
**A CONSOLIDAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO COMO INSTRUMENTO
PROCESSUAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

***THE CONSOLIDATION OF THE CUSTODY HEARING IN LEGAL
ORDINANCE AS A PROCUREMENT INSTRUMENT FOR THE
PROMOTION OF HUMAN RIGHTS***

RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI

Pós-Doutor pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor pela PUC/SP. Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha, Marília/SP. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente/SP. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Advogado.

GUSTAVO HENRIQUE DE ANDRADE CORDEIRO

Doutorando pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Professor da Graduação do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP.

RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR

Doutorando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela PUC- MG. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do



Município de Assis. Coordenador e Professor do Curso de Direito da Anhanguera Assis-SP.

RESUMO

Objetivos: Este artigo pretende avaliar a introdução da audiência de custódia nos juízos e tribunais brasileiros aos presos em situação de flagrante delito. Pretende-se discutir, inicialmente, a respeito da evolução das convenções internacionais de promoção dos direitos humanos e de sua recente penetração no ordenamento jurídico interno, reavaliando a noção de soberania nacional. Logo mais, conveniente mencionar as modificações impostas pela Lei 12.403/11 na disciplina da prisão em flagrante, notadamente com a consolidação de sua natureza pré-cautelar, com sua consequente necessidade de convalidação em prisão preventiva, aplicação de medidas cautelares pessoais diversas ou a concessão da liberdade provisória. Buscar-se-á, então, aferir o fundamento normativo para a implantação da audiência de custódia em solo brasileiro, com a menção dos atos normativos internos que a pretenderam disciplinar. Por fim, analisará o primeiro panorama acerca dos novos aperfeiçoamentos trazidos pela Lei 13.964/2019

Metodologia: Empregar-se-á o método dedutivo, optando-se pela pesquisa bibliográfica científica como procedimento metodológico para a realização deste trabalho.

Resultados: O trabalho demonstrará que a implementação das audiências de custódia em solo pátrio consagra a aplicação de um direito humano de natureza processual que visa à salvaguarda da dignidade da pessoa humana dos custodiados, levando-os à presença da autoridade judiciária para a obtenção de uma decisão sobre seu *status libertatis* em prazo razoável.

Contribuições: O artigo apresenta panorama atual da audiência de custódia, contemplando aspectos essenciais desde sua criação, até as alterações evolutivas do método, pouco estudados hodiernamente.

Palavras-chave: audiência de custódia; prisão em flagrante; direitos humanos processuais; dignidade da pessoa humana; Pacto de San José da Costa Rica.

ABSTRACT

Objective: *This article intends to evaluate the introduction of custody hearing in Brazilian courts and tribunals to prisoners in a situation of flagrante delicto. It is intended to discuss, initially, about the evolution of international conventions for the*



promotion of human rights and their recent penetration into the domestic legal system, reevaluating the notion of national sovereignty. Therefore, it is appropriate to mention the changes imposed by Law 12,403 / 11 in the discipline of imprisonment in flagrante delicto, notably with the consolidation of its pre-precautionary nature, with its consequent need for convolitional detention, application of various personal precautionary measures or the concession of provisional release. Nevertheless, it will analyze the first panorama about the new improvements brought by Law 13.964 / 2019. It will be sought, then, to assess the normative basis for the implantation of the custody hearing on Brazilian soil, with the mention of the internal normative acts that intended to discipline it.

Methodology: *The method will be used deductive, opting for scientific bibliographic research as a methodological procedure for carrying out this work.*

Results: *The work will demonstrate that the implementation of custody hearings on national soil enshrines the application of a procedural human right aimed at safeguarding the human dignity of the custodians, leading them to the presence of the judicial authority to obtain a decision on their libertatis status within a reasonable time.*

Contributions: *The article presents a current overview of the custody hearing, contemplating essential aspects from its creation, until the evolutionary changes of the method, little studied today.*

Keywords: *Custody hearing; arrest in flagrante; procedural human rights; dignity of human person; Pact of San José of Costa Rica.*

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, sempre foram os direitos humanos estudados sob a ótica do *direito material*, isto é, da previsão de *garantias* consagradas em documentos internacionais reverberadas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos dos países subscritores que se prezem democráticos. Não à toa, além da Declaração das Nações Unidas de 1948, os Pactos Internacionais de 1966 ajudam a formar, ao lado daquela, o tripé *jusfundamental* em direitos humanos, tratando dos direitos *civis* e *políticos* (num caso), bem como dos direitos *sociais, econômicos e culturais* (noutro caso).



Nestas hipóteses, o enfoque materializador de garantias dos direitos humanos foi a tônica constante (embora não exclusiva), resguardando-se ao aspecto processual destas garantias uma *vertente tradicionalista* circunscrita a apenas assegurar a implementação dos direitos materiais.

Muito embora não se ignore ser este o objetivo maior dos direitos processuais, convém, também, situar a disciplina de direitos humanos com a ideia de complementaridade entre os direitos substantivo e adjetivo, algo que já vem ocorrendo há algum no âmbito do processo brasileiro. Basta ver, neste diapasão, o Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 -, que caminhou no sentido de assegurar o direito material pelo processo, bem como o processo pelo direito material.

No mais, após o findar da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a insuficiência do Estado de Direito, meramente legalista, em assegurar suficientemente vetores como *justiça* e *segurança jurídica*.

Para todos os efeitos, as atrocidades cometidas durante os regimes totalitários estavam autorizadas pela legislação - e, portanto, vestidas sob o manto da legalidade -, fazendo-se necessário, pois, que os ordenamentos também passassem a observar vetores consagrados em um *plano maior*.

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, havia colocado um fim definitivo à barbárie cometida pelo governo nazista, e, mais do que isso, marcou a superação do Estado de Direito pelo que se convencionou chamar Estado *Democrático* de Direito, em que preceitos de legalidade foram reacoplados aos de justiça em prol de evitar que desrespeitos contumazes aos direitos humanos amparados na lei (fato ocorrido principalmente na Alemanha, sendo exemplo marcante a "*Lei de Estranhos à Comunidade*"¹ de Mezger, que, felizmente, não chegou a entrar em vigência - o III

¹ "*Gemeinschaftsfremde*", conforme Francisco Muñoz Conde (As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 83. São Paulo: RT, mar-abril/2010, p. 97).



Reich “caiu” antes -, muito embora tenha sido bastante discutida) continuassem ocorrendo².

É óbvio que este “*plano maior*” pode representar muita coisa: uma simbiose entre o positivismo e o naturalismo, o desenvolvimento de uma teoria de princípios, a força normativa da Constituição, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo etc.

Aqui, entretanto, o significado que se busca dar à expressão “plano maior” é o de *legislação supranacional em prol da tentativa de formação de um consenso em direitos humanos*, exigindo-se das nações, para esse engajamento, a democracia e a dignidade da pessoa humana como denominadores comuns e intransigíveis.

Validamente, reveste-se a República Federativa do Brasil, *ao menos sob a ótica positivada*, destes dois denominadores, consagrados, respectivamente, no art. 1º, parágrafo único e no art. 1º, III, ambos da Constituição Federal.

Graças a este processo metamorfoseador, os direitos humanos perderam, em cada plano normativo interno, a vetusta condição de inferiores aos “meros protocolos de intenções”, sem qualquer capacidade vinculativa, como já se concebeu alhures, para se forjarem verdadeiros instrumentos de fixação das balizas do ordenamento de cada país.

A cada nação competiria, portanto, trazer mecanismos de implementação destes direitos reconhecidos na ordem internacional, de sorte que, por critério de afunilamento do tema, ater-se-á, no presente artigo, ao caso brasileiro.

Em nossa ordem constitucional, com efeito, a Constituição da República trouxe vários destes “*plugs*”, podendo ser elencados a *supramencionada* dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a prevalência dos direitos humanos e a defesa da paz (art. 4º, II e VI, respectivamente); a eficácia objetiva/material dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º); bem como a possibilidade de fixação de tratados

² Além da Constituição alemã, que marcou situação absolutamente paradigmática, mais exemplos europeus podem ser elencados, como a Constituição italiana de 1947, a Constituição portuguesa de 1976, e a Constituição espanhola de 1978.



internacionais sobre direitos humanos com “*status*” de emenda constitucional ou *supralegal* (art. 5º, §3º)³.

Observa-se que tais dispositivos não apenas consagram o reconhecimento das normas *supranacionais* de direitos humanos, como, outrossim – relativizando seus conceitos mais tradicionais de soberania –, têm permitido a influência dos documentos internacionais perante um ordenamento historicamente assimilado como imune à ingerência da comunidade internacional.

É preciso lembrar, contudo, que o sucesso de tal prática para o combate às - ainda existentes - violações de direitos humanos tem permitido o desenvolvimento de *instrumentos tipicamente processuais de proteção dos direitos humanos*, seja com *irradiação externa* (isto é, do âmbito brasileiro para o internacional, como as provocações aos organismos internacionais de proteção, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos), seja com *irradiação interna* (isto é, do âmbito internacional para o brasileiro, como a vedação da prisão civil do depositário infiel no plano humanitário, qualquer que seja a modalidade de depósito, nada obstante o autorizativo constitucional do art. 5º, LXVII).

Neste estudo, almeja-se discorrer sobre um instrumento processual de irradiação interna (isto é, com influência no âmbito pátrio) dos direitos humanos, a saber, a figura da *audiência de custódia*, instalada em território nacional pela Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça.

Nos tópicos que seguem, resoluções, problemáticas, um estado de entusiasmo em torno do instituto, bem como sua consolidação como instrumento processual, após mais de dois anos de sua instituição, será debatido. Como filtro

³ Nada obstante a fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese da tripla hierarquia dos tratados internacionais (RE nº 466.343-1), já foi dito em outro momento: “Logo, todos os tratados que ingressaram no ordenamento jurídico após a Constituição Federal de 1988 são mais que leis ordinárias - materialmente falando -, isto é, são efetivas fontes de direitos implícitos. A exemplo, pode-se mencionar os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que entraram em vigor no ordenamento em 1992; e a Convenção sobre a tortura de 1984, que entrou em vigor no Brasil em 1991. A questão é que tais tratados não passaram pelo procedimento similar ao de emenda constitucional para aprovação, uma vez que a alteração constitucional que passou a assim estabelecer data de 2004” (LAZARI; GARCIA, 2015, p. 76).



para a análise do instituto, a atuação do Poder Judiciário e sua importância contemporânea na defesa dos direitos humanos, notadamente os de natureza processual.

2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Nada obstante as respeitáveis vozes que sustentam que a audiência de custódia carece de previsão legal em nosso ordenamento, observa-se, após uma acurada avaliação de documentos normativos nacionais e *supranacionais*, a existência de suficientes dispositivos legais e convencionais que dão fundamento ao ato processual em exame.

Validamente, o art. 7º (que trata da liberdade pessoal) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁴, mais especificamente em seu quinto item, preceitua 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 (a liberdade do indivíduo pode ser condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo).

No mesmo sentido o art. 9º, item III, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como o art. 5º, III, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por sua vez, o art. 306, do Código de Processo Penal, ao deliberar sobre o procedimento de prisão em flagrante, dispõe que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada (insere-se neste rol, doutrinariamente, a figura do defensor público). Tal dispositivo é reprodução maximizada do art. 5º, LXII, da Lei Fundamental pátria, dispositivo segundo o qual a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados ao juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada.

⁴ Conhecida, também, como o “*Pacto de San José da Costa Rica*”.



A necessidade da realização da audiência de custódia, portanto, ante a conjugação dos dispositivos à baila, nada mais representa que a possibilidade de se levar o preso pré-cautelar, no prazo mais urgente possível (e o prazo a que se tem feito menção é o de vinte e quatro horas⁵) à presença da autoridade judicial, a fim de que esta delibere sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, a soltura condicionada ou incondicionada do indivíduo, a presença ou ausência do estado de flagrância, bem como a integridade física e moral daquele que teve sua liberdade de ir e vir restringida.

Mostra-se forçoso, neste diapasão, analisar nuanças iniciais em torno do instituto recentemente introduzido no ordenamento brasileiro.

2.1 TRÊS DESDOBRAMENTOS INICIAIS EM TORNO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Muito embora não seja exatamente algo “*novo*” no âmbito do direito internacional dos direitos humanos (previsões já existem em documentos asseguradores da dignidade humana), a audiência de custódia, introduzida em terras brasileiras há pouco mais de dois anos, causou uma série de reflexões embrionárias. Aqui, sem quaisquer pretensões exaurientes à análise do instituto, optou-se pelo elenco de três desdobramentos iniciais:

i) No *primeiro* deles, tem-se que se trata de instituto absolutamente inovador no âmbito processual penal *pátrio*.

É certo, num primeiro exemplo, que a legislação eleitoral (art. 236, §2º, do Código Eleitoral) prevê uma audiência assemelhada, ao tratar da possibilidade excepcional de prisão desde cinco dias antes até quarenta e oito horas depois do encerramento das eleições - ou a partir de quinze dias antes das eleições para os candidatos -, caso em que o preso será conduzido à presença do juiz competente que relaxará a prisão e promoverá a responsabilidade do coator se verificar a

⁵ A Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu a violação dessa garantia quando o detido foi apresentado quatro dias após a prisão (*Caso Chaparro Alvarez contra Equador*) ou cinco dias após (*Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores contra México*).



ilegalidade da detenção. Nesta hipótese, contudo, se está falando estritamente da necessidade de manutenção do livre gozo dos direitos políticos do indivíduo, que não pode deles ser privado por condutas teratológicas da autoridade pública.

É cediço, noutro caso, que os atuais parágrafos primeiro e segundo do *supramencionado* art. 306, CPP preveem sobre o prazo de até vinte e quatro horas (após realizada a prisão) para que se encaminhe ao juiz competente o auto de prisão em flagrante, bem como para que se entregue ao acusado, mediante recibo, nota de culpa assinada pela autoridade relatando o motivo da prisão, o nome do condutor bem como o das testemunhas.

Entretanto, o ato de levar *fisicamente* o preso à presença de autoridade judicial (não se está falando dos autos do processo, mas da própria pessoa humana), a fim de que seu amplíssimo *estado preferencial de liberdade* seja mantido, foi uma indiscutível inovação no ordenamento pátrio, apesar de prevista há décadas em documentos internacionais a que o Brasil se comprometeu a cumprir;

ii) No *segundo* desdobramento, consolida-se a ideia de que a prisão em flagrante, diferentemente da prisão preventiva e da prisão temporária, não se reveste de *natureza cautelar*, cuidando-se, a rigor, de *medida pré-cautelar*⁶ de natureza efêmera. Com o aludido instituto, confirma-se a ideia da essência pré-processual da prisão em flagrante, não devendo subsistir por si só, e, ainda que mantido o encarceramento do indivíduo, que assim o seja, a partir de então, com outra denominação e outros requisitos⁷;

⁶ Nesse diapasão, Aury Lopes Jr. ensina que a prisão em flagrante “não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar” (LOPES JR., 2008, p. 63).

⁷ Complementares a este entendimento as palavras de Aury Lopes Jr.: “A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade [...]. A instrumentalidade manifesta-se no fato de o flagrante ser um *strumenti dello strumento* - a prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante. Por isso, qualquer pessoa ou a autoridade policial podem prender em flagrante sem ordem judicial” (LOPES JR, 2014, p. 823-824).



iii) No *terceiro* desdobramento, parece completar-se um ciclo iniciado com a redemocratização - e com grande passo dado em 2011, por força da Lei nº 12.403⁸. Até então, vigia o sistema binário das medidas cautelares, circunscrito ao binômio aprisionamento/liberdade do indivíduo: isto é, ou a pessoa era investigada e processada em liberdade, ou, do contrário, o cárcere seria a única alternativa.

Em 2011, contudo, inaugurou-se a era do sistema multicautelares, com a instituição das medidas cautelares diversas da prisão, no bojo do art. 319 da Lei Adjetiva Penal (comparecimento periódico em juízo, no prazo e condições fixadas pelo juiz para informar e justificar atividades - inciso I; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares - inciso II; proibição de manter contato com pessoa determinada - inciso III; proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação/instrução - inciso IV; recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga quando o investigado/acusado tiver residência e trabalho fixos - inciso V; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica/financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais - inciso VI; internação provisória em caso de semi-imputabilidade ou inimputabilidade - inciso VII; fiança - inciso VIII; bem como monitoração eletrônica - inciso IX), criando verdadeiras *gradações* entre o aprisionamento e a liberdade do indivíduo.

A nova égide do sistema multicautelares, a propósito, ao extinguir a vetusta bipolaridade das medidas cautelares de natureza pessoal, passa a privilegiar, a partir de então, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, relegando a prisão cautelar à condição de *extrema ratio* da *ultima ratio*.

Com a instituição da audiência de custódia, mais um tipo de prisão, que muitas vezes se prolongava indevidamente no tempo, passa a ser condicionado à aferição pela autoridade judicial de modo incontornável.

⁸ Lembra-se, contudo, a ressalva de Aury Lopes Jr. e Caio Paiva: “O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12.403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como *ultima ratio* das medidas cautelares” (LOPES JR, 2014, p. 12).



2.2 DUAS RAZÕES FUNDAMENTAIS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Por outro lado, há problemas de ordem prática que podem se revelar no instituto que ora se estuda. Dentre tantas variações, optou-se por a seguir condensá-los em duas singelas hipóteses:

i) No primeiro deles, de ordem social, a audiência de custódia revela a mais absoluta desconfiança do sistema de justiça em relação aos próprios órgãos do sistema de justiça.

Explica-se: não basta que a prisão em flagrante se dê em consonância com todos os formalismos legais, tão menos por uma pessoa ou por uma instituição constitucionalmente legitimada, fazendo-se necessário que a autoridade judicial chancele a legalidade do procedimento, tanto sob o prisma formal, quanto material.

Cuida-se, a rigor, de mecanismo que pretende coibir o abuso de poder constatado em algumas diligências de natureza policial, submetendo-as à fiscalização do Poder Judiciário, na pessoa do juiz garantidor dos direitos fundamentais do acusado, que presidirá o ato processual. (LAZARI; GARCIA, 2015, p. 485-486).

Pode-se dizer, portanto, que a audiência de custódia é mecanismo que visa reparar imperfeição no sistema jurídico de processo penal. Olhando por este aspecto, o novel mecanismo – hoje já consolidado – representa uma tentativa de sanar vicissitudes do próprio sistema de justiça;

ii) Por outro lado, entende-se que, a julgar pela previsão nas diretivas de direitos humanos, à autoridade judicial (e apenas a ela) competirá receber o preso⁹. Surge, assim, de pronto, a discussão sobre a sobrecarga do Poder Judiciário aliada à capacidade do magistrado de aferir, de plano, a manutenção ou não da custódia cautelar.

⁹ Em mesmo sentido, Caio Paiva, para quem, se a apresentação do preso ao juiz cumpre a finalidade precípua de promover um controle *judicial* imediato da prisão, a autoridade que deve presidir audiências de custódia no Brasil somente pode ser o magistrado, sob pena de se esvaziar ou reduzir em demasia a potencialidade normativa da garantia prevista no art. 7.5 da CADH (PAIVA, 2015).



Pensa-se na seguinte situação prática: a autoridade judicial opera na normalidade cotidiana com sua pauta - comumente “apertada” de audiências -, quando chega até ela um indivíduo preso em flagrante.

Terá o juiz, então, em questão de minutos, de decidir se há ou não a situação do constrangimento indevido. Como a autoridade judicial não teve contato mais aprofundado com o caso, poderá, no máximo, sobre ele fazer exame de legalidade superficial e sumaríssimo.

Um risco, nesse caso, é o de que, temendo livrar alguém de sabida índole perigosa, e, sem ter maiores condições de analisar a retidão do procedimento de flagrante, opte o magistrado pela manutenção do indivíduo no cárcere, e, então, boa parte do objetivo da audiência de custódia restará prejudicado – o que se revelaria um efeito colateral indesejado do instituto.

2.3 DA DESCONFIANÇA INICIAL À CONSOLIDAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A implantação da audiência de custódia teve origem na edição do Provimento Conjunto nº 03/2015, expedido pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pela Corregedoria-Geral de Justiça.

O documento em questão invocou, já em seu artigo 1º, a Convenção Americana de Direitos Humanos – notadamente seu artigo 7º, item 5 –, como fundamento convencional de validade para a instituição e a regulamentação do instituto, prevendo sua implantação progressiva em todo o Estado de São Paulo.

Seguiu-se àquele diploma a Resolução nº 10, de 18 de fevereiro de 2015, expedida pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, pasta ocupada, na época, pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes.

Inicialmente, previu-se sua realização apenas na capital de São Paulo, com o encaminhamento dos presos em flagrante ao Fórum Criminal “Ministro Mário



Guimarães”, no bairro da Barra Funda, onde se processam os crimes apenados com reclusão.

A consolidação definitiva das audiências de custódia em todo o território nacional, por sua vez, deu-se com a publicação da Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça.

Posteriormente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo editou a Resolução nº 740/2016, determinando a realização das audiências de custódia em todo o Estado de São Paulo, estipulando um cronograma progressivo de implantação pelo interior, o qual, atualmente, já está em pleno funcionamento.

Grande parte do sucesso das audiências de custódia no Brasil se deve ao empenho do Conselho Nacional de Justiça, órgão constitucional encarregado de realizar o controle externo do Poder Judiciário, o qual se mostrou entusiasta do ato processual à baila, havendo acordo fixado com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que a audiência de custódia fosse analisada em caráter experimental em terras bandeirantes.

Tal projeto, aliás, denominado *Projeto Audiência de Custódia* (iniciativa do CNJ, do TJ/SP e do Ministério da Justiça) visou à criação de estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça para receber presos em flagrante e analisar sobre a necessidade de manutenção do indivíduo preso bem como sua integridade física e moral.

Como consequência do sucesso do projeto, além do Estado de São Paulo, pioneiro na implantação da medida, outros Estados da federação implementaram gradativamente o instituto, independentemente do advento de lei regulamentadora, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça¹⁰.

¹⁰ Ajudam a amparar o projeto *três acordo de cooperação técnica*, conforme consta do endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, firmados entre o órgão constitucional/administrativo do Poder Judiciário, o Ministério da Justiça, bem como o Instituto de Defesa do Direito de Defesa: “O primeiro acordo de cooperação técnica estabelece a ‘conjugação de esforços’ para a implantação da audiência de custódia nos estados. O projeto busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas. O acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos



Questão interessante a ser observada, a propósito, é que a implantação das audiências de custódia gerou grande expectativa em torno do instituto na comunidade jurídica brasileira, notadamente pela promoção da dimensão processual de direitos humanos que se está a inserir no contexto pátrio.

Evidentemente, o entusiasmo, como já era de se esperar, não foi contagiante a todas as classes do sistema de justiça.

Demonstração disto foi propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240/SP, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, buscando a suspensão do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJ-SP, sob o argumento de inconstitucionalidade formal da norma, seja por vício de iniciativa, na medida em que apenas a União poderia legislar sobre direito processual, seja por violação à tripartição dos poderes, porque o Poder Judiciário não poderia impor coativamente regras gerais em face de órgão integrante do Poder Executivo.

A respeito do tema, rebatendo os argumentos veiculados pela entidade classista em sede de controle concentrado de constitucionalidade, já esclarecia CHOUKR (2016):

O Provimento Conjunto 3/2015 visa apenas a regulamentar tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao

estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas. O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. As medidas alternativas à prisão podem ser aplicadas pelos juízes tanto em substituição à prisão preventiva, quando são chamadas de medidas cautelares, quanto no momento de execução da pena. O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas. O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico é usado hoje em 18 estados da federação, principalmente na fase de execução da pena ou como medida protetiva de urgência. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).



ordenamento jurídico brasileiro, que passaram pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional e da Presidência da República.

Debruçando-se, com efeito, sobre a questão, o Pretório Excelso confirmou o entendimento doutrinário prevalente, concluindo que, a rigor, o fundamento jurídico para a instituição das audiências de custódia era a própria Convenção Americana de Direitos Humanos – e não o do Provimento Conjunto nº 03/2015, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que apenas regulamentava em âmbito interno os procedimentos aplicáveis àquele ato processual¹¹.

¹¹ Conforme o Informativo nº 795, STF: “O Plenário, por maioria, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face do Provimento Conjunto 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que determina a apresentação de pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar de audiência de custódia no âmbito daquele tribunal. A Corte afirmou que o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, teria sustado os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso em decorrência do caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuíam no ordenamento jurídico brasileiro, como ficara assentado pelo STF, no julgamento do RE 349.703/RS (DJe de 5.6.2009). Ademais, a apresentação do preso ao juiz no referido prazo estaria intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o “habeas corpus”. A essência desse remédio constitucional, portanto, estaria justamente no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador pudesse, assim, saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado. Não seria por acaso, destarte, que o CPP consagraria regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu art. 656, segundo o qual “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Então, não teria havido por parte da norma em comento nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da referida convenção internacional - ordem supralegal -, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos. O Tribunal destacou que os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do provimento conjunto sob análise apenas explicitariam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do CPP, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento. Sendo assim, não se observando exorbitância das aludidas normas regulamentares em relação à lei, que seria seu fundamento de validade, não se abriria a possibilidade de controle da sua constitucionalidade. Entretanto, quanto aos artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 do provimento hostilizado, estes veiculariam comandos de organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa outorgada pelo art. 96, I, a, da CF. Daí decorreria que, sendo normas a ostentar fundamento de validade situado diretamente na Constituição Federal, seria possível o seu controle pela via da ação direta. No ponto, observar-se-ia que os princípios da legalidade (CF, art. 5º, II) e da reserva de lei federal em matéria processual (CF, art. 22, I) teriam sido observados pelo ato normativo impugnado. O Provimento Conjunto 3/2015 não inovaria na ordem jurídica, mas apenas explicitaria conteúdo normativo já existente em diversas normas do CPP - recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual - e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem - reconhecida pela jurisprudência do STF como norma de “status” jurídico supralegal. Outrossim, inexistiria violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º). De fato, não seria o ato normativo emanado do tribunal de justiça que criaria obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada convenção e o CPP, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às



Após mais de dois anos de implantação da audiência de custódia nos juízos e tribunais brasileiros, percebe-se, claramente, a obtenção de resultados significativos na promoção dos direitos humanos do custodiado, conferindo ao juiz custodiante a possibilidade de entrevistar o imputado sobre as circunstâncias de sua prisão, tomando providências em caso de suspeita de abuso de poder e decidindo sobre a custódia cautelar com os olhos fitos no investigado.

Consigne-se, de efeito, o elogio proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil após a instituição e a consolidação das audiências de custódia, o que demonstra, claramente, o reconhecimento internacional do sucesso do ato processual em nosso país (CNJ, 2016).

Sem embargo, digno de nota, ainda, a assinatura de um termo de cooperação do então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski, com a Organização dos Estados Americanos para a implantação das audiências de custódia nos demais países que integram a entidade¹².

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS DIREITOS HUMANOS E A IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA O ÊXITO DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Não se lamenta totalmente o fato de que apenas mais recentemente os direitos humanos de natureza processual, amplamente reconhecimentos e assegurados há décadas no cenário internacional, venham sendo observados no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Como já mencionado em outra oportunidade, a tutela dos direitos negativos de liberdade foi o *ponto de partida* para as declarações internacionais de direitos

Normas do Direito Brasileiro, teriam efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação, por entender que a norma impugnada não seria ato primário, e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado, assentando que disciplinar tema processual seria da competência exclusiva da União (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno. ADI nº 5.240/SP. Rel.: Min. Luiz Fux. DJ. 20.08.2015)".

¹² Conferir: CNJ, 2015b e LIMA, 2015



humanos, não se olvidando ser compromisso inarredável do direito penal, no exercício do direito de punir do Estado, a proibição da restrição da liberdade fora dos casos legais.

Validamente, o extenso rol de direitos humanos-penais no bojo dos documentos internacionais declaratórios de direitos humanos abrange tanto *direitos materiais inerentes à liberdade* (vedação de prisão arbitrária, irretroatividade da lei, presunção de inocência, vedação da pena de morte e tratamento especial do menor infrator), como *direitos processuais associados à liberdade* (impedimento de tribunal de exceção, garantia de audiência justa e imparcial, ampla defesa, e, ao que agora se estuda, a audiência de custódia) (LAZARI; GARCIA, 2015, p. 284-285).

Lembra-se, ademais, no que pertine à amoldagem da questão ao fenômeno constitucionalista, que muito tempo se passou entre a experiência alemã, do final da década de 1940 (no caso, a Constituição alemã de 1949, que desde logo buscou se perfilhar à Declaração das Nações Unidas de 1948), e a brasileira, do final da década de 1980 (no caso, a Constituição pátria, de 1988, que demorou quatro décadas para realizar esse perfilhamento).

Os quase quarenta anos de “atraso”, ao que parece, fizeram que o constitucionalismo brasileiro tivesse de correr contra o tempo, a fim de perfilhar-se à tendência dos direitos humanos (LAZARI, 2012, p. 29). Não que o ato de “*correr contra o tempo*” tenha resultado em atropelos conceituais e metodológicos (isso também é questionável, reconhece-se), mas grandes transformações foram - e *continuam sendo* - realizadas num curto espaço de tempo¹³.

¹³ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente da reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. [...] Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado” (BARROSO, 2009, p. 246).



Assim, se o fenômeno da “*processualização*” dos direitos humanos é recente, não tão antigo também é o da sua “*materialização*”, ao menos em terras brasileiras.

Um grande exemplo dessa preocupação processual tardia se dá com o incidente de deslocamento de competência, consagrado no art. 109, §5º, da Constituição Federal por poder constituinte reformador (vide Emenda Constitucional nº 45/2004) – e não por norma fundamental originária. Com efeito, o incidente representa o reconhecimento pelos agentes políticos nacionais de que o Brasil ainda contempla guetos de obscurantismo social, reconhecendo a incapacidade de autoridades não federais para o adequado processamento e julgamento de casos que veiculem grave violação aos direitos humanos.

Por isso, consagra-se a possibilidade de que, tanto na fase inquisitória como na fase processual, sejam os procedimentos levados para o âmbito federal (policial e/ou federal), a fim de tornar mais aparelhadas e eficazes as averiguações em torno de uma grave denúncia de violação de direitos humanos que o Brasil se comprometeu a combater por meio de documentos internacionais. Para tanto, mister se faz que haja iniciativa do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União (art. 128, §1º, CF), mediante provocação ao Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se, pois, que a adoção de mecanismos processuais de proteção aos direitos humanos tende a seguir em escala crescente, à medida que o ordenamento jurídico brasileiro for se consolidando com contornos cada vez mais democráticos (o que deve demorar considerável parcela de tempo, convém reconhecer, sem, contudo, desanimar).

Avaliando as linhas expostas até então do presente artigo, percebe-se que, apesar da consolidação da audiência de custódia em nossos Tribunais como mecanismo assegurador de uma das condições mais inerentes ao ser humano, a saber, a sua liberdade, muito há de ser discutido em torno do instituto.



Um ponto fundamental na evolução desta discussão diz respeito à importância do Poder Judiciário no processo de implementação dos direitos humanos.

Não se pode, por óbvio, desconsiderar a fundamentalidade do Poder Judiciário, na condição de *termômetro social*, notadamente em uma república democrática, como a nossa. Assim o é, ao menos, em tempos contemporâneos, em que o protagonismo da autoridade julgadora pode até ser uma inovação, se analisada *internamente* em uma *visão unilateral*, mas certamente não o é, caso se observe *conglobadamente*, considerando a mesma espécie de fenômeno que ocorreu, em outros tempos, com a autoridade executiva/administrativa e legislativa, consecutivamente.

Ora, se o Poder Executivo ditou as “*regras do jogo*” no Primeiro Estado francês, e se depois é possível observar o inchaço legislativo como necessidade inerente de textualização das normas de conduta - uma clara decorrência do positivismo jurídico em seu apogeu e do intervencionismo exacerbado típico do Estado social -, o afloramento do Poder Judiciário após o findar de um segundo conflito de caráter mundial, no segundo lustro da década de 1940, apenas representa o movimento de consolidação desta espécie republicana, *algo decorrente do processo cíclico entre as funções que vem ocorrendo há séculos*.

Ademais, é óbvio que a todas as instituições republicanas compete a observância da Constituição Federal e dos documentos consagradores de direitos humanos. O Legislativo deve fazê-lo por meio de comandos normativos regulamentadores de normas constitucionais (muitas das quais ditas programáticas, segundo uma concepção tradicional); o Executivo deve fazê-lo cumprindo e/ou mandando dar cumprimento àquilo que foi decidido pela função legiferante; as demais instituições, como Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias etc. devem fazê-lo cada qual a sua maneira, igualmente de modo democrático, tal como foi previamente pensado pelo constituinte.

Mas o Poder Judiciário, em sua típica atribuição de exercer jurisdição, resguardando os direitos fundamentais essenciais à dignidade humana, resolvendo



contendas de ordem concreta, tem uma factualidade que as demais instituições não possuem: a possibilidade de reconhecer um *rostro*, um *nome*, e uma *personalidade* a cada um dos destinatários de direitos.

Sob este enfoque, ainda que se pense no exercício da jurisdição no âmbito dos interesses difusos (tradicionalmente de difícil identificação dos prejudicados pela lesão ao bem jurídico metaindividual), desincumbe-se o Poder Judiciário de distribuir a parcela de garantias a que cada um tem direito e, sobretudo, o montante que não vem sendo devidamente implementado.

É exatamente por isso que se pode pensar no Poder Judiciário como um instrumento garantidor dos direitos humanos, absolutamente independente dos demais poderes da República, imprescindível à promoção dos direitos fundamentais do cidadão.

Com a audiência de custódia, por sua vez, a lógica não pode ser diferente.

De efeito, os documentos internacionais declaratórios de direitos humanos atribuem ao Poder Judiciário a função de analisar eventuais violações à integridade física e psicológica, bem como o natural estado de liberdade do indivíduo detido pré-cautelaramente, o que denota *confiança* e *legitimidade* à função judicante para que assim proceda.

Este movimento transnacional de implementação de direitos mantém a mesma sintonia ao que tem ocorrido no Brasil, desde o pós-redemocratização em 1988: a atribuição da *função protagonista* ao Poder Judiciário no cumprimento dos preceitos constitucionais.

Some-se a isso o fato de que, mesmo sem a existência de comando legislativo interno e específico disciplinando a audiência de custódia, agiu a função judicante de forma pioneira instituindo-a mediante a extração direta dos documentos internacionais que a consagram, o que serve como subsídio à compreensão dos direitos humanos por uma ótica substancial de consolidação¹⁴.

¹⁴ Convém reconhecer, contudo, a existência de decisões - ainda - variadas em torno do instituto, algo visto aqui como um tanto “normal” ante sua potencial inovação no ordenamento jurídico brasileiro (enquanto analisado de forma tradicional, isto é, como um sistema tipicamente interno). Neste sentido, *o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que converteu prisão em flagrante*



em preventiva em audiência de custódia: “HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. ARTIGOS 157, §1º, §2º, INCISOS I E II, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 15 DA LEI 10.826/03. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. REQUERIMENTO DE REVOGAÇÃO. INDEFERIMENTO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA DE PRIMEIRO GRAU. NEGATIVA DE AUTORIA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. INVIABILIDADE, PELA VIA ELEITA. PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE PERMITEM, EM COGNIÇÃO SUMÁRIA, O RECONHECIMENTO DE SUA OCORRÊNCIA. Teses como a negativa de autoria, em regra, no âmbito do habeas corpus, só poderão ser acolhidas se verificadas de plano, ou seja, sem a necessidade de aprofundamento na prova dos autos. Caso seja, para tanto, necessário um exame acurado do conjunto probatório, não se pode proferir decisão a respeito, pois a pretensão refoge aos limites cognitivos do aludido remédio constitucional. [...] PREDICADOS PESSOAIS. QUALIDADES POSSIVELMENTE FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA SEGREGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Os predicados pessoais, em tese, favoráveis à soltura, vale dizer, a primariedade, o endereço certo e a ocupação lícita, não se sobrepõem à necessidade da segregação cautelar quando comprovados os pressupostos e os fundamentos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal. Demonstrado nos autos com base em dados concretos que a prisão provisória é necessária para, no mínimo, um dos fundamentos, a garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, não há falar em substituição pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 4ª Câmara Criminal. **Habeas Corpus nº 2015.077729-3**. Rel.: Des. Jorge Schaefer Martins. DJ. 12.11.2015)” (grifei). Em outra análise, diametralmente oposta, o *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, que entendeu pela necessidade de regulamentação normativa interna do instituto para que tenha aplicabilidade: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO INTERNA. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PENA MÁXIMA SUPERIOR A 4 ANOS. MATERIALIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E PERICULOSIDADE DOS PACIENTES. INAPLICÁVEIS AS MEDIDAS CAUTELARES DO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E REGIME MENOS GRAVOSO. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA. [...] 2. O artigo 7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica depende de regulamentação interna. O Provimento Conjunto nº 03/2015, expedido pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Corregedoria Geral de Justiça, destina-se a regulamentar a audiência de custódia no âmbito exclusivo da Justiça Estadual [...] (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, 11ª T. **Habeas Corpus nº 0022561-71.2015.4.03.0000**. Rel.: Des. José Lunardelli. DJ. 10.11.2015)” (grifei). Em outro sentido, o *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, que decidiu pela ausência de nulidade acerca da não realização da audiência de custódia: “APELAÇÃO CRIME. DELITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO DE DROGAS. APELO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEIÇÃO. A não realização de audiência de custódia não gera vício capaz de anular os demais atos do processo, devendo ser rejeitada, assim, a preliminar de nulidade. MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. APELO DEFENSIVO. Comprovada a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas, inviável a absolvição pretendida. Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com a ré, seria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2ª Câmara Criminal. **Apelação Crime nº 70066667429**. Rel.: Luiz Mello Guimarães. DJ. 12.11.2015)” (grifei).



Após dois anos de consolidação das audiências de custódia, avalia-se, de maneira geral, *positivamente* a aceitação do instituto pelos órgãos do sistema de justiça. Ainda que com as limitações inerentes à realidade brasileira, reconhece-se a implementação de um *aparato estrutural* para receber o contingente de pessoas envolvidas na audiência de custódia.

Convém reconhecer, outrossim, o esforço dispensado pelos órgãos do sistema de justiça nos últimos anos para consolidar as audiências de custódia, inclusive orçamentária, não se fazendo conta da elevação de custos operacionais em nome da promoção dos direitos humanos de seus cidadãos, em plena observância aos compromissos convencionais assumidos pelo Brasil no âmbito internacional.

Ademais, tal fato foi reforçado, recentemente, pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, a qual trouxe, de forma inédita, previsão legal do instituto ao Código de Processo Penal, aperfeiçoando-o.

À título informativo, a referida previsão inclui, no artigo 287 do CPP, a possibilidade de prisão em crimes inafiançáveis, sendo que em caso da falta de exibição do mandado de prisão, esta não restará obstruída, devendo, porém, o preso ser imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização da audiência de custódia.

Na égide do artigo 310 do CPP, houve a confirmação do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após a realização da prisão em flagrante, para se promover a audiência de custódia, com a presença de advogado ou defensor público, membro do Ministério Público e juiz.

Caso o juiz verifique, em audiência de custódia, que o preso praticou o crime “protegido” por exclusão de ilicitude, o § 1º do artigo 310 permite, ao juiz, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação do benefício.

Ademais, caso o juiz verifique que o preso custodiado é pessoa reincidente ou integrante de organização criminosa armada ou milícia, ou ainda que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas



cautelares, conforme fundamentos da nova redação do § 2º do artigo 310 da lei processual penal.

Por fim, tem-se a previsão que a autoridade que der causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, responderá administrativamente, civilmente e penalmente por seus atos omissivos, sendo que, transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo sem a realização de audiência de custódia sem motivação idônea, haverá o nascimento da ilegalidade da prisão, devendo ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo de decretação imediata de prisão preventiva, conforme § 3º e 4º do artigo 310 do CPP.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora o Brasil fosse signatário de diversos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, foi tão somente no ano de 1992 que as principais convenções referidas ingressaram no ordenamento jurídico pátrio por meio de Decreto Executivo, impondo uma releitura da noção de soberania nacional em atividade legislativa.

Nesse diapasão, a despeito das vozes que sustentam a inexistência de fundamento legal para a realização das audiências de custódia aos presos em flagrante, percebe-se que sua implementação no território nacional decorre da expressa dicção do art. 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de forma indiscutivelmente tardia.

Reforça-se, portanto, a natureza pré-cautelar e efêmera da prisão em flagrante, já demonstrada pelas modificações impostas pela Lei 12.403/11, que proscreeu a possibilidade de perduração da custódia flagrancial por tempo indeterminado, passando a exigir, conforme a determinação do artigo 310, do Código de Processo Penal, sua conversão em prisão preventiva, a aplicação de medidas cautelares pessoais diversas ou a concessão da liberdade provisória, decisão essa que será tomada no bojo da audiência de custódia. Não obstante,



valiosas as alterações providas da Lei 13.964 de 2019, a qual ressalta a importância de tal instituto, consagrando-o no Código de Processo Penal.

Assim, conclui-se que a implementação das audiências de custódia em todo o território nacional, a rigor, consagra a aplicação de um direito humano de natureza processual, previsto há décadas na Convenção Americana de Direitos Humanos, que visa à salvaguarda da dignidade da pessoa humana dos custodiados em flagrante delito, conduzindo-os à presença da autoridade judiciária, em prazo razoável, para a obtenção de uma decisão célere e adequada acerca de seu direito à liberdade ambulatoria.

Ao Poder Judiciário, pois, compete o relevante papel no processo de consolidação das pilastras da audiência de custódia, lançando mão da legitimidade que lhe foi conferida não só pelo Legislador Constituinte, mas, também, pelos documentos internacionais de promoção dos direitos humanos, salvaguardando, assim, a dignidade humana aos custodiados em sede de prisão em flagrante, assumindo o protagonismo que dele se espera na distribuição dos direitos fundamentais de seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009

CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 83**. São Paulo: RT, mar-abril/2010. p. 93-119.

CNJ. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

CNJ. **Projeto Audiência de Custódia poderá servir de exemplo a outros países**. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80154-projeto-audiencia-de-custodia-podera-servir-de-exemplo-a-outros-paises>



CNJ. **CIDH elogia resultados do primeiro ano das audiências de custódia.** 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cidh-elogia-resultados-do-primeiro-ano-das-audiencias-de-custodia/>. Acesso em:

CHOUKR. Fauzi Hassan. **Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas.** Jusbrasil. <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 22 mar. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 3. Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

LAZARI, Rafael de; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos.** 2. ed. Salvador: JusPODIM, 2015.

LAZARI, Rafael de; GARCIA, Bruna Pinotti. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade.** Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Ricardo. **Conselho Nacional de Justiça e OEA fazem acordo sobre tratamento penal no Brasil.** 2015. <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/10/conselho-nacional-de-justica-brasileiro-fecha-acordo-sobre-tratamento-penal-com-oea-8783.html>

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição.** 3ª edição. Editora Lúmen Júris, 2008.

LOPES JR., Aury. PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. In: **Revista Liberdades, nº 17.** São Paulo: IBCCrim, set-dez/2014. p. 11-23.

PAIVA, Caio. **Especial audiência de custódia: a quem o preso deve ser apresentado?** Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/10/na-serie-audiencia-de-custodia-a-quem-o-presos-deve-ser-apresentado>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 795.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm>. Acesso em 14 de dezembro de 2015.

