

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

PRISÃO em
FLAGRANTE
DELITO
CONSTITUCIONAL

2ª edição: revista, atualizada e ampliada

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

APRECIÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

Após a determinação e formalização da prisão em flagrante delito, o estatuto de rito criminal, em seu artigo 310, com a redação dada pela **Lei Federal nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”)**, assim dispõe:

Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, 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.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou 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 obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Nota-se que a denominada “audiência de custódia” foi inserida no corpo do *caput* do artigo 310 do CPP, a ser realizada até 24 horas após recebimento do auto de prisão em flagrante delito pela Autoridade Judicial.

Convém recordar que o reproduzido § 4º do artigo 310 do CPP teve a eficácia suspensa mediante decisão liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em trâmite conjunto no STF, reputando o ministro relator Luiz Fux consequência desarrazoada a previsão de ilegalidade da prisão flagrancial pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas¹. De igual modo, referida liminar também suspendeu a eficácia do artigo 3º-B do CPP, igualmente adicionado pelo “Pacote Anticrime”, que em seu inciso II estabelece ao “juiz das garantias” o recebimento do auto prisional para o controle da legalidade da prisão do artigo 310 do CPP².

A seguir, serão comentadas as opções que a lei processual penal confere ao Juiz de Direito na apreciação e deliberação do auto de prisão flagrancial.

7.1 RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO ILEGAL

Trata-se de providência com expresso fulcro no inciso LXV do artigo 5º da Constituição Federal, que impõe que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, reproduzida no inciso I do artigo 310 do CPP.

1. Decisão liminar exarada pelo Ministro Luiz Fux, relator das citadas ADIs, no dia 22/01/2020, véspera da entrada em vigor do “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019).
2. Enquanto suspensa a eficácia dos dispositivos que disciplinam o “juiz das garantias”, a competência para a apreciação do auto de prisão em flagrante permanece à Autoridade Judicial definida de acordo com a organização administrativa de cada Tribunal do Poder Judiciário.

Relaxar significa diminuir a força, abrandar³ e, no universo jurídico-criminal, desconstituir⁴ a prisão flagrancial, ante ilicitude que a macula e a torna insubsistente.

Logo, a análise judicial iniciará com a avaliação da legalidade da prisão em flagrante delito. Examinará o contexto fático e jurídico para verificar se estão presentes as hipóteses de flagrância delitiva (requisito temporal) e a fundada suspeita (requisito probatório – justa causa ou *fumus commissi delicti*) dos artigos 302 e 304, § 1º, do CPP, respectivamente, em relação ao indiciado. Avaliará também se foram observadas as formalidades legais, em especial os prazos e cerimônias pertinentes, a documentação como a nota de culpa e as garantias processuais penais fundamentais do preso, repelindo ainda eventuais práticas espúrias como o “flagrante forjado”, torturas ou abusos, provas ilícitas de um modo geral ou quaisquer outros vícios desse jaez.

Destaca-se que a hipótese do atual e renumerado § 1º (antigo parágrafo único), do artigo 310 do CPP, com o texto conferido pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que prevê a concessão de liberdade ao autuado quando presentes excludentes de ilicitude, pode consubstanciar também prisão flagrancial ilegal, que não deveria ter sido decretada. Desse modo, suscetível de relaxamento, até porque o artigo 314 do estatuto adjetivo penal⁵ veda a prisão preventiva quando houver discriminantes, incluindo a decorrente de conversão da custódia flagrancial.

Importante enfatizar que a mera divergência de convicção jurídica acerca da tipificação penal dos fatos entre o Delegado de Polícia que decretou a prisão em flagrante delito e o Juiz de Direito que recebe a comunicação instruída com o auto prisional não

-
3. HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 2421.
 4. MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 96.
 5. CPP, art. 314: “A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”.

constitui ilicitude e tecnicamente não deve ensejar o relaxamento da custódia flagrancial. Cuida-se de mera reclassificação dos fatos, que pode apenas implicar a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão, em respeito, acima de tudo, à independência funcional de cada uma das citadas autoridades públicas⁶.

Para ilustrar a situação, pode ser citada hipótese de acidente de trânsito com vítima fatal causado por motorista embriagado, em que o Delegado de Polícia decreta a prisão em flagrante pela prática de homicídio culposo na direção veículo automotor qualificado pela embriaguez (CTB, artigo 302, § 3º) e o Juiz de Direito, ao receber e apreciar o auto prisional, entenda que houve dolo eventual e, assim, reclassifique o evento para homicídio doloso (CP, art. 121, *caput*, na forma do artigo 18, inciso I, segunda parte). Idêntico raciocínio aplica-se para quaisquer situações similares, como em cenário não incomum, em que a Autoridade Policial classifique fundamentadamente a conduta do suspeito como comércio de drogas proscritas (Lei nº 11.343/2006, art. 33, *caput*) ao ordenar a custódia flagrancial e formalizar o auto de prisão e a Autoridade Judicial divirja, considerando caracterizada a infração penal de porte de droga para consumo pessoal (Lei nº 11.343/2006, art. 28, *caput*). Não há ilegalidade, mas mera desclassificação jurídica dos fatos.

Portanto, é próprio da dinâmica processual penal que o Delegado de Polícia, seguindo sua convicção jurídica motivada, determine a prisão em flagrante delito e autue o indiciado pelo enquadramento legal que reputar adequado ao caso concreto. Ao opinarem, a acusação ou a defesa podem discordar e requerer tipificação diversa e, por derradeiro, o Juiz de Direito pode entender por capitulação distinta daquela decidida pela Autoridade Policial ou aventada pelas partes, reclassificando ou desclassificando os fatos e adotando as providências pertinentes (conversão da prisão em flagrante em preventiva ou concessão de liberdade com ou sem medida cautelar diversa). Cada um pode (e deve), fundamentadamente, seguir e sustentar a classificação jurídica que julgar correta ao episódio apurado.

6. A inerente independência funcional do Delegado de Polícia foi abordada no tópico 6.9 deste trabalho.

Repise-se que, se o Delegado de Polícia fundamentou sua decisão e correlata convicção jurídica, filiando-se a um enquadramento típico adequado, não há que se falar em ilegalidade, sendo descabido o relaxamento da prisão, independentemente da concordância da Autoridade Judicial, ou mesmo da opinião da acusação ou da defesa, que podem, cada qual, entender por uma tipificação legal distinta. Trata-se, como anotado, de mera reclassificação por discordância de hermenêutica, salvo, evidentemente, eventual culpa grosseira e ou manifesta má-fé.

O silogismo exposto é corroborado pela nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), ao dispor, no § 2º de seu artigo 1º, que a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade, coibindo assim o famigerado “ilícito de hermenêutica” contra agentes estatais operadores do direito no regular exercício de suas funções.

Assim, o Juiz de Direito, se considerar que, aparentemente, os fatos configuram injusto penal distinto, dará novo enquadramento legal e avaliará se concede liberdade provisória, cumulada ou não com medida cautelar pessoal diversa da custódia, ou ainda se converte a prisão flagrancial em preventiva, de modo a preservar a independência funcional do Delegado de Polícia e aguardar a conclusão do inquérito policial instaurado pelo auto prisional, bem como a posterior manifestação da acusação e da defesa, por ocasião do oferecimento de peça acusatória com base nos autos do procedimento investigatório, que inclusive poderão (e normalmente são) ter sido distribuídos a outra Autoridade Judicial, mormente se a comunicação da prisão em flagrante foi analisada em sede de plantão judiciário, quando os Magistrados atuam em regime de escala de serviço.

Reconhecendo efetiva ilegalidade da prisão em flagrante delito (não mera reclassificação jurídica dos fatos), o Magistrado determinará o relaxamento, devendo apenas decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa se houver pedido formulado pela acusação (pública ou privada) ou representação do Delegado de Polícia, conforme argumenta Maurício Zanóide de Moraes⁷:

7. MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 97-98. Nesse sentido: O STF já suspendeu cautelarmente a conversão de ofício de cus-

Portanto, diante da ilegalidade da prisão em flagrante e da impossibilidade de decretação ex officio de qualquer medida judicial, deverá o Juiz colocar em liberdade o preso sem impor-lhe qualquer condição, obrigação ou ônus. Em outros termos, ocorrida a hipótese do inciso I do citado art. 310 (“relaxar a prisão ilegal”), ao Juiz é impossibilitado aplicar, de ofício, o previsto no inciso II ou a concessão de liberdade com fiança (parte III do mesmo dispositivo).

Porém, caso haja requerimento do Ministério Público de substituição da prisão em flagrante por outra medida cautelar, deverá o Juiz examinar eventual possibilidade de substituição da prisão por outra medida prevista nos referidos incisos II e III, mesmo se entender que a situação fático-jurídica do flagrante a ele apresentada é ilegal.

7.2 LIBERDADE PROVISÓRIA, MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA

A partir da redação dos incisos II e III do artigo 310 do CPP, a prisão preventiva foi definida como última medida (*ultima ratio*) a ser imposta dentre as soluções a serem determinadas na avaliação da prisão em flagrante delito. Logo, a custódia flagrantial só deve ser convertida em preventiva quando presentes os requisitos e as demais medidas cautelares diversas figurarem insuficientes ou inadequadas.

As medidas cautelares diversas da custódia provisória foram inseridas pela citada Lei nº 12.403/2011 e estão assim elencadas nos artigos 319 e 320 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

tódia em flagrante em preventiva, diante da reforma promovida pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) nos artigos 282, § 2º e 311, ambos do CPP, vedando a decretação da custódia preventiva sem pedido da acusação ou representação do Delegado de Polícia (STF, HC nº 186.421-5C, rel. Min. Celso de Mello, j. 17/07/2020).

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Portanto, a concessão de liberdade é a regra, quando não houver motivos para a decretação de medidas cautelares pessoais e, na eventual aplicação dessas, sempre seguindo uma escala crescente de restrição de direitos fundamentais, cujo ápice situa-se na segregação preventiva, observados os parâmetros de proporcionalidade do artigo 282 do CPP⁸, notadamente a necessidade e a adequação em cada caso.

8. CPP, art. 282, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”): “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Nesse contexto, Maurício Zanóide de Moraes assim pondera:⁹

Atuar na busca da medida mais proporcional, todavia, não se esgota no exame e justificativa de uma única medida que o Juiz intua ou deseje como a mais apropriada ao caso. Agir com justificativa constitucional e proporcionalidade é mais que isso. Se a Constituição determina que a liberdade é a regra, enquanto a sua restrição em qualquer grau ou forma é exceção, o agir de modo proporcional começa na fixação de uma clara diretriz de que o exame judicial de busca da medida cautelar mais apropriada deve principiar no sentido da análise da medida menos invasiva para a mais invasiva da esfera jurídica do imputado.

Assim, verificada pelo Juiz a legalidade da prisão em flagrante (não é caso de seu relaxamento), deverá iniciar a busca pela mais apropriada medida substitutiva daquela espécie de prisão provisória dentre as medidas cautelares diversas da prisão. Vale dizer, deverá iniciar seu exame de proporcionalidade pelas já citadas medidas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP.

Superada a avaliação para a aplicação de medidas cautelares diversas da custódia, a Autoridade Judicial analisará se estão presentes os requisitos para a conversão em prisão preventiva.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

9. MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 97.

A custódia preventiva é disciplinada nos artigos 311 a 316 do CPP e depende, em suma, da presença de **três requisitos**¹⁰:

1) os **pressupostos** que sinalizam a “fumaça do cometimento do delito” (*fumus commissi delicti*), compostos pela conjugação dos indícios suficientes de autoria e das provas da materialidade delitiva (CPP, art. 312, segunda parte);

2) algum dos **fundamentos** que traduzem o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*): garantia da ordem pública, da ordem econômica ou da aplicação da lei penal, ou conveniência da instrução criminal (CPP, art. 312, parte inicial);

3) uma das **hipóteses legais de admissibilidade** previstas no artigo 313, do CPP: crime doloso com pena acima de quatro anos, reincidência em delito doloso, crime com violência doméstica ou dúvida sobre a identidade civil.

Convém recordar que o Delegado de Polícia pode representar pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (ou nas outras medidas cautelares diversas), formulando tal manifestação no corpo do auto prisional ou do ofício de sua comunicação ao Juiz de Direito. Pode, inclusive, deixar de arbitrar fiança quando esta for admitida (crimes cuja pena máxima não supere quatro anos, consoante artigo 322, *caput*, do CPP), se considerar presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, com fulcro nos artigos 282, § 2º, 310, inciso II, 311, 324, IV e 13, IV, do diploma adjetivo criminal, do mesmo modo que a acusação e a defesa poderão requerer à Autoridade Judicial as providências que reputarem devidas ao receberem o auto prisional.

Outro ponto digno de nota e que poderá ensejar polêmica consiste no novo § 2º do artigo 310 do CPP, acrescido pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), ao estabelecer uma vedação peremptória de concessão de liberdade ao indiciado reincidente ou integrante de organização criminosa, dispositivo que possivelmente será impugnado nos Tribunais, por contrariar o tratamento do cárcere como exceção e inviabilizar a análise judicial de acordo com as especificidades de cada caso concreto. De igual modo, a projeção

10. AVENA, Norberto. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 821.

do controverso dispositivo para a avaliação do Delegado de Polícia na audiência de apresentação e garantias do artigo 304 do CPP pode resultar na interpretação pelo impedimento automático de arbitramento de fiança para indivíduos nas referidas circunstâncias, posição que também ofende o postulado da presunção de não culpa e da liberdade como regra.

Em síntese, ao apreciar o auto de prisão em flagrante delito o Magistrado deve considerar a possibilidade de conceder a liberdade sem restrições. Sendo inviável, avaliará se cabe a libertação cumulada com medidas cautelares diversas da prisão e, uma vez prejudicada a aplicação destas, pelas regras da proporcionalidade, converter fundamentadamente a prisão em flagrante em preventiva somente se presentes os apontados requisitos legais.

7.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A denominada “audiência de custódia” consiste em iniciativa fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando dirigido pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Ricardo Lewandowski, por intermédio da edição da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015.

As reformas promovidas pelo “Pacote Anticrime” (Lei Federal nº 13.964/2019) limitaram-se a introduzir a expressão “audiência de custódia” expressamente no ordenamento, no corpo dos artigos 310 e 287, ambos do CPP. Todavia, o conteúdo e os contornos da aludida audiência em juízo permanecem disciplinados na referida Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Em suma, aludido instituto compreende a exigência de apresentação pessoal dos presos em flagrante delito às Autoridades Judiciais no prazo de 24 horas para a decisão quanto à manutenção ou não da custódia cautelar, com base em uma visão interna conferida aos citados artigos 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992)¹¹ e artigo 9º, item 3, do Pacto

11. CADH, art. 7º, item 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**

Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (Decreto nº 592/1992)¹².

Na sua origem, a audiência de custódia invocou um controle de convencionalidade, consistente na compatibilização do ordenamento interno com os tratados e convenções internacionais, não mais restrito ao controle de constitucionalidade pelo ajuste da legislação infraconstitucional aos comandos da Lei Maior e segundo o qual a pirâmide normativa foi internacionalizada pela centralidade dos direitos humanos e não se esgota na Constituição Federal¹³.

O cerne das controvérsias que gravitavam em torno da audiência de custódia concentrou-se na desconsideração da carreira jurídica de Delegado de Polícia como a “outra autoridade prevista em lei” ou “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, expressões que constam nos aludidos Tratados Internacionais que a fundamentam e que dispõem que não seria apenas à Autoridade Judicial que o suspeito deve ser apresentado, além de desprezar o fato de já existir uma “audiência de apresentação e garantias” no ordenamento brasileiro (CPP, artigo 304), que exige que todo suspeito capturado em aparente flagrância delitiva deve ser apresentado à “autoridade competente” (Juiz de Direito ou Delegado de Polícia).

Nesse sentido a ponderação de Thiago Frederico de Souza Costa¹⁴:

Voltando a atenção ao sistema jurídico interno, sem olvidar da evolução do sistema processual penal brasileiro, fica evidente que os tratados internacionais citados amparam a sistemática local, em

funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de **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**” (grifamos).

12. Decreto nº 592/1992, art. 9º, item 3: “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**” (grifamos).
13. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 30.
14. COSTA, Thiago Frederico de Souza. Audiência de custódia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 122-123.

que se prevê o ato de apresentação imediata do preso ao delegado de polícia para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Todo esse arcabouço leva ao inevitável reconhecimento de que as funções exercidas pelo delegado de polícia na condução do auto de prisão em flagrante suprem as exigências dos tratados internacionais mencionados, e que ele não só pode como deve ser entendido como a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Esse reconhecimento se funda na própria Constituição Federal, que legitima o art. 304 do CPP a partir da concepção de que não sujeita a decisão acerca da prisão em flagrante à estrita reserva de jurisdição (art. 5º, LXI) e autoriza expressamente o interrogatório policial (art. 5º, LXIV), ato de evidente e inquestionável natureza judicial exercido pelo delegado de polícia.

Sequer seria necessário tanto esforço para se concluir o óbvio, visto que a mera interpretação literal dos tratados internacionais deixa evidente a inexistência de obrigatoriedade de apresentação de todos os detidos exclusivamente ao juiz.

Acaso a intenção fosse essa, tais tratados teriam mencionado a expressão “outra autoridade judiciária” ou então simplesmente nada mencionariam, visto que não haveria que se falar em qualquer outra autoridade que não fosse o juiz.

A legitimidade e a utilidade da “audiência de custódia” foram debatidas tanto pelo fato de que a medida não foi instituída por lei mas por ato administrativo infralegal (resolução) e adotada nos Estados da Federação por meio de provimentos e atos administrativos similares¹⁵, e assim violaria a competência legislativa privativa da União sobre direito processual (CF, artigo 22, inciso I), quanto pela citada interpretação que se concebeu aos mencionados artigos 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica e artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, ao desconsiderar a carreira

15. No Estado de São Paulo, a “audiência de custódia” foi inaugurada por meio de projeto disciplinado no Provimento Conjunto nº 3, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência com a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça paulista. À guisa de exemplo, em sentido similar constam também o Provimento nº 24/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a Resolução nº 796/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e a Resolução nº 13/2015 do Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

jurídica de Delegado de Polícia como sendo a “outra autoridade autorizada ou habilitada por lei a exercer funções judiciais”, leitura que revestia os aludidos dispositivos internacionais desde o seus respectivos ingressos no ordenamento brasileiro em 1992, pelos Decreto nº 678 e nº 572 daquele ano¹⁶.

Consoante assinalado, o comando literal do artigo 304 do CPP, que cuida da prisão em flagrante, dispõe que seja “apresentado o preso à autoridade competente”, para que então se realize audiência com a oitiva dos presentes, não só do suspeito capturado, mas de todos os envolvidos (testemunhas e vítimas). A “autoridade competente”, no processo penal pátrio, pode ser a Autoridade Policial (Delegado de Polícia)¹⁷ ou a Autoridade Judicial (Juiz de Direito), as quais também verbalizarão elas próprias a “voz de prisão” para a captura do agente quando contra elas ou nas suas presenças o fato for praticado, nos moldes do citado artigo 307 do mesmo diploma de rito criminal¹⁸.

Destarte, como já adiantado no tópico sobre a fundada suspeita e a decisão de indiciamento¹⁹, na prática policial e forense, a audiência de apresentação e garantias do artigo 304 do CPP é presidida pelo Delegado de Polícia e este, sobretudo após a ordem constitucional de 1988, deve salvaguardar a justiça e a legalidade, e realizar um controle da legitimidade da captura, assegurando os direitos do suspeito para, somente após esse filtro garantista, decretar (ou não) a prisão em

-
16. NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. 16 jul. 2015; RICCI, Marcelo Assiz. Audiência de custódia: inviabilidade. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 04 ago. 2015; BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 2, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 157-195.
 17. Conforme já anotado, por expressa disposição na Lei Federal nº 12.830/2013, art. 2º, § 1º: “Ao **delegado de polícia**, na qualidade de **autoridade policial**, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais” (grifamos). Desse modo, incumbe ao Delegado de Polícia todas as medidas legais atribuídas à “autoridade policial” no processo penal brasileiro.
 18. A autoridade a que se refere o artigo 307 do CPP é aquela que tem poderes para determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, sendo, portanto, o Juiz de Direito ou o Delegado de Polícia. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 731.
 19. Tópico 6.7.

flagrante delito, se das respostas resultar “fundada a suspeita contra o conduzido” (justa causa ou *fumus commissi delicti*).

Noutro giro, os argumentos invocados para justificar a “audiência de custódia” em juízo, em síntese, foram: a) “humanizar” o ritual de apreciação judicial da prisão em flagrante delito para a concessão de liberdade, conversão em prisão preventiva ou em outras medidas cautelares; b) diminuir o excesso de presos provisórios e; c) potencializar a função do processo penal como instrumento de proteção dos direitos humanos a serviço da contenção do poder punitivo estatal²⁰.

Entretanto, a apresentação pessoal do preso à Autoridade Judicial, por si só, não altera o quadro fático e jurídico contido no auto prisional e na documentação a ele atrelada, que necessariamente já era e continua sendo encaminhado ao Juiz de Direito na comunicação da prisão em flagrante delito (CF, art.5º, LXII, e CPP, art. 306). Para uma justa deliberação judicial na análise da prisão flagrancial, o mais relevante consiste em viabilizar um prévio contraditório via manifestações efetivas da defesa e da acusação para o exame pelo Magistrado, com a ponderação dos argumentos técnicos e práticos das partes.

O texto atual do *caput* do artigo 310 do CPP menciona que a Autoridade Judicial deverá promover a audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas após receber o auto de prisão em flagrante, com a presença do “acusado” (na verdade indiciado), de seu Defensor e do agente ministerial.

Antes da Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), houve discussão também acerca da adequação e da exequibilidade do prazo de 24 horas assinalado na citada Resolução do CNJ e agora introduzido no artigo 310 do CPP, para a apresentação do custodiado em flagrante ao Juiz de Direito, face a realidade brasileira, devido à extensão territorial do país, às longas distâncias que separam diversos locais dos respectivos órgãos judiciários e as distintas peculiaridades estruturais de cada região, com sugestões de ampliação para 48 ou

20. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 26-29.

72 horas²¹, ou mesmo de ausência de lapso temporal taxativo, para a execução mais célere possível²².

De toda sorte, o § 3º, do artigo 310 do CPP, também adicionado pelo “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019), prevê a tríple responsabilização (administrativa, civil e penal) da autoridade que dar causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia.

Ainda nesse contexto, reitera-se que o § 4º do artigo 310 do CPP, outro fruto do “Pacote Anticrime”, que prevê que a ausência imotivada da realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas enseja a ilegalidade da prisão, teve a eficácia suspensa via decisão liminar nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, sob o argumento de referida previsão constituir consequência jurídica desarrazoada²³.

Outrossim, de acordo com o artigo 1º da Resolução nº 213/2015 do CNJ, a pessoa presa será apresentada em até 24 horas da “comunicação do flagrante”. Logo, estabelece como termo inicial para a contagem do prazo não a captura, mas o recebimento em juízo do expediente de comunicação instruído com o auto prisional e demais peças de polícia judiciária atinentes à custódia em flagrante delito.

A citada Resolução do CNJ, além de repetir regramentos do CPP para a análise judicial da prisão flagrancial, em seu artigo 8º, inciso VIII, veicula que a Autoridade Judicial deve “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”.

21. GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Audiência de custódia: desafios de sua implantação no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2020, p.74-75.

22. De toda sorte, a Resolução nº 213/2015, no § 4º de seu artigo 1º, autorizava a apresentação do preso em lapso acima de 24 horas se o custodiado estiver acometido por grave enfermidade ou havendo circunstância excepcional que impossibilite a diligência no referido prazo. Prevê ainda no § 5º do mesmo dispositivo a possibilidade de edição de ato complementar para regular prazos para apresentação à Autoridade Judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais em que o Magistrado competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o destacado prazo de 24 horas.

23. Decisão liminar exarada pelo Ministro Luiz Fux, relator das aludidas ADIs, no dia 22/01/2020, véspera da entrada em vigor do “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019). Como já pontuado alhures, aludida liminar também suspendeu a eficácia do artigo 3º-B do CPP, igualmente adicionado pelo “Pacote Anticrime”, que em seu inciso II atribuiu ao “juiz das garantias” o recebimento do auto prisional para o controle da legalidade da prisão do artigo 310 do CPP.

O Magistrado não deve adentrar no mérito da questão em debate, sob pena de antecipar o interrogatório judicial, antes da conclusão até mesmo do respectivo inquérito policial instaurado pelo auto prisional e com dez dias de prazo para encerramento como regra, porquanto a persecução encontra-se em sua etapa extrajudicial de investigação criminal preliminar.

A redação atual do artigo 310 do CPP seguiu a Resolução CNJ nº 213/2015, que em seu artigo 4º dispõe que a “audiência de custódia” será realizada na presença do órgão ministerial e da Defensoria Pública, caso a pessoa autuada não possua Defensor constituído no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante. Conforme o artigo 5º da Resolução, se houver Advogado constituído já na decretação da prisão flagrancial, será notificado pelo Delegado de Polícia para a “audiência de custódia” em juízo, atribuindo ainda ao Magistrado que questione sobre a ocorrência de tortura e maus tratos contra o preso e que, havendo declaração deste em sentido positivo, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da “denúncia” e preservação da segurança física e psicológica do indiciado (Resolução nº 213/2015, arts. 8º, inciso VI e 11)²⁴.

A despeito das críticas e elogios lançados sobre a “audiência de custódia”, uma das mais contundentes carências quanto ao excesso de prisões cautelares no Brasil continua sendo a ausência de prazos fixados em lei para a duração das custódias provisórias, acompanhados do suporte com recursos humanos e materiais aos órgãos públicos envolvidos, inclusive para uma concreta execução e fiscalização de medidas cautelares diversas da privação de liberdade,

24. Neste ponto, em que pese a correta pretensão de coibir torturas e práticas abusivas contra presos por agentes públicos, é preciso cautela para evitar a generalização e não incutir carga preconceituosa contra os agentes estatais por meio de uma presunção de ilicitude e arbitrariedade na captura dos suspeitos de práticas delituosas. Não se pode menosprezar a necessidade de reprimir também falsas alegações de presos prestadas em “audiências de custódia”, lamentavelmente nada incomuns, que dão causa a investigações em face de policiais em manifesta denúncia caluniosa contra os servidores do Estado (CP, art. 339). A apuração deve ser justa para o suspeito capturado e autuado em flagrante delito e também para o agente estatal contra quem eventualmente seja alegado cometimento de irregularidades, preservando todos, sem distinção, como sujeitos de direitos.

e não a mera decisão de conversão ou não de prisões em flagrante delito em preventivas, consubstanciada em avaliação técnico-jurídica séria e subordinada acima de tudo às circunstâncias de cada caso concreto, que não pode ser reduzida a uma pretensa finalidade estatística de política criminal voltada à suposta diminuição da população carcerária.

Nessa linha, a “doutrina do não-prazo”, desprovida de previsão legal expressa que estipule uma duração máxima para a custódia provisória, inclina-se para a banalização das prisões cautelares, que na prática prolongam-se como se regra fossem²⁵.

Como se observa, durante longos 23 anos ininterruptos, interregno entre o ingresso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992) até a edição da Resolução CNJ nº 213/2015, a audiência para controle de custódias foi levada a cabo pela Autoridade Policial, atendendo aos comandos convencionais, diga-se de passagem, de índole supralegal²⁶, vale dizer, hierarquicamente superior ao da Resolução e do “Pacote Anticrime”.

Contudo, ante dificuldade de reconhecimento formal do Delegado de Polícia como a outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais, sobretudo após o “Pacote Anticrime”, a problemática a ser enfrentada não reside mais na nomenclatura a ser conferida à consolidada audiência do artigo 304 do CPP, se ela compreende ou não uma “audiência de custódia”, mas na confirmação de sua imprescindibilidade ao devido processo e aos direitos fundamentais.

Não se olvida que, para parcela da doutrina, considerando o contexto histórico e jurídico brasileiro, o Delegado de Polícia figura como autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais²⁷,

25. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52-53.

26. STF, RE nº 349.703-RS. Rel. Min. Carlos Britto, j. 02/12/2008.

27. Oportuno consignar que a carreira de Delegado de Polícia, com essa nomenclatura, foi criada pela Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, responsável por alterar dispositivos do Código de Processo Criminal de 1832, e que instituiu a figura dos Chefes de Polícia, escolhidos entre Desembargadores e Juizes de Direito, tendo como subordinados Delegados e Subdelegados. Daí porque até hoje os Delegados de Polícia conservam funções judiciais, conquanto atualmente pertençam ao Poder Executivo, como se observa, por exemplo, na Lei nº 11.343/06, em seu art. 48, §§ 2º e 3º, ao determinar a apresentação do suspeito de prática de delito de posse de drogas para consumo pessoal à Autoridade

incumbido de realizar o primeiro controle de legalidade da captura do suspeito em aparente estado de flagrante delito, na referida audiência há muito prevista no artigo 304 do CPP, e deve conceder liberdade mediante fiança, com correlata expedição de alvará de soltura, funções judiciais atribuídas por lei à Autoridade Policial²⁸. Repise-se que a “autoridade competente” para presidir a mencionada audiência de apresentação do artigo 304 do CPP também poderia ser o Juiz de Direito pelo entendimento dominante.

Nesse contexto, o artigo 304 do CPP deve ser reverenciado como uma “audiência de apresentação e garantias”, por intermédio do já citado sistema de “dupla cautelabilidade”, pelo qual tanto o Delegado de Polícia inicialmente, quanto o Juiz de Direito no momento subsequente são responsáveis pela tutela das garantias dos indivíduos custodiados, notadamente o direito à liberdade, aplicado de fato como regra do sistema²⁹.

Com efeito, a trágica crise sanitária e econômica decorrente da pandemia do novo coronavírus (Covid-19)³⁰, ensejou a edição, pelo

Judicial e, na ausência desta, ao Delegado de Polícia para realizar as funções do Juiz de Direito. Em virtude da Lei nº 261/1841, o dia 3 de dezembro foi instituído oficialmente pela Lei Federal nº 13.567, de 21 de dezembro de 2017, como o Dia do Delegado de Polícia. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *O delegado de polícia em ação. Teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 90-91. FALASCA, José Ângelo. *A Polícia Civil paulista: sua evolução histórica nos períodos colonial, imperial e republicano*. 2007. 54 p. Monografia (Processo seletivo de professor de história da Polícia) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2007, p. 13; LESSA, Marcelo de Lima. O poder decisório do delegado de polícia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, abril 2018.

28. CPP, arts. 322 e seguintes. Ademais, consoante consignado alhures, na exegese constitucional, a densidade ôntica da atividade de polícia judiciária a revela como sendo a polícia do Poder Judiciário, que o auxilia na preparação da demanda penal ao executar e legitimar a etapa extrajudicial do processo penal. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (Coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia: comentários à Lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 15-17.
29. BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelabilidade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 197-236.
30. A pandemia do COVID-19, doença causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2), moléstia com disseminação global, colapsou muitos sistemas de saúde em escala universal. No Brasil, foi editada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, alterada pela Lei Federal nº 14.019, de 2 de julho de 2020, destina-

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, contendo uma série de diretrizes para os tribunais e que, em seu artigo 8º, orientou a não realização das audiências de custódia como forma de diminuir os riscos de propagação da doença, durante o período da aludida restrição sanitária e, de fato, tais audiências judiciais foram suspensas na prática, como regra.

O propósito invocado na Recomendação CNJ nº 62/2020, de reduzir riscos epidemiológicos no sistema de Justiça penal, malgrado louvável, não supera a necessidade de urgente avaliação e controle da legalidade para a custódia, colocando em evidência o mérito protetivo da audiência de apresentação e garantias do artigo 304 do CPP, na qual inclusive são ouvidos não apenas o capturado suspeito da prática delituosa, mas também testemunhas e vítimas do fato apurado, asseguradas as demais garantias processuais penais bem como a produção e a preservação do acervo probatório. Retomou-se a dinâmica estatal de decretar a custódia em flagrante e comunicar o juízo para análise (remota, por meio digital) do auto prisional e decisão sobre a concessão de liberdade ou conversão em prisão preventiva.

Sob esse enfoque, o aprimoramento legislativo e um ativo controle de convencionalidade que prestigiaria os comandos constitucionais da presunção de não culpabilidade e da liberdade como regra está convergido na disciplina da etapa extrajudicial, mormente na audiência de apresentação do artigo 304 do CPP, com a eliminação da apontada e infundada restrição baseada na pena máxima cominada de quatro anos para a concessão de liberdade mediante fiança pelo Delegado de Polícia (CPP, artigo 322)³¹, ampliando-a para todas ou ao menos para

das ao enfrentamento dessa emergência de saúde, prevendo medidas para proteção da coletividade como isolamento, quarentena, uso de máscaras de proteção, exames médicos e testes laboratoriais compulsórios, além de estudos epidemiológicos e ações envolvendo cautelas no manejo de cadáveres.

31. Estudo científico sobre “Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro”, realizado pela Associação pela Reforma Prisional, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania e a Universidade Cândido Mendes, com apoio da *Open Society Foundations*, coordenados pela Socióloga Julita Lemgruber, analisou a prisão provisória antes e depois do advento da Lei nº 12.403/11, que alterou o artigo 322 do CPP, autorizando a concessão de fiança extrajudicial pela pena máxima de quatro anos e não mais somente aos delitos apenados com detenção, e demonstrou que a porcentagem de liberdades provisórias concedidas pelos Delegados de Polícia em razão da fixação de fiança, antes da Lei nº 12.403/11, era de 0,7% dos casos e, após a alteração legal, foi elevada para 22,4%. Já a

um número maior de infrações penais, assim como estendendo a este momento da persecução a concessão de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, artigos 319 e 320), para efetivamente tratar a prisão cautelar como exceção desde a fase policial do processo penal.

Avançando, a jurisprudência da Corte Interamericana, na interpretação do referido item 5 do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, revela a exigência de que a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, ainda que não integrante do Poder Judiciário, possua as garantias funcionais de **independência** e **imparcialidade**³² previstas no artigo 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica³³, além de possuir respaldo para exercer o controle de legalidade de uma captura e conceder a liberdade ao sujeito detido³⁴.

Desse modo, conforme já asseverado, a leitura constitucional consagra as mencionadas garantias da independência funcional e da imparcialidade à carreira jurídica de Delegado de Polícia. A independência funcional, inerente às funções de autoridade pública operadora do direito com encargos decisórios, encontra-se consolidada expressamente em diversas Constituições Estaduais, ao passo que a imparcialidade resulta do preciso entendimento segundo o qual não se aplica o artigo 107 do CPP no ilógico trecho que não faculta opor suspeição às Autoridades Policiais, disposição superada após o advento da Constituição Federal de 1988, e no compromisso

concedida pelos Magistrados era de 1,0% dos casos e teve aumento de apenas 1,2% após a lei, indicando que o grande impacto da alteração do artigo 322 do CPP foi na etapa policial. BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 166-169.

32. Nesse sentido: caso *Tibi Vs. Equador*, sentença de 07/09/2004, parágrafos 118 e 119; caso *Vélez Lóor Vs. Panamá*, sentença de 23/11/2010, parágrafo 108, e caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentença de 22/11/2005, parágrafo 222.
33. CADH, artigo 8º, item 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, **independente** e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.
34. BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 231.

com a apuração isenta dos fatos, sem comprometimento com teses da acusação ou da defesa³⁵.

Nos Tribunais Superiores brasileiros, apesar do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de entender como obrigatória a realização da “audiência de custódia”, nos moldes da Resolução nº 213/2015 do CNJ e agora do artigo 310 do CPP com a reforma pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), observado notadamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.240³⁶, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347³⁷ e no Habeas Corpus nº 133.992-DF³⁸, o Superior Tribunal

-
35. Vale recordar que a imparcialidade também encontra fundamento expresso na legislação estadual paulista, pelo comando da Lei Complementar nº 1.152/2011, que em seu artigo 1º, § 2º, dispõe que a independência funcional dos Delegados de Polícia é “garantida pela autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com **imparcialidade** e isenção, de modo fundamentado” (grifamos), redação conferida pela Lei Complementar Estadual paulista nº 1249/2014.
 36. A ADI nº 5240 foi proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil questionando o Provimento 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que implantou a “audiência de custódia” em âmbito estadual paulista, sob o argumento, em síntese, de que a competência para legislar sobre processo penal seria da União e não poderia ter sido regulada por ato administrativo. Os ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram improcedente referida ADI. Na decisão, o relator, ministro Luiz Fux, aduziu, em suma, que o provimento paulista impugnado não regulou normas de direito nem interferiu na competência de outros Poderes, na medida em que teria apenas promovido atos de autogestão do tribunal, estipulando comandos de mera organização administrativa interna, em consonância com a interpretação interna então conferida ao aludido artigo 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica.
 37. A ADPF nº 347 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pleiteando o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população encarcerada na crise prisional do país e a adoção de diversas providências no tratamento da questão carcerária do país. Ao apreciar pedidos em sede de medida cautelar, em sessão datada de 09/09/2015, foi concedida parcialmente cautelar solicitada na citada ADPF, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passassem a realizar “audiências de custódia”, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a Autoridade Judicial em até 24 horas. Nesse julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, os ministros do STF também entenderam que deveria ser liberado o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos. ZOTINI, Vanessa de Melo. A origem do estado de coisas inconstitucional e sua relação com o sistema carcerário e com as audiências de custódia. *Revista Arquivos da Polícia Civil – vol. 56*. Academia de Polícia: São Paulo, p. 82-105.
 38. STF, HC nº 133.992-DF, Min. Edson Fachin, j. 11/10/2016. Na decisão, o relator invocou os citados posicionamentos da ADPF nº 347 e da ADI nº 5240, e determinou a realização da “audiência de custódia”, que o Ministro Edson Fachin designou na ocasião de “audiência de apresentação”.