

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL E SUA POLÊMICA  
FUNDAMENTAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL***CUSTODY HEARING IN BRAZIL AND ITS CONTROVERSIAL GROUNDS IN  
INTERNATIONAL LAW*

*Harley Christian do Valle Silva<sup>1</sup>*

**RESUMO:** Este artigo visa investigar a origem da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico abordando sua imprescindibilidade ou não por meio de um estudo material do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos no que tange a autoridade a quem deve se apresentar o preso. Será feito um corte epistemológico de modo a não abordar, salvo de passagem, questionamentos já batidos e majoritariamente aceitos no meio acadêmico como a internacionalização deste Tratado Internacional de Direitos Humanos ou sua eficácia interna. Muito pelo contrário, se busca apresentar, ao mesmo tempo debater, tese (*latosensu*) jurídica nova de que na verdade o ordenamento jurídico brasileiro não violara nesses mais de vinte anos a CADH sendo que seria perfeitamente possível a apresentação do preso à autoridade policial. Para tal feito será utilizada a doutrina disponível sobre o assunto, bem como as decisões judiciais já proferidas, principalmente as resultantes da ADI 5240/SP.

**PALAVRAS CHAVE:** Autoridade Policial; Direitos Humanos; Audiência de Custódia

**ABSTRACT:** This article aims to investigate the origin of the custody hearing in our legal system, addressing its indispensability or not through a material study of the text of the American Convention on Human Rights regarding the authority to whom the prisoner must present himself. An epistemological cut will be made in order not to address, except in passing, questions already beaten and mostly accepted in academia such as the internationalization of this International Treaty on Human Rights or its internal effectiveness. Quite the contrary, it seeks to present, at the same time to debate, a new legal thesis (*lato sensu*) that in fact the Brazilian legal system had not violated the ACHR in these more than twenty years, and that it would be perfectly possible to present the prisoner to the police authority. For this purpose, available doctrine on the subject will be used, as well as court decisions already handed down, mainly those resulting from ADI 5240/SP.

**KEYWORDS:** Policial Authority; Human Rights; Custody Hearing

## **INTRODUÇÃO**

A Convenção Americana de Direitos Humanos preconiza em seu art. 7º, 5 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...”. Com base em tal legislação internacional o CNJ publicou a Resolução Nº 213 de 15/12/2015 a qual determina a

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2016); Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Criminologia da Faculdade de Nova Serrana – FANS (2017); Professor Titular do Programa de Pós-Graduação da Academia da Polícia Civil de Minas Gerais no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia; Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Nova Serrana. E-mail: harleycv@hotmail.com

apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Tal resolução entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2016 e cria em âmbito nacional a “Audiência de Custódia”.

No estado de São Paulo, o instituto se fez valer em 27 de Janeiro de 2015 por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça o qual foi alvo da ADI 5240/SP ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil/ADEPOL, na qual se questionou a validade constitucional de tal ato normativo. O STF conheceu da ação em parte e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio julgava procedente o pedido formulado.

Durante os debates o Ministro Luiz Fux, relator da ADI, propôs que essa audiência passe a se chamar "audiência de apresentação" uma vez que o termo “audiência de custódia” não é utilizado na CADH. Conforme veremos com o decorrer do artigo, não é apenas a nomenclatura que não consta na CADH.

## **2 ARGUMENTOS CONTIDOS NA ADI 5240/SP**

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade citada alhures a ADEPOL se utilizou erroneamente apenas de argumentos formais e pouco aproveitáveis sob nossa ótica. Talvez tal despreendimento do texto do tratado internacional se dê por uma ainda tímida intimidade dos operadores do direito com o Direito Internacional. Explicaremos.

A ADEPOL se baseou em dois aspectos principais: o ato normativo impugnado usurpa competência privativa da União para legislar sobre processo penal; o ato normativo impugnado ofende os princípios da legalidade e da harmonia e independência dos poderes.

Note-se que ambos os argumentos se resumem em um só: não se pode ter audiência de custódia por não haver lei federal que preveja tal ato. Embora seja verdade, temos que a falta de legislação não obsta o cumprimento de tratado internacional de Direitos Humanos que teria, segundo o Supremo caráter supra legal, e conforme a Doutrina Internacional mais balizada, caráter constitucional.

[...] os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. De fato, se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais

constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil”se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.<sup>2</sup>

Ora, algo previsto constitucionalmente (que seja supralegalmente) precisaria de lei federal para se fazer valer? A resposta é obviamente negativa, como bem assevera Luiz Flávio Gomes:

Toda pessoa detida deve ser apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente. A violação dessa garantia torna a prisão arbitrária (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1994, p. 186, El Salvador). Esse direito ( contemplado na Convenção Americana de Direitos Humanos) não está expressamente previsto nas leis internas brasileiras. Em muitos pontos há um descompasso entre a legislação internacional e a interna. Isso não impede reconhecer referido direito entre nós. É que o devido processo conta com normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Todas fazem parte do devido processo. O que não está previsto internamente mas faz parte da CADH integra o devido processo. Na prática, essa garantia internacional não vem sendo cumprida no Brasil (ou seja o preso não é apresentado prontamente ao juiz).<sup>3</sup>

Porém há algo que não foi citado em momento algum pelo autor nesta obra e nem mesmo foi atacado pela ADEPOL na ADI: qual seria a interpretação da expressão outra autoridade, contida no Artigo 7º, Item 5 da CADH?

Em nossa proposta convidamos o leitor a analisar primeiramente o papel do Delegado de Polícia na ótica do Estado Democrático de Direito, se possível, despindo de preconceitos que rotulam o Delegado de Polícia como “Caçador de Bandidos” para uma autoridade que seja um garantidora de direitos *prima facie*, ou seja, a primeira autoridade com poderes para analisar juridicamente um fato penal e resolver injustiças.

### 3 A LÓGICA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Todo o sistema Processual Penal Brasileiro tem uma lógica mista, ou seja, uma investigação preliminar inquisitiva e uma fase processual acusatória, sendo que apenas essa última seria feita sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ocorre que com o advento a

---

<sup>2</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos, 2ª Edição*. São Paulo: Forense, 2015, p.202.

<sup>3</sup>GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 4ª Edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.78

constitucionalização do Estado Democrático de Direito a partir de 1988, com a Constituição Cidadã, bem como com a internalização de diversos tratados internacionais de Direitos Humanos, aqui se destacando a CADH internalizada pelo Decreto 678 de 1993, essa lógica vem sendo invertida. Cada vez mais exige-se da autoridade policial uma postura republicana que coadune com a realidade internacional bem como com o próprio texto constitucional.

Essa mudança de paradigma é notada também na jurisprudência do Pretório Excelso por veio de edições de súmulas vinculantes como a 11<sup>4</sup> e 14<sup>5</sup>.

Além disso, as inovações legislativas como a lei 12403/11 que permite que o delegado arbitre fiança em caso de crimes com pena máxima não superior a 4 anos ou a própria lei 12.830/13 que prevê expressamente que as funções exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Em complemento a doutrina pátria vem evoluindo no sentido de que o Delegado de Polícia ao analisar um fato delituoso deve fazê-lo na dimensão não somente da tipicidade, mas também da ilicitude e da culpabilidade. Neste sentido, a autoridade policial estaria comprometida com o Estado de Democrático de Direito, pois deveria reconhecer excludentes de ilicitude como a Legítima Defesa e o Estado de Necessidade. Outros doutrinadores ainda defendem que o Delegado de Polícia analise a tipicidade penal, sendo esta a soma da tipicidade formal com a tipicidade conglobante. Isso faria com que o delegado analisasse todo o sistema jurídico e o obrigaria a reconhecer excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Sobre a tipicidade conglobante:

A lógica mais elementar no diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e, no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva.<sup>6</sup>

O exemplo citado pelo professor argentino é a do Oficial de Justiça que comete fato típico formal ao entrar em residência sem o consentimento do morador para cumprir

---

<sup>4</sup>Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

<sup>5</sup>É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

<sup>6</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral 2.Ed.* São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 80.

mandado judicial. Se considerarmos apenas a tipicidade formal, o caso se resolveria no campo da ilicitude excluindo-a por meio do estrito cumprimento do dever legal. Na proposta da análise da tipicidade conglobante, o fato não deve sequer ser considerado típico, pois o ordenamento jurídico é uno. Defendemos que o delegado deve analisar materialmente o ato trazido até ele sob o prisma da tipicidade conglobante.

Voltemos agora ao texto da CADH quando prevê uma ou outra autoridade, que não o juiz, autorizada por lei a exercer funções judiciais. Fica claro que nessa ressalva o legislador internacional não exige que a pessoa presa seja apresentada exclusivamente a um juiz, bastando para isso que exista uma outra autoridade com poderes para analisar juridicamente o fato criminoso. Essa autoridade, porém, não precisa ter todos os poderes conhecidos no Brasil como reserva de jurisdição. Tão pouco precisa ser autoridade judiciária, como se depreende da leitura do texto.

No entanto, para se caracterizar essa outra autoridade, segundo o preceito do Estado Democrático de Direito e da ordem Internacional vigente é necessário que possua atribuições de análise de todos os elementos necessários para a análise de um fato criminoso. Ainda se faz necessário o poder de garantir que a pessoa que tenha sido trazida à presença da autoridade mencionada possa lançar mão de *todos* os mecanismos de proteção existentes no plano interno e internacional.

Neste ponto teremos que ressaltar que o avanço da lei 12.403 de 2.011 apesar de histórico, ao possibilitar que a autoridade policial arbitre a fiança, foi tímido ao limitar a crimes com pena máxima de até 4(quatro) anos. Tomamos o exemplo de alguém preso por estelionato cuja pena prevista vai de 1(um) a 5(cinco) anos: A autoridade policial está proibida por lei de arbitrar fiança tendo em vista a pena máxima, porém a pena mínima de um ano autoriza a suspensão condicional do processo no ato de se oferecer a denúncia (desde que o preso não esteja já sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime). Ou seja, a autoridade policial é *obrigada* a manter preso alguém que provavelmente não será sequer processado penalmente.

Qual o motivo para tamanha desconfiança do legislador na Autoridade Policial? Se o instituto da fiança é medida cautelar, modalidade processual, não há por que limitá-la a crimes com pena máxima de 4(quatro) anos). É possível que o Delegado arbitre fiança no caso de furto simples, mas no caso de duas pessoas que furtam materiais de construção se torna impossível pelo fato de o crime ser qualificado.

O Delegado de Polícia é hoje submetido a concurso de provas e títulos exclusivos de bacharéis em direito, de várias etapas de provas de conhecimento jurídico e certamente

obteve conhecimento profundo de processo penal, sendo claro que possa analisar quando a lei permite ou não a liberdade provisória com fiança.

Outro ponto a ser destacado é que ao delegado de polícia é permitida apenas a concessão de liberdade provisória com fiança. Quando alguém é preso por possuir uma arma de fogo de calibre permitido em sua residência, ou por dirigir embriagado, ou por danificar patrimônio público, a autoridade policial deve arbitrar a fiança. Se o flagranteado não possuir recurso para depositar essa fiança a autoridade deve encaminhá-lo ao cárcere e comunicar o juiz em até 24 (vinte e quatro) horas para que decida sobre a liberdade provisória sem fiança. Um total desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Outras situações processuais em que o Delegado de Polícia não pode reconhecer de pronto antes de encarcerar o conduzido seria, quando possível, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão contidas no Título IX do Código de Processo Penal, sendo essas exclusivas do juiz.

A análise material do fato criminoso, ao contrário, vem sendo cada vez mais disseminada entre Delegados de todo o Brasil. Várias autoridades policiais não ratificam prisões quando reconhecem uma excludente de ilicitude como a Legítima Defesa. Porém este comportamento ainda é visto como inovador e muitas vezes como temerário (outras vezes com desconfiança) por membros do Ministério Público, Juízes e por delegados mais antigos, por vezes membros de corregedoria.

Necessário se faz nesse ponto fazer uma introspecção no imaginário do próprio Delegado de Polícia, que por vez deixa de conceder ao flagranteado uma garantia prevista, seja ela um Direito Fundamental ou um Direito Humano. Neste diapasão Jesus Trindade Barreto Júnior após entrevista com Polícias Cíveis de Minas Gerais concluiu sobre a imagem que o policial civil tem de si mesmo:

Esta emancipação se torna, portanto, um imperativo ético dentro das novas políticas de segurança pública. É que o presente estudo mostrou que a imagem do policial enquanto “caçador de bandidos” ainda é forte no imaginário dele próprio. Isto aparece, por exemplo, quando expressa a visão que acredita possuir perante a opinião pública, a mídia e as organizações de defesa dos direitos humanos. Este foi um dos aspectos que a dissertação detectou no campo simbólico em estudo. Fica claro que o campo quer reconstruir esta imagem, esta representação social.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup>BARRETO JÚNIOR, Jesus Trindade. *Pedagogia da mediação de conflitos versus razão persecutória: uma discussão sobre a lógica, o ethos e as perspectivas emancipatórias do policial de investigação criminal em Minas Gerais*. Belo Horizonte: UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU – MESTRADO, 2009, p.167.

Após a leitura, chega-se ainda à conclusão de que os Policiais Civis de Minas Gerais (entre eles a carreira dos delegados de polícia) não se vêem como garantidores de Direitos Humanos.

A consequência desta reflexão para o campo dos Direitos Humanos é a seguinte: havendo duas correntes, uma mais garantista que prevê que o delegado deve analisar todos os elementos do fato criminoso e uma mais legalista que o delegado analise se o fato é ou não típico, não reconhecendo as excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, por certo irá se inserir na sua imagem como “caçador de bandidos”, encarcerando o conduzido e deixando a análise mais perfunctória para a autoridade judicial.

Diante do exposto até aqui, podemos concluir que o Delegado de Polícia não pode ser a outra autoridade prevista no art. 7º, item 5 da CADH, visto que o mesmo não possui poderes para garantir todos os direitos do conduzido, cerceado de sua liberdade pessoal.

No entanto, há maneiras de se corrigir tal situação de forma mais adequada do que a audiência de custódia proposta pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo CNJ.

#### **4 UMA ALTERNATIVA À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Conforme visto alhures, não há na CADH dispositivo que preveja a conhecida Audiência de Custódia nos termos concebidos pelo CNJ e pelo TJSP, sendo que o art. 7º item 5 garante ao preso sua apresentação sem demora a um juiz ou a outra autoridade que possa analisar o motivo de sua prisão. Diante disso passaremos a explicar nossa interpretação do direito previsto no citado texto da CADH.

As audiências de custódia, segundo resolução do CNJ se destinam atualmente apenas aos presos em flagrante, após a ratificação da autoridade policial. Ou seja, nada se fala de pessoas presas por mandado de prisão expedido por juiz, ou outras prisões por exemplo aquelas em que o Delegado de Polícia aplica os procedimentos da lei 9.099/90, liberando o conduzido após o comprometimento desse a apresentar-se diante da autoridade judicial.

Ora, analisemos, uma outra vez, o texto do art. 7º, 5: *“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...”*. Se tal dispositivo existe para garantir que a pessoa presa tenha seus direitos respeitados (exemplo: não foi torturada) a audiência de custódia deve analisar todos os casos de pessoa presa (que vai para o cárcere), detida (que foi impedida sua locomoção por autoridade pública) ou retida (conduzida a outro local independente de sua vontade).



Mesmo que levássemos apenas em consideração as pessoas presas, entendidas essas as que serão encaminhadas ao cárcere, ainda existiria o caso de Mandado de Prisão expedido por Juiz, que deve ser analisado se o mandado esta valendo, se é real, entre outras variantes.

No Brasil, quem analisa todas essas situações é a autoridade policial e só posteriormente é comunicado o juiz. Neste ponto não vemos, a princípio, por qual razão a prisão em flagrante deve ser diferente. Nas lições de Bobbio:

Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, ‘sistema’ equivale a validade do princípio, que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento tem um certo relacionamento entre si, e este relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica na exclusão da incompatibilidade.<sup>8</sup>

Se o direito previsto no dispositivo citado fosse o de se ter uma Audiência com o Juiz sempre que houvesse uma prisão, detenção ou retenção, todas essas situações narradas, sem exceção, deveriam ser motivo de audiências de custódia.

Nosso ponto é que, na verdade, o que preconiza o texto citado é que toda pessoa privada de sua liberdade tem o Direito Humano de ser levada até alguém com a atribuição, competência e o poder para analisar se sua privação da liberdade está de acordo com o ordenamento jurídico pátrio e internacional. Não há que ser peremptoriamente um juiz de direito, mas sim uma autoridade que detenha todos os meios de se valerem os Direitos Fundamentais e Humanos do conduzido.

O que está expressamente proibida é a prisão de qualquer pessoa pela Polícia Civil, Militar ou mesmo por qualquer um do povo e seu encarceramento sem que se passe por um filtro Republicano.

Como visto, esse filtro em prisões em flagrante não é o atual Delegado de Polícia pelo fato de que não há nesta autoridade poderes para garantir todos os direitos preconizados no atual Estado Democrático de Direito. Porém essa situação é reversível e a nosso ver preferível à audiência de custódia. Passamos a explicar.

O atual procedimento da Audiência de Custódia é o seguinte:

- 1) Qualquer um do povo prende em flagrante alguém cometendo um crime;
- 2) Apenas o policial (civil ou militar) pode conduzir o flagranteado à autoridade policial (Delegado de Polícia);

---

<sup>8</sup>BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1982 p.80.



- 3) O Auto de Prisão em Flagrante é Lavrado;
- 4) Agenda-se a audiência de custódia (prazo 24 horas, enquanto isso o réu está preso)
- 5) Apresenta-se o autuado ao juiz com o auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial;
- 6) Início da audiência de custódia, que deverá ter a participação do preso, do juiz, do membro do MP e da defesa (advogado constituído ou Defensor Público);
- 7) O magistrado profere uma decisão que poderá ser, dentre outras, uma das seguintes:
  - a) Relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP);
  - b) Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III);
  - c) Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319);
  - d) Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II);

Sem a audiência de custódia o procedimento é o seguinte:

- 1) Qualquer um do povo prende em flagrante alguém cometendo um crime;
- 2) Apenas o policial (civil ou militar) pode conduzir o flagranteado à autoridade policial (Delegado de Polícia);
- 3) O Auto de Prisão em Flagrante é Lavrado;
- 4) Encaminha-se ao juiz e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial(prazo 24 horas, enquanto isso o réu está preso);
- 5) O membro do Ministério Público se manifesta sobre a prisão;
- 6) O magistrado profere uma decisão que poderá ser, dentre outras, uma das seguintes:
  - a) Relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP);
  - b) Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III);
  - c) Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319);
  - d) Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II);

Como visto, ambos os procedimentos, após a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, incorrem no mesmo erro que impõe ao condenado uma prisão de até 24 horas até que seu caso seja julgado. Porém, há que se lembrar que o modelo de Audiência de Custódia só se implementou por enquanto em caráter experimental em capitais e cidades maiores. Possivelmente, pode-se prever, esse prazo será maior durante plantão forense ou em

idades brasileiras que não sejam sede de comarca. Assim o fez o próprio Ministro Luiz Fux no seu voto como relator da ADI 5240/SP:

Logicamente, esse prazo de 24 horas para a conclusão do procedimento em tela poderá ser alargado, desde que haja motivação idônea. Assim, por exemplo, em Municípios que não sejam sede de comarca ou cujo acesso seja excepcionalmente difícil, poderá não ser possível a apresentação do preso em 24 horas. Também no caso de o mesmo auto de prisão em flagrante envolver vários presos ou várias testemunhas, poderá não ser viável a sua finalização dentro de tal prazo. Outra situação que poderá gerar a impossibilidade de apresentação do preso em 24 horas se configurará quando ele precisar de atendimento médico urgente, com eventual internação.<sup>9</sup>

Os motivos operacionais para que tal audiência seja feita fora do prazo serão vários, entre eles: carga horária e quadro deficitário na Magistratura e no Ministério Público, condução pela polícia para locais em plantão judicial ou sem comarca na cidade, número de prisões a serem analisadas pelo juiz de direito, entre outros.

Evidente que problemas de ordem operacional não são justificativa para deixar de cumprir o Direito Humano previsto na CADH. Porém, como mencionamos alhures, não há previsibilidade de audiência com o juiz no art.7º, item 5, mas sim com autoridade autorizada por lei a lhe dar amparo jurisdicional.

Por tanto, para que se desse provimento ao Direito Humano citado, mais acertado seria atribuir por meio de lei, como assevera o texto do tratado, funções judiciais à autoridade policial. Esta proposta visa transformar o atual Delegado de Polícia na outra autoridade prevista no tratado estudado. Passaremos a analisá-la.

## **5 QUEM SERIA A OUTRA AUTORIDADE PRESENTE NO ART. 7º, 5?**

Há que se destacar que nos primórdios do Processo Penal brasileiro se cogitou que houvesse um juízo de instrução feito pelo poder judiciário de forma a limitar as atribuições do delegado de polícia apenas a efetuar prisões e investigar crimes. Em um país com território continental esta hipótese foi rechaçada imediatamente. Leia-se o item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema

---

<sup>9</sup>Min. Luiz Fux, voto em ADI 5240/SP p.34.

vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade.<sup>10</sup>

Logicamente o Código de Processo Penal de 1941 não coaduna atualmente com os preceitos atuais do Estado Democrático de Direito ou com as diretrizes trazidas pelas convenções de Direitos Humanos, porém nesta parte destacada, mostra-se completamente atual, tendo em vista que a realidade de grande número de distritos do interior do Brasil se encontram desprovidos de comarcas e que o juiz ainda não possui o dom da ubiquidade.

Em nosso entendimento, o legislador da época idealizou a figura do Delegado de Polícia como chefe de uma polícia técnico-científica, a atribuição de se analisar a legalidade, constitucionalidade e também a convencionalidade das prisões em flagrante em um primeiro momento. Da mesma forma, aqueles que redigiram a Convenção Americana de Direitos Humanos também garantem que todo o preso em flagrante tenha sua prisão tratada de forma técnica por um operador do direito com poderes decisórios mínimos.

A maneira lógica de que o Delegado de Polícia passe a analisar os casos levados até ele como primeiro juiz da causa, mesmo sem pertencer ao poder judiciário, passa por duas mudanças necessárias às quais nos reportamos com requisitos fundamentais para a implantação do modelo proposto: O contraditório e ampla defesa devem ser garantidos durante a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, por meio de defesa técnica; e o delegado deve ter por lei a obrigação de analisar todas as circunstâncias materiais e processuais que levem o flagranteado a ser liberado.

A primeira demanda certa logística, mas por óbvio menor do que o exigido pela Audiência de Custódia, já que se deveria ter um plantão permanente da Defensoria Pública ou um advogado dativo indicado pela OAB.

Já a segunda, parte de uma mudança que está ocorrendo de forma gradual na legislação, doutrina e jurisprudência pátria, como já citamos alhures.

Ressalta-se que de qualquer forma o juiz será comunicado no prazo de 24 horas para que possa relaxar, se entender que a prisão esteja ilegal, ou ratificá-la, transformando em prisão preventiva e por tanto judicial. O modelo aqui proposto não fere o duplo controle jurídico defendido por Luiz Flávio Gomes:

---

<sup>10</sup>CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

[...] toda prisão em flagrante está subordinada a um duplo controle jurídico: do delegado de polícia e do juiz. Do delegado, por força do art. 304 e seus parágrafos do CPP. Do juiz, por força da Constituição (que diz que o juiz deve relaxar o flagrante quando ilegal – CF, art. 5º, LXV) assim como da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7, 5). Isso é o que o delegado de polícia no Rio de Janeiro, Ruchester Marreiros Barbosa, chama, com acerto, de “dupla cautelaridade como direito humano fundamental” (em sua tese, aliás, ele vai mais longe, defendendo que o delegado deveria ter poderes mais amplos na concessão da liberdade provisória). *De lege ferenda* não haveria impedimento de se autorizar a concessão de fiança ao delegado de polícia em outras situações, ampliando o direito vigente.

O delegado de polícia, como funcionalmente é parte integrante do poder jurídico de controle, é o primeiro controlador da prisão em flagrante. Sendo ilegal, deve liberar o preso. É o que diz o art. 304 do CPP: “Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto”.<sup>11</sup>

O procedimento ora proposto ficaria desta forma:

- 1) Qualquer um do povo prende em flagrante alguém cometendo um crime;
- 2) Apenas o policial (civil ou militar) pode conduzir o flagranteado à autoridade policial (Delegado de Polícia);
- 3) O Auto de Prisão em Flagrante é Lavrado garantindo-se a ampla defesa e o contraditório por meio de defensor constituído, dativo ou público;
- 4) O delegado analisa todas as possibilidades materiais e processuais, podendo ratificar ou não a prisão e caso ratifique tomar uma das atitudes:
  - a) Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III);
  - b) Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319);
  - c) Entendendo que a prisão deve ser mantida, encaminha em 24 horas os Autos ao Juiz e ao Ministério Público;
- 5) O magistrado analisa os Autos ratificando ou não o APFD. Caso ratifique a prisão será transformada em preventiva; caso não ratifique providenciará o alvará de soltura do réu com ou sem fiança ou outra medida cautelar.

O delegado de polícia está intimamente ligado com todo o procedimento, realizou a oitiva de vítimas, testemunhas e do próprio conduzido. Possui conhecimento de Direito Penal, Processo Penal e de Direitos Humanos. Desde que o mesmo possua a integridade de

---

<sup>11</sup>GOMES, Luiz Flavio. *Nucci, como juiz, rasgou a Convenção Americana*. Jus Brasil. Disponível em <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/261218210/nucci-como-juiz-rasgou-a-convencao-americana> Acesso em 22/02/2016.

analisar honestamente o caso apresentado, não há porque levar o conduzido à presença do juiz antes de sua audiência de julgamento.

O maior desafio deste modelo encontra-se na imagem do Delegado de Polícia perante a sociedade e como ele mesmo se vê. O bom delegado é aquele que prende mais? Atente-se à continuação do texto de Jesus Trindade Barreto Júnior postado anteriormente:

Mas também se verifica que esta mudança de imagem não é um fator isolado, ela não existe fora dos embates mais profundos que afetam o circuito existente entre o paradigma persecutório e o paradigma da mediação de conflito. Este circuito é, sim, o espaço de disputas acirradas, de saberes em confronto mas que, em contraponto, é também o espaço de uma “crise” muito fértil para o aprendizado do policial no mundo contemporâneo. A análise das respostas aos questionários ressaltou a ambigüidade que compõe o campo da investigação criminal. Nele se confrontam modalidades de saberes que se referem aos dois paradigmas. A estrutura apresentada a partir da classificação das categorias analíticas mostra que não há possibilidade de radicalizações em torno de um ou de outro. Na maior parte dos cálculos os valores médios predominam. Mas não é só isto. Há, com muita frequência, a hibridização de princípios. Dito de outra forma, um mesmo policial, de qualquer uma das carreiras pode, em certas circunstâncias, atuar sob a influência de elementos tanto do paradigma persecutório quanto do paradigma mediador. Isto não lhe causa perturbação, provavelmente porque esses movimentos não são propriamente voluntários e empreendidos de forma estrategicamente orgânica.<sup>12</sup>

Podemos ver que há determinada “crise” de identidade do policial como o pesquisador citado se refere, benéfica ao aprendizado. Se desta crise se revelar uma autoridade policial voltada ao trato com o cidadão, nossa proposta se torna totalmente viável.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o material até então disponível a respeito da Audiência de Custódia, ao contrário dos Doutrinadores Internacionais que comemoram de forma sincera a implementação de um Direito Humano há muito negligenciado, os órgãos superiores do Judiciário, bem como o Tribunal de Justiça de São Paulo demonstram argumentos utilitaristas, no que tange a diminuição da população carcerária. A nosso ver, a audiência de custódia parece ter sido idealizada para que de alguma forma se obrigue ao juiz realmente analisar a prisão em flagrante, ao contrário de simplesmente ratificar o pedido do Ministério Público ou da Autoridade Policial.

---

<sup>12</sup>JÚNIOR, Jesus Trindade Barreto. *Pedagogia da mediação de conflitos versus razão persecutória: uma discussão sobre a lógica, o ethos e as perspectivas emancipatórias do policial de investigação criminal em Minas Gerais*. Belo Horizonte: UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU – MESTRADO, 2009, p.167.

O magistrado que tem alguém em sua frente deverá dar uma resposta ao conduzido, ouvindo, além da acusação, a defesa. Isso certamente fará cair o número de presos no Brasil, como já indicam os locais onde tal audiência foi implantada.

Porém se o direito de ser ouvido diretamente por um juiz é um Direito Humano previsto na CADH, deve-se providenciar para que seja um projeto em todo o país, em cidades sem comarcas, durante plantões judiciais em toda situação em que houver alguém preso, detido ou retido, conforme texto da própria Convenção. O que podemos presenciar até o momento é que a solução encontrada, que é a audiência de custódia ser feita de forma remota (*on line*) não consegue atender à grande demanda ainda perpassando o prazo de vinte e quatro horas, principalmente nos finais de semana.

Este trabalho pretendeu lançar um olhar diferenciado e expor um ponto de vista que ainda deve ser melhorado a fim de se garantir a melhor aplicação deste importante Tratado de Direitos Humanos. Espera-se da comunidade científica críticas com o intuito de melhoria do sistema ou, não sendo viável, que apresente objeções e novas propostas, pois se a audiência de custódia se demonstrar inviável por motivos logísticos ou operacionais, havemos de estar preparados para garantir a aplicação da CADH e barrar um possível retrocesso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A Teoriadoordenamentojurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Brasília, DF: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Brasília, DF: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 07 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Brasília, DF: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm)>. Acesso em: 07 jan. 2015.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 4ª Edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

\_\_\_\_\_. Nucci, como juiz, rasgou a Convenção Americana. Jus Brasil. Disponível em <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/261218210/nucci-como-juiz-rasgou-a-convencao-americana> Acesso em 22/02/2016.

BARRETO JÚNIOR, Jesus Trindade. *Pedagogia da mediação de conflitos versus razão persecutória: uma discussão sobre a lógica, o ethos e as perspectivas emancipatórias do policial de investigação criminal em Minas Gerais*. Belo Horizonte: UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU – MESTRADO, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 39, n. 154 (2002), p. 15-29

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. São José, Costa Rica: 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de inconstitucionalidade ADI 5240/SP voto do relator Min. Luiz Fux (2015).

\_\_\_\_\_. Súmula Vinculante nº 11, de 13 de agosto de 2008. Brasília, DF: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Súmula Vinculante nº 14, de 02 de fevereiro de 2009. Brasília, DF: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral 2.Ed.* São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.