

Não Realização de Audiência de Custódia Gera Defeito Processual Insanável, Sendo Necessário Revogar Medida(s) Cautelar(es) Fixada(s) sem Possibilidade de Exercício do Contraditório

Luiz Eduardo Cani

Advogado criminalista e consultor jurídico, especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC).

RESUMO: Neste artigo aborda-se a necessidade de realização de audiência de custódia no processo criminal brasileiro a partir de uma análise de complementariedade do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com o Código de Processo Penal e demonstra-se porque deve(m) ser revogada(s) medida(s) cautelar(es) fixada(s) quando não realizado esse ato processual em razão de defeito (nulidade) insanável do ato processual. A hipótese é que a apresentação do preso e o exercício do contraditório são condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante e fixação de medida(s) cautelar(es). O método é o dedutivo, porque se parte dessa última afirmação para verificá-la através da análise das especificidades do tema, e o comparativo sincrônico, porquanto compara-se o instituto ao Código de Processo Penal, para demonstrar a compatibilidade com a análise do auto de prisão em flagrante.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Defeito. Nulidade. Medidas cautelares. Revogação.

1. INTRODUÇÃO

Em 24 de janeiro de 1992 o Brasil depositou a carta de adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Em 6 de julho daquele ano foi promulgado o Decreto n.º 592, em que o Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir inteiramente o Pacto (art. 1º). Em 25 de setembro de 1992 o Brasil depositou a carta de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de *San José* da Costa Rica. Em 6 de novembro daquele ano foi promulgado o Decreto n.º 687, em que o Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir inteiramente o Pacto (art. 1º).

O direito de toda pessoa detida ou retida de ser levada, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade com funções judiciais está previsto no art. 7º, item 5, do Pacto de *San José* da Costa Rica e também no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O ato processual destinado à garantia desse direito é denominado audiência de custódia.¹

Apesar da introdução da audiência de custódia no processo criminal brasileiro através desses Pactos internacionais, apenas no mês de fevereiro do ano de 2015 o Brasil iniciou a implantação do instituto, através do Projeto Audiência de Custódia, fruto da parceria entre o Ministério da Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo².

A delimitação do tema neste artigo é a consequência da fixação de medida(s) cautelar(es) sem a realização de audiência de custódia e a pergunta a ser respondida é: o que deve ser feito quando são fixadas medidas cautelares sem a apresentação do preso (ato processual defeituoso³)?

1 A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nessa ocasião, (i) se façam cessar eventuais atos de maus-tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. In: LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. "Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

2 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

3 Aury Lopes Jr. propõe a superação das categorias nulidade absoluta e nulidade relativa por ato processual defeituoso sanável e insanável, cuja análise deve sempre partir da estrutura de garantias constitucionais. In: LOPES JR., Aury. "Sistema de nulidades *a la carte* precisa ser superado no processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

A hipótese é que a realização da audiência de custódia é condição de possibilidade da análise do auto de prisão em flagrante e da aplicação de medidas cautelares. Por isso, quando não for realizada audiência de custódia é necessário revogar a(s) medida(s) cautelar(es) fixadas, por ser irrepetível o ato e, portanto, insanável o defeito.

O objetivo geral é demonstrar que a fixação de medida(s) cautelar(es) sem realizar a audiência de custódia gera defeito insanável por violação ao princípio do contraditório e ao prazo de 24 horas para apresentação do preso. Os objetivos específicos, destinados a atingir essa finalidade, são: 1) analisar a internalização da audiência de custódia no processo criminal brasileiro por meio de tratados internacionais; 2) demonstrar a compatibilidade entre a audiência de custódia e a análise do auto de prisão em flagrante; e 3) demonstrar por que a revogação da(s) medida(s) cautelar(es) é necessária quando for(em) fixada(s) sem a realização da audiência de custódia.

O trabalho se justifica por romper com o *sensu comum teórico* dos juristas (Luis Alberto Warat), o que quer dizer: “[...] desvendar ‘as obviedades’ do óbvio, bem como a denunciar o processo de construção/produção desse tipo de discurso”⁴. E, conseqüentemente, contribuir para a filtragem constitucional (Clèmerson Merlin Clève) do processo criminal.

Os métodos de abordagem são o dedutivo, partindo da hipótese como formulação geral a ser verificada a partir da análise das especificidades do tema, e o comparativo sincrônico, para verificar a compatibilidade entre o instituto da audiência de custódia e a análise do auto de prisão em flagrante; os métodos de procedimentos são o bibliográfico, a categoria e o conceito operacional. As fontes pesquisadas serão primárias (Constituição, Código de Processo Penal e pactos internacionais) e secundárias (bibliográficas).

2. INTERNALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO

A Constituição foi alterada através da edição da Emenda Constitucional n.º 45/04 para, dentre outras coisas, equiparar os tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas à Constituição, desde que aprovados pelo Congresso Nacional com a mesma solenidade.

4 STRECK, Lenio Luiz. "A revelação das 'obviedades' do sentido comum e o sentido (in)comum das 'obviedades' reveladas". In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

As cartas de adesão ao Pacto de *San José* da Costa Rica e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foram depositadas ainda em 1992 e os respectivos decretos foram promulgados. Inobstante a adesão aos Pactos ter ocorrido 12 anos antes da aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/04, o Congresso Nacional não os ratificou de acordo com o procedimento e o quórum previstos no § 3º do art. 5º da Constituição.⁵

Com o início da vigência dessa Emenda surgiram as discussões sobre o *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados com a mesma solenidade que as Emendas à Constituição e/ou anteriores à Emenda à Constituição n.º 45/04 na hierarquia de normas.

Três teorias foram criadas: 1) os tratados têm *status* supraconstitucional; 2) os tratados têm *status* de Emenda à Constituição; 3) os tratados têm *status* de norma supralegal; e 4) os tratados têm *status* de lei ordinária.

A primeira teoria funda-se na noção de que as normas constitucionais não podem revogar tratados internacionais de direitos humanos por serem normas internacionais. Essa teoria pode ter validade em Estados cujos ordenamentos jurídicos não se fundem na supremacia da Constituição. No Brasil seria impossível adotar essa teoria, porquanto contraria uma série de normas constitucionais.

Representante da segunda corrente teórica, Valério de Oliveira Mazzuoli entende que tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *status* de norma constitucional, em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição não excluir os direitos humanos provenientes de tratados internacionais. Para ele, a não exclusão no texto constitucional implica a necessária inclusão⁶.

Além disso, o autor entende que a ausência de ressalva aos compromissos assumidos pelo Brasil antes da entrada em vigor do art. 5º, §

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 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.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

6 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". *Revista de Informação Legislativa*, v. 167, p. 93-114, 2005, p. 105.

3º, da Constituição permite que o Congresso Nacional a qualquer tempo atribua caráter de emenda constitucional aos tratados sobre direitos humanos⁷.

A teoria do *status* supralegal conferido a todos os tratados internacionais sobre direitos humanos foi firmada como corrente adotada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi significativa a discussão no Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP⁸ sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, cuja decisão foi tomada por unanimidade.

No voto, o ministro Gilmar Mendes fez um apanhado geral sobre as quatro teorias referidas e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais, antes de concluir pelo *status* supralegal dos tratados como o mais acertado. Merecem destaque:

[...] a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

[...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento da ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.⁹

A equiparação dos tratados às leis ordinárias é uma analogia entre os respectivos processos legislativos, pois em ambos os casos a com-

7 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 105.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

9 BRASIL. *Op. cit.*, p. 55.

petência para legislar é privativa da União (art. 22 da Constituição) e a ratificação dos tratados internacionais pelo Congresso Nacional era feita por maioria simples, a mesma solenidade exigida para a aprovação de lei ordinária.

Parece mais acertado dizer que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos têm, no mínimo, *status* supralegal, pois: 1) a não exclusão da equiparação no art. 5º, § 2º, da Constituição não pode implicar a inclusão. Isso seria ultrapassar os limites semânticos do texto; 2) a equiparação às Emendas à Constituição inexistia quando os Pactos foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro; e 3) a ratificação de tratados internacionais sempre foi mais solene do que a aprovação de leis ordinárias, mas com quórum para ratificação inferior ao exigido para a aprovação de Emendas à Constituição.

Para os fins deste trabalho, a teoria adotada não altera em nada a introdução da audiência de custódia no processo criminal brasileiro pelos Pactos referidos; a distinção fica apenas por conta do motivo da introdução do ato: 1) sendo o *status* de Emenda à Constituição, norma com *status* constitucional introduziu o ato no processo criminal brasileiro; 2) sendo o *status* supralegal, a introdução ocorreu através de norma supralegal; e 3) sendo o *status* de lei ordinária, a introdução foi realizada através de lei ordinária posterior, inclusive revogando eventual disposição legal em contrário (*lex posterior derogat legi priori*).

3. COMPATIBILIDADE ENTRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como dito anteriormente, a audiência de custódia está prevista no art. 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica:

*Toda a 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 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.*¹⁰

10 BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

Bem como no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

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 julgado 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 ser 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.¹¹

Ambos os dispositivos determinam a condução, sem demora, do preso ao juiz ou outra autoridade com função judicial, que poderá determinar que aquele aguarde o julgamento em liberdade.

Antes de dizer algo sobre um texto, é necessário deixar que o texto diga algo (Hans-Georg Gadamer). A partir dessa lição, Lenio Streck explica que todo texto possui limites semânticos: os sentidos do texto têm limites e os limites têm sentidos¹².

Os limites semânticos dos dispositivos referentes à audiência de custódia são bem delimitados: trata-se de ato processual destinado à análise da legalidade da prisão e da necessidade e possibilidade de aplicação de medida(s) cautelar(es), sem estabelecimento de prazo para realização do ato.

O termo *outra autoridade* já causou discussões sobre a possibilidade de delegado de polícia ser a outra autoridade responsável pela realização da audiência de custódia. As justificativas seriam: 1) não realização de audiências de custódia por falta de condições materiais¹³; 2) necessidade de

11 BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

12 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 115.

13 Roberto Tardelli, promotor de justiça aposentado, lembra que as condições já existentes são suficientes para implementar a audiência de custódia, mas em qualquer instância conservadora e reacionária: “[...]qualquer mudança assusta notadamente quem tem incorporado ares de anjo exterminador do Dragão da Impunidade.” In: TARDELLI, Roberto. “Minhas dúvidas quanto à audiência de custódia”. **Justificando**, São Paulo, 6 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/06/minhas-duvidas-quanto-a-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

destinar efetivo para conduzir presos aos fóruns; 3) transformação dos fóruns em delegacias; e 4) a causa da superlotação carcerária é a falta de enfrentamento à ressocialização do preso.¹⁴

Certamente essa é uma interpretação que ultrapassa os limites do sentido do texto. Autoridade policial não é autoridade com função judicial. O fato de delegados de polícia poderem arbitrar fiança nos crimes cuja pena máxima não exceda 4 anos (art. 322 do Código de Processo Penal), após a edição da Lei n.º 12.403/11, não os conferiu função judicial para decidir sobre os próprios atos (analisar autos de prisão em flagrante). Além disso, são usados argumentos moralizantes e sociológicos, além de especulações.

Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr. são precisos ao identificar os reais motivos pelos quais os delegados de polícia não podem realizar a audiência de custódia: 1) a autoridade policial não tem, no Brasil, funções judiciais, apenas administrativas; e 2) a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi assentada na interpretação do art. 7º, item 5, em conjunto com o art. 8º, item 1, ambos do Pacto de San José da Costa Rica.¹⁵

Outra situação injustificável, se a pretensão fosse acatada, seria que os delegados de polícia passariam a lavrar os autos de prisão em flagrante, analisar a validade e aplicar medida(s) cautelar(es). Só aí metade da função de garantidor de direitos atribuída aos magistrados estaria fulminada. Quer dizer, parte da organização do Judiciário seria varrida do texto constitucional.

Outras críticas (?) frequentes dizem respeito à ausência de fixação de prazo para a realização da audiência de custódia, que supostamente inviabiliza a realização do ato, da mesma forma que a inexistência de procedimento expressamente previsto em lei. Supostamente, seria necessário editar lei para fixar o prazo e estabelecer o procedimento.

Com esses fundamentos, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) exerceu o direito de ação direta de inconstitucionalidade para que o Provimento Conjunto n.º 03/2015 seja declarado inconstitu-

14 SOUZA, Giselle. "Delegados dizem que eles próprios devem fazer audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-29/delegados-dizem-eles-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

15 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. "Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia?" (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

cional. Para a entidade de classe, o provimento cria norma de direito processual, de competência exclusiva da União, e viola o princípio da separação do poder, pois caberia ao Executivo e não, ao Judiciário determinar a apresentação do preso no prazo de 24 horas.¹⁶

Trata-se de críticas equivocadas porque ignoram que a audiência de custódia se destina à análise da legalidade da prisão em flagrante e à análise da necessidade e possibilidade de aplicação de medida(s) cautelar(es); bem como porque ignoram a existência de procedimento no Código de Processo Penal para a análise do auto de prisão em flagrante e também para análise do cabimento de medidas cautelares.

Márcio Berclaz teceu duras críticas às justificativas apresentadas para não realizar a audiência de custódia, explicando ser difícil identificar a instituição mais negligente do papel constitucional de fiscalizar a legalidade das prisões em flagrante: se o Ministério Público, ao deixar de efetuar o controle externo da atividade policial, ou se o Judiciário, ao ignorar os efeitos da decisão para tentar *consertar* flagrantes ilegais e malfeitos. Termina a crítica arrematando:

Motivos de ordem pragmática é que, definitivamente, não podem impedir essa proposta de prosperar. A necessidade de acabar com o descontrole de legalidade da prisão em flagrante (e, pasmese, ainda há operadores do direito que confundem revogação com relaxamento de prisão), há de falar mais alto e mais forte, mesmo numa sociedade que, antes de pretender afastar uma imaginária "impunidade" no país que tem a quarta maior massa carcerária do mundo, precisa ter consciência de que se precisa de menos Estado Penal e Processual Penal Mínimo e mais Estado Social, realizador de políticas públicas que propiciem diminuição de desigualdades.¹⁷

16 BORBA, Juliana. "Delegados apresentam ADI no Supremo contra audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/delegados-entram-adi-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

17 BERCLAZ, Márcio. "Quem tem medo da 'audiência de custódia' como alternativa ao (des)controle das prisões em flagrante?" **Justificando**, São Paulo, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/23/quem-tem-medo-da-audiencia-de-custodia-como-alternativa-ao-descontrole-das-prisoas-em-flagrante/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

Em suma, os art. 304 e 307 do Código de Processo Penal¹⁸ estabelecem formalidades para que a autoridade policial lavre o auto de prisão em flagrante; no art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal¹⁹ foi estabelecido o prazo de 24 horas para remeter o auto de prisão em flagrante para o juízo competente, que deverá analisá-lo e tomar alguma das providências descritas no art. 310 do Código de Processo Penal²⁰: relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.²¹

Após a alteração das medidas cautelares por meio da Lei n.º 12.403/11²², a prisão preventiva passou a ser a exceção, cabível apenas quando não puder ser substituída por outra(s) medida(s), conforme disposto no muitas vezes ignorado art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal²³.

Importante lembrar que a aplicação de medidas cautelares deve ocorrer sempre mediante requerimento, pois a atuação do julgador, sem

18 Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.
[...]

Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.
BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

19 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.
Idem, ibidem.

20 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
I - 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.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.
Idem, ibidem.

21 Aury Lopes Jr. e Caio Paiva explicam que apenas a remessa do auto de prisão em flagrante não supre a necessidade de apresentação do preso. In: LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Op. cit.*

22 BRASIL. Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

23 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

provocação, viola o princípio dispositivo e fulmina o alheamento do julgador ao caso (imparcialidade).

A sistemática extraída desses dispositivos aponta para uma análise em três níveis a ser feita pelo julgador: 1) inicialmente é necessário analisar o auto de prisão em flagrante para homologá-lo ou não; 2) sendo homologado, é necessário analisar se é ou não cabível a aplicação de medida cautelar; e 3) sendo cabível a aplicação de medida cautelar, é necessário aplicar a(s) medida(s) observando o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

Não sendo homologado o auto de prisão em flagrante, é necessário relaxar a prisão em flagrante, podendo o Ministério Público requerer a prisão preventiva. Não sendo cabível a aplicação de medida cautelar, é necessário liberar o preso, com ou sem fiança. Sendo aplicáveis medidas cautelares diversas da prisão preventiva, é necessário aplicá-las e liberar o preso.

Sendo de 24 horas o prazo para encaminhar os autos ao julgador e estando todos esses critérios já estabelecidos no Código de Processo Penal, o que mais seria necessário regulamentar através de lei? Não há que se falar em editar lei para estabelecer procedimento já previsto em lei. Basta uma interpretação sistemática dos dispositivos!

4. É NECESSÁRIO REVOGAR MEDIDA(S) CAUTELAR(ES) FIXADA(S) SEM REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, POR SER INSANÁVEL O DEFEITO DO ATO PROCESSUAL

Anteriormente fora dito que a audiência de custódia é condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante, que é feita em três níveis.

Quando o preso não é conduzido à presença do julgador, este analisa apenas o papel e, com base nos autos, julga um completo estranho. Assim o acusado e também o defensor ficam impossibilitados de se manifestarem sobre a prisão e sobre o cabimento de fixação de medidas cautelares. Não é incomum o acusado ser solto após a audiência de instrução, porque é constatado que não se trata do crime imputado ou que não há elementos suficientes para embasar a denúncia.²⁴

24 Com a implementação da audiência de custódia: "Não se tratará mais do "criminoso" que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente,

Exatamente por isso que os resultados do início da realização de audiências de custódia foram espantosos: quase metade das pessoas presas em flagrante foram postas em liberdade com ou sem aplicação de medidas cautelares diversas.²⁵

Considerando tudo isso é possível confirmar a afirmação de que a audiência de custódia é condição de possibilidade da análise da prisão em flagrante e fixação de medida(s) cautelar(es). A não realização da audiência implica defeito do ato, insanável, devendo ser revogada(s) a(s) medida(s) cautelar(es) fixada(s), por não proporcionar ao imputado o exercício do direito ao contraditório.²⁶

Antes de analisar as consequências disso, é necessário lembrar, com Alexandre Morais da Rosa, que:

*[...] o regime de nulidades do CPP (artigos 563-573), além de ultrapassado, é confuso[1]. Adota a compreensão mitológica da verdade substancial (CPP, artigo 566, bem criticada por Salah Khaled Jr.), possui dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (artigo 564, III, "a", "b", "c", III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo — **pas nullité sans grief** (CPP, artigo 563). A ausência de prejuízo é um estelionato processual. Sempre. Assim é que, superada a*

em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação." In: LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. "Final, quem tem medo da audiência de custódia?" (parte 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

25 Em São Paulo, no primeiro mês após a implementação da audiências de custódia, dos 428 presos, 256 permaneceram presos e 172 foram soltos. In: CONSULTOR JURÍDICO. "Audiências de custódia libertam 40% dos presos em flagrante em um mês." **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes>>. Acesso em: 10 jul. 2015. No Espírito Santo, de 77 prisões analisadas na data da implementação da audiência de custódia, 1 teve o flagrante relaxado, 32 foram presas preventivamente, 26 foram postas em liberdade sem a fixação de outras medidas cautelares e 18 foram postas em liberdade com monitoramento eletrônico. In: CONSULTOR JURÍDICO. "Estreia de audiências de custódia no ES mantém prisão de 41% dos acusados." **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/estreia-audiencias-custodia-es-mantem-41-prisoese>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

26 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

distinção arbitrária e sem sentido, todas as hipóteses de violação ao devido processo legal substancial serão declaradas nulas[2], manejando-se a noção de doping, conforme sublinhei no livro A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal.²⁷

As categorias nulidade absoluta e nulidade relativa criam uma série de problemas no processo penal. Aury Lopes Jr. explica que:

[...] existe uma errônea importação de categorias do processo civil (mais uma fatura da Teoria Geral do Processo), que distingue (ilusoriamente) as nulidades absolutas das relativas a partir na natureza da norma (tutela de interesse público ou privado); conhecimento ou não de ofício; possibilidade ou não de convalidação e a necessidade ou não de demonstração de prejuízo.²⁸

Segundo o autor, essas distinções ignoram que: 1) no processo criminal forma é garantia, pois limita o poder; 2) as normas de direito processual são de direito público, não havendo interesse privado em discussão; 3) no processo criminal o julgador é de guardião dos direitos e garantias fundamentais; 4) o tempo não possui o condão de convalidar o que é inválido, ou seja, é inadequada a preclusão para alegação de nulidade; e 5) a exigência de prova do prejuízo nas ditas nulidades relativas torna a nulidade dos atos processuais um produto da consciência do julgador.²⁹

Dito isso, necessário também pontuar que o art. 564, IV, do Código de Processo Penal³⁰ prevê a nulidade do ato realizado com omissão de formalidade que constitua elemento essencial. Trata-se de hipótese fun-

27 ROSA, Alexandre Morais da. "Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

28 LOPES JR., Aury. *Op. cit.*

29 LOPES JR., Aury. *Op. cit.*

30 Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

dada na busca por essências, ou seja, orientada pela metafísica.³¹ Melhor, portanto, utilizar o termo *condição de possibilidade*.

Essa hipótese de defeito, entendida como decorrente da omissão de condição de possibilidade do ato, aplica-se aos casos de não realização da audiência de custódia no momento em que o auto de prisão em flagrante é analisado nos três níveis, descritos acima.

Supostamente, trata-se de defeito sanável do ato processual, cuja convalidação ocorreria nas hipóteses previstas no art. 572, I a III, do Código de Processo Penal.³²

Ocorre que, havendo prazo estabelecido para encaminhar o preso para realização da audiência de custódia e não sendo essa realizada no prazo de 24 horas, estabelecido no Código de Processo Penal, impossível refazer o ato defeituoso.

Além disso, também é impossível ignorar que a não realização da audiência de custódia inviabiliza que o imputado e o defensor manifestem-se, ou seja, viola o princípio constitucional do contraditório. Ignorar o direito constitucional ao contraditório é, em última análise, negar validade à Constituição.

O imputado não pode ser responsabilizado pela desídia do Estado com o descumprimento de normas. O Estado cria normas (inclusive as normas constitucionais), estabelecendo obrigações para si e para os cidadãos. Não pode, depois de criar as obrigações para si, imputar aos cidadãos a responsabilidade pelo próprio descumprimento.

Se o Estado não realiza a audiência de custódia no prazo de 24 horas e o julgador fixa medida(s) cautelar(es), o ato processual não pode ser refeito, durante audiência de custódia designada posteriormente, porque ultrapassa o prazo fixado no Código de Processo Penal. Sendo a realização da audiência condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante e a fixação de medida(s) cautelar(es), a homologação do auto e a fixação de medida(s) sem a apresentação do preso causa defeito insanável.

31 Lenio Streck explica que “[...] metafísica é a pretensão a uma verdade absoluta.” In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 258.

32 Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

A única solução, obviamente, é determinar a revogação das medidas cautelares eventualmente fixada(s) ao arripio do contraditório.

Nada impede, porém, que o Ministério Público requeira a fixação de medida(s) cautelar(es) após a revogação das anteriores, desde que, obviamente, produza a prova dos requisitos necessários para o cabimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) A audiência de custódia foi introduzida no processo criminal brasileiro através da ratificação do Pacto de *San José da Costa Rica* e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;

b) A internalização da audiência de custódia através da ratificação desses tratados independente do *status* conferido aos tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores ao início da vigência do § 3º, do art. 5º, da Constituição e/ou ratificados sem o procedimento previsto nesse dispositivo;

c) No Brasil, apenas os magistrados são competentes para realizar as audiências de custódia;

d) A audiência de custódia, nos termos previstos nos Pactos, é compatível com a análise do auto de prisão em flagrante, prevista nos art. 304, 306, 307 e 310, todos do Código de Processo Penal, devendo o preso ser apresentado ao julgador competente no prazo de 24 horas, previsto no art. 306, § 1º para o encaminhamento do auto de prisão em flagrante;

e) Não é necessário criar lei para regulamentar a audiência de custódia, bastando uma interpretação sistemática dos dispositivos;

f) A análise do auto de prisão em flagrante deve ser feita em três níveis: a) análise da legalidade da prisão em flagrante; b) análise do cabimento de medida(s) cautelar(es); e c) aplicação de medida(s) cautelar(es), se for o caso.

g) A audiência de custódia é condição de possibilidade para a análise do auto de prisão em flagrante em três níveis;

h) As categorias nulidade absoluta e nulidade relativa criam uma série de problemas no processo penal, que favorecem o decisionismo para definir quando a nulidade causou ou não prejuízo ao imputado;

i) Sendo 24 horas o prazo para apresentação do preso para realizar a audiência de custódia, a apresentação após esse período causa defeito insanável do ato processual;

j) Não sendo o preso apresentado para o julgador competente realizar a audiência de custódia no prazo de 24 horas, é necessário revogar medida(s) cautelar(es) fixada(s); e

k) Ainda assim, pode o Ministério Público requerer a fixação de nova(s) medida(s) cautelar(es) desde que prove a aplicabilidade. ❖

REFERÊNCIAS

BERCLAZ, Márcio. "Quem tem medo da 'audiência de custódia' como alternativa ao (des)controle das prisões em flagrante?" **Justificando**, São Paulo, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/23/quem-tem-medo-da-audiencia-de-custodia-como-alternativa-ao-descontrole-das-prisoos-em-flagrante/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BORBA, Juliana. "Delegados apresentam ADI no Supremo contra audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/delegados-entram-adi-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Decreto n.º 592**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. **Decreto n.º 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Decreto-lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Lei n.º 12.403**, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. "Audiências de custódia libertam 40% dos presos em flagrante em um mês". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes>>. Acesso em: 10 jul. 2015

_____. "Estreia de audiências de custódia no ES mantém prisão de 41% dos acusados". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/estreia-audiencias-custodia-es-mantem-41-prisoes>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

LOPES JR., Aury. "Sistema de nulidades *a la carte* precisa ser superado no processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. "Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?" (parte 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. "Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia?" (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____; PAIVA, Caio. "Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aur-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". **Revista de Informação Legislativa**, v. 167, p. 93-114, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. "Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

SOUZA, Giselle. "Delegados dizem que eles próprios devem fazer audiência de custódia". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mai. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-29/delegados-dizem-eles-audiencia-custodia>. Acesso em: 10 jul. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. "A revelação das 'obviedades' do sentido comum e o sentido (in)comum das 'obviedades' reveladas". In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARDELLI, Roberto. "Minhas dúvidas quanto à audiência de custódia". **Justificando**, São Paulo, 6 fev. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/06/minhas-duvidas-quanto-a-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 10 jul. 2015.