

# A VIABILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL

## *THE FEASIBILITY OF THE CUSTODY HEARING CONDUCTED BY THE POLICE AUTHORITY*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.2.0003](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.2.0003)

**Matheus Miguel da Silva<sup>1</sup>**

 [0000-0002-3353-0791](https://orcid.org/0000-0002-3353-0791)

 <http://lattes.cnpq.br/0771021843466410>

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva demonstrar que a Autoridade Policial juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública seriam plenamente competentes para assegurar ao cidadão preso seus direitos concernentes ao ato da prisão, sem que haja afrontamento ao previsto nas Convenções das quais o Brasil tornou-se signatário. Utiliza-se como referencial teórico o Juspositivismo, haja vista a pesquisa estar cabalmente sustentada em lei, e como método de pesquisa, o hipotético-dedutivo, pelo presente trabalho demonstrar um problema e ao mesmo tempo uma solução, que constitui resposta a esse problema. Objetiva-se demonstrar a inviabilidade da audiência de custódia realizada pela autoridade

.....  
<sup>1</sup> - Licenciado/Bacharelado em Educação Física pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR;  
- Bacharel em Direito pelo Centro de Estudo Superior de Apucarana - FACNOPAR/CESA (2018);  
- Pós-Graduado em Gestão em Segurança Pública pela Faculdade Verbo Educacional - VERBOEDU (2018);  
- Pós-Graduado em Docência do Curso Superior pela Universidade Norte do Paraná (2020);  
- Pós-Graduado em Penal e Processo Penal pela União Brasileira de Faculdades - UNIBF (2021);  
- Pós-Graduando em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, em parceria com a Universidade Estadual de Londrina - UEL, e Escola de Gestão do Paraná (2020);  
- Pós-Graduando em Reabilitação Cardiopulmonar pela União Brasileira de Faculdades - UNIBF (2021);  
- Pós-Graduando em Treinamento Especializado e Funcional para Corrida pela União Brasileira de Faculdades - UNIBF (2021)

Email: matheus457@hotmail.com

judicial e a possibilidade dessa audiência de apresentação do preso ser presidida pela autoridade policial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Audiência de custódia. Autoridade judicial. Autoridade policial. Prisão. Flagrante.

**ABSTRACT:** It aims to demonstrate that the Police Authority together with the Public Prosecutor's Office and the Public Defender would be fully competent to ensure the citizen arrested his rights concerning the act of arrest, without affront to the provisions of the Conventions of which Brazil has become a signatory. The Juspositivism is used as a theoretical reference, since the research is fully supported by law, and the hypothetical-deductive research method, because this work demonstrates a problem and at the same time a solution, an answer to this problem. It aims to demonstrate the unfeasibility of the custody hearing held by the judicial authority, and the possibility of this presentation hearing of the prisoner to be chaired by the police authority.

**KEYWORDS:** Custody hearing; Judicial authority; Police authority; Prison; Flagrant.

## INTRODUÇÃO

A audiência de custódia diz respeito ao direito de toda pessoa presa em flagrante ser levada pessoalmente e sem demora à presença da autoridade judicial para a avaliação da legalidade ou da necessidade de manutenção dessa prisão.

Com base no transtorno operacional que vem ocorrendo no Poder Judiciário por conta da realização da audiência de custódia, e levando em consideração a competência da autoridade policial em praticar determinados atos quando da prisão em flagrante de qualquer pessoa, busca-se demonstrar que o Delegado de Polícia é legítimo para presidir os atos da audiência, acompanhado pelo órgão do Ministério Público, que trabalha como “*custos legis*”, e da Defensoria Pública ou Defensor consuído, partes responsáveis por assistir os direitos do preso.

Faz-se importante o estudo desse tema para demonstrar a vantagem do desembaraço administrativo caso seja realizada a audiência de apresentação pela autoridade policial. Em consequência da morosidade

de respostas dadas pelo Poder Judiciário na seara criminal, faz-se necessário criar um mecanismo diverso do que recentemente se adota para que se descentralize o que for possível em razão da competência jurisdicional. Para isso é necessária a aplicação de procedimentos diversos aos já existentes que façam com que a engrenagem jurídica se torne cada vez mais satisfatória, ou seja, retirar a atribuição da autoridade judicial e remetê-la à autoridade policial, ação essa que, momento algum, retira do Juiz a competência de observar os atos concernentes à prisão, mas sim, descentra e o desafoga de funções que possam facilmente ser atribuídas ao Delegado de Polícia.

Observa-se no decorrer do presente trabalho o propósito em demonstrar que os atos praticados pelo Juiz durante a realização da audiência de apresentação do preso podem ser praticados por autoridade diversa da judicial. No caso em questão, a autoridade policial, sem que haja qualquer tipo de prejuízo aos direitos e garantias da pessoa presa.

Como método científico, utiliza-se o hipotético-dedutivo, haja vista o presente trabalho demonstrar um problema e ao mesmo tempo uma solução, uma resposta a esse problema, ou seja, trata-se o tema propriamente dito: a realização da audiência de custódia pela autoridade judicial é inviável e a solução para tanto seria a transferência dessa competência para a autoridade policial.

Vale ainda ressaltar que se utiliza como referencial teórico para elaboração do presente trabalho o Juspositivismo, haja vista a pesquisa e as demonstrações via referências bibliográficas serem predominantemente baseadas e alicerçadas em Lei, no ordenamento jurídico pátrio e em legislações internacionais atinentes ao tema.

No decorrer do trabalho, será denotado o instituto da audiência de custódia e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, explicando os seus objetivos e levando ao desígnio da inviabilidade

da realização dessa audiência pela autoridade judicial, evidenciando ainda a competência da realização da audiência de apresentação pela autoridade policial, assistida por órgãos garantidores de direitos, tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

## 1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça junto com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo implantaram no Brasil – através da prática de audiências presenciais nas sedes das Varas Criminais do referido Tribunal de Justiça, cuja presença do acusado é indispensável – a audiência de custódia, que concerne ao direito de toda pessoa presa em flagrante ser levada pessoalmente e sem demora à presença da autoridade judicial para a avaliação da legalidade ou da necessidade/manutenção da prisão.

Tal instituto encontra-se tipificado em ordenamentos jurídicos esparsos à legislação brasileira tal como o Pacto de San José da Costa Rica (COSTA RICA, 1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992), tratados estes que são colocados em um *status* hierárquico supralegal em relação as normas brasileiras, tendo em vista tratarem sobre matéria de Direitos Humanos, orientação esta imposta pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conforme previsão do artigo 5º, §3º da Constituição Federal:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. (BRASIL, 1988)

Capez (2016, p. 333) aclara que a audiência de custódia é o direito de o preso em flagrante ser levado, pessoalmente, e sem demora, à presença da autoridade judicial competente para avaliar a legalidade ou necessidade de sua prisão.

Apesar de atual, o assunto já é motivo de litígio doutrinário e jurisprudencial, visto que autoridades pré-processuais, sendo a autoridade policial, na figura do Delegado de Polícia, e a autoridade judicial, na figura do Juiz, discordam no tocante a quem poderia realizar a referida audiência de modo a assegurar os direitos e garantias de toda pessoa presa ou detida.

Conceitua-se a finalidade da audiência de custódia:

À luz do que dispõe o Conselho Nacional de Justiça e inúmeros defensores da debatida Audiência de Custódia a sua finalidade é assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública, através da garantia da presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. (SILVA, 2018)

Conforme prenunciado na resolução 213/2015 (BRASIL, 2015) do Conselho Nacional de Justiça, a competência para presidir a audiência de custódia é do Magistrado, por entender que a autoridade competente no país para tanto é a judicial. Não obstante, interessa ressaltar que no ordenamento jurídico interno persiste a figura da autoridade policial, reputada à figura do Delegado de Polícia, sendo essa a primeira garantidora dos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão preso.

Hoffmann (2017, p. 191) alude que a autoridade não precisa ser jurisdicional, podendo perfeitamente ser administrativa. Pudesse apenas o Juiz presidir a audiência de apresentação do preso, a redação

do tratado internacional teria parado na “presença de um Juiz”, sem prosseguir dizendo que poderia ser realizada por “outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

Em meio às discussões de competência em relação à realização da audiência de custódia, tais atos vêm sendo realizados de maneira distinta entre as unidades federativas. Muito embora haja a resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015), inexistente previsão legal superior à resolução que submeta os Tribunais de Justiça a atos uniformes na efetuação da audiência de apresentação.

## **1.1. INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Brasil viu-se propenso à implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico interno, tendo em vista a exortação dos tratados internacionais dos quais o país se tornou signatário. Tal previsão induziu o Brasil a implantar a audiência de custódia, conforme previsão legal na Convenção Americana de Direitos Humanos, reputada como Pacto de São José da Costa Rica (1969):

Art. 7.5 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.

Nesse mesmo aspecto, rege o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992):

Artigo 9º, Inciso III: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

As supracitadas previsões legais, as quais ostentam um *status* jurídico supralegal em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme já demonstrado no trabalho, levaram à implantação da audiência de custódia, ou audiência de apresentação.

A regulamentação de todos os dispositivos das convenções que preveem tal instituto foi feita mediante provimento conjunto n. 3/2015, da Corregedoria Geral de Justiça e do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, estado esse pioneiro no Brasil na realização das audiências de custódias.

Acontece que toda essa regulamentação exposta foi questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5.240 de São Paulo (BRASIL, 2015a), elaborada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) e na qual se indaga a legalidade de regulamentação do tema por provimento.

Capez (2016, p. 334) explica que o procedimento apenas disciplinou normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico, já que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do Juiz está previsto na Convenção Americana dos Direitos do Homem, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal

Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) redigiu a resolução N° 213 de 15/12/2015 (BRASIL, 2015b), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Para a elaboração da resolução, o órgão considera as legislações vigentes das quais o Brasil se tornou signatário, as necessidades existentes no sistema penitenciário brasileiro, e, em especial, considera a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015c), consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente. Por fim, levou em consideração a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015), declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

O que vai na contramão do já previsto no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o preso já é conduzido à presença de uma autoridade, sendo essa a policial, e seu flagrante é levado ao conhecimento da autoridade judicial no prazo de 24 horas a contar da prisão conforme artigo 306, §1° do Código de Processo Penal Brasileiro.

Polastri (2016, p. 905) explana que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria, ainda mais o fazendo através de via administrativa como está sendo no Brasil, no caso em tela, a via implantada pelo Conselho Nacional de Justiça. Explica ainda que a normatização da audiência de custódia no Brasil deve ser feita por uma lei federal que determine qual o prazo seria razoável para a expressão “sem demora” prevista na resolução, inclusive estabelecendo normas quanto aos procedimentos da audiência de apresentação, evitando assim uma possível aplicação de

inconstitucionalidade aos atos e que o procedimento seja passível de impugnação.

Nessa seara, já tramita no Senado Federal o projeto de lei nº 554 de 2011, prevendo a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, dispondo que, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Projeto de lei desnecessário levando em consideração o modelo processual penal brasileiro. Ora, se na contemporaneidade o Magistrado toma conhecimento dentro das 24 horas acerca da prisão em flagrante de uma pessoa, qual a importância de levar à presença da autoridade judicial o conduzido para análise dos fatos da prisão sendo que, no momento desta, já foram analisados pela autoridade policial todos os elementos referentes aos direitos processuais e garantias fundamentais da pessoa presa?

Em outro campo, prevendo a eventualidade de que esta lei seja sancionada, e muito embora já tenha sido examinada e refutada pela Suprema Corte a possibilidade dessa audiência ser presidida pelo Delegado de Polícia, deveria ser polemizada pelo Congresso Nacional novamente a possibilidade da condução da audiência de apresentação da pessoa presa pela autoridade policial, prática essa que não afastava em nada a aplicação do direito processual brasileiro desde seu advento.

Nucci (2015) constata que o sistema processual do Brasil, vigente há mais de 70 anos, adotou o critério de apresentar o preso ao Delegado, para, na sequência (24 horas), ser avaliado o auto de prisão em flagrante

por Magistrado togado. E mesmo sendo realizado dessa maneira o envio da informação ao Juiz acerca da prisão em flagrante de alguma pessoa, esse sistema nunca se revelou causa ou fundamento de desrespeito aos direitos humanos, tanto assim que os comentadores da Convenção Americana dos Direitos Humanos jamais o destacaram, condenando ou sequer indagando o Estado brasileiro do porquê de não se adotar a audiência de custódia.

E, nesse confuso sistema processual em que se encontra o Brasil com a inserção da audiência de apresentação e a omissão de legislação específica superior ao ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça em relação a esse instituto, é que se busca incansavelmente o revide se vale a pena, ou não, a condução da audiência pela autoridade judicial e não pela autoridade policial.

## **1.2. OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

A audiência de custódia tem como objetivo analisar a legalidade ou necessidade da manutenção da prisão em flagrante de qualquer pessoa que se encontre nessa condição. Inegável é que o principal objetivo da audiência de custódia é tão somente a verificação do cometimento de abuso policial, haja vista que, no Brasil, ainda se segue o rito de que, após a prisão em flagrante de qualquer pessoa, esta deve ser apresentada imediatamente à figura da autoridade policial, se não for essa a autoridade aquela que efetuou a prisão. Ato esse que sempre gerou uma incredulidade por parte da sociedade e do Estado em relação à obediência dos direitos fundamentais e à garantia da dignidade da pessoa humana no momento da prisão do indivíduo.

Oliveira (2016, p. 549) explica que a audiência se destina tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva, não analisando fatos referentes ao mérito da prisão em si. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca dos motivos que ensejaram a prisão, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais como, por exemplo, família, emprego e demais informações subjetivas do conduzido.

O Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015b), na forma da sua resolução de número 213, também orienta que na realização da audiência de custódia deverá o Juiz, durante a audiência, analisar a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Oliveira (2017, p. 555) alude que, quanto ao procedimento na realização da citada audiência de custódia, deve-se atentar que não se trata de uma antecipação do interrogatório, mais ainda, que não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita.

Nota-se que é coesa a interpretação da doutrina em relação aos objetivos propostos para audiência de custódia. A realidade é que a referida audiência tem um cunho defensivo em relação à legalidade da prisão, o que nitidamente poderia ser feito por qualquer outra autoridade renomada dentro do Estado, qual seja, a autoridade policial, Delegado de Polícia, assunto esse abordado oportunamente.

Acontece que os objetivos propostos para a audiência de apresentação não mudam muita coisa ao procedimento que o Brasil sempre adotou, quando se refere à apresentação de pessoa presa à autoridade judicial. Em verdade, a diferença ficou por conta da presença do preso perante o Juiz. Desde a existência do modelo processual brasileiro, o preso é apresentado imediatamente a uma autoridade, renomada como policial, e dentro de um prazo razoável de 24 horas definido em lei, a autoridade judicial toma conhecimento da prisão da pessoa bem como todas as circunstâncias relacionadas ao ato e motivo da prisão com base na previsão do artigo 306 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, Hoffmann (2017, p. 191) destaca que a autoridade policial deve ter o poder de colocar o preso em liberdade em casos de ilegalidade, missão essa que cabe também ao Delegado de Polícia, além do Juiz. Deixa claro que em algumas situações cabe somente ao Juiz, e de maneira irrestrita, a colocação em liberdade de prisões ilegais. Todavia, o norte da audiência de custódia é quanto a prisões ilegais e arbitrárias, análises essas que levam a crer que o primeiro contato, ainda no calor dos fatos, é com o Delegado de Polícia, sendo essa a autoridade que pode e deve colocar em liberdade o indivíduo preso ilegalmente (artigo 304, §1º do Código de Processo Penal).

Porquanto, cumprir os objetivos propostos pelo Conselho Nacional de Justiça é o que remanesce aos Tribunais de Justiça dos estados. Embora existam precedentes de que a ausência da realização da audiência não enseja ilegalidade na prisão, é obrigação a realização da audiência de apresentação nos expedientes forenses. Muito embora haja omissões em relação às realizações da audiência, tais como a não apresentação de conduzidos por cumprimento de ordens judiciais,

menores infratores apreendidos e a não apresentação do preso em flagrante no prazo de até 24 horas, deverá ao menos ser efetuada nos moldes previstos na resolução do Conselho Nacional de Justiça da maneira como for conveniente, até a imposição de uma lei maior que versa sobre essa matéria.

## **2. A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM SEDE POLICIAL**

Considerando a possibilidade de ser realizada em âmbito de sede policial, pode ser denominada de audiência ou de qualquer outra maneira que represente uma convenção de autoridades que fazem parte do ciclo processual, importando aqui analisar e garantir que a prisão da pessoa aconteceu conforme regem os princípios e garantias fundamentais de todo cidadão.

Nesse modelo, a Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro (2016) instituiu a Central de Garantias na Cidade da Polícia, um sistema que permite maior agilidade em situações flagranciais, ampliando o sistema de acesso à defesa pela pessoa presa, além de otimizar o emprego de efetivo policial durante todo o ato de lavratura de flagrante. Mais importante, a segurança para os policiais e comunidades vizinhas dos estabelecimentos prisionais, quando da prisão de indivíduos de elevada periculosidade, tendo em vista não sair com esse preso da sede policial para encaminhamento ao Fórum.

Em análise ao sistema adotado pela Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro, nota-se que é perfeitamente possível a realização da audiência de apresentação em sede policial, evitando assim cumular a autoridade judicial com atribuições desnecessárias, uma vez que o Brasil

jamais deixou de tomar as posturas especificadas pelas Convenções Internacionais em que se tornou signatário, tal como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969), no tocante à apresentação da informação ao Juízo competente de todo cidadão preso em flagrante delito.

Antes mesmo da implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, todo preso em flagrante era imediatamente apresentado a autoridade policial para análise da prisão em flagrante, que remetia ao Juiz no prazo de até 24 horas o auto de prisão em flagrante, para este analisar sobre a manutenção da prisão ou a concessão da liberdade provisória diferente da que a autoridade policial poderia conceder.

Para Hoffmann (2017), significa dizer que o ordenamento jurídico brasileiro em momento algum infringiu a Convenção Internacional que prevê a audiência de custódia, tendo em vista que toda pessoa presa é apresentada ao Delegado de Polícia (artigo 304 do CPP), autoridade essa responsável pela primeira análise acerca da legalidade da prisão e pela observância aos direitos e garantias fundamentais do preso, cabendo em seguida ao Juiz realizar novo filtro da análise da prisão e ainda definir se é o caso da manutenção ou não da prisão.

A título de explanação, a realização de audiência de custódia no estado do Paraná, entre o período de 31 julho de 2015 a 30 de junho de 2017, resultou em 23.558 audiências de custódias realizadas, sendo 13.604 prisões convertidas em preventiva, 9.954 concessões de liberdade provisória, 1.074 encaminhamentos para o serviço social e 352 audiências (1%) em que houve alegações por parte do conduzido de violência no ato da prisão. (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

Os números só reforçam o objetivo do presente trabalho uma vez que se não houvesse as audiências de custódia, da mesma maneira, seriam convertidas tais prisões em preventiva ou temporária, da mesma maneira seriam concedidas as liberdades provisórias, até mesmo porque é um dever do Juiz, quando receber o auto de prisão em flagrante enviado pela autoridade policial no prazo de até 24 horas, analisar a respeito da prisão em flagrante.

Nota-se o número ínfimo de prisões em que houve alegações de violência no momento da prisão, demonstrando a desnecessidade da realização da audiência de apresentação para a análise pessoal do Juiz acerca da ilegalidade nos atos da prisão.

Tudo isso remete ao fato de que para desembaraçar o Poder Judiciário brasileiro, que por ora está abarrotado de atribuições e de conflitos a serem solucionados, a audiência de apresentação poderia devidamente ser realizada no âmbito da Delegacia de Polícia e no momento imediatamente posterior à prisão, o que tornaria ainda mais segura a garantia de que o preso não sofreria qualquer abuso durante os procedimentos da autoridade policial, uma vez que estariam presentes o Ministério Público e a Defensoria Pública ou Defensor constituído nesse ato de apresentação.

A realização da apresentação do preso se daria de maneira mais breve, evitando o transporte do preso até o estabelecimento judicial, sendo analisado pela autoridade policial a legalidade dos atos da prisão, fiscalizado pela defesa e pelo Ministério Público, bem como analisado por esses órgãos antes do envio para a autoridade judicial do auto de prisão em flagrante, se é oportuno postular a liberdade provisória do conduzido bem como indicar ao Juízo qualquer outra medida cautelar diversa da prisão que beneficiaria o conduzido, tornando cooperativo

o trabalho entre os entes processuais responsáveis pela condução e direcionamento dessa prisão.

Ressalta Barbosa (2016) que o Delegado de Polícia exerce materialmente função judicial, uma vez que é competente para certos atos judiciais, tais como a concessão de liberdade provisória mediante fiança, e que existe uma decisão da Corte Internacional de Direitos Humanos no sentido de que essa função é inerente ao órgão que a lei autorize a decidir sobre a liberdade do capturado. Portanto, pode ser exercida por órgão administrativo, como, por exemplo, o Delegado de Polícia, e não somente pelo órgão estritamente judicial, o contrário disso viola Direitos Humanos, a limitação da liberdade pelo Delegado de Polícia.

Além do embaraço administrativo que vem acontecendo no âmbito das Polícias Cíveis e do Poder Judiciário, uma vez que é necessário o emprego de um efetivo próprio para trabalhar com as audiências de custódia, e da possibilidade da realização dessa audiência pelas autoridades policiais, destaca-se a periculosidade em relação ao transporte de toda pessoa presa do estabelecimento prisional ao Fórum para os envolvidos nessa operação, bem como terceiros, em um eventual resgate. Além de desprender efetivo policial que poderia estar exercendo suas funções constitucionais, está colocando em risco a integridade física de pessoas alheias ao teatro da audiência, sendo que isso poderia ser evitado pela realização desta apresentação em sede policial.

Rege o manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia, CNJ (2020), que, no período que antecede e sucede as audiências, bem como durante sua realização, é necessário cuidar para que sejam

asseguradas as garantias básicas e fornecidos insumos emergenciais às pessoas custodiadas.

Com a condução dos atos da audiência de apresentação pelo Delegado de Polícia, autoridade essa conhecedora dos direitos e do fato em si que ensejou a prisão em flagrante, em conjunto com a observância do Ministério Público e Defensoria Pública, ou até mesmo Defensor constituído, não há que se dizer que estariam sendo lesados direitos da pessoa presa, bem como induzir que o ordenamento jurídico brasileiro não estaria cumprindo as previsões legais de Tratados Internacionais.

## **2.1. ATRIBUIÇÕES DA AUTORIDADE POLICIAL**

Quando da prisão em flagrante, o conduzido é apresentado imediatamente a autoridade policial, é esta que tem a atribuição de ratificar a prisão e lavrar o auto de prisão em flagrante. Nota-se que alguns atos possíveis de serem praticados pela autoridade policial são análogos aos atos praticados pela autoridade judicial.

Sannini (2015) explana que se encontram em nosso ordenamento jurídico diversas funções atribuídas à autoridade policial, mas que, em regra, são de competência do Juiz, como a decretação da prisão em flagrante delito, a concessão de liberdade provisória mediante fiança, a expedição de mandado de condução coercitiva, dentre outras competências congêneres. Diferentemente de outros países que não contam com a figura do Delegado de Polícia, nosso sistema Processual Penal dispõe de uma autoridade com formação jurídica na condução da fase pré-processual da persecução penal, o que, sem dúvida, constitui um enorme avanço em comparação com outros sistemas.

Dito isto, passa-se a explicar os atos praticados pela autoridade policial na lavratura do flagrante, e a perceber que os direitos inerentes ao preso são garantidos por essa autoridade sem que haja qualquer violação de norma Constitucional ou Infraconstitucional.

Quando uma pessoa é detida e levada à presença da autoridade policial, cabe a esta, após ouvidas as partes, sejam elas o condutor do detido, testemunhas, se houver, e por último o próprio conduzido, analisar se há elementos que conformem sua convicção e caracterizem a ratificação da prisão em flagrante, conforme previsão do artigo 304 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Outrora, o fato de a autoridade policial entender que não há flagrante delito no ato praticado pelo conduzido não imporá em relaxamento da prisão em flagrante, uma vez que a pessoa está somente detida e não presa.

Essa primeira análise da autoridade policial manifestará sobre a tipicidade formal da conduta por ora praticada pelo agente, sendo o Delegado de Polícia o primeiro agente a verificar se a conduta é típica ou não, ou se nesta caberá alguns dos institutos de excludente de antijuridicidade.

Nesse aspecto, Greco Filho (2015, p. 316) explica que nesse momento a autoridade policial deve analisar e decidir se é o caso ou não de flagrante, porque a prisão pode não ter sido realizada dentro das hipóteses legais. Caso isso não tenha ocorrido, deverá liberar o detido.

Posterior a isso, caberá à autoridade policial comunicar à autoridade judicial, qual seja o Juiz, bem como ao Ministério Público, ao Advogado e à família do preso, informando o local onde este se encontra detido, conforme previsto no artigo 306 do Código de Processo Penal. Tal ação realizada pela autoridade policial denota que são cumpridos todos os requisitos formais e de garantias da lei que rodeiam a pessoa do

conduzido, não dando lacuna para se falar em ilegalidade da prisão por parte da autoridade policial.

Oportunamente, deve se destacar que há dois momentos distintos em que a autoridade policial deverá comunicar ao Juiz o fato da prisão do agente, conforme previsão do artigo 306 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941): a prisão de qualquer pessoa e o local onde ela se encontra deverão ser comunicadas imediatamente ao Juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, ato este que é um direito do preso e um dever do Delegado de Polícia, e, noutro momento, após encerrado todo o ato formal da lavratura do flagrante delito, deverá a autoridade policial remeter o auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial no prazo de 24 horas para que esta decida fundamentadamente a atitude a ser tomada em relação àquela prisão, conforme previsão legal no Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente - Relaxar a prisão ilegal; ou II - Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1941)

Ato este que, uma vez não cumprido, resultará em sanções à autoridade policial:

O desrespeito à formalidade de entrega do auto de prisão em flagrante, no prazo de até vinte e quatro horas da prisão, à autoridade competente, não provoca, por si só, o relaxamento da prisão, se estiverem preenchidos os requisitos formais e materiais, embora possa caracterizar crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, art. 4o, c), e infração administrativa disciplinar. Nesse sentido, inclusive, há antigo julgado do Superior Tribunal de Justiça: “A Constituição da República,

dentre as garantias individuais, registra o direito de a prisão ser comunicada ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII). A inobservância é idônea para ilícito administrativo. Por si só, entretanto, não prejudica a validade da investigação. (CAPEZ, 2015, p. 329)

Ainda como garantia de que o conduzido terá respeitado todos os direitos que a ele concernem, cabe ainda à autoridade policial remeter o auto de prisão em flagrante também à Defensoria Pública, ato este praticado quando o preso não tiver constituído Defensor em até 24 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 (artigo 306, §1º do Código de Processo Penal).

Capez (2015, p. 330) esclarece que a autoridade policial, verificando que se trata de crime afiançável, poderá conceder fiança no valor de 1 a 100 salários mínimos, nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, tendo em vista que acima dessa previsão, pena máxima superior a quatro anos, só o Juiz pode fixar, sendo o valor de 10 a 200 salários mínimos.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro trata que ninguém mais poderá ser mantido preso em flagrante delito, que essa prisão deverá ser convolada em prisão temporária ou preventiva, não se admitindo mais a manutenção da prisão do agente somente por conta do flagrante. Caso não seja nenhuma dessas modalidades, deverá a autoridade judiciária conceder a liberdade provisória.

Nesse sentido, Capez (2015, p. 331) explica que a partir da nova redação do art. 310, em seu inciso II, a prisão em flagrante, ao que parece, perdeu seu caráter de prisão provisória, tendo em vista que ninguém

mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante, ou o Juiz converte o flagrante em preventiva, ou concede a liberdade provisória ou por relaxamento em decorrência de vício formal. A prisão em flagrante, portanto, mais se assemelha a uma detenção cautelar provisória pelo prazo máximo de vinte e quatro horas, até que o Juiz decida pela sua conversão em prisão preventiva ou não.

Contudo caberá também à autoridade policial, dentre algumas hipóteses, conceder o relaxamento da prisão em flagrante, como por exemplo no caso de o Delegado de Polícia lavrar o auto de prisão em flagrante de um crime de ação pública condicionada à representação, e, após isso, o indivíduo retratar-se. Nesse sentido:

É o caso de um crime de ação penal pública condicionada a representação, em que o ofendido se retrata após a lavratura do auto. A prisão tornou-se ilegal e, desde logo, pode ser relaxada pela própria autoridade policial, na medida em que sua comunicação ao juiz retardaria ainda mais a soltura de alguém que não mais deve permanecer preso. (CAPEZ, 2015, p. 332)

Também há outras situações em que, após toda a formalidade da prisão em flagrante, chega ao conhecimento da autoridade policial qualquer prática abusiva que leva ao relaxamento da prisão em flagrante. Ou ainda que, com o início das oitivas, ouvidas as testemunhas, vítima e principalmente o ofendido, se o Delegado de Polícia se convencer de que há elementos que levam ao entendimento de que aquele que está sendo ouvido na condição de autor do cometimento de um crime assim não o fez, deverá a autoridade policial relaxar esse flagrante, determinando a soltura dessa pessoa.

Nesse sentido, Nucci (2016, p. 557) lembra que a autoridade policial, quando se inteira do que houve e acreditando haver hipótese

de flagrância, inicia a lavratura do auto de prisão em flagrante, porém, excepcionalmente, pode ocorrer a situação descrita no § 1.º do art. 304, do código de processo penal (BRASIL, 1941). Conforme o auto de prisão em flagrante vai se desenvolvendo, com a colheita formal dos depoimentos e etc., observando a autoridade policial que a pessoa presa não é aparentemente culpada, deverá essa autoridade relaxar o flagrante. Ou seja, afastada a autoria, tendo sido constatado o erro, não recolhe o sujeito, determinando o Delegado de Polícia a soltura do indivíduo preso. Sendo essa a excepcional hipótese de se admitir que a autoridade policial relaxe a prisão. Ao proceder desse modo, não necessariamente deve dar voz de prisão ao condutor da pessoa presa, tendo em vista que ele também possa ter se equivocado no momento da prisão.

Quando do acontecimento com base ao supracitado, será pertinente a autoridade policial instaurar o Inquérito Policial para a análise pormenorizada de todas as circunstâncias da prisão, e verificar de maneira certa se houve ou não cometimento de qualquer infração penal por parte do conduzido.

Para Pereira (1997), o Delegado de Polícia pode e deve relaxar a prisão em flagrante com base no previsto no art. 304, § 1º do Código de processo penal (BRASIL, 1941), interpretado a *contrário sensu*, correspondente ao primeiro contraste de legalidade obrigatório quando não estiverem presentes algumas condições somente passíveis de verificação ao final da formalização do auto de prisão em flagrante, como a exemplo o convencimento, pela prova testemunhal colhida, de que o preso não é o autor do delito, ou ainda se chegar à conclusão de que o fato é atípico.

Nucci (2016, p. 557) lembra que atualmente prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de ser admissível o uso do

princípio da insignificância como meio para afastar a tipicidade. Aclara ainda que se o Delegado de Polícia é o primeiro analista do fato típico, sendo Bacharel em Direito, concursado, e tem perfeita autonomia para deixar de lavrar a prisão em flagrante se constatar a insignificância do fato, ou, se já deu início à lavratura do auto, pode deixar de recolher ao cárcere o detido, neste caso lavra a ocorrência e envia ao Juiz e ao Ministério Público para a avaliação final acerca da existência ou não da tipicidade.

Ratificando então o objetivo de que a autoridade policial tem elementos suficientes para conduzir a audiência de apresentação – tendo em vista diversos mecanismos atribuídos a ela para a garantia dos direitos de toda pessoa presa, detida ou retida pelos agentes da autoridade – com vistas a pedidos de convalidação de prisão em flagrante em outras modalidades de prisão, e essa autoridade policial, acompanhada de demais autoridades que zelam pelos direitos do preso, analisar se é o caso de pleitear a liberdade provisória à autoridade judicial ou se esta pode ser feita pelo Delegado de Polícia no recebimento do flagrante.

## **2.2. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA**

A atuação dos órgãos responsáveis pela salvaguarda dos direitos das pessoas e, mais precisamente, do preso, é de fundamental importância para a realização da audiência de apresentação fora do âmbito judiciário, tendo em vista a descrença que a sociedade, o Poder Judiciário e demais órgãos depositam nas autoridades policiais e seus agentes quando se trata da prisão de qualquer pessoa.

Nada mais é do que uma personalidade social criada por um contexto histórico, em que as pessoas reputavam a Polícia como sendo opressora e devastadora de direitos e garantias do cidadão preso.

Nesse sentido, apresenta-se como plano de realização da audiência de custódia em sede de autoridade policial a efetuação da apresentação do preso na presença do Delegado de Polícia, Ministério Público enquanto fiscal da lei e da Defensoria Pública ou do Defensor constituído pelo conduzido como vigia das garantias dessa pessoa.

O Ministério Público, que tem como missão constitucional a defesa dos direitos das instituições e das pessoas, mencionada na Magna Carta:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988)

Nota-se que a garantia dos direitos individuais indisponíveis é competência do Ministério Público, sendo o Promotor de Justiça, durante a realização da audiência de custódia em sede policial, o observador desses direitos de modo a prevenir e combater essa prática, quando, por exemplo, da privação do direito de ir e vir de uma pessoa presa e quando houver lesão a garantia da integridade física e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Rangel (2016, p. 128) explica que, para se ter um fim e impedir-se o uso abusivo do poder com a necessidade de se garantir um processo penal justo, alcança-se um único resultado, sendo este o primado da justiça e da ordem. Nesse caso, tem que se exigir do Estado a atuação eficaz do Direito Penal, punir notavelmente aquele que se comportou de forma contrária dentro do seio da comunidade.

Nasce a pretensão acusatória estatal que deverá ser exercida, em regra, por um órgão isento de qualquer sentimento que não o de justiça, e independente funcionalmente, sendo este única e exclusivamente o Ministério Público.

De outro lado, para também somar na defesa e garantia dos direitos do cidadão preso, retido, está a Defensoria Pública, órgão responsável pela orientação, garantia e defesa dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Paiva (2016, p. 127) explica que um pressuposto importante para compreender o papel do Defensor Público no processo penal diz respeito à internalização da atividade de defender o acusado, o que para muitos pode ser traumático, para outros, inaceitável, mas para alguns, libertador.

Ou seja, para o cidadão preso em flagrante delito que está sendo submetido a uma audiência cujo objetivo é definir as condições que podem ser impostas a ele, tais como a liberdade provisória ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão em regime fechado, e também fazer valer o direito em face ao cometimento de abuso no momento da prisão pelos agentes policiais, nada melhor do que ser acompanhado por um representante de uma instituição cujo objetivo é a defesa plena dos direitos do preso.

Paiva (2016, p. 127) conclui que existe a polícia para investigar, o Ministério Público para acusar e o Judiciário para julgar, ficando à Defensoria Pública o dever de defender o acusado, sendo assim, pode apontar a ela um atributo que não está presente na defesa criminal, que é a imparcialidade.

Uma vez que a Defensoria Pública ou até o mesmo o Defensor constituído é imparcial na execução da atividade de cautela dos direitos da pessoa presa, resta clara a finalidade deles em acompanhar, pleitear e certificar-se de que todos os direitos que rodeiam a pessoa do conduzido estão sendo garantidos durante a audiência de apresentação, mesmo sendo essa presidida pela autoridade policial, tendo em vista que, como sempre foi e continua sendo, dentro do prazo legal previsto no ordenamento jurídico interno, chegarão à autoridade judicial todas as informações e circunstâncias referentes à prisão da pessoa bem como as demandas, solicitações da defesa e do Ministério Público referentes aos objetivos propostos para a audiência de custódia conforme imposto pelo Conselho Nacional de Justiça na forma de sua resolução de número 213, para o ordenamento jurídico interno brasileiro.

### **3. INVIABILIDADE NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PELA AUTORIDADE JUDICIAL**

Dentre as atribuições concedidas ao Delegado de Polícia, nota-se que algumas são similares as que detêm as autoridades judiciais e, em virtude disso, é indubitável que a autoridade policial deve conduzir um auto de prisão em flagrante de maneira imparcial, buscando sempre, assim como no inquérito policial, a real verdade dos fatos, até mesmo porque não há interesse algum por parte do Delegado na fase processual, garantindo assim que até mesmo as provas e informações levantadas por essa autoridade dentro das investigações favoreçam tão somente o próprio investigado. Além do que, há que se falar da dependência funcional do Delegado de Polícia, inclusive no tocante a ser ele o primeiro garantidor dos direitos e garantias da pessoa presa.

Sannini (2015) explica que no momento da prisão em flagrante a autoridade policial deve analisar todo o contexto jurídico do fato, o que só pode ser feito por um agente com formação jurídica e atribuição específica para tanto, haja vista que diversos institutos influenciam na caracterização do crime, tais como tentativa, princípio da insignificância, causas excludentes da ilicitude, teoria da imputação objetiva, desistência voluntária, concurso de crimes, presunção de inocência, dentre outras análises jurídicas que podem e devem ser realizadas pelo Delegado de Polícia.

Nesse mesmo entendimento, encontra-se consolidada a matéria conforme percebe-se em decisão jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. Inicialmente, quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, 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. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, in concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante. (SÃO PAULO, 2015)

Nota-se, com o supracitado julgado, a coerência com a qual o Julgador aplica o direito ora previsto no ordenamento jurídico pátrio, deixando claro que uma vez que as partes conduzidas são apresentadas a uma Autoridade, no caso em tela, a Policial, não há que se falar em afronta à previsão de apresentá-las à autoridade irrestritamente judicial.

Numa avaliação das referidas citações, frise-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969), é notória a ausência de ferimento ao previsto nas Convenções Internacionais que preveem a realização da audiência de apresentação, uma vez que é mais garantido à pessoa ser detida e levada imediatamente à presença de uma autoridade renomada no país, sendo essa a autoridade policial do que ficar esperando 24 horas para ser levada à presença da autoridade judicial, ou até mais tempo, como rotineiro em algumas comarcas.

Acontece que o Delegado, como primeiro garantidor da lei, no tocante ao cometimento de algum crime, é também responsável por toda e qualquer análise de ilegalidade da prisão, desde subsumir a conduta à norma até a garantia de que o conduzido não sofrerá qualquer tipo de abuso policial, desde os agentes executores da prisão até a autoridade que conduz a prisão em flagrante do indivíduo.

Isso remete ao previsto no Pacto de San Jose da Costa Rica, uma vez que o artigo 7.5 rege que toda pessoa retida ou detida deve ser levada sem demora à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais, no caso em que se trata o presente assunto: a autoridade policial.

Hoffmann (2016) explica que julgados que apontam que outra autoridade diversa da judicial é competente para a realização da audiência de custódia analisaram sistemas jurídicos processuais de outros países, os quais utilizam-se de sistemas processuais cuja presença do Delegado de Polícia é dispensável. Diferentemente do Brasil, que possui a autoridade de Polícia Judiciária, cargo pertencente à carreira jurídica e responsável pelo primeiro controle de legalidade da investigação criminal, tendo ainda posteriormente a realização da análise jurídica acerca da prisão feita pela autoridade judicial.

Nota-se que, muito embora no Brasil já esteja consolidada a audiência de custódia, é notório o saber de que foi implantada de uma maneira imprudente, afoita, uma vez que quiseram cumprir o previsto nos Tratados e Convenções, mas deixaram de lado a análise de que, em outros países, não existe a figura de qualquer outra autoridade renomada a não ser a autoridade judicial. Restando evidente que no Brasil tal audiência poderia ser conduzida pela autoridade policial, acompanhada de representantes do Ministério Público, enquanto garantidores da lei, da Defensoria Pública, enquanto garantidora dos direitos do preso, e, por fim, afastar tal responsabilidade da autoridade judicial, uma vez que esta ficaria encarregada somente do mérito do delito *in tese* praticado.

Uma vez que o Delegado de Polícia é competente para praticar alguns atos que garantem a liberdade provisória do conduzido, o objetivo da audiência de custódia tão somente rodeia o fato do cometimento de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade dos agentes da autoridade policial no momento da prisão do autor do delito ora cometido, concluindo com o fato de que se torna desnecessária a presença da autoridade judicial para tal fiscalização, uma vez que a autoridade policial também resguarda esse direito do conduzido.

Há que se falar também que se encontra válido no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do *habeas corpus*, remédio constitucional previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), com capacidade para garantir o direito de liberdade de locomoção que está sendo lesado ou ameaçado por algum ato abusivo cometido pelos agentes ou pela autoridade responsável pela prisão do indivíduo.

Resta claro que existem mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que são formas de assegurar eventuais arbitrariedades

por conta do Estado na figura das autoridades policiais e de seus agentes, desprendendo a necessidade de que seja feita essa segunda análise pela autoridade judicial.

Vale ressaltar que em qualquer prisão realizada, seja em flagrante delito ou qualquer outra modalidade, cabe ao conduzido o direito de ser assistido por um Advogado durante o seu interrogatório, ato esse que assegura os direitos e garantias à integridade física do indivíduo por aquele que tem o dever de zelar pela aplicação do direito, qual seja, o Advogado.

Ferreira (2015, p. 48) ressalta que caso o preso peça o acompanhamento de um Advogado indicado, constituído, todo o procedimento deverá ser acompanhado por esse defensor, podendo esse apresentar razões e requisitos, sob pena de nulidade e perda de eficácia de todo interrogatório feito.

Trata-se de mais uma das garantias que assistem o conduzido no momento da lavratura do flagrante e até mesmo para concernir se é caso de manutenção da prisão, ou não. Não que o defensor seja competente para tal decisão, sendo esta somente a autoridade judicial, mas ele é legítimo a procurar os caminhos judiciais pertinentes para a garantia da soltura da pessoa que está sob sua defesa.

### **3.1. PROCEDIMENTO FORMAL DE REALIZAÇÃO NA ATUALIDADE**

As realizações das audiências de custódia nos expedientes do judiciário acontecem de maneira heterogênea mesmo havendo resolução do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015b), tal como a resolução N° 213, para realização da referida apresentação da pessoa presa. Como

já apontado no trabalho, isso acontece em razão da inexistência de lei maior que domine os procedimentos relativos à condução da sessão de apresentação.

Como exemplo disso, Gabriel (2017, p. 147) explica que apesar de existir a resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, sobre a audiência de custódia, cada estado editou ato próprio referente à realização da audiência, não havendo uniformidade. Cita como exemplo o estado do Rio de Janeiro, que a regulamentação veio por meio da resolução TJ/OE/RJ n° 29/2015, com alterações promovidas pela resolução TJ/OE/RJ n° 32/2015.

A exemplo do estado do Paraná, unidade federativa na qual labutamos, tem-se como marco inicial da audiência de custódia a implementação da Central de Audiências de Custódia, que foi criada, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná, pela Resolução n° 144/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com competência exclusiva para análise dos autos de prisão em flagrante provenientes das Delegacias e Departamentos de Polícia Judiciária do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, na forma do art. 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), bem como para realização das audiências de custódia.

Na atualidade, toda pessoa presa em flagrante delito após o cometimento de uma infração penal é encaminhada até a Delegacia de Polícia e, após feita a análise das circunstâncias judiciais da prisão do indivíduo, deverá ser lavrada a sua prisão em flagrante.

Após esse procedimento, deverá o Delegado de Polícia encaminhar o auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial em prazo

não superior a 24 horas, conforme previsto no vigente Código de Processo Penal.

Concomitante a esse ato de encaminhar o auto de prisão em flagrante ao Juiz, deverá fazer a apresentação da pessoa presa perante a autoridade judicial, procedimento esse que não se resta uniformizado no país, haja vista os Tribunais de Justiça dos estados não seguirem à risca o prazo de apresentação previsto na resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015b), por uma questão de interpretação, sendo que a resolução prevê a apresentação do preso em até 24 horas da comunicação do flagrante, as quais, somadas às 24 horas que o Delegado de Polícia tem para comunicar a prisão ao Juiz, resultam em 48 horas.

Com base nesse desalinho de aplicação da audiência de custódia, a doutrina demonstra que não há necessidade de desdobrar fatores para que a audiência seja realizada de maneira imediata pela autoridade judicial, uma vez que vários fatores contribuem para que haja o retardo desse ato, senão vejamos:

De nada adianta insistir por um prazo curto de apresentação do detido ao juiz, cuja contagem inicia após a lavratura da flagrante vez que do momento do início do cerceamento do direito de ir e vir até a lavratura do flagrante podem transcorrer muitas horas; e cujo termo possa ser flexibilizado “em razão do excesso do trabalho da polícia”, ou da “falta de contingente”. A diferença entre essa forma de contagem e a anterior é a capacidade de controle entre eles. Caso se estabeleça um prazo honesto, possível (ainda que difícil) de ser cumprido, com um marco inicial o mais amplo possível (absolutamente qualquer cerceamento à liberdade de ir e vir), e um efeito absoluto caso este se finde, se tornará fácil controlá-lo. (ZERBINI, 2017, s/p)

Outro ponto controverso na questão prática da realização da audiência de apresentação é qual o tipo de prisão que enseja no encaminhamento do preso à presença da autoridade competente. Acontece que está exposto no Pacto Internacional que deve ser levada à presença de um Juiz toda pessoa presa ou retida, e não somente a pessoa presa em flagrante delito.

Diferentemente do que acontece na prática, em que pessoas encaminhadas à presença da autoridade policial por mandados de prisão expedidos por Juízes de Direito não são submetidas à audiência de custódia na maioria dos estados brasileiros. O mesmo ocorre com menores apreendidos e aqueles conduzidos por crimes de menor potencial ofensivo para lavratura de termo circunstanciado de infração penal, o que vai no sentido contrário do previsto na resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça:

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. (BRASIL, 2015b)

Com base nisso, remete-se à reflexão do motivo que difere a abordagem, a prisão e a condução da pessoa detida até a Delegacia de Polícia nos casos de cumprimento de mandado ou encaminhamento para agendamento de termo circunstanciado daqueles em que a pessoa está sendo presa em flagrante. Isso leva à conclusão de que a audiência de custódia não cumpre integralmente com os objetivos propostos para esse instituto, uma vez que não têm os mesmos direitos os presos em flagrante dos demais encaminhados.

Sannini (2015) destaca ainda que o Pacto faz menção a qualquer pessoa detida ou retida, o que vai muito além das hipóteses de prisão em flagrante, como é o caso de encaminhamento nas prisões por ordens judiciais e para a lavratura de termo circunstanciado de infração penal.

Por último e não menos importante, vale ressaltar que os conduzidos até a Delegacia em virtude de prisão em flagrante que já tiveram resguardado o seu direito de liberdade provisória, tendo em vista o arbitramento de fiança pela autoridade policial, não são submetidos à audiência de custódia, ficando prejudicado o direito de serem avaliadas pela autoridade competente as circunstâncias relacionadas a qualquer tipo de abuso por parte dos agentes de polícia no momento da prisão.

Muito embora haja a oportunidade para o autor do fato delituoso postular por seus direitos referentes ao cometimento de qualquer abuso dos policiais no momento da prisão em virtude de estar solto, se torna incontestável a tese de que a audiência de custódia não alcança em sua totalidade os objetivos propostos, o que seria facilmente garantido se fosse realizada em sede de Delegacia de Polícia, tendo em vista o mecanismo de apresentação mais célere quando comparado à apresentação a autoridade judicial.

### **3.2. MECANISMO DE APRESENTAÇÃO DO FLAGRANTE A AUTORIDADE JUDICIAL EM 24 HORAS**

No Brasil, ainda se segue o rito de que após a prisão em flagrante de qualquer pessoa, essa prisão deve ser informada ao juízo competente imediatamente, bem como ao Ministério Público e à família do preso e ao Advogado, e ainda, dentro das 24 horas remeter o auto de prisão em

flagrante ao Juiz para que haja a análise da manutenção da prisão ou não. Previsão legal que se faz presente no artigo 306, §1º do Código de Processo Penal vigente no Brasil:

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.

§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. (BRASIL, 1941)

Esse mecanismo de envio do auto de prisão em flagrante da autoridade policial para o juízo competente tem por objetivo evitar quaisquer tipos de irregularidades e arbitrariedades em relação ao cerceamento de liberdade do indivíduo conduzido pelos agentes de segurança. Desde o estabelecimento do Código de Processo Penal no Brasil, segue-se esse rito e, até hoje, o Brasil não se viu responsável nas Cortes Internacionais por esclarecer qualquer tipo de abuso no ato da prisão referente à omissão do envio da informação ao Juiz acerca da prisão de qualquer pessoa.

Nesse sentido, Pereira (2011) explica que a comunicação ao juízo competente é uma medida que objetiva evitar a ocorrência de arbitrariedades no ato da prisão e obriga uma análise mais rápida da situação em que se encontra a pessoa detida, tendo em vista que o Magistrado deve ter conhecimento do fato para aplicar a norma como o caso requer. Por ser a prisão a medida extrema em relação às sanções penais, deve ocorrer necessariamente dentro de 24 horas da prisão em flagrante, sob pena de relaxamento e ilegalidade da prisão, salvo nos casos em que restarem justificadas a demora.

Nota-se que todas as práticas que devem ser realizadas pela autoridade policial, ou seja, ponto a ponto do que deve ser enviado pelo Delegado de Polícia ao Juiz no prazo de 24 horas referentes às informações do flagrante cometido pelo conduzido, são novamente verificadas na audiência de custódia, fato esse que leva mais uma vez à concepção da desnecessidade da realização de tal audiência.

Com base no supracitado, prediz o Conselho Nacional de Justiça, em sua resolução 213 (BRASIL, 2015b), que durante a audiência de apresentação o Juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, supervisão essa que aconteceria independente da apresentação do preso ao juízo. O Juiz avalia também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades reportadas pelo conduzido em relação ao ato da prisão.

A audiência de custódia implantada no Brasil simplesmente acrescentou o ato de apresentação da pessoa detida a autoridade judicial. Mesmo com a presença do conduzido ao Juiz, deve ainda o Delegado de Polícia realizar o procedimento de informar o Juízo no prazo previsto no ordenamento vigente.

Bem aclarado por Andrade (2008), no Brasil, vinha-se entendendo, em postura nitidamente contrária à evolução histórica do Direito Penal e dos Direitos Humanos, que as dificuldades fáticas da aplicação dessa garantia ensejariam a sua sumária desconsideração, ora sob o argumento de que a expressão sem demora era por demais genérica, e que o simples envio dos autos de prisão em flagrante no prazo de 24 horas (previsto no CPP, art. 306, § 1º) já teria o condão de substituir esse procedimento, ora por meio da interpretação de que a outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais seria o próprio Delegado de Polícia.

A realidade é que a referida audiência tem um cunho defensivo em relação à legalidade da prisão e uma análise referente à manutenção da prisão, o que nitidamente poderia ser feito por qualquer outra autoridade renomada dentro do Estado, como bem diz a Convenção Americana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969), quando cita, em seu artigo 7.5, que a realização desses atos se deve à autoridade judicial ou qualquer outra autoridade renomada no país.

Oliveira (2016, p. 549) explica que a audiência se destina tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o Magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida tais como a família, trabalho etc.

Não menos importante e já supramencionado no presente trabalho, vale lembrar que além da análise realizada pelo Delegado de Polícia como primeiro garantidor dos direitos da pessoa presa e do acompanhamento de todos os atos pelo Defensor constituído ou pela Defensoria Pública, existem vigentes no ordenamento jurídico interno peças que retêm o direito de deliberar acerca da liberdade provisória da pessoa presa em virtude do cometimento de qualquer ato de ilegalidade no momento da prisão.

Exemplo de garantia é o *habeas corpus*, remédio constitucional que garante a liberdade de locomoção de toda pessoa que teve cerceado esse direito em virtude de alguma arbitrariedade cometida contra ela.

Carvalho (2008, p. 754) explica que o *habeas corpus* tutela a liberdade de locomoção, uma vez que se concede tal direito sempre

que alguma pessoa sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, ato esse oriundo de ilegalidade ou de abuso de poder por parte do agente que reprimiu o direito de liberdade do cidadão.

Ainda Nucci (2017, p. 25) explica sobre a previsão desse instituto, que se trata de ação constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado à constrição da liberdade de ir vir e ficar, seja na esfera penal, seja na cível, e encontra-se tipificado no vigente Código de Processo Penal e na Constituição Federal.

Por fim, nota-se que mesmo existindo o mecanismo de envio do auto de prisão em flagrante para o Juiz, incorrendo o Delegado em abuso de autoridade caso se omita essa obrigação, faz-se necessária a audiência de apresentação da pessoa detida simplesmente para cumprir com imposições de dispositivos internacionais, ato esse sem necessidade, tendo em vista que, de qualquer maneira, a autoridade judicial toma ciência e estabelece os direitos e garantias ao conduzido.

Além do que, como já explanado no trabalho, existem mecanismos vigentes no ordenamento jurídico que garantem o direito à liberdade de toda pessoa presa que sofreu qualquer tipo de irregularidade na prisão, mantendo, assim, incontestável a garantia de que existem outros meios para a garantia e análise da prisão, que não seja a realização da audiência de custódia em sede de autoridade judicial.

## CONCLUSÃO

Procedente de Convenções Internacionais das quais o Brasil se tornou signatário, a audiência de custódia ficou estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro como serva do Poder Judiciário. O presente trabalho

certifica a inviabilidade da realização dessa apresentação da pessoa presa ao Juiz. Se o eixo da referida audiência é a apresentação do preso à autoridade judicial para análise da legalidade dos atos da prisão ou para a manifestação judicial referente à manutenção ou não da prisão, restou clara a hipótese dessas análises primitivas serem feitas pelo Delegado de Polícia.

A expectativa de todo cidadão, seja ele um criminoso contumaz ou um criminoso que agiu sem culpa, é de ter garantidos seus direitos fundamentais no momento da prisão, e que o Poder Judiciário, bem como as autoridades policiais e seus agentes, trabalhem incansavelmente em busca da verdade e da aplicação da lei, sem violação de quaisquer direitos e garantias previstos no ordenamento.

Dito isto, observa-se que, uma vez demonstrados de maneira pormenorizada os caminhos que poderiam seguir o Poder Judiciário e o Legislativo brasileiro para impor a realização da audiência de custódia em sede de Delegacia de Polícia, torna-se notório quão mais prática e incontestável seria a garantia de direitos fundamentais de toda pessoa presa caso houvesse a realização da audiência consecutiva no momento da prisão.

Audiência de custódia que seria regulada por um Delegado de Polícia de carreira, Bacharel em Direito, titular da fase pré-processual e detentor da busca da verdade real dos fatos para garantia da lei e dos direitos do conduzido, acompanhado do membro do Ministério Público, que tem como objetivo principal a garantia e a fiscalização da lei, ou seja, a inibição de qualquer tipo de irregularidade, e também da Defensoria Pública ou defensor constituído, que são pessoas responsáveis e outorgadas pelo próprio conduzido para a garantia de seus direitos constitucionais e fundamentais.

Nota-se com base no parágrafo supracitado que o Delegado de Polícia, como primeiro garantidor da lei no tocante ao cometimento de algum crime, é também responsável por inibir e rechaçar toda e qualquer forma de ilegalidade da prisão, desde subsumir a conduta à norma até a garantia de que o conduzido não sofrerá qualquer tipo de abuso policial, desde os agentes executores da prisão até a autoridade que conduz a prisão em flagrante do indivíduo, garantindo assim o cumprimento justo da lei e a aplicação determinada de atos judiciais que fariam chegar à autoridade judicial a informação íntegra acerca da prisão do indivíduo, como comumente se faz desde a implantação do vigente Código de Processo Penal brasileiro, ratificando assim que não existe privação por parte do Brasil ao cumprimento da apresentação do preso a uma autoridade renomada no ordenamento jurídico interno, no caso do sistema brasileiro, a conversão da apresentação ao Juiz para a apresentação ao Delegado de Polícia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Delegado pode ser primeiro filtro antes de audiências de custódia**. 12 jan. 2016, In: CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-12/academia-policia-delegado-primeiro-filtro-antes-audiencias-custodia>. Acesso em: 14 mar. 18.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade, de 20 de agosto de 2.015. **ADIN 5.240**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>

paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333. Acesso em 16 ago. 2015a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Atos administrativos, resolução nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 10 fev. 2015b.

BRASIL. **Decisão sobre o estado de coisas inconstitucional pelo STF: ADPF nº 347/DF** (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 2015c.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia em números**. 2017 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 15 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: Parâmetros gerais / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.].** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1.941. **Código de Processo Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). 1988

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1.992. **Atos Internacionais, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Promulgação.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). 1992.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 554, de 2011.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo.** 14º ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COSTA RICA. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos,** de 22 de novembro de 1.969. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. 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 16 ago. 2017.

FERREIRA, Mario Emilio Alves. **Prisão Provisória.** São Paulo: Clube dos autores, 2015.

GABRIEL, Anderson Paiva. **O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual a luz do código de processo civil de 2015 e da Constituição.** Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOFFMANN, Henrique. **Temas avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: JusPodivm, 2017.

HOFFMANN, Henrique. **Audiência de custódia deve ser feita por Delegado de Polícia**. 20 dez. 2016, In: CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os mitos da audiência de custódia**, 16 jul. 2015. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em 25 jan. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, Caio Cesar. **Prática Penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.

PCERJ: Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro inaugura a Central de Garantias na Cidade da Polícia. **Polícia Civil**. 12 abr. 2016. Disponível em: <http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=22527>. Acesso em: 14 mar. 2018.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei n° 12.403, de 04 de maio de 2011). Minas Gerais: editora VirtualBooks, 2011.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de processo penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SANNINI, Francisco Neto. **Audiência de Custódia e o jeitinho brasileiro**. 4 de setembro de 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro>. Acesso em 05 mar. 2017.

SILVA, Izabela Leite. **Audiência de Custódia: uma evolução no judiciário brasileiro ou manobra inconsequente de descarcerização?** Sistemoteca – Sistema de bibliotecas da UFCG, 2018. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/15549>.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do estado de São Paulo**. HC 2016152-70.2015.8.26.0000. Relator: Guilherme de Souza Nucci. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188312282/habeas-corpus-hc-20161527020158260000-sp-2016152-7020158260000/inteiro-teor-188312304>. Acesso em: 10 mar. 18.

ZERBINI, Marcelo Siqueira. **Audiências de custódia: aspectos constitucionais, penais, econômicos e iminentes**. Brasília: Trampolim, 2017.