com fiança (artigo 319, § 4º, CPP).³⁹

A lei 12.403/2011 instituiu nove medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; i) monitoração eletrônica.⁴⁰

Para aplicar uma dessas medidas, conforme preceitua o artigo 282 do CPP, o juiz deve verificar sua necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, ou para evitar a prática de infrações penais, além de ter que observar a adequação à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado.⁴¹

Dessa forma, para a aplicação de medida alternativa, assim como para a decretação da prisão preventiva, devem estar presentes o *fumus comissi*

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: mar. 2016.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

delicti e o *periculum libertatis*. Quando cabível a prisão preventiva, mas outra medida cautelar menos gravosa se mostrar suficiente à situação, esta deve ser utilizada.⁴²

Como exemplo, cita-se o *habeas corpus* nº 70058438888, em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares a uma acusada de furto. No caso, levou-se em conta a natureza do delito, em que não houve emprego de violência, além do fato de a paciente possuir filho menor que dependia de seus cuidados, recomendando-se a substituição.⁴³

As medidas cautelares alternativas podem ser decretadas de ofício ou a requerimento das partes ou, durante a investigação, mediante representação da autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público (artigo 282, § 2º, CPP). De acordo com o § 3º do artigo 282, salvo em caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz deve intimar a parte contrária quanto ao pedido de medida cautelar.⁴⁴

Como preceitua o artigo 282, §4º, do CPP, em caso de descumprimento das obrigações impostas, o juiz pode, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, substituir a medida, impor outra a mais ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Já o §5º do artigo 282 do CPP faculta a revogação ou a substituição da medida quando verificar a falta de motivo para que seja mantida, bem como decretá-la novamente, se surgirem novas razões que a justifiquem.⁴⁵

1.5 Liberdade Provisória

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVI, dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.⁴⁶ A liberdade provisória é o instituto que permite ao acusado

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70058438888**, Sétima Câmara Criminal. Relator: Desembargador Carlos Alberto Etcheverry. DJe. Rio Grande do Sul, 01 abr. 2014.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

responder ao processo em liberdade até o trânsito em julgado, estando vinculado ou não a certas obrigações.⁴⁷

Serve, portanto, como uma alternativa à prisão preventiva, evitando que o preso em flagrante mantenha-se encarcerado. Pode ser concedida com fiança; com fiança e outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP; sem fiança, mas com outras medidas cautelares do artigo 319 do CPP; sem fiança, mas com obrigação de comparecer a todos os atos do processo, quando o agente está amparado por uma causa de exclusão da ilicitude (artigo 310, parágrafo único, CPP).⁴⁸

A fiança é uma garantia real prestada ao Estado, que possibilita ao indiciado ou réu aguardar em liberdade o deslinde do inquérito policial ou do processo criminal. Visa garantir que o acusado fique vinculado ao processo, além de garantir, conforme o artigo 336 do Código de Processo Penal, o pagamento das custas, da indenização pelo dano causado, da prestação pecuniária e da multa, em caso de condenação.⁴⁹

Nos casos de infrações com pena máxima não superior a quatro anos, a autoridade policial pode conceder fiança (artigo 322, CPP). Nos demais, a fiança deve ser requerida ao juiz (artigo 322, parágrafo único CPP).⁵⁰

Conforme o artigo 323 do CPP, a fiança não pode ser concedida nos crimes de racismo, tortura, tráfico, terrorismo, nos equiparados aos hediondos e nos cometidos por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado. (BRASIL, 1941). Entretanto, apesar de esses crimes não admitirem fiança, o juiz pode conceder a liberdade provisória sem fiança, impondo medidas cautelares alternativas, conforme a situação recomende.⁵¹

Para fixar o valor da fiança, deve-se observar o artigo 325 do CPP, que estipula os limites de um a cem salários mínimos, quando a infração apresentar pena máxima não superior a quatro anos, e de dez a duzentos salários mínimos,

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: mar. 2016.

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

quando superior a quatro anos. O parágrafo primeiro do mesmo artigo permite, considerando a situação econômica do preso, a dispensa da fiança, sua redução em até dois terços ou seu aumento em até mil vezes.⁵²

Além do critério da condição econômica do acusado, o artigo 326 determina que sejam considerados para a fixação do valor da fiança sua vida pregressa, sua periculosidade, bem como o valor provável das custas até o julgamento.⁵³

A jurisprudência tem se firmado no sentido de dispensar a fiança imposta pelo juízo de primeiro grau ao acusado quando este não ostenta condições financeiras de arcar com o valor arbitrado. Como exemplo, cita-se o *habeas corpus* nº 20150020227144 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que o paciente foi isentado da fiança, vez que hipossuficiente, o que foi presumido pelo fato de encontrar-se desempregado e residir em local humilde, além de estar assistido pela Defensoria Pública.⁵⁴

Concedida a medida, o acusado submete-se a algumas condições, cujo descumprimento acarreta na quebra da fiança. São elas: a) comparecimento perante a autoridade sempre que intimado (artigo 327, CPP); b) não mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante (artigo 328, CPP); c) não ausentar-se da residência por mais de oito dias, sem indicar onde poderá ser encontrado (artigo 328, segunda parte, CPP); d) não obstruir o andamento do processo (artigo 341, II, CPP); e) cumprir devidamente a medida cautelar imposta cumulativamente (artigo 341, III, CPP); f) não resistir, sem justo motivo, a ordem judicial (artigo 341, IV, CPP); g) não cometer nova infração penal dolosa (artigo 341, V, CPP).⁵⁵

Já a liberdade provisória sem fiança pode ser concedida nos seguintes casos: quando o juiz verificar que o agente praticou o fato sob as excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal (estado de

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça de Distrito Federal e Territórios. **Habeas corpus nº 20150020227144**. Relator: Desembargador Sandoval Oliveira. Dje. 13 out. 2015.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal), conforme o artigo 310, parágrafo único, do CPP; quando não se verificarem as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva e for incabível a fiança (artigo 310, III, CPP); ou quando o agente for manifestamente pobre (artigo 350, CPP).⁵⁶

Capez⁵⁷ acrescenta, ainda, como hipótese de dispensa da fiança, quando se trata de infração penal que não prevê aplicação de pena privativa de liberdade (artigo 283, §1º, CPP), bem como nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o autor se compromete a comparecer ao juizado especial criminal (artigo 69, parágrafo único, Lei 9.099/95).

1.6 Insuficiência das alterações realizadas pela Lei 12.403/2011

Como visto, a Lei 12.403/2011 trouxe nove medidas cautelares diversas da prisão que, por expressa previsão legal, devem ser aplicadas com preferência à prisão preventiva, quando se mostrarem adequadas e suficientes à tutela do processo e da sociedade. Mesmo assim, a imposição do cárcere no curso da investigação ou do processo parece continuar sendo a opção preferida em nosso sistema judicial, e não a exceção, como deveria ser.

O Relatório do Infopen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), apresentado em junho de 2014 pelo Ministério da Justiça, evidencia a realidade alarmante do sistema prisional do país. Segundo o estudo, no primeiro semestre de 2014, o número de presos nos estabelecimentos penais brasileiros alcançou a marca de 607.731 pessoas, configurando uma taxa de aprisionamento de 299,7 presos para cada cem mil habitantes (valor 33% superior ao do ano de 2008) e deixando o Brasil na quarta posição entre os países que mais aprisionam no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.⁵⁸

Já o número de vagas do sistema penitenciário é de 376.669, o que representa um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Grande parte desse problema se deve à elevada

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: Infopen – junho de 2014**. Brasília: DEPEN, 2015. 148 p.

quantidade de presos provisórios, que correspondem a 41% do total, ou seja, quatro em cada dez pessoas encarceradas ainda não obtiveram condenação. Em alguns Estados da Federação a situação é ainda mais gritante, apresentando taxas de presos provisórios superiores às dos condenados, como ocorre em Sergipe (73%), Maranhão (66%), Bahia (65%), Piauí (64%), Pernambuco (59%), Amazonas (57%), Minas Gerais (53%) e Mato Grosso (53%).⁵⁹

Tendo como um dos objetivos a mudança desse panorama, por meio da diminuição do número de decretações de prisões preventivas, foi que se deu a implantação das audiências de custódia. Para melhor compreendê-las, importante estudar sua origem, fundamentos e como foram implementadas no Brasil.

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: Infopen – junho de 2014**. Brasília: DEPEN, 2015. 148 p.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia, embora não esteja expressamente prevista na legislação interna brasileira, encontra-se positivada em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que possuem lugar especial em nosso ordenamento jurídico. A análise dessas normas internacionais se faz necessária para a devida delimitação das características do instituto, de modo a confrontá-las com a forma que está a ser aplicado no país.

2.1 Conceito e previsão normativa

A audiência de custódia consiste, basicamente, na apresentação do preso, sem demora, à autoridade judiciária competente, presentes o Ministério Público e a Defesa, para que se analise a legalidade e a necessidade de manutenção da prisão, bem como para que se constate eventuais maus-tratos ou tortura. Assim, se mostra um importante meio de acesso à jurisdição penal.⁶⁰

A Constituição Federal confere várias garantias ao preso, dentre elas a de comunicação imediata ao juiz e à família acerca da prisão (artigo 5º, LXII), bem como a de relaxamento imediato da prisão ilegal pela autoridade judiciária (artigo 5º, LXV), disposições também presentes no Código de Processo Penal (artigos 306 e 310, I). No entanto, tais diplomas não possuem previsão expressa de apresentação imediata do preso a um juiz, para que se analise a legalidade da prisão.⁶¹

Algumas disposições normativas se aproximam disso, como aquela prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989, que permite ao juiz determinar que o preso temporário lhe seja apresentado. Há também aquela do artigo 656 do Código

⁶⁰ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direto, 2015.

⁶¹ 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%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em 10/05/2015.

de Processo Penal, que permite a apresentação imediata do paciente preso ao juiz, em dia e hora que designar, após o recebimento da petição de *habeas corpus*.⁶²

Todavia, apesar dessa lacuna na legislação interna, o Brasil é signatário de dois diplomas internacionais que possuem previsão normativa da referida apresentação. São eles: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.⁶³ O primeiro, em seu artigo 9.3, dispõe o seguinte:

“Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado. A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento em qualquer outra fase do processo e, se for caso disso, para execução da sentença.”

De forma similar, o segundo diploma, no artigo 7.5, estabelece que:

“Toda pessoa presa, 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 o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis foi internalizado pelo ordenamento jurídico nacional, sendo promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de junho de 1992. O mesmo ocorreu com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.⁶⁴ Importante salientar que, no artigo 1º de ambos os decretos, o Brasil se comprometeu a cumprir inteiramente os pactos como neles se contém.

⁶² MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. *Revista dos Tribunais*. outubro de 2015, Vol. 960, ano 104, pp. 77-120.

⁶³ 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 10/05/2015.

⁶⁴ 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 10/05/2015.

2.2 Artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Adentrando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seu artigo 1º prevê a obrigação aos Estados de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, e de garantir o seu exercício a todos, sem discriminação. A obrigação de respeitar é uma obrigação negativa (não fazer), impondo restrições e limites à soberania do Estado em prol dos direitos humanos, podendo o Estado ser responsabilizado em caso de violação.⁶⁵

Essa obrigação de respeito também impõe aos Estados o dever de compatibilizar o ordenamento interno com os preceitos mais benéficos da Convenção. Assim, se o direito interno não reconhecer ou reconhecer em menor grau os direitos trazidos na Convenção, o Estado deve adaptar sua legislação para que isso ocorra.⁶⁶

Já a obrigação de garantir é positiva (fazer), devendo o Estado criar meios para prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos humanos contrária à Convenção. De um lado, o Estado tem o dever de não violar os direitos das pessoas e, de outro, se obriga a assegurar que esses direitos sejam efetivamente salvaguardados.⁶⁷

O artigo 2º da mesma convenção veio positivar o preceito consuetudinário que obriga o Estado-parte a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela previstos. Assim, os Estados partes devem garantir os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção por meio de disposições legislativas ou de qualquer outra natureza (como um ato do Poder Executivo ou do Judiciário).⁶⁸

Portanto, a partir do momento em que o Estado se torna parte na Convenção, tem o dever de adequar todo o seu ordenamento interno, adotando

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2009. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2009. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2009. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2009. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

todas as medidas necessárias para garantir efetivamente os direitos nela consagrados. E essa adaptação se faz legislando normas compatíveis com a Convenção, bem como revogando as incompatíveis.⁶⁹

2.3 Autoaplicabilidade dos Tratados de Direitos Humanos

Mesmo que não haja legislação regulamentadora dos direitos previstos nessas convenções subscritas pelo Brasil, não há óbice para que sejam aplicados pelo Poder Judiciário. Isso porque o artigo 5º, § 1º, da Constituição, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e, pela inteligência do § 2º do mesmo artigo, como se verá mais adiante, os direitos e garantias advindos de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte integram o arcabouço jurídico interno. Desse modo, possuem aplicabilidade imediata.⁷⁰

Aliás, a Corte Interamericana de Direitos Humanos opinou nesse sentido no Parecer Consultivo 07/86. O entendimento foi de que a obrigação de respeitar e garantir os direitos previstos na Convenção é dever imediato e incondicional por parte dos Estados.⁷¹

Alguns poucos magistrados vinham reconhecendo o direito à audiência de custódia e determinando sua realização, como é o caso do Desembargador Luíz Noronha Dantas, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e da Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nas liminares nos habeas corpus 0064910-46.2014.8.19.0000 e 0006708-76.2015.4.01.0000/MT, respectivamente. No entanto, a grande maioria dos juízes continuava considerando inaplicável a audiência, alegando ausência de previsão legal.⁷²

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2009. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014.

⁷¹ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (arts. 14.1, 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). **Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986**. Serie A. nº 7. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acesso em: 26/05/2016.

⁷² MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. *Revista dos Tribunais*. outubro de 2015, Vol. 960, ano 104, pp. 77-120.

2.4 Hierarquia dos tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro

Relevante se faz tecer alguns comentários sobre a hierarquia dos tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro. Parte da doutrina defende que esses tratados têm status constitucional. Isso porque a Constituição Federal, no §2º de seu artigo 5º, estatuiu que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁷³

Na interpretação de Mazzuoli⁷⁴, o fato de a Constituição não excluir os direitos e garantias provenientes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, significa que ela os está incluindo em seu arcabouço jurídico interno, como se na própria Constituição estivessem. Desse modo, as garantias processuais presentes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos passaram a compor o sistema constitucional brasileiro após a promulgação do respectivo decreto.⁷⁵ Tal entendimento também pode ser estendido ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

O dispositivo passou a reconhecer duas fontes de direitos e garantias: uma advinda do direito interno e outra do direito internacional. Assim, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro se encontram no mesmo grau hierárquico dos direitos consagrados no texto constitucional, devendo a estes ser aplicado o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano.⁷⁶

Em 2004, com a Emenda Constitucional 45, visando dirimir as controvérsias sobre a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro, foi adicionado o §3º ao artigo 5º da Constituição, dispondo que se esses tratados forem aprovados, nas duas Casas do Congresso Nacional,

⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, Fernandes, Antonio Scarance e Gomes Filho, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalerão às emendas constitucionais. Antes da entrada em vigor dessa emenda, os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples, o que levava a crer que possuíam hierarquia infraconstitucional (nível das leis ordinárias).⁷⁷

Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Filho⁷⁸ entendem que a nova regra vale somente para o futuro. Não vale para os tratados já integrados pelo sistema constitucional interno, como é o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Já Mazzuoli⁷⁹ afirma que não se pode entender que os tratados não aprovados pela maioria qualificada do §3º do artigo 5º têm o mesmo *status* de lei ordinária, por terem sido aprovados pela maioria simples, pois o referido parágrafo em nenhum momento dispôs de tal forma. O fato de não haver ressalva, no referido parágrafo, quanto aos tratados de direitos humanos aprovados mediante processo simples, leva a concluir que estes foram elevados a nível constitucional.⁸⁰

O quórum exigido serve apenas para dar eficácia formal aos tratados de direitos humanos no ordenamento interno. Ou seja, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já possuem status constitucional por força do §2º do artigo 5º, integrando materialmente o texto constitucional, podem ser também formalmente constitucionais, desde que aprovados pelo quórum do §3º do mesmo artigo, quando passarão a reformar a constituição.⁸¹

Quanto ao assunto, o Supremo Tribunal Federal, que antes situava os tratados que cuidam da proteção dos direitos humanos no mesmo nível das leis ordinárias, passou a entender que esses tratados são dotados de supralegalidade. Significa dizer que eles são infraconstitucionais, mas hierarquicamente superiores à

⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, Fernandes, Antonio Scarance e Gomes Filho, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

⁸⁰ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014.

⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

legislação interna. Tal posicionamento teve como marco o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.⁸²

Ao proferir seu voto nesse julgamento, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que os tratados e convenções de direitos humanos possuem caráter especial em relação aos demais tratados, de modo que sua internalização no ordenamento jurídico faz com que as normas com eles conflitantes, sejam anteriores ou posteriores à adesão, tenham sua eficácia “paralisada”. Acrescentou também que esses tratados podem assumir *status* de emenda constitucional, bastando submetê-los ao procedimento previsto no §3º do artigo 5º da CF.⁸³

No mesmo julgamento, o Ministro Celso de Mello seguiu outro caminho, manifestando-se favoravelmente à tese de que os tratados de direitos humanos possuem qualificação constitucional, sendo que aqueles aprovados antes da edição da EC 45/2004 seriam materialmente constitucionais.⁸⁴ Independente do posicionamento que se adote, não se pode negar a superioridade dos tratados de direitos humanos sobre as leis ordinárias, devendo estas se conformar àqueles.

2.5 Delimitação das características da audiência de custódia

Estando firmado o entendimento de que as normas internacionais de direitos humanos possuem caráter superior no Brasil, passa-se à análise das principais características da audiência de custódia, segundo os tratados que a preveem. Como visto, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe, em seu artigo 7.5 (bem como o PIDCP, no artigo 9.3), que toda pessoa presa deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. Assim, o intervalo de tempo entre a privação da liberdade do indivíduo e sua condução à autoridade judiciária deve observar o aspecto temporal determinado pela expressão “sem demora”. Mas o que compreende essa expressão?

⁸² 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%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em 10/05/2015.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466343 SP.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Dje. 05 jun. 2009.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466343 SP.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Dje. 05 jun. 2009.

Interpretando o referido artigo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) utiliza dois parâmetros: um para os Estados cuja legislação interna prevê expressamente um prazo para apresentação do preso e outro quando não há previsão expressa. Na primeira hipótese, avalia se houve respeito ao prazo estabelecido e se esse prazo é razoável, como no caso *Castillo Petruzzi vs. Peru*, em que a Corte condenou o Estado peruano por ter demorado 36 dias para levar a vítima à presença do juiz, quando o prazo máximo legal era de 30 dias, ao mesmo tempo em que entendeu como excessivo esse prazo (15 dias prorrogáveis por igual período).⁸⁵

No segundo caso, quando a legislação do país não prevê prazo exposto em lei, a Corte busca aplicar, de modo casuístico, a ideia de proporcionalidade e razoabilidade. Por exemplo, no caso *Bayarri X Argentina*, entendeu-se que a apresentação do preso depois de uma semana da detenção não satisfaz a exigência do artigo 7.5 da Convenção Americana.⁸⁶

A jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos tem entendido que a expressão “sem demora” deve ser interpretada de acordo com o caso concreto. Nesse sentido, a Corte Interamericana já decidiu que períodos como quase uma semana, quase cinco dias, aproximadamente trinta e seis dias, vinte e três dias e dezessete dias violam a CADH.⁸⁷

No caso *López Álvarez vs. Honduras*, a Corte decidiu que não houve violação à Convenção, vez que o preso foi apresentado à autoridade judicial no dia seguinte ao da prisão. Portanto, pode-se inferir que o prazo considerado razoável

⁸⁵ WEIS, Carlos. **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal**. São Paulo : Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20\(1\).pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20(1).pdf)>. Acesso em 23/05/2016.

⁸⁶ WEIS, Carlos. **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal**. São Paulo : Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20\(1\).pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20(1).pdf)>. Acesso em 23/05/2016.

⁸⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.

pela CIDH para apresentação do preso perante a autoridade judicial é de um dia após a prisão.⁸⁸

Além do aspecto temporal, discute-se também o aspecto subjetivo da norma. O artigo 7.5 da CIDH, quando trata da pessoa a quem o preso deve ser apresentado, se refere, além do juiz, a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, assim como o artigo 9.3 da PIDCP, que alude a “outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”. Então, surge a dúvida sobre a possibilidade de se realizar a audiência de custódia com uma autoridade que não seja um juiz.⁸⁹

No Brasil, por previsão constitucional, o juiz é a autoridade judiciária competente para receber a comunicação da prisão (artigo 5º, *caput*, LXII) e para relaxar a prisão ilegal (artigo 5º, *caput*, LXV), demonstrando que é seu papel exercer o controle judicial sobre a prisão.⁹⁰ Somente o juiz tem poderes para relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória, decretar a prisão preventiva, substituí-la pela domiciliar e para fazer cessar eventuais maus-tratos contra o cidadão.⁹¹

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que o “juiz ou outra autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais” deve satisfazer os requisitos previstos no artigo 8.1 da Convenção Americana. Conforme esse artigo, “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)”, características das quais não se revestem os integrantes da polícia nem do Ministério Público.⁹²

⁸⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.

⁸⁹ 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%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em 10/05/2015.

⁹⁰ 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%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em 10/05/2015.

⁹¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.

⁹² WEIS, Carlos. **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal**. São Paulo : Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20\(1\).pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20(1).pdf)>. Acesso em 23/05/2016.

Nesse sentido, julgando o caso *Acosta Calderón vs. Equador*, a Corte entendeu que o Agente Fiscal do Ministério Público não podia ser considerado “autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais”, pois não detinha as atribuições do artigo 8.1, de maneira que não poderia garantir o direito à liberdade e à integridade pessoal da vítima. Assim se manifestou a Corte:

“80. En segundo lugar, un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención. En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Acosta Calderón no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Por tanto, el agente fiscal que actuó en el caso no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.”⁹³

Por fim, alguns pontos devem ser esclarecidos quanto ao procedimento a ser tomado para a realização da audiência de custódia, ou seja, como deve se dar a apresentação da pessoa presa ao magistrado. O primeiro ponto consiste na necessidade ou não de requerimento do interessado para a realização da audiência.

Considerando a importância dessa garantia, que está prevista em vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos e que objetiva proteger a liberdade e a integridade do detido, não se pode admitir que dependa de prévio requerimento. Trata-se de garantia que deve ser conferida de ofício.⁹⁴ Além disso, analisando o artigo 5.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que determina a apresentação imediata do preso a um juiz, a Corte Europeia decidiu que a revisão da prisão pelo juiz deve ser automática e independente de requerimento.⁹⁵

⁹³ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Acosta Calderón vs. Equador**. Fondo, reparaciones e costas. Sentencia proferida em 24 de junho de 2005. p. 27. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em 22/05/2016.

⁹⁴ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

⁹⁵ 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 10/05/2015.

Outro ponto diz respeito à apresentação do preso à autoridade judiciária, se necessita ser pessoal ou não. Tratando-se de prisão em flagrante, que é realizada sem prévia decisão judicial e que possui contraditório diferido, é imprescindível que o indivíduo fique frente a frente com um juiz independente e imparcial para analisar a prisão. Ainda mais pela impossibilidade que a pessoa privada de sua liberdade tem para coletar documentos ou outros meios de prova aptos a demonstrar que a prisão é ilegal ou desnecessária.⁹⁶

Foi esse o entendimento da Corte IDH no caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador. A Corte expôs que a autoridade judiciária deve ouvir pessoalmente o detido, para que possa valorar todas as suas explicações, e assim decidir pela liberação ou pela manutenção da prisão.

“85. (...) La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad. En el presente caso no existe evidencia de que esto haya ocurrido.”⁹⁷

A Corte também entende que o simples fato de o juiz ter conhecimento acerca da prisão ou de lhe ser enviado o informe policial não satisfaz a garantia prevista pelo artigo 7.5 da Convenção, já que o acusado deve comparecer pessoalmente perante a autoridade competente para prestar suas declarações. Nesse sentido, o caso Tibi vs. Equador:

“118. (...) El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.”⁹⁸

Por essa razão, a legislação brasileira, que prevê apenas a comunicação imediata da prisão ao juiz (artigo 5º, caput, LXII, CF e 306, § 1º, CPP),

⁹⁶ 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%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em 10/05/2015.

⁹⁷ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador.** Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. p. 19. Sentença proferida em 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em 24/05/2016.

⁹⁸ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Tibi vs. Equador.** Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 07 de setembro de 2004. p. 63. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em 24/05/2016.

se encontra em descompasso com a Convenção Americana de Direitos Humanos. O simples envio do auto de prisão em flagrante viola seu artigo 7.5.⁹⁹

Um último ponto em relação ao procedimento da audiência de custódia corresponde à dúvida quanto à necessidade de defesa técnica, visto que a audiência acontece em fase pré-processual. No entanto, é indispensável a presença do defensor, pois ele pode assegurar que os direitos do preso sejam observados, como o de permanecer calado, e acompanhar a legalidade da audiência, além de poder expor fundamentos jurídicos sobre a legalidade da prisão e sobre a possibilidade de soltura.¹⁰⁰

Ademais, deve-se analisar conjuntamente a Convenção Americana e a legislação brasileira, pois, tratando-se de direitos fundamentais, as normas devem ser interpretadas de modo a prestar a maior proteção à pessoa. A Convenção confere a todo acusado o direito de se “defender pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor” (artigo 8.2.d). O direito interno brasileiro consagra o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, CF). Combinando esses dispositivos, conclui-se que a defesa técnica deve estar presente na oitiva do preso.¹⁰¹

2.6 Projeto de Lei do Senado nº 554/2011

Apesar de os tratados de direitos humanos possuírem aplicabilidade imediata, como explicitado anteriormente, o Brasil tem se mobilizado para regulamentar a audiência de custódia. Tramita no Senado, desde 2011, o Projeto de Lei (PLS) nº 554, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares. A proposta visa

⁹⁹ 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%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em 10/05/2015.

¹⁰⁰ 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%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em 10/05/2015.

¹⁰¹ WEIS, Carlos. **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal.** São Paulo : Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20\(1\).pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20(1).pdf)>. Acesso em 23/05/2016.

alterar o § 1º do art. 306 Código de Processo Penal — que atualmente prevê apenas o envio do auto de prisão em flagrante ao juiz competente —, estabelecendo o prazo de 24 horas, após a efetivação da prisão em flagrante, para a apresentação do preso à autoridade judicial, da seguinte forma¹⁰²:

“Art.306.....

 § 1o No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”¹⁰³

Após receber várias propostas de emenda e passar pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), foi aprovado um substitutivo ao projeto, em decisão terminativa, incluindo também alterações a outros artigos do Código de Processo Penal¹⁰⁴. Com as modificações, o artigo 306 adquiriu onze parágrafos.

Merecem destaque os parágrafos 6º, 7º e 8º do substitutivo. O § 6º estabelece que o juiz deverá ouvir o Ministério Público, o preso e a Defesa, nessa ordem, antes de decidir sobre a legalidade da prisão e sobre a necessidade de sua conversão em preventiva ou a concessão da liberdade provisória. Essa se mostra uma importante previsão, vez que assegura o devido contraditório, respeitando o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.¹⁰⁵

O § 7º dispõe que a oitiva do preso deve ser registrada em autos apartados e não pode ser utilizada contra o depoente como meio de prova, devendo versar apenas sobre a legalidade e necessidade da prisão, ocorrência de tortura ou maus-tratos e sobre os direitos assegurados ao detido. Com isso, há a separação da audiência para o controle da detenção e a instrução processual penal, na qual, após

¹⁰² BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 14 set. 2015.

¹⁰³ BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 14 set. 2015.

¹⁰⁴ BRASIL. Congresso. Senado. **Parecer Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado sobre o Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>>. Acesso em: 14 set. 2015.

¹⁰⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo). **Nota técnica sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554/11**. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

as mudanças introduzidas pela Lei 11.719/08, o acusado é o último a se manifestar.¹⁰⁶

Por sua vez, o § 8º estabelece a obrigatoriedade, na oitiva do preso, da presença do advogado ou, se não o tiver ou não indicar, de Defensor Público. Tal disposição é de suma relevância pois, além de consagrar a garantia prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, a presença da Defesa é essencial para assegurar a legalidade da audiência e para contrapor eventual representação pela prisão preventiva por parte do Ministério Público.¹⁰⁷

Assim, depreende-se que a aprovação do projeto seria um passo importante para a adequação da legislação brasileira aos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Mas enquanto essa aprovação não acontece, os estados já começaram a implementar as audiências de custódia, como se verá a seguir.

2.7 Projeto Audiência de Custódia

Em 06 de fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o Projeto Audiência de Custódia, que consiste na obrigatoriedade de apresentação de todos os presos em flagrante a um juiz, em no máximo 24 horas da prisão, sendo ouvidos o Ministério Público e a Defesa (realizada pela Defensoria Pública ou advogado particular).¹⁰⁸

Na audiência, o juiz tem a oportunidade de verificar a legalidade da prisão e de avaliar a necessidade e adequação de sua manutenção, podendo conceder a liberdade provisória, vinculada ou não com medidas cautelares alternativas. Há ainda a previsão de centrais de alternativas penais, centrais de

¹⁰⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo). **Nota técnica sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554/11**. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

¹⁰⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo). **Nota técnica sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554/11**. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

¹⁰⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 26 maio 2016.

monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, para oferecer opções ao encarceramento provisório.¹⁰⁹

Registre-se que, antes mesmo do lançamento do Projeto pelo CNJ, o Estado do Maranhão já vinha aplicando a audiência de custódia, muito em razão da grave crise em seu sistema penitenciário, principalmente no Complexo de Pedrinhas, em São Luís. A regulamentação do procedimento se deu por meio do Provimento nº 24/2014, de 05/12/2014.¹¹⁰

Conforme informações disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça, após o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) terem firmado acordos para incentivar sua difusão, o projeto já foi implementado em todos os estados da federação¹¹¹. O lançamento do Projeto aconteceu no Estado de São Paulo, onde foi regulamentado pelo Provimento Conjunto nº 03/2015, de 22/01/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado, possuindo as seguintes considerações:

“CONSIDERANDO que o Poder Judiciário, em parceria com o Poder Executivo, vem adotando inúmeras providências na busca pelo equacionamento dos problemas sob os quais opera o sistema penitenciário do Estado;

CONSIDERANDO que os reflexos dessas providências não alcançam, de maneira a causar impacto determinante no funcionamento do sistema penitenciário, aqueles cuja permanência no cárcere se dá por força de prisão cautelar, e que representam parcela significativa do contingente dos estabelecimentos penais;

CONSIDERANDO, assim, a necessidade de implantar, em absoluta sinergia com recentes medidas do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, uma ferramenta para controle judicial mais eficaz da necessidade de manutenção da custódia cautelar;

CONSIDERANDO que o Brasil, no ano de 1992, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica) que, em seu artigo 7º, item 5, dispõe: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”;

CONSIDERANDO o Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal que altera o artigo 306, parágrafo 1º do Código de Processo Penal,

¹⁰⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 26 maio 2016.

¹¹⁰ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direto, 2015.

¹¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 26 maio 2016.

para incorporar, na nossa legislação ordinária, a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa, no prazo de 24 horas, ao juiz que, em audiência de custódia, decidirá por manter a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva, relaxá-la ou substituí-la por uma medida cautelar;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido nos autos do processo nº 2014/00153634 – DICOGE 2.1;”¹¹²

Pela leitura desses considerandos, ficam claras as finalidades principais do projeto. A primeira é solucionar o problema de superlotação do sistema carcerário, por meio da diminuição de imposição de prisões cautelares, que representam grande parte dos encarceramentos. A segunda seria adequar a legislação brasileira aos tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana, antecipando aquilo que pretende o PLS nº 554/2011.

Importante mencionar que a constitucionalidade desse provimento foi contestada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil), que impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240. Alegou-se, em síntese, que o ato normativo legislou sobre Direito Processual (tema cuja competência legislativa é privativa da União, de acordo com o art. 22, I, da Constituição da República), bem como que há violação ao princípio da divisão de poderes, vez que os delegados estão vinculados ao Poder Executivo, não podendo se submeter a um ato do Judiciário.¹¹³

Na sessão do dia 20/08/2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente, por maioria de votos, a referida ação. O entendimento foi de que o provimento apenas regulamenta o procedimento de *habeas corpus* (o qual encontra-se previsto na legislação processual penal) perante o juiz de primeira instância e traz outras providências acerca da organização do funcionamento do Tribunal, inexistindo ofensa à constituição. Quanto à alegação de violação à separação de poderes, aduziu-se que a CADH e o CPP atingem também os Delegados de Polícia, vez que possuem eficácia geral e *erga omnes*.¹¹⁴

¹¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03. 2015**. Disponível em:

<<http://dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=9&nuDiario=1814&cdCaderno=10&nuSeqpagina=1>>. Acesso em: 25 maio 2016.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe. 01 fev. 2016.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe. 01 fev. 2016.

Com relação ao teor do Provimento, nota-se que foi estabelecido o prazo de 24 horas para apresentação do preso (assim como o PLS nº 554), que deve ser feita, pessoalmente, ao juiz competente, independentemente de requerimento, além de ser obrigatória a presença do Ministério Público e da Defesa. Assim, o provimento atende às orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É de destacar o artigo 3º, § 2º, do Provimento, que dispensa a apresentação do preso “quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem”. Previsão semelhante está presente na resolução que regulamenta a audiência no Rio de Janeiro. Melhor seria que tais justificativas fossem apresentadas em audiência para que, diante dos argumentos do Ministério Público e da Defesa, o juiz tomasse a decisão.¹¹⁵

Outro ponto relevante é a vedação de perguntas que antecipem a instrução de eventual processo de conhecimento, estabelecida no artigo 6º, § 1º, do Provimento nº 03/2015. Alguns atos normativos não apresentam expressamente essa previsão, como é o caso do Provimento nº 24/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.¹¹⁶

Essas diferenças entre os atos normativos se devem ao fato de ficar a cargo de cada estado da federação a regulamentação das audiências de custódia. Outra particularidade que se verifica é quanto ao prazo para a apresentação do preso em juízo. O do Maranhão, por exemplo, estabelece o prazo de 48 horas¹¹⁷. Já o do Rio de Janeiro sequer estabelece prazo, limitando-se a dispor que o preso deve ser apresentado “sem demora”, o mesmo termo utilizado pela Convenção Americana¹¹⁸.

Preocupante disposição é a que admite a ausência da Defesa na audiência, como ocorre nos atos normativos de Minas Gerais e do Rio de Janeiro. É

¹¹⁵ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.

¹¹⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.

¹¹⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.

¹¹⁸ RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Resolução nº 29**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e9c65ba8bd6e3ac3a9ee50be584e3f4a.pdf>>. Acesso em: 26/05/2016.

imprescindível que o conduzido seja devidamente defendido por seu advogado constituído ou por um Defensor Público ou, na ausência destes, por um defensor *ad hoc* nomeado pelo juiz.¹¹⁹

Em 15 de dezembro de 2015, durante a 223ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, foi aprovada a Resolução nº 223/2015, que regulamenta a audiência de custódia no Brasil, uniformizando o procedimento de apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial competente. Também assegura a apresentação imediata às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva. A resolução entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016, estipulando o prazo de 90 dias para os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais implantarem a audiência de custódia.¹²⁰

Além da regulamentação, a Resolução apresenta dois protocolos de atuação. O primeiro versa sobre procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia. O segundo, sobre procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.¹²¹

Seu artigo 1º estabelece o prazo de 24 horas, a partir da comunicação do flagrante, para que haja a apresentação do preso perante a autoridade judicial competente. O parágrafo 1º deixa claro que a mera comunicação não supre a apresentação pessoal. Já o parágrafo 2º define autoridade judicial competente como sendo aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária.¹²²

O parágrafo 4º prevê a possibilidade de realização da audiência no local em que a pessoa se encontre, caso esteja acometida de grave enfermidade ou de outra circunstância que a impossibilite de ser apresentada no prazo de 24 horas.

¹¹⁹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.

¹²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. 2015c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. 2015c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. 2015c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

Quando o deslocamento ao local se mostrar inviável, a pessoa deve ser conduzida à audiência logo que finda a circunstância impeditiva da apresentação.¹²³

Quanto à presença da defesa, a resolução não possui qualquer disposição que possibilite sua dispensa. Em seu artigo 5º, parágrafo único, consigna que o preso será atendido pela Defensoria pública caso não possua defensor constituído.¹²⁴ Com essa uniformização, ficam superadas aquelas temerárias previsões observadas nos atos regulamentadores de alguns Estados da Federação.

¹²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. 2015c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. 2015c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE, RESULTADOS E CONSEQUÊNCIAS DA NÃO REALIZAÇÃO

Após ter delimitado as características e a forma de aplicação das audiências de custódia no Brasil, passemos à análise destas, explicitando sua importância no cenário nacional, com seu papel que engrandece o contraditório e a ampla defesa, ajuda no combate à tortura policial, dentre outros pontos relevantes. Também serão apresentados resultados da aplicação das audiências até então. Ao final, será discutida a consequência processual da não realização da audiência.

3.1 A patente necessidade de mudança

Como visto, o encarceramento em massa tomou conta do país, tendo quintuplicado a partir de 1990, chegando a ultrapassar 600 mil presos. Apesar da redemocratização, as prisões, tanto provisórias quanto definitivas, cresceram de forma exponencial. Isso demonstra que o sistema de justiça criminal prestigia a punição em vez da ressocialização, em violação aos direitos e garantias dos que se encontram aprisionados.¹²⁵

Desde o século XIX, a privação da liberdade tem sido o que sustenta o sistema penal em todo o mundo, resultando na “prisionização” em massa. E a “prisionização” desnecessária gera novos delinquentes, pois a intervenção penal por delitos primários leva ao cometimento de delitos secundários e mais graves que os anteriores. Ademais, a mídia estimula essa “prisionização”, gerando a superlotação das prisões, o que só aumenta seu efeito reprodutor criminógeno.¹²⁶

A “cultura do encarceramento” que se disseminou em nosso sistema levou o Estado a criar leis e cominar penas cada vez mais severas para tentar sanar os problemas da segurança pública, o que só gera mais violência, fazendo com que

¹²⁵ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

a sociedade exija medidas mais repressivas, num ciclo sem fim¹²⁷. E as taxas de “prisionização” nos países latino-americanos recebem maior influência não das penas cominadas nos códigos penais, mas das previsões legais que ampliam ou restringem a aplicação da prisão preventiva¹²⁸.

Além disso, os estabelecimentos prisionais brasileiros são locais em que se observam comumente violações aos direitos mais básicos dos presos e de seus familiares, inexistindo respeito à dignidade da pessoa humana, o que retira a legitimidade do “direito de punir” do Estado¹²⁹. E os constantes massacres que acontecem nas penitenciárias fazem com que a prisão muitas vezes se transforme em uma pena de morte, independente do delito cometido e até por nenhum delito, como no caso dos presos provisórios¹³⁰.

Zaffaroni¹³¹ assevera que um país razoável não deve encarcerar os pequenos infratores, limitando a prisão aos criminosos mais graves. E o destino dos autores de infrações de média gravidade fica a cargo de cada país, de modo que o número de presos está condicionado a essa decisão política. Depende do que se faz com quem comete crimes como o furto, o roubo sem violência contra a pessoa e a venda de produtos falsificados.

A Lei nº 12.403/2011, que modificou o Código de Processo Penal, tentou mudar esse panorama de encarceramento, criando novas regras quanto à fiança e à liberdade provisória, bem como ampliando o rol de medidas cautelares alternativas à prisão. Entretanto, a iniciativa não atingiu seu objetivo de reafirmação da prisão como *ultima ratio*, em especial quando se dá antes do trânsito em julgado da ação penal. A prisão se manteve como a medida mais utilizada, de modo que não houve redução nos encarceramentos, mas, ao contrário, continuaram aumentando exponencialmente.¹³²

Dessa forma, o Brasil necessitava de transformações que provocassem um maior controle do ingresso de pessoas no sistema prisional. Nesse

¹²⁷ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

¹²⁹ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

¹³² LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

contexto, a apresentação imediata do preso em flagrante a um juiz significa uma melhora na forma de seleção do ingresso nas prisões. O contato pessoal com o preso em flagrante tem o condão de modificar a forma de analisar e decidir seu destino.¹³³

Além disso, o juiz pode conferir a versão do detido e verificar com seus próprios olhos se este sofreu violência física por parte dos policiais ou de populares. As audiências de custódia são um importante meio de afastar os resquícios inquisitórios ainda presentes no processo penal brasileiro, tornando a jurisdição mais humanizada.¹³⁴

3.2 O contraditório na medida cautelar

O direito de ser ouvido pessoalmente faz parte da ampla defesa e do contraditório, os quais estão assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O contraditório na medida cautelar oferece a oportunidade de argumentação e de diálogo, diminuindo o risco de se tomar uma decisão com base unicamente em elementos incriminatórios. Com a apresentação imediata do detido, o Juiz pode avaliar melhor a necessidade da prisão e das demais medidas cautelares. Assim como a apresentação imediata do preso ao juiz, a possibilidade de ser escutado é uma exigência convencional, que permite o exercício do direito de resistência e de argumentação.¹³⁵

Ademais, não só para se avaliar a legalidade da prisão em flagrante ou o estado físico e psíquico do autuado serve a audiência de custódia. Sua principal finalidade é de garantir o respeito aos direitos fundamentais do preso, de modo a diminuir ao máximo a restrição a esses direitos. E isso só se torna possível por meio do sopesamento dos argumentos do Ministério Público, da defesa e do preso. Assim, dá-se efetividade ao contraditório prévio, previsto no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal.¹³⁶

¹³³ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹³⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. 2015. **O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2015.

¹³⁶ SANTOS, Cleopas Isaias. **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: 16 ago. 2016.

Entretanto, como a audiência de custódia realiza-se com o interrogatório, feito pelo juiz, da pessoa presa, há um contato prévio com eventuais elementos de prova do caso, o qual será objeto de eventual processo criminal. Assim, tendo em vista que o suposto autor é muitas vezes considerado a principal fonte de prova para o processo, como não deveria ser, o contato do magistrado gera o risco de que a produção probatória seja antecipada, adentrando-se o mérito da persecução. Isso acarretaria violação ao contraditório e à ampla defesa, vez que o imputado estaria se manifestando antes do oferecimento da denúncia e da delimitação da acusação.¹³⁷

Quanto a isso, Resolução 213 do CNJ dispõe, em seu artigo 8º, que a autoridade judicial, ao entrevistar o preso, deverá “indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão” (inciso V), bem como “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante” (inciso VIII). Essas são importantes limitações dos elementos que podem ser conhecidos pelo juiz na audiência de custódia, evitando que se antecipe indevidamente a convicção sobre o mérito, o que macularia a imparcialidade do julgador.¹³⁸

A Resolução também prevê, em seu art. 8.º, § 2.º, que o ato será registrado, de preferência, em mídia, que ficará arquivada na unidade responsável pela audiência. Logo, a gravação da entrevista não é juntada aos autos do processo. No entanto, conforme o artigo 12, o termo de audiência deve ser apensado ao inquérito ou à ação penal. Apesar de haver a determinação de que esse documento contenha apenas e resumidamente a decisão fundamentada do magistrado, existe o risco de que eventual confissão, por exemplo, seja citada.¹³⁹

¹³⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória.** 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/25895367/Audiência_de_custódia_no_processo_penal_limites_cognitivos_e_regra_de_exclusão_probatória>. Acesso em: 16 ago. 2016.

¹³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória.** 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/25895367/Audiência_de_custódia_no_processo_penal_limites_cognitivos_e_regra_de_exclusão_probatória>. Acesso em: 16 ago. 2016.

¹³⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória.** 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/25895367/Audiência_de_custódia_no_processo_penal_limites_cognitivos_e_regra_de_exclusão_probatória>. Acesso em: 16 ago. 2016.

A apresentação do preso ao juiz tem o intuito de prevenir abusos na atuação policial, evitar torturas e, principalmente, possibilitar uma análise minuciosa a respeito da legalidade do flagrante e da necessidade de imposição de alguma medida cautelar. E a isso a audiência de custódia deve se restringir, para que se afaste o risco de ingresso no mérito do caso, desvirtuando o instituto.¹⁴⁰

3.3 Algumas vantagens e resultados práticos

Há muitas vantagens na implantação da audiência de custódia no Brasil. A primeira e mais importante delas é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados de Direitos Humanos assinados e ratificados pelo Brasil. Também, elas contribuem para a redução do número de decretações de prisões no país, amenizando, conseqüentemente, o problema de superlotação do sistema carcerário.¹⁴¹

Dados fornecidos pelos tribunais até junho de 2016 revelaram que as audiências de custódia já evitaram que mais de 45 mil pessoas fossem presas desnecessariamente. Isso significa que 47,46% das 93,4 mil audiências de custódia realizadas resultaram em liberdade, cumulada ou não com medidas cautelares, tendo os outros 52,54% (50 mil casos) culminado na conversão da prisão em flagrante em preventiva.¹⁴²

De acordo com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ (DMF), as unidades da federação que mais fizeram audiências de custódia, no período entre fevereiro de 2015 e junho de 2016, foram São Paulo (24,2 mil), Minas Gerais (8,6 mil), Distrito Federal (7,5 mil) e Paraná (5,4 mil). Já a maior proporção de

¹⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória**. 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/25895367/Audiência_de_custódia_no_processo_penal_limites_cognitivos_e_regra_de_exclusão_probatória>. Acesso em: 16 ago. 2016.

¹⁴¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹⁴² BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Agência CNJ de Notícias. **Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias**. 2016c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-priso-es-desnecessarias-2>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

liberdades provisórias foi observada nos estados de Alagoas (78,78%), Bahia (65,17%), Mato Grosso (59,92%) e Acre (58,76%).¹⁴³

Além disso, houve quase 11 mil encaminhamentos sociais ou assistenciais (11,51% dos casos), demonstrando a eficiência das Centrais de Assistência Social implementadas pelo Projeto Audiência de Custódia. Desses registros, um quarto (2,8 mil) ocorreram no Estado do Espírito Santo.¹⁴⁴

3.4 As audiências de custódia como forma de prevenção e combate à tortura

Compulsando-se o Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da ONU, constata-se uma preocupante situação em relação às pessoas privadas de sua liberdade. A visita foi realizada em setembro de 2011, quando o Subcomitê de Prevenção à Tortura vistoriou instituições penitenciárias, instituições policiais, e instalações para crianças e adolescentes em quatro estados diferentes (Espírito Santo, Goiás, São Paulo e Rio de Janeiro).¹⁴⁵

Com relação às condições da detenção, no momento da prisão, muitos não eram devidamente informados sobre seus direitos; em diversos casos não tiveram a oportunidade de comunicar um terceiro, por longos períodos de tempo, acerca da prisão; encontrou-se situações em que os detentos eram mantidos em instalações policiais junto com pessoas já condenadas; muitas pessoas eram mantidas nas delegacias por longos períodos de tempo, muitas vezes por mais de um ano; e constatou-se a superlotação das instituições policiais.¹⁴⁶

¹⁴³ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Agência CNJ de Notícias. **Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias**. 2016c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoes-desnecessarias-2>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Agência CNJ de Notícias. **Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias**. 2016c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoes-desnecessarias-2>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹⁴⁵ SPT. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil**. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

¹⁴⁶ SPT. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil**. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

No tocante a tortura e maus-tratos, foram recebidas várias alegações de ameaças, chutes e socos na cabeça e no corpo, além de golpes com cassetetes, o que ocorreu sob a custódia policial, mas também em ruas, dentro de casas, ou em locais ermos, no momento da prisão. Tudo isso foi descrito como violência gratuita, como forma de punição, para extrair confissões e também como meio de extorsão. Um dos prisioneiros relatou que os métodos de tortura utilizados em seu interrogatório incluíram asfixia, por meio de um saco plástico em sua cabeça, choques elétricos, ameaças psicológicas e banhos frios, ao longo de seis dias.¹⁴⁷

Nesse aspecto, as audiências de custódia têm prestado um importante papel, detectando indícios de violência policial e tortura cometidos na prisão, já tendo sido registrados mais de cinco mil casos, 5,32% do total de audiências analisadas. Desses registros, São Paulo é responsável pela maior quantidade em termos absolutos (2 mil), sendo que o Estado do Amazonas apresenta o maior número proporcionalmente (511, que correspondem a 40% das audiências realizadas).¹⁴⁸

Importante ressaltar o Protocolo II, presente na Resolução nº 213/2015 do CNJ, que apresenta procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Nele há orientações sobre a definição de tortura, as condições adequadas para a oitiva do preso, procedimentos para a coleta de informações sobre tortura e para a coleta do depoimento da vítima. Possui, inclusive, um questionário para auxiliar o magistrado, durante oitiva da vítima, a identificar e registrar a tortura.¹⁴⁹

3.5 Utilidade das audiências

Como as audiências de custódia permitem o contato pessoal e imediato do juiz com o preso, fica superada a burocracia imprimida no artigo 306, §

¹⁴⁷ SPT. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil**. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

¹⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Agência CNJ de Notícias. **Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias**. 2016c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoes-desnecessarias-2>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

1º, do Código de Processo Penal, que apenas exige o envio do auto de prisão em flagrante ao magistrado¹⁵⁰. Assim, surgem outros elementos de prova para auxiliar a convicção do juiz. Dois termos de audiência foram colacionados a seguir, ambos do Núcleo de Audiência de Custódia do DF, com casos que comprovam utilidade da apresentação imediata ao juiz.

“O APF narra a prática de um furto. O Ministério Público pugnou pela prisão, ao fundamento de que o indiciado possui passagens anteriores pelo juízo da infância. Contudo, como dito, há indícios da prática de um furto simples, cuja pena máxima é quatro anos. Nesse caso, a decretação da prisão encontra óbice no disposto no inciso I do art. 313 do CPP, tornando inviável o acolhimento da pretensão. Por outro lado, o indiciado informou que atualmente encontra-se em situação de rua, em razão do uso de drogas, mas que seus pais possuem endereço fixo. Para fins de mantê-lo vinculado ao processo, é necessária a imposição de fiança, ora fixada em R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais), além de outras medidas cautelares.”¹⁵¹

“Dando prosseguimento, entendo que a conduta narrada no auto de prisão em flagrante e os fatos relatados pela pessoa presa não causaram abalo da ordem pública nem evidenciaram periculosidade exacerbada do seu suposto autor. Verifica-se que o acusado é tecnicamente primário e não há indicativos concretos de que ele pretenda se furtar à aplicação da lei penal ou de que irá perturbar gravemente a instrução criminal. Os fatos ocorreram em contexto de violência doméstica, o que sugere que o deferimento das medidas protetivas será suficiente para acautelar a vítima. Assim, entendo suficiente no caso concreto a fixação das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, a fim de acautelar o processo e manter o autuado a ele vinculado.”¹⁵²

Observa-se que no primeiro caso, tendo o indiciado informado que seus pais possuem endereço fixo e considerando a gravidade do crime (furto simples), o juiz concedeu a liberdade provisória cumulada com fiança e outras medidas cautelares. No segundo (ameaça em contexto de violência doméstica), pelas declarações do detido, o juiz concluiu que ele não apresentava periculosidade

¹⁵⁰ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Termo de Audiência de Custódia relativa ao processo nº 2016.08.1.000189-3**, da Segunda Vara Criminal do Paranoá, DF, 14 jan. 2016.

¹⁵² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Termo de Audiência de Custódia relativa ao processo nº 2016.05.1.006703-2**, do Juizado De Violencia Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Planaltina, DF, 31 jul. 2016.

e que o fato não havia abalado a ordem pública, de maneira que as medidas cautelares alternativas à prisão eram suficientes.

Portanto, a apresentação do preso ao juiz logo após o flagrante exalta o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, o princípio da oralidade, a dignidade da pessoa humana e a amplitude de defesa. Além disso, permite uma aplicação mais adequada das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.¹⁵³

Interessante é o levantamento realizado pelos Tribunais de Justiça do Espírito Santo e de Goiás, que constatou que menos de 3% dos indivíduos que passaram pela audiência de custódia voltaram a cometer crimes, o que corrobora a efetividade do projeto. Evidenciou-se a presença de vários jovens que optaram pela prática criminosa em razão da ausência de oportunidades.¹⁵⁴

3.6 Consequências da não realização

Como visto anteriormente, toda pessoa presa tem direito de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz, para que se exerça o controle jurisdicional da legalidade da prisão, e se decida sobre sua manutenção ou substituição por uma medida alternativa. E esse direito, consignado no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, integra o ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵⁵

Dessa forma, Badaró¹⁵⁶ entende que a prisão em flagrante que for convertida em preventiva sem a observância do artigo 7.5 da CADH, ou seja, sem a condução imediata a um juiz, será ilegal. Isso porque essa apresentação é etapa essencial do procedimento legal da prisão. Assim, a prisão decretada com

¹⁵³ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹⁵⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

¹⁵⁵ 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 10/05/2015.

¹⁵⁶ 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 10/05/2015.

inobservância da audiência de custódia deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, conforme dispõe o artigo 5º, caput, inciso LXV, da Constituição Federal.

Santos¹⁵⁷ também entende que a audiência de custódia seria uma formalidade essencial da lavratura do auto de prisão em flagrante. Conseqüentemente, sua não realização deve ensejar o relaxamento da prisão em flagrante, já que esta seria ilegal. No entanto, não considera que isso levaria à soltura do autuado, pois ainda seria possível a decretação da prisão preventiva.

Já para Andrade¹⁵⁸, deve-se observar o momento em que se encontra a persecução penal. Se ainda estiver na fase investigatória, deve-se determinar a imediata apresentação do sujeito ao juiz ou, em caso de impossibilidade, ordenar sua soltura. Dessa forma têm agido a Corte Interamericana dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Se já houver iniciado a fase processual, deve-se observar a existência de prejuízo, requisito da teoria geral das nulidades. Assim, se foi concedida a liberdade sem restrições, não há prejuízo que gere nulidade.

Caso tenha sido convertida em preventiva a prisão em flagrante ou concedida a liberdade mediante imposição de medida cautelar alternativa, outra análise deve ser feita. Não tendo ocorrido o interrogatório, poderá ser realizada a audiência de custódia, não importando a fase em que se encontre o processo. Se já houve o interrogatório, o réu já foi ouvido e teve a oportunidade de se manifestar, inexistindo nulidade da prisão preventiva decretada.¹⁵⁹

Os tribunais pátrios têm seguido a linha de que não há ilegalidade, sob vários argumentos distintos. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem decidido que a ausência da audiência de custódia não é capaz de eivar de ilegalidade a prisão. O tribunal entende que as garantias conferidas pelo Código

¹⁵⁷ 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: 16 ago. 2016.

¹⁵⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia e Consequências de sua não realização**. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf> Acesso em 15 de Jul. De 2015.

¹⁵⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia e Consequências de sua não realização**. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf> Acesso em 15 de Jul. De 2015.

de Processo Penal ao preso provisório asseguram a legalidade da segregação, suprindo a necessidade de apresentação do preso à autoridade judicial.¹⁶⁰

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais segue caminho parecido, defendendo que, feita a comunicação da prisão em flagrante do acusado ao magistrado no prazo de 24 horas, não há ilegalidade a ser sanada. Alega, ainda, que a não realização da audiência é mera irregularidade, incapaz de macular a prisão, em especial quando os direitos do preso foram devidamente assegurados e sua prisão preventiva já foi decretada.¹⁶¹

No Piauí, o argumento do tribunal de justiça reside de o projeto de implementação da audiência de custódia ter sido lançado em fevereiro de 2015. Assim, sua implantação no Estado ainda não havia sido totalmente efetivada, não se podendo revogar a prisão preventiva decretada pelo juízo de primeiro grau em razão da não realização da audiência.¹⁶²

No Distrito Federal, o argumento utilizado pelo tribunal é que a implantação da audiência de custódia no âmbito da Justiça local encontra-se ainda em fase de estudo. Dessa forma, não haveria como se declarar ilegal a prisão em flagrante com fundamento na ausência de apresentação do preso em 24 horas à autoridade judiciária.¹⁶³

O assunto chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que se posicionou do mesmo modo. A corte sustentou que a falta de realização da audiência de custódia, isoladamente, não é capaz de ensejar a ilegalidade da prisão, se respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Defendeu também que, havendo a conversão da prisão em flagrante em preventiva, fica superada a alegação de nulidade por ausência de apresentação ao juiz.¹⁶⁴

¹⁶⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Habeas Corpus nº 1476835-7**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Gamaliel Seme Scaff. DJe. Minas Gerais, 09 mar. 2016.

¹⁶¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas Corpus nº 10000150489821000**, 7ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Cássio Salomé. DJe. Minas Gerais, 23 jul. 2015.

¹⁶² PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Piauí. **Habeas Corpus nº 201500010032284**, 1ª Câmara Especializada Criminal. Relator: Desembargador Pedro de Alcântara Macêdo. DJe. Piauí, 31 jul. 2015.

¹⁶³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Habeas Corpus nº 20150020195515**, 3ª Turma Criminal. Relator: Desembargadora Nilsoni de Freitas. DJe. Distrito Federal, 13 ago. 2015.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 344.989/RJ**, Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe. 28 abr. 2016d

CONCLUSÃO

De acordo com o Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz possui três alternativas: relaxar a prisão ilegal, que é aquela que não se amolda às modalidades legais ou não segue as formalidades previstas; converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, e as medidas cautelares alternativas se mostrarem inadequadas; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A Lei 12.403/2011, que modificou a situação da prisão cautelar, consolidando-a como última opção e estabelecendo nove medidas cautelares alternativas, não foi capaz de diminuir a quantidade de decretações de prisões preventivas no Brasil. Diante disso, algo necessitava ser modificado com relação à seleção das pessoas que adentravam o sistema prisional. E a apresentação imediata do preso em flagrante a um juiz poderia significar essa mudança.

Apesar de a Constituição Federal e o Código de Processo Penal conferirem várias garantias ao preso, dentre as quais a comunicação imediata da prisão a sua família e a um juiz, não há nenhuma previsão que determine sua condução ante a presença do magistrado. No entanto, o Brasil é signatário de dois tratados que possuem tal previsão, quais sejam o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos internalizados no ordenamento jurídico nacional com a devida promulgação pelos respectivos decretos.

Com relação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, esta ainda prevê a obrigação aos Estados de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, e de garantir o seu exercício a todos, bem como de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para efetivar os direitos e liberdades nela previstos. Mas mesmo na ausência de legislação regulamentadora dos direitos previstos nessas convenções de direitos humanos, elas podem ser aplicadas desde já pelo Poder Judiciário, vez que, como se infere da análise do artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição, são dotadas de autoaplicabilidade.

Ademais, Os tratados que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, ocupam posição normativa superior no ordenamento interno pátrio. É possível a interpretação de que esses tratados, mesmo que não aprovados nos moldes exigidos no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, possuem *status* constitucional, pois o §2º desse artigo inclui em sua proteção os direitos e garantias advindos dos tratados de que o Brasil seja parte. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, passou a entender que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* supralegal, ou seja, estão hierarquicamente acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. De qualquer forma, esses tratados precisam ser respeitados e devem servir de referência para a produção normativa brasileira.

Quanto às características da audiência de custódia, os tratados estabelecem que a apresentação ao juiz deve se dar “sem demora”, o que, no entender da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve ser aproximadamente um dia após a prisão. No tocante ao aspecto subjetivo, os tratados dispõem que o preso pode ser apresentado ao juiz ou a outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Nesse ponto, a Corte Interamericana também já firmou entendimento de que essa “outra autoridade” precisa ser competente, independente e imparcial, características não ostentadas pela polícia nem pelo Ministério Público, somente pelo juiz de direito.

Com relação ao procedimento da audiência, considerando sua importância na proteção ao indivíduo, sua realização independe de prévio requerimento, como já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos ao interpretar o dispositivo da Convenção Europeia de Direitos Humanos que prevê a audiência de custódia. Além disso, a apresentação deve ser pessoal, para que o detido possa ficar frente a frente com o juiz e expor sua versão dos fatos, como também já se posicionou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, é indispensável a presença do defensor, para que os direitos do preso sejam devidamente assegurados.

Não obstante a autoaplicabilidade do direito à apresentação imediata a um juiz, o Brasil tem se movimentado para regulamentá-lo. O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 visa acrescentar a previsão da audiência de custódia ao Código de Processo Penal, e sua aprovação seria um grande passo para a adequação da legislação brasileira aos tratados dos quais o Brasil faz parte. Mas enquanto este

não é aprovado, os Estados já estão, desde fevereiro de 2015, realizando a audiência de custódia, graças ao Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça.

No início, cada estado da federação, por meio de atos normativos editados pelos respectivos tribunais, regulamentava o procedimento da audiência de custódia, o que gerou diferenças de uns para os outros, algumas delas contrárias às recomendações e posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Então, em dezembro de 2015, o CNJ aprovou a Resolução nº 223, uniformizando o procedimento de apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial em todo o país. Assim, fica estabelecido o prazo de 24 horas para apresentação do preso, que deve ser feita pessoalmente, ao juiz competente, independentemente de requerimento, além de ser obrigatória a presença do Ministério Público e da Defesa.

Uma das mais importantes funções da audiência de custódia é permitir o contraditório na medida cautelar. Por meio deste, é dada ao preso a oportunidade de argumentar e expor sua visão dos fatos, evitando-se que o juiz decida baseado apenas em elementos da acusação. Só não se pode permitir que as informações obtidas sejam utilizadas em eventual instrução criminal, cuidado esse que foi levado em consideração na Resolução nº 213 do CNJ, a qual veda perguntas que visem produzir prova para a investigação.

Portanto, na audiência de custódia, o magistrado tem acesso a informações não contidas no auto de prisão, como a gravidade concreta do crime perpetrado, suas circunstâncias e as condições pessoais do acusado. Elas permitem analisar de forma aprofundada as particularidades de cada caso, para verificar se o flagrante foi realizado dentro das hipóteses legais (flagrante próprio, o flagrante impróprio ou o flagrante presumido). Também dão mais segurança para se conceder a liberdade provisória ou determinar a conversão em preventiva — esta última visando resguardar ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal — além da possibilidade de verificar se medidas cautelares são cabíveis e se são suficientes para assegurar o processo que porventura se iniciará.

A experiência dos estados tem mostrado que as audiências de custódia estão contribuindo para a diminuição da decretação das prisões preventivas. De fevereiro de 2015 até junho de 2016 já foram evitadas mais de 45

mil prisões desnecessárias. Além disso, mais de 11 mil pessoas foram encaminhadas para entidades sociais ou assistenciais. Quanto à tortura e ao abuso policial, as audiências já registraram mais de 5 mil casos, auxiliando no combate à essa prática que, infelizmente, ainda é utilizada no país.

Além desses expressivos números, a utilidade das audiências de custódia pode ser facilmente evidenciada compulsando-se alguns termos de audiência. Comprova-se na prática que o contato pessoal do preso com o juiz tem influência direta na decisão, vez que são apresentados elementos que vão além do depoimento presente no auto de prisão em flagrante, feito em delegacia, onde o detido muitas vezes se sente intimidado ao expor sua versão ou sequer tem a chance de se manifestar.

Apesar da regulamentação das audiências de custódia pelo CNJ, a ausência de sua realização, conforme o entendimento dos tribunais pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, não torna ilegal a prisão, se observados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Não obstante, sua implementação já configura um enorme avanço, empregando uma dimensão mais humanizada e civilizada ao nosso sistema punitivo.

Por todo o exposto, percebe-se que as audiências de custódia contribuem para um controle jurisdicional mais justo e eficaz das prisões, vez que permitem o direito do contraditório ao detido e fornece mais elementos de convencimento ao juiz em relação à regularidade do flagrante e aos requisitos para a concessão de liberdade, evitando, ou ao menos dificultando, que um inocente ou uma pessoa com personalidade não voltada para o crime sejam obrigados a entrar em contato com o ambiente hostil de uma cadeia e garantindo, assim, o direito de liberdade a estes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia e Consequências de sua não realização.** Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf> Acesso em 15 de Jul. De 2015.

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 10/05/2015.

BRASIL. Congresso. Senado. **Parecer Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado sobre o Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011.** Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011.** Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Agência CNJ de Notícias. **Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias.** 2016c. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoas-desnecessarias-2>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015.** 2015c. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 01 mar. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: mar. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: Infopen – junho de 2014**. Brasília: DEPEN, 2015. 148 p.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no habeas corpus nº 322737 RJ 2015/0102062-2**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Dje. 02 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 344.989/RJ**, Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe. 28 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe. 01 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466343 SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Dje. 05 jun. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Acosta Calderón vs. Equador**. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24 de junho de 2005. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf >. Acesso em 22/05/2016.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 21 de novembro de 2007. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf >. Acesso em 24/05/2016.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Tibi vs. Equador**. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 07 de setembro de 2004. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf >. Acesso em 24/05/2016.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (arts. 14.1, 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). **Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986**. Serie A. nº 7. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acesso em: 26/05/2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça de Distrito Federal e Territórios. **Habeas corpus nº 20150020227144**. Relator: Desembargador Sandoval Oliveira. Dje. 13 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Habeas Corpus nº 20150020195515**, 3ª Turma Criminal. Relator: Desembargadora Nilsoni de Freitas. DJe. Distrito Federal, 13 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Termo de Audiência de Custódia relativa ao processo nº 2016.08.1.000189-3, da Segunda Vara Criminal do Paranoá, DF, 14 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Termo de Audiência de Custódia relativa ao processo nº 2016.05.1.006703-2, do Juizado De Violencia Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Planaltina, DF, 31 jul. 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. 2015. **O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2015.

Gomes, Luiz Flávio e Mazzuoli, Valério de Oliveira. 2009. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

Grinover, Ada Pellegrini, Fernandes, Antonio Scarance e Gomes Filho, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo). **Nota técnica sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554/11**. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de custódia: em busca da autêntica jurisdição de liberdade**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p.93-99, dez. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. *Revista dos Tribunais*. outubro de 2015, Vol. 960, ano 104, pp. 77-120.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2009. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 4.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas corpus nº 10000121330799000**. Relator: Desembargadora Denise Pinho da Costa Val. Dje. 27 fev. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas Corpus nº 10000150489821000**, 7ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Cássio Salomé. DJe. Minas Gerais, 23 jul. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis : Empório do Direto, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Habeas Corpus nº 1476835-7**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Gamaliel Seme Scaff. DJe. Minas Gerais, 09 mar. 2016.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Habeas Corpus nº 412741-5**, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 1ª Turma. Relator: Desembargador José Viana Ulisses Filho. DJe. Pernambuco, 15 fev. 2016.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Piauí. **Habeas Corpus nº 201500010032284**, 1ª Câmara Especializada Criminal. Relator: Desembargador Pedro de Alcântara Macêdo. DJe. Piauí, 31 jul. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Resolução nº 29**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e9c65ba8bd6e3ac3a9ee50be584e3f4a.pdf>>. Acesso em: 26/05/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70058438888**, Sétima Câmara Criminal. Relator: Desembargador Carlos Alberto Etcheverry. DJe. Rio Grande do Sul, 01 abr. 2014.

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: 16 ago. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 22485490420158260000**, 12ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Desembargador João Morengi. DJe. São Paulo, 18 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03. 2015**. Disponível em: <<http://dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=9&nuDiario=1814&cdCaderno=10&nuSeqpagina=1>>. Acesso em: 25 maio 2016.

SPT. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil**. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória**. 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/25895367/Audiência_de_custódia_no_processo_penal_limites_cognitivos_e_regra_de_exclusão_probatória>. Acesso em: 16 ago. 2016.

WEIS, Carlos. **Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal**. São Paulo : Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre>>

%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediata%20do%20preso%20ao%20juiz%20(1).pdf>. Acesso em 23/05/2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ANEXO A - PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015 DO TJSP

RESOLVEM:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

Art. 2º A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.

Parágrafo único. A Corregedoria Geral da Justiça disciplinará por provimento a implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo e o cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

§ 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.

Art. 4º Incumbe à unidade vinculada ao juiz competente preparar o auto de prisão em flagrante para a audiência de custódia, realizando os atos de praxe previstos nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e juntar a folha de antecedentes da pessoa presa.

Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará

sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

§ 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que contere o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.

§ 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.

§ 6º As partes, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.

Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como:

I - apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;

II - determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Art. 8º O mandado de prisão, se convertido o flagrante em preventiva, e o alvará de soltura, na hipótese de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão da liberdade provisória, serão expedidos com observância das Normas de Serviço da

Corregedoria Geral da Justiça, aplicando-se, ainda, e no que couber, o procedimento disciplinado no artigo 417 e seus parágrafos do mesmo Diploma.

Art. 9º Será elaborado pela unidade vinculada ao juízo competente relatório mensal, que deverá conter:

I - o número de audiências de custódia realizadas;

II – o tipo penal imputado, nos autos de prisão em flagrante, à pessoa detida e que participou de audiência de custódia;

III – o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conversão da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente;

IV – o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente.

Art. 10. Não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (art. 1.127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1.127, II, NSCGJ).

Parágrafo único. A regra do caput aplica-se até a efetiva implantação de rotina para transferência, aos finais de semana e feriados, de presos das unidades da Secretaria de Estado da Segurança Pública para os estabelecimentos da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária.

Art. 11. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se. Publique-se por três dias alternados. Cumpra-se.”

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.