

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL  
CONSTITUCIONALISMO E  
DEMOCRACIA: O NOVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINO-  
AMERICANO**

**SUBJETIVIDADES E IDENTIDADES**

Organizadores:  
José Ribas Vieira  
Cecília Caballero Lois  
Roberta Laena Costa Jucá

**Subjetividades e  
identidades: VI congresso  
internacional  
constitucionalismo e  
democracia: o novo  
constitucionalismo latino-  
americano**

1ª edição

---

Santa Catarina

2017



# **VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO**

## **SUBJETIVIDADES E IDENTIDADES**

---

### **Apresentação**

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SUBJETIVIDADES E IDENTIDADES.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Subjetividades. Identidades. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Roberta Laena Costa Jucá – UFRJ

## DEVE HAVER UMA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

### THERE MUST BE A CUSTODY HEARING?

**Fabiana Oliveira Bastos de Castro** <sup>1</sup>

**Pedro Augusto Fatel Da Silva Targino Granja** <sup>2</sup>

#### **Resumo**

Objetiva-se estudar sobre a necessidade de realização da audiência de custódia para legitimar o ato de prisão ou detenção da pessoa. Averigua-se, inicialmente, o direito de apresentação, visando identificar a sua origem, definir suas características, quem deve ser apresentado, ainda avaliar a finalidade da apresentação do preso imediatamente ao Juiz, a partir da análise dos tratados internacionais e do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, estuda-se, brevemente, o instituto da prisão cautelar entre outras medidas cautelares. No capítulo derradeiro, é enfrentado o tema diretamente, indagando-se sobre a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia e os efeitos da sua inobservância.

**Palavras-chave:** Audiência de custódia, Obrigatoriedade, Legitimidade

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This study focuses on the need to carry out the custody hearing to legitimize the arrest or detention of the person act. Ascertains, initially, the right to present, to identify their origin, define its characteristics, who is to be presented also to evaluate the purpose of presentation of the prisoner immediately to the judge from the international treaties analysis and the Brazilian legal system. Then we study briefly the institution of protective custody and other protective measures. In the last chapter, the issue is addressed directly, inquiring about the obligation of holding custody hearing and the effects of its failure.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Custody hearing, Obligatoriness, Legitimacy

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe, Mestranda pela Universidade Federal de Sergipe.

<sup>2</sup> Advogado, pós-graduando em direito e processo civil pela Faculdade Guanambi.

# 1 INTRODUÇÃO

A realização da audiência de custódia é a garantia de que toda pessoa detida ou retida deva ser conduzida à presença de uma autoridade com funções judiciais, estando prevista a sua necessidade em diversos Tratados Internacionais mundiais e regionais que visam a proteção da dignidade do homem perante o exercício do poder-dever estatal de punir os infratores penais.

No âmbito regional a que o Brasil pertence, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica ou CADH) que consagrou, em 22 de novembro de 1969, o direito de apresentação como essencial a dignidade humana, conforme previsão contida no artigo 7º, item 5º.

Muito embora a CADH tenha sido assinada há mais de 40 (quarenta) anos, o referido tratado somente fora ratificado pelo Brasil a partir da publicação do Decreto Presidencial nº 678/1992, vigendo como lei desde setembro de 1992, em que pese o direito de apresentação ter sido negligenciado.

O primeiro passo foi o incentivo dado pelo Conselho Nacional de Justiça a realização de audiência de custódia, tendo como projeto piloto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que editou, em 22 de janeiro de 2015, o Provimento Conjunto nº 03/2015, obrigando os Delegados de Polícia a apresentarem as pessoas detidas em flagrante em até 24 horas após a prisão, para audiência de Custódia.<sup>1</sup> Esse provimento fora questionado no Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5240, tendo sido declarada constitucional pela Suprema Corte.

---

<sup>1</sup> “Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.” Disponível em: [http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=65062](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062). Acesso em: outubro de 2016.

Contudo, a audiência de custódia tornou-se objeto de discussão do judiciário brasileiro principalmente após o julgamento da ADPF nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar, a qual garantiu que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida à presença física de um Juiz, baseando a Suprema Corte no que dispõe o artigo 7º, item 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, a qual considerou a omissão do Estado de introduzir a efetividade de tal direito e, por isso, imperou o controle externo do Poder Judiciário para que houvesse o cumprimento da norma.

Nessa esteira, como forma de padronizar a sua aplicação, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 213, em 15.12.2015, com vigência a partir de 01.02.2016, determinando que todos os tribunais do Brasil implementassem no prazo de 90 (noventa) dias, a contar de primeiro de fevereiro do corrente ano de 2016, em todo o território nacional, a audiência de custódia.

Isso posto, objetiva o estudo analisar os aspectos e perspectivas da necessidade de haver a audiência de custódia como forma de legitimar o cerceamento da liberdade da pessoa humana pelo Estado com base no ordenamento jurídico vigente.

Dessa forma, por meio da revisão da literatura existente, pretende-se explorar os estudos acerca do tema, especialmente mediante consulta de livros, dissertações, artigos, monografias publicadas e a jurisprudência emanada dos Tribunais Pátrios.

Assim, utilizando-se de todo o conteúdo pesquisado, inicia-se, no primeiro capítulo, explicando sobre o direito de apresentação, objetivando identificar a sua origem, definir suas características, quem deve ser apresentado, e ainda avaliar a finalidade da apresentação do preso imediatamente ao Juiz.

Em seguida, utilizando-se de todo o conteúdo já analisado, é enfrentado o tema diretamente, indagando-se a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia e os possíveis efeitos de sua inobservância, apresentando, ao final, as conclusões obtidas com o presente estudo.

## 2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Os efeitos catastróficos derivados da Segunda Guerra Mundial fizeram com que os principais países se reunissem para manter a paz e a preservação da espécie humana, daí porque, a partir de então, diversos foram os acordos internacionais visando proteger as pessoas com normas universais de direitos básicos do homem, definindo o direito à vida, a liberdade e a dignidade como as pilstras do bem-estar social e das garantias fundamentais.

Neste diapasão, apenas cinco anos depois do fim da grande guerra mundial, alguns países europeus se organizaram para proteger os direitos fundamentais das pessoas humanas, criando, em 04 de novembro do ano de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem - CEDH, consagrando como garantia a imediata apresentação do custodiado ao Juiz competente, conforme previsão do Artigo 5º, item 3º:

5. 3 Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.<sup>2</sup>

Seguindo o mesmo raciocínio, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP, de 19 de dezembro de 1966, prevê a apresentação de todo preso ou detido perante um juiz ou outra autoridade competente a exercer funções judiciárias, consoante a literalidade do seu artigo 9.3:

9.3. 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,

---

<sup>2</sup> Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: outubro de 2016.

para execução da sentença.<sup>3</sup>

Logo após, no mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, determina que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida à presença de um juiz, em seu artigo 7º, item 5:

[...] toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.<sup>4</sup>

Nessa ótica, a audiência de custódia consubstanciada no direito de todo cidadão preso ser conduzido, sem demora ou imediatamente, à presença de um juiz ou outra autoridade legalmente competente e imparcial, tem o objetivo de fazer cessar eventuais maus tratos ou tortura, bem como para que se possa promover uma apreciação mais cautelosa acerca da necessidade e legalidade da prisão.

Embora o destaque internacional conferido a audiência de custódia como forma de garantir aos custodiados o pleno gozo de seus direitos fundamentais, o Brasil não havia disciplinado e regulamentado a matéria no âmbito do seu processo criminal, conquanto o fato de ter ratificado a CADH no ano de 1992, conforme a disposição do Decreto nº 678/1992.

Não obstante, o direito de apresentação somente se tornou realidade na prática processual brasileira com a sua implementação no Tribunal de Justiça de São Paulo, ganhando, todavia, relevância nacional somente depois do julgamento da ADPF nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual garantiu que toda pessoa detida ou retida deveria ser conduzida à presença física de um Juiz, conforme disposto no artigo 7º, item 5º, do Pacto San José da Costa Rica, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 678/1992.

---

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>. Acesso em: outubro de 2016.

<sup>4</sup> Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: outubro de 2016.

Nessa esteira, como forma de padronizar a sua aplicação, o Conselho Nacional de Justiça (doravante, CNJ) publicou a Resolução n° 213/2015<sup>5</sup>, determinando que todos os tribunais do Brasil viabilizassem a realização da audiência de custódia em todo o território nacional. A referida norma regulamenta quem deve ser apresentado na audiência de custódia, determinando que toda pessoa presa em flagrante delito seja obrigatoriamente levada à presença do Juiz competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou a sua prisão, veja-se:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Assegura para os casos de pessoas presas em decorrência de mandados de prisão cautelar ou definitiva a realização da audiência de custódia pelo Juiz que determinou a expedição da ordem, confira-se:

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

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Nesse contexto, grandes questionamentos vêm sendo realizado sobre o direito de apresentação ao Juiz da pessoa que tenha cerceada a sua liberdade, sobretudo sobre os efeitos práticos da inobservância da realização da audiência de custódia.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>. Acesso em: outubro de 2016.

### **3 DEVE HAVER A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?**

Conforme ressaltado por SCHIETTI CRUZ (2016), um dos objetivos da audiência de custódia é supervisionar a persecução penal do Estado nas prisões cautelares, como o flagrante, a temporária e a preventiva, realizadas durante a fase investigativa, por meio de uma autoridade imparcial e competente para combater os eventuais abusos praticados contra os direitos dos homens, sobretudo atos de violência como a tortura e os maus tratos dos presos ou detidos acusados da prática de infração penal.

Tamanha a importância da apresentação da pessoa presa ou detida a presença de uma autoridade que o referido Pacto Internacional prevê expressamente que essa apresentação deve ocorrer o mais breve possível ou nos seus próprios dizeres “sem que haja demora”.

Desse modo, com a apresentação do preso, o julgador deverá analisar a legalidade da prisão e, sendo o caso, já relaxá-la ou convertê-la em uma medida cautelar de natureza menos gravosa, evitando que a pessoa permaneça presa provisoriamente e só venha obter a liberdade após o seu interrogatório, que será a primeira oportunidade que o preso terá de ser ouvido pelo juiz no procedimento comum penal<sup>6</sup>.

Neste sentido, a jurisprudência da Convenção Americana de Direitos Humanos – CIDH, apresenta como finalidade da audiência de custódia prevenir ameaças e maus tratos e, também detectar e prevenir prisões e detenção ilegais e arbitrárias, conforme se extrai do julgamento de Acosta Calderón vs. Equador<sup>7</sup>:

76. O artigo 7.5 da Convenção dispõe que qualquer pessoa sujeita a uma prisão você tem direito a uma revisão judicial que a detenção sem demora como um meio de controle para evitar capturas arbitrárias e ilegais. O

---

<sup>6</sup> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

<sup>7</sup> Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf). Acesso em: outubro de 2016.

controle judicial imediato é uma medida destinada a evitar arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tendo em conta que o Estado de Direito o juiz deve garantir os direitos dos presos, autorizar medidas cautelares ou coercitivas, onde estritamente necessário, e na tentativa, em geral, de que o acusado seja tratado de modo consistente com a presunção de inocência. 77. Tanto a Corte Interamericana e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos destacaram a importância da supervisão judicial rápido de detenções. Quem é privado de liberdade sem controle judicial deve ser liberado ou ser imediatamente apresentado a um juiz. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos argumentou que, enquanto a palavra "imediatamente" deveria ser interpretada fazer de acordo com características especiais em cada caso, não há qualquer situação, por mais grave que seja, concede às autoridades o poder de indevidamente prolongar o período de detenção, porquanto violaria o Artigo 5.3 da Convenção Europeia. 78. Como tem sido apontado em outros casos, o Tribunal considera necessário alguns esclarecimentos sobre este ponto. Em primeiro lugar, as condições da garantia no artigo 7.5 da Convenção são claras quanto referir que a pessoa detida deve ser trazida imediatamente a um juiz ou autoridade judicial competente, de acordo com os princípios de controle judiciário e rapidez processual. Isto é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e conceder proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O mero conhecimento por um juiz que uma é pessoa detida não satisfaz esta garantia. Os termos da garantia, uma vez que o detido deve aparecer pessoalmente e dar sua declaração perante o juiz ou autoridade competente.<sup>8</sup>

Em consonância com o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o controle judicial imediato – que proporciona a audiência de custódia – é um

---

<sup>8</sup> 76. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia. 77. Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que reviste el pronto control judicial de las detenciones. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “imediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea. 78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.

meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, além do mais tende a evitar possíveis práticas de tortura ou abuso de poder, visto que a presença física do custodiado confere ao julgador imparcial garantir os direitos fundamentais do detido.

Com isso, a CIDH entendeu que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, na medida em que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”.<sup>9</sup>

Destarte, observa-se que o intérprete do disposto no artigo 7.5 da Convenção de Direitos Humanos avalia a apresentação do preso/detido a presença do juiz como uma garantia fundamental da pessoa, assim como a possibilidade de precaução de agressões as liberdades individuais e a integridade física das pessoas, na medida em que o juiz atua como verdadeiro controlador da atividade policial do estado.

Assim, a importância da realização da audiência de custódia para garantir aos custodiados o pleno exercício de seus direitos fundamentais da pessoa humana constitui a razão que se faz necessária à compreensão de sua obrigatoriedade, pois legítima a atuação do estado na persecução criminal.

Nesses termos, quando o preso não é conduzido à presença do julgador lhe é tolhido o exercício do seu direito de defesa, corolário do direito de apresentação, porquanto não lhe é conferida a possibilidade de se manifestar sobre a prisão e sobre o cabimento de fixação de medidas cautelares pessoais menos gravosas, mas sobretudo, o controle judicial sobre a legalidade de sua prisão e a preservação de maus tratos.

Uma vez demonstrada a imprescindibilidade do direito de apresentação, indaga-se, portanto, se a inobservância do direito de apresentação torna a custódia da pessoa ilegal.

No Brasil, a Constituição Federal estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz sobre a prisão de qualquer pessoa, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXII, que assim

---

<sup>9</sup> CIDH, Acosta Calderón vs. Equador, Sentença de 24 de junho de 2005.

disciplina “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

Seguindo a disposição constitucional, o artigo 306, §1º e artigo 310 ambos do Código do Processo Penal, determinam a comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para análise da legalidade e a necessidade de convertê-la em preventiva ou que seja imediatamente relaxada, senão confira-se:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro consagrado em suas previsões normativas não prevê o direito de apresentação pessoal do preso como forma de legitimidade da prisão, mas, apenas, determina a comunicação do ato para que o juiz exerça o controle judicial sobre a liberdade da pessoa.

Acontece que, as formalidades restritas a comunicação da prisão ao juiz não atende as exigências da Convenção, ratificada pelo Brasil desde o ano de 1992 e declarada pelo Supremo Tribunal Federal como norma supralegal<sup>10</sup> quando o julgamento da ADPF nº 347, conquanto a expressa necessidade de apresentação pessoal para fins de que se exerça efetivamente o controle judicial da restrição de liberdade da pessoa detida ou retida, conforme a literalidade do artigo 7.5. da Convenção. (LOPES JR.; ROSA, 2016).

Neste sentido, assinala PAIVA e LOPES JR. (2014):

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para

---

<sup>10</sup> Teoria de hierarquia das normas, a supralegal é aquela que está abaixo da Constituição e acima das Leis Ordinárias, consideradas pelo Supremo Tribunal Federal como sendo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não são consagrados pela Constituição Federal.

atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual. São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Sob a mesma ótica, ressalta ANDRADE e ALFLEN (2016, pg. 106):

[...] Em sendo este o roteiro a ser corretamente seguido, por certo que a urgência na definição da situação prisional do sujeito conduzido ou preso exige que o respeito ao princípio do contraditório se dê da forma mais rápida possível. Logo, essa forma é, justamente, com a presença do Ministério Público e da defesa durante o ato de apresentação judicial do preso, momento em que os argumentos apresentados de ofício pelo juiz poderão ser prontamente conhecidos, rebatidos ou ratificados por quem lá estiver presente. É por essa soma de fatores que resulta a necessidade de apresentação judicial da pessoa privada de sua liberdade ocorrer um oportunidade que se chama de audiência, dada a complexidade dos atos que ali poderão se concretizar.

Destaca-se que a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, garante o direito de que o preso em flagrante seja ouvido por um juiz no prazo máximo de 24 horas, advertindo-lhe que não pode ser suprimida pela mera comunicação da prisão em flagrante (Art. 1º, §1º).

A vista disso, a não realização da audiência de custódia implicaria o defeito insanável do ato, por não proporcionar ao custodiado o exercício do direito ao contraditório substancial, e também do direito de ser apresentado à presença física do juiz.

A contrário sensu, o Superior Tribunal de Justiça (doravante, STJ) vem entendendo que as prisões em flagrante não podem ser consideradas ilegais pela ausência de realização audiência de custódia para ouvir o suspeito, sobretudo quando são respeitados

as determinações do Código de Processo Penal e da Constituição Federal no sentido de apenas comunicar a prisão ao juiz, eis os seguintes arestos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. [...] 2. A não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante. Precedentes. [...] (HC 344.989/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016)

[...] 1. As Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, na esteira do preceituado na Súmula 691/STF, têm entendimento pacificado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator indeferindo medida liminar, em ação de igual natureza, ajuizada perante os Tribunais de segundo grau, salvo a hipótese de inquestionável teratologia ou ilegalidade manifesta. 2. A não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais. Precedente. 3. Fica superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem logo após o flagrante, pois, conforme entendimento firmado nesta Corte, a posterior conversão em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade. 4. No caso, observa-se que, logo que efetuada a prisão e lavrado o auto de prisão em flagrante (26/3/2016), os autos foram, na mesma data, encaminhados ao Juízo de primeiro grau, que, fundamentadamente, converteu a prisão em flagrante em preventiva, uma vez que o imputado possuiria antecedentes criminais, sendo, inclusive, reincidente, a denotar a probabilidade concreta de reiteração delitiva. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016)

[...] 1. Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, "a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais" (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016). 2. Restando assentado pelas instâncias inferiores que existe prova do crime e indícios suficientes da autoria, não cabe a esta Corte Superior, em sede de recurso ordinário em habeas corpus, revolver o material probatório. 3. Não é ilegal a manutenção do encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. In casu, o magistrado a quo destacou o modus operandi delitivo, ressaltando a participação de menor na empreitada criminosa em comento, o que confere lastro de legitimidade à medida extrema. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 73.344/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016)

Baseia-se, o Superior Tribunal de Justiça, que a não realização da audiência de custódia é mera irregularidade que não causa prejuízo ao custodiado quando acompanhado do atendimento das demais garantias previstas na Constituição Federal e na legislação processual vigente, declarando a validade do ato por não representar prejuízo a parte que teve a sua liberdade cerceada.

Inobstante, não se pode ignorar que a não realização da audiência de custódia inviabiliza que o custodiado exerça plenamente o princípio constitucional do contraditório, uma vez que fora lhe restringido a oportunidade de ser ouvido na primeira oportunidade da persecução penal.

É dizer, o STJ vem entendendo que o custodiado pode ser prejudicado pela negligência do Estado no cumprimento de normas ao reconhecer que a ineficiência na aplicação dos direitos fundamentais não acarreta em consequências legais nem para o responsável, nem tampouco macula o ato de cerceamento da liberdade.

Por essa arquitetura, ao assim se posicionar, o STJ cria obstáculo para o exercício pleno de defesa, tolhendo as pessoas privadas de sua liberdade o direito de ser ouvido e apresentado a uma autoridade judicial competente e imparcial.

Pelo exposto, em que pese o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, se o Estado não realiza a audiência de custódia no prazo de 24 horas da comunicação da prisão, a solução adequada seria a declaração de ilegalidade do ato, sem prejuízo, no entanto, do julgador converter a prisão em preventiva, caso julgue necessário (CPP, artigo 310).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em tempos onde se idealiza a efetivação dos direitos básicos das pessoas humanas, o Estado não pode desamparar o seu povo com base na suposta reserva do possível, deixando à mercê direitos e garantias individuais tão valiosos.

Ora, a audiência de custódia tida como meio de supervisão da persecução penal do Estado nas prisões cautelares realizadas durante a fase investigativa, por meio de uma autoridade imparcial para combater os eventuais abusos praticados contra os direitos dos homens, não pode ser ignorada pelo Estado.

E isso porque a não realização da audiência de custódia impossibilita que o custodiado exerça plenamente o princípio constitucional do contraditório, uma vez que lhe é tolhida a oportunidade de ser ouvido sobre os fatos que decorreram a sua prisão, as suas circunstâncias pessoais.

Impera ressaltar que a Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o direito de apresentação como essencial a dignidade humana, não trazendo nenhuma exceção para que não se realize a audiência que se denominou chamar de custódia, haja vista que o artigo 7º, item 5º da referida convenção determina a apresentação de toda pessoa detida ou retida pelo Estado a presença física do juiz.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 347, reconheceu o direito de apresentação como norma supralegal, em razão de ser tratado

internacional de direitos humanos se encontrando acima das legislações ordinárias e abaixo da Constituição Federal, motivo pelo qual deve ser estritamente observada sob pena de caracterizar cerceamento ilegal da liberdade da pessoa.

A vista disso, por se coadunar com a implementação efetiva dos direitos fundamentais das pessoas, tem-se que é obrigatória à realização da audiência de custódia nos casos privação de liberdade da pessoa, a fim de garantir a sua incolumidade, evitar o cerceamento da liberdade por mais tempo do que o necessário, e também analisar concretamente sobre a legalidade da prisão.

Portanto, em que pese o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça de que seria mera irregularidade a não realização da audiência de custódia, vê-se que a sua inobservância caracteriza verdadeira deslegitimidade de atuação do Estado na persecução penal.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal: Vade Mecum Compacto Saraiva**. 12. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Penal: Vade Mecum Compacto Saraiva**. 12. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: outubro de 2016.

CIDH, Acosta Calderón vs. Equador, Sentença de 24 de junho de 2005.

CRUZ, Rogério Shietti. *Audiências de custodias vão contribuir para a redução da tortura*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/rogerio-schietti-cruz-audiencias-custodia-reducao-tortura>. Acesso em: setembro de 2016.

LOPES, JR; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 5-17, jun./jul. 2014. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/209-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos). Acesso em: outubro de 2016.

LOPES, JR; ROSA, Alexandre Morais da. *Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2)*. Revista Consultor Jurídico, 20 de fevereiro de 2015, 8h00. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>. Acesso em: outubro de 2016.