

A OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Carlos Azevedo Junior¹

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a abordagem de questões atinentes à obrigatoriedade de realização da audiência de custódia no Brasil. Tal audiência consiste na apresentação imediata de pessoa presa em flagrante delito à autoridade judiciária competente, com o fim de que seja avaliada a legalidade da prisão e a necessidade de eventual conversão em prisão preventiva. O tema ganhou maior relevância em fevereiro de 2015, quando o Estado de São Paulo passou a adotar a realização da audiência de custódia com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, dos quais o Brasil é signatário. Todavia, a ausência de previsão expressa seja na Constituição Federal, seja no Código de Processo Penal gera intensa discussão acerca da possibilidade de sua realização, haja vista que não há previsão legal internada que discipline o assunto. Diante da controvérsia, será feita uma análise quanto à possibilidade da atuação pautada tão somente em Tratados e Convenções internacionais, bem como da importância da aludida audiência para a maior eficácia dos direitos humanos no âmbito interno.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Prisão em flagrante. Obrigatoriedade. Preso. Apresentação sem demora.

ABSTRACT

This article focuses on addressing issues relating to the obligation to carry out the custody hearing in Brazil. Such an audience is the person's immediate presentation caught in flagrante delicto to the competent judicial authority in order that the legality of the arrest be evaluated and the need for eventual conversion of that prison in preventive. The issue gained greater relevance in February 2015, when the State of São Paulo started to adopt the realization of the custody hearing on the grounds of the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, to which Brazil is a signatory. However, the absence of express provision is in the Constitution, either in the Code of Criminal Procedure generates intense discussion about the possibility of their achievement, given that there is no institutionalized legal provision that governs it. Faced with the controversy, an analysis as to whether the performance will be guided solely in international

¹ Graduação UNIABEU (2010). Pós-graduação Universidade Estácio de Sá (2015).

treaties and conventions as well as the importance of the aforementioned audience to enhancing the effectiveness of human rights domestically.

Keywords: Custody Hearing. Prison in the act. Mandatory. Arrested. Presentation without delay.

INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais vêm sendo conquistados¹ a duras penas pela humanidade. A maioria dos direitos fundamentais que hoje estão estampados nas Constituições dos mais diversos Estados, mundo a fora, foram, em primeiro plano, positivados em Convenções ou em Tratados Internacionais, dos quais, dentre vários outros, são exemplos o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

Todavia, essas conquistas não podem permanecer apenas no plano teórico abstrato. É necessário que os direitos humanos, uma vez conquistados, sejam efetivos.

A partir do momento que o ordenamento Jurídico interno de determinado Estado regulamenta em seu âmbito um direito fundamental, antes regulado em uma norma internacional, não há qualquer discussão acerca da imediata aplicabilidade de tal direito. Entretanto, há situações em que, malgrado exista positividade, seja em Tratados ou em Convenções Internacionais das quais os Estados sejam signatários, o ordenamento jurídico interno não regulamenta o direito em questão. Nesses casos, surge a seguinte questão: um indivíduo pode se socorrer diretamente de norma prevista em Tratado ou Convenção Internacional sem que tal norma esteja regulamentada pelo ordenamento interno?

A resposta a essa questão é o ponto nevrálgico para determinar se a audiência de custódia é, de fato, um pressuposto obrigatório para legitimar a prisão em flagrante, já que tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 9.3) como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) preveem que a pessoa presa será apresentada, **sem demora**, ao juiz ou à autoridade judiciária competente, nos seguintes termos:

Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artigo 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um 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.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 7.5. 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 e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou 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.

1 DA AUTOAPLICABILIDADE DAS CONVENÇÕES E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS

A fim de garantir maior efetividade aos direitos humanos, tem-se entendido que as normas previstas em Tratados ou em Convenções Internacionais, que visem a ampliar tais direitos, são autoaplicáveis. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos (2012) ensina que: “se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico orgânico), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado”. (p. 196)

Por outro lado, a opinião consultiva OC-7/86² é taxativa em afirmar a autoaplicabilidade das normas trazidas pela Convenção Americana dos Direitos Humanos.

O mesmo raciocínio pode ser extraído da Constituição Federal de 1988, com a análise conjunta dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Lei maior, que dizem, respectivamente: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Diante do exposto, não restam dúvidas acerca da imediata aplicabilidade das normas previstas, ainda que exclusivamente em tratados ou convenções internacionais.

2 DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUANDO DE SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO INTERNO.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzido ao artigo 5º da CRFB/88 o parágrafo terceiro, que diz:

Art. 5º, § 3º. 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.

Com isso, a Constituição Federal passa a separar os tratados e convenções internacionais em dois grupos, de um lado aqueles aprovados com mesmo *quorum* exigido para as emendas à Constituição e que a elas serão equivalentes, de outro lado, aqueles que forem introduzidos no ordenamento interno por *quorum* inferior ao mencionado *quorum*.

Entretanto, a doutrina (NOVELINO, 2014, p.452), seguindo o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal³, propõe a seguinte classificação: **I)** os tratados e convenções internacionais aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por maioria de 3/5 (três quintos), serão equivalentes a **emendas constitucionais**; **II)** tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário, terão *status* **supralegal**, mas infraconstitucional; **III)** tratados e convenções internacionais que tratem de assuntos que não sejam direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário, ingressarão no ordenamento jurídico com *status* de **lei ordinária**.

Conclui-se, dessa forma, que as normas insculpidas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos possuem *status* supralegal, ou seja, se encontram em posição superior às leis e inferior à Constituição. Logo, quando houver confronto entre as aludidas normas internacionais e a legislação infraconstitucional interna, são aquelas normas internacionais que devem prevalecer.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste no encaminhamento, sem demora, de pessoa presa em flagrante à presença da autoridade judiciária, para que seja avaliada a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção.

De acordo com a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, não há previsão no sentido de que a pessoa presa em flagrante seja encaminhada à autoridade judiciária, o que existe é a necessidade de imediata comunicação da prisão à referida autoridade, nos seguintes termos:

CRFB/88. Art. 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão **comunicados imediatamente ao juiz** competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (grifo nosso)

CPP. 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. (grifo nosso)

No entanto, conforme já exposto, a audiência de custódia tem guarida tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, por possuírem *status* supralegal, devem ser aplicados com preponderâncias sobre a legislação interna infraconstitucional.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A LEGALIDADE DA PRISÃO

Uma das finalidades da audiência de custódia é verificar a legalidade da prisão em flagrante levada a efeito pelos agentes policiais ou por qualquer cidadão.

De acordo com a Constituição federal (artigo 5º, inciso LXV) e o Código de Processo Penal (artigo 310, incisos I, II e III), após a comunicação da prisão em flagrante surge, para o juiz, três possibilidades, vale dizer, relaxar a prisão, caso seja ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva ou aplicar outras medidas cautelares, caso estejam presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal; ou, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, caso não estejam previstos os já citados requisitos.

O ponto nevrálgico da questão é o fato de o magistrado ter sua atuação pautada tão somente nos elementos trazidos aos autos pela autoridade policial, que são, em regra, utilizados pela acusação na formulação da *opinio delicti*.

Essa sistemática ofende o princípio da paridade de armas, haja vista que não é dada oportunidade à pessoa presa de expor a sua versão acerca dos fatos que geraram a prisão em flagrante.

Ademais, não é admissível, nessa ótica, alegar que o preso teve oportunidade de expor sua versão em sede policial. Isso porque a ausência de advogado e a pressão eventualmente exercida sobre o conduzido reduzem, consideravelmente, sua possibilidade de defesa.

Sobre a importância e o conteúdo da paridade de armas, ensina Luiji Ferrajoli (2006, p. 565):

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, [...], a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditório seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Nessa esteira, é possível afirmar que a apresentação do preso à autoridade judiciária, logo após a efetivação da prisão em flagrante, se revela indispensável para a legalidade da prisão, na medida em que traz ao ato procedimental a força axiológica do devido processo legal, revelada na forma dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do já mencionado princípio da paridade de armas, que, embora sejam mitigados no inquérito policial – por se tratar de procedimento inquisitivo –, devem ser assegurados a todos que respondem judicial ou administrativamente, diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico à luz da Constituição Federal de 1988, que diz, expressamente, em seu artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Na prática, a oportunidade dada ao preso de expor a sua versão dos fatos, com a intervenção técnica de seu defensor, não só legitimará como também será de suma importância para embasar o convencimento do juiz acerca da decisão a ser tomada.

Nesse ponto, é importante salientar que não se trata tão somente da análise acerca da ilegalidade da prisão, o que, nos termos dos artigos 5º, LXV da Constituição Federal e 310, I do Código de Processo Penal, caso ocorra, dará ensejo ao relaxamento da prisão. Isso porque, se a prisão for legal, restará ao magistrado decidir sobre a necessidade ou não de sua manutenção.

No que tange a decretação da prisão preventiva, vale destacar que com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, que alterou o Título IX do Código de Processo Penal – das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória –, a expressão “a liberdade é a regra e a prisão é a exceção”, fundamentada na presunção de inocência, ganhou força, sobretudo, diante da impossibilidade, em regra, de decretação de prisão preventiva para crime com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, ou quando a aplicação de outra medida cautelar (art. 319 e incisos do CPP) seja suficiente ao caso concreto. Sobre o tema, com singularidade, ensina Aury Lopes Junior (2013, p.861):

Importante sublinhar que não se trata de utilizar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. (...) A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. Mas, também terão cabimento nos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos (situação em que o art. 313, I, veda a prisão preventiva), desde que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Diante da situação jurídica que se apresenta, competirá ao magistrado decidir sobre a legalidade da prisão, a possibilidade, caso a prisão seja legal, de conversão em prisão preventiva ou decretação de medidas cautelares diversas da prisão, quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, ou, ainda, conceder ao conduzido a liberdade provisória. Em suma, o juiz deve decidir se mantém ao não o indivíduo encarcerado. Para tanto, quanto mais elementos, que tenham relação com o fato criminoso supostamente praticado, forem trazidos aos autos, maior será a possibilidade de o magistrado proferir uma decisão justa. Revela-se, assim, mais um motivo para que seja dada à pessoa presa a possibilidade de, logo após a prisão, apresentar sua versão acerca do ocorrido, sempre acompanhada de seu defensor.

5 A DEMORA EXCESSIVA NO PRIMEIRO CONTATO DO PRESO COM A AUTORIDADE JUDICIAL

A apresentação imediata de pessoa presa à autoridade judicial ganha especial importância ao se verificar que, na atual sistemática processual penal brasileira, o primeiro contato entre o indivíduo preso em flagrante e o juiz demora semanas e, em determinados casos, até meses para ocorrer. Além disso, não é raro que os presos quando apresentados em juízo, por ocasião da audiência, relatem que foram torturados ou que sofreram maus-tratos, seja no ato da prisão ou no interior de delegacias.

Diante dessa realidade, a audiência de custódia se apresenta como uma importante ferramenta no combate aos excessos provocados, principalmente, por policiais na realização e condução de prisões em flagrante. Isso porque o simples fato de saber que o preso será encaminhado imediatamente à autoridade judicial implicará, ao menos, na reflexão do responsável pela prisão e pelo acautelamento provisório do preso, sobre a importância de manter a integridade física do custodiado inabalada, uma vez que poderá responder pelos excessos eventualmente praticados, caso a aludida autoridade perceba qualquer prática violadora dos direitos da pessoa presa por parte do agente da lei.

Se as normas internacionais devem ser aplicadas e, conseqüentemente, a pessoa presa deve ser apresentada sem demora a autoridade judiciária, surge a seguinte questão: o que se revela um prazo “sem demora”?

Para responder a essa questão, trazemos à colação dois trechos do parecer do ilustre jurista Gustavo Henrique Badaró⁴, *ipsis litteris*:

De se ressaltar que, embora a versão em espanhol utilize a expressão *sin demora*, na versão em inglês é utilizado o advérbio de tempo *promptly* (“prontamente”). Embora não se trate de termos idênticos, seus sentidos são bastante próximos”.

“Na jurisprudência internacional, prevalece o posicionamento no sentido de que o termo “prontamente” deve ser interpretado “caso a caso, de acordo com suas características particulares”. Como explica Medina, normalmente, a legislação dos Estados Partes estabelecem os prazos de apresentação, que normalmente são de 24 ou 48 horas, podendo tal período servir de base ou padrão, para que a corte considere se houve ou não violação do artigo 7(5).

O prazo apresentado pela jurisprudência internacional para que o preso seja encaminhado à autoridade judicial – 24 ou 48 horas – se apresenta razoável e plenamente compatível com o sistema brasileiro, que, malgrado esteja longe daquilo que se espera em termos de estrutura, com os esforços das autoridades e dos agentes públicos, tem condições de realizar a apresentação dos presos em flagrante no aludido prazo.

6 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO INIBITÓRIO DA PRÁTICA DA TORTURA

A Constituição Federal de 1988 trata a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, o que deixa transparecer, desde logo, a severidade no tratamento de tal prática.

No ano de 1989, o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Desumanos e degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985. Todavia, durante quase uma década, nenhuma medida foi efetivamente tomada no sentido de se combater a tortura. Nesse sentido são as lições de Alberto Silva Franco (2011, p.194-195), *ipsis litteris*:

Em março de 1997, as arbitrariedades praticadas por policiais militares na Favela Naval, em Diadema, no Estado de São Paulo, tiveram enorme repercussão, em nível nacional e, até mesmo, internacional. O que, em verdade, não era um fato isolado, mas, sim, uma postura que se repetia com frequência na ação de policiais, militares ou civis, e que, em medida bem alargada, era tolerada, nos diversos escalões hierárquicos das corporações a que tais policiais pertenciam, passou, subitamente, pelos meios de comunicação de massa, por razões que não ficaram devidamente esclarecidas, a constituir um fato merecedor de reprovação geral. Esses meios de comunicação social que tinham ignorado, por completo, as reiteradas denúncias do emprego de métodos violentos por parte da Polícia Militar e da Polícia Civil, nas atividades de prevenção e de repressão aos delitos, e que tinham dispensado insistentes relatórios internacionais sobre a utilização de tais métodos, puseram-se em movimento e, de modo incisivo, no sentido de por paradeiro aos atos de tortura, que eram executados, há muito tempo, sem nenhum tipo de reação.

Foi nesse contexto que no dia 7 de abril de 1997 foi sancionada a Lei 9455, que define os crimes de tortura e permite que sejam devidamente reprimidos, haja vista que, diante do princípio da legalidade, insculpido tanto na

Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXIX) como no Código Penal (artigo 1º), não haverá crime sem prévia previsão em lei.

Vale lembrar, ainda, que o crime de tortura é, nos termos da Constituição Federal e da Lei 8.072/90, equiparado a crime hediondo, o que reforça a opção adotada no sistema brasileiro de combater com veemência o crime de tortura.

Não obstante toda a produção legislativa desenvolvida com o fim de combater a prática dos crimes de tortura, resta, ainda, uma lacuna a ser preenchida. Trata-se, justamente, do lapso temporal entre o momento da prisão em flagrante e o primeiro contato do indivíduo preso com a autoridade judicial.

Como já exposto, na atual sistemática processual penal, onde a chancela da prisão em flagrante pelo juiz se dá, tão somente, por meio da análise da comunicação do flagrante, a pessoa presa em situação flagrancial pode demorar meses para ser levada à autoridade judiciária.

Todavia, tal lacuna pode ser preenchida com a atuação imediata do juiz após a efetivação de prisão em flagrante, que ocorrerá por meio da audiência de custódia. Esse contato prévio com o preso permitirá ao magistrado aferir se entre o momento da prisão até o da apresentação ocorreu algum ato contra a integridade física ou psíquica daquele, seja por meio de marcas deixadas pelo corpo ou pelas próprias declarações do conduzido.

Nesse aspecto, a audiência de custódia vem ao encontro das políticas nacionais e internacionais que visam difundir a preservação dos direitos humanos, no caso, mais especificamente, o direito que toda pessoa tem de não ser torturada, por mais grave que seja o crime que tenha cometido.

7 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

O Estado de São Paulo é pioneiro na implantação da audiência de custódia em âmbito nacional. O Tribunal de Justiça do aludido estado e a Corregedoria Geral de Justiça regularam por meio do provimento conjunto nº 03/2015 a implementação gradativa e a realização da audiência de custódia no Estado de São Paulo.

O referido ato se fundamenta no já referido artigo 7.5 da Convenção Americana dos Direitos do Homem, e determina que o preso seja encaminhado

em 24 horas à autoridade Judiciária, podendo ser dispensada a apresentação diante das peculiaridades do caso, conforme segue:

Ato conjunto 03/2015.

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

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

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

Acerca do início da realização das audiências de custódia em São Paulo, vale colacionar um pequeno trecho⁵ divulgado pela assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

O projeto “Audiência de Custódia” completou uma semana de atividades no Fórum Criminal da Barra Funda. Implantada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça, a iniciativa disponibiliza estrutura multidisciplinar para receber presos em flagrante, para primeira análise sobre o cabimento e a necessidade da prisão.

O acusado é apresentado a um juiz no prazo de até 24 horas após ser preso e participa de audiência, ocasião em que o magistrado decide pela manutenção da segregação, pela soltura, ou pela substituição por medida cautelar. Na primeira fase do projeto, são encaminhados os autos de prisão em flagrante delito lavrados pelas 1ª e 2ª seccionais – regiões Centro e Sul. Gradativamente, as audiências de custódia abrangerão todos os distritos policiais de São Paulo.

Em meio à grande repercussão por parte da mídia e manifestações de apoio e de desgosto de entidades ligadas ao sistema de Justiça, a primeira semana de atividades das audiências de custódia ocorreu dentro das expectativas, segundo o juiz corregedor do Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo), Antônio Maria Patiño Zorz. “Estamos ainda em fase de aprendizado, pois, aqui em São Paulo, nunca houve audiência de custódia. O cronograma que estabelece o início dos atendimentos com as 1ª e 2ª seccionais, que representam 15% das autuações em flagrante da capital, nos dá segurança para fortalecer os procedimentos e detectar erros com tempo hábil para corrigi-los. Com o acréscimo gradual de seccionais, acredito que, em quatro meses, estaremos preparados para receber todo o contingente”, afirma.

Conforme estatísticas do Dipo, entre 24 e 27/2, houve 57 autuações de flagrantes analisadas, envolvendo 76 presos. Foram concedidos 32 alvarás de soltura, sendo nove com recolhimento de fiança. Os demais (44) tiveram a prisão mantida.

Em âmbito nacional o projeto de Lei do Senado nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, nos termos do substituto do Senador João Capibaribe, aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e pela

Comissão de Assuntos Econômicos, prevê a alteração e inclusão de parágrafos no artigo 306 do Código de Processo Penal, que, caso seja aprovado, passará a ter a seguinte redação:

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 No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Com a eventual entrada em vigor da referida alteração legislativa não haverá mais controvérsia acerca de ser ou não obrigatória a realização da audiência de custódia. Todavia, em que pesem as manifestações de entidades como o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, certo é que não há previsão para a aprovação do aludido projeto de Lei, que tramita desde 2011.

CONCLUSÃO

Vários fatores levam o Brasil a mobilizar-se no sentido de ver inserida, no âmbito do direito interno, a audiência de custódia.

Destaque-se o fato de o Brasil encontrar-se em mora com o direito internacional, na medida em que, não obstante ter ratificado convenções

internacionais que preveem a imediata apresentação do preso a autoridade judicial, até os dias de hoje não levou tal garantia a efeito.

Ademais, em um Estado Democrático não é admissível que pessoas presas sejam torturadas por aqueles que têm, por imposição do cargo, a obrigação de garantir a segurança de todos e o respeito aos direitos e garantias individuais.

Outrossim, em homenagem ao devido processo legal, deve ser dado ao preso o direito de expor à autoridade judicial a sua versão dos fatos, assegurando-se, dessa forma, a paridade de armas, o contraditório e ampla defesa.

O sistema jurídico brasileiro, a seu turno, atento à necessidade de sanar os problemas advindos da não realização da audiência de custódia, evolui no sentido de sua implementação no direito nacional. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por meio da resolução conjunta 03/2015 e, em âmbito nacional, o Projeto de Lei 554/2011 revelam o clamor da comunidade jurídica no sentido de que seja preenchida a lacuna existente entre a prisão em flagrante e o primeiro contato da pessoa presa com a autoridade judicial, o que se dará por meio da audiência de custódia.

NOTAS EXPLICATIVAS

¹ José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, 28. ed. p. 149, diz que: "mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários".

² Parecer emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 29 de agosto de 1986, em resposta à consulta formulada pelo Governo da Costa Rica acerca da aplicabilidade de norma insculpida na Convenção Americana de Direitos Humanos.

³ Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.

⁴ Parecer em consulta realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e pela Defensoria Pública da União para instrução dos autos da ação civil pública de nº 0008837-91.2014.4.01.3200.

⁵ Texto divulgado pela acessória de imprensa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no endereço eletrônico <http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=25804> e publicado no DJE de 04/03/2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

DA SILVA, José Antônio. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. Editora Malheiros, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Editora Saraiva, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 7. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Editora Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, v. 2, São Paulo, Millenium, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Editora Método, 2014.

<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=25804>

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115

<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/137291.pdf>

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Recebido em: 10 de março de 2016

Aceito em: 15 de abril de 2016