



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO –
ARTIGO CIENTÍFICO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Paula Caroline da Silva Rodrigues
Orientador: Prof. MSc. Júlio César do Nascimento Rabelo

Aracaju
2020

PAULA CAROLINE DA SILVA RODRIGUES

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico - apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes - UNIT, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: 03/12/2020

Banca Examinadora:

MSc. Júlio César do Nascimento Rabelo
Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Renato Carlos Cruz Meneses
Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Nelson Teodomiro Souza Alves
Professor Examinador
Universidade Tiradentes

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paula Caroline da Silva Rodrigues¹

RESUMO

O respectivo artigo parte da premissa de analisar a audiência de custódia à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como demonstrar sua relevância no âmbito criminal. Com respaldo em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou e implementou o referido instituto no sistema normativo pátrio por meio da Resolução nº 213. Com o advento da Lei 13.964 de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, a legislação penal e processual penal foram modificadas. A novel lei inseriu ao Código de Processo Penal a previsão da realização da audiência de custódia, disciplinada em âmbito nacional, até então, por meio da resolução supracitada. Assim, o presente artigo trouxe o conceito e finalidade da audiência de custódia, bem como abordou alguns princípios constitucionais aplicáveis ao instituto em estudo. Deste modo, o objetivo geral do artigo é analisar a audiência de custódia à luz do ordenamento jurídico brasileiro e, como objetivo específico, demonstrar sua relevância no âmbito criminal, bem como abordar a incidência dos princípios constitucionais que asseguram os direitos e garantias fundamentais a fim de combater prisões arbitrárias e ilegais. Nesse sentido, adotou-se o método dedutivo e bibliográfico. Por fim, ressalta-se que o novel instituto consiste em um instrumento para combater prisões arbitrárias e ilegais, bem como serve para assegurar direitos e garantias fundamentais ao preso.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Código de Processo Penal. Lei 13.964 de 2019. Resolução nº 213. Tratados Internacionais.

ABSTRACT

The respective article starts from the premise of analyzing the custody hearing in the light of the Brazilian legal system, as well as demonstrating its relevance in the criminal sphere. Supported by international treaties ratified by Brazil, the National Council of Justice edited and implemented this institute in the national normative system through Resolution 213. With the advent of Law 13,964 of 2019, known as the Anticrime Package, the criminal and procedural legislation criminal law have been modified. The new law inserted into the Criminal Procedure Code the provision for the holding of a custody hearing, which was disciplined nationwide, until then, through the aforementioned resolution. Thus, this article

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. E-mail: paula.carol15@hotmail.com

brought the concept and purpose of the custody hearing, as well as addressing some constitutional principles applicable to the institute under study. Thus, the general objective of the article is to analyze the custody hearing in the light of the Brazilian legal system and, as a specific objective, demonstrate its relevance in the criminal sphere, as well as addressing the incidence of constitutional principles that guarantee fundamental rights and guarantees in order to combat arbitrary and illegal arrests. In this sense, the deductive and bibliographic method was adopted. Finally, it is emphasized that the novel institute consists of an instrument to combat arbitrary and illegal arrests, as well as to assure fundamental rights and guarantees to the prisoner.

Keywords: Custody hearing. Code of Criminal Procedure. Law 13,964 of 2019. Resolution 213. International Treaties.

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça realizou em 2014 um levantamento acerca da população carcerária brasileira, e constatou por meio da pesquisa 711.463 (setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três) pessoas presas, isso levando-se em consideração as 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e sete) pessoas em prisão domiciliar. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014)².

Contudo, em um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), lançado em fevereiro do corrente ano, foram divulgados os dados do sistema prisional por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019, que registrou 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2019)³.

Pois bem, com esses números o Brasil passou a ter a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Diante desse cenário verifica-se que a prisão no nosso país funciona provavelmente como a única alternativa para o Estado exercer seu poder punitivo.

Em suma, esse panorama reflete o que ocorre rotineiramente, violação dos direitos garantidos pela Constituição e pelos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Tendo em vista que boa parte são presos provisórios, ou seja, sequer foram sentenciados.

² BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira/>> Acesso em: 13 nov. de 2020.

³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>> Acesso em: 15 nov. de 2020.

Frise-se que a prisão é medida excepcional em nosso ordenamento jurídico, e deve ser aplicada, portanto somente nos casos expressos em lei conforme dispõe a Constituição Federal.

Nessa conjuntura, a audiência de custódia é implementada como um instituto jurídico que visa garantir que toda pessoa presa deve ser apresentada a autoridade judicial para que esta avalie a legalidade e manutenção da prisão, bem como analise eventuais torturas e maus-tratos, a fim de coibir possíveis condutas.

Assim sendo, após a oitiva do detido o magistrado analisará se relaxará a prisão em flagrante, se concederá liberdade provisória, com ou sem aplicação de medida cautelar diversa da prisão, ou ainda se converterá a prisão em flagrante em preventiva desde que estejam presentes os requisitos necessários.

Inicialmente, o presente artigo abordará que a audiência de custódia possui previsão normativa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e que embora prevista em tratado internacional ratificado pelo Brasil foi regulamentada em âmbito nacional por meio da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, a resolução supracitada vem suprir a lacuna existente no ordenamento pátrio, bem como para regulamentar seu procedimento. O Código de Processo Penal sofreu alterações com o advento da Lei 13.964 de 2019. A novel lei inseriu ao Código de Ritos Penais a previsão da realização da audiência de custódia, disciplinada em âmbito nacional, até então, por meio da Resolução nº 213 do CNJ.

Cumprе ressaltar que o artigo também abordará a incidência dos princípios constitucionais previstos tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica.

Deste modo, o objetivo geral desse trabalho é analisar a audiência de custódia à luz do ordenamento jurídico brasileiro, e, como objetivo específico, demonstrar sua relevância no âmbito criminal, bem como abordar a incidência dos princípios constitucionais que asseguram os direitos e garantias fundamentais a fim de combater prisões arbitrárias e ilegais.

2 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA)

A Audiência de Custódia encontra respaldo jurídico em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque.

Nesse sentido, o novel instituto inserido no ordenamento jurídico consiste em uma ferramenta para avaliar a legalidade da prisão, que conseqüentemente auxilia no combate do encarceramento em massa, bem como serve como instrumento para resguardar direitos e garantias constitucionais do preso.

Frise-se que, os tratados internacionais supracitados foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de Decreto. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e o Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Dispõe o artigo 7º, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴, que:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Nesse sentido, assegura o artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵, que:

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. (PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966).

⁴ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 25 out. de 2020.

⁵ BRASIL. Planalto. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 25 out. de 2020.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, cidade na qual o tratado foi subscrito em 22 de novembro de 1969, é um tratado celebrado pelos países integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA).

Embora o pacto tenha entrado em vigor em 18 de julho de 1978, vale salientar que o Brasil somente aderiu a Convenção em 25 de setembro de 1992, após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional.

O Pacto de San José da Costa Rica consiste em um documento composto por 81 artigos, que visa assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação. Além disso, o referido pacto também visa proibir a escravidão e a servidão humana, tratar das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção à família.

Isto posto, destaca-se no documento a previsão de criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos designados a avaliar casos de violação dos direitos humanos ocorridos em países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Segundo Lopes Jr. “em diversos precedentes a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado que o controle judicial imediato – que proporciona a audiência de custódia – é um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais” (LOPES JR., 2020, p. 968).

Dispõe o artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Tal dispositivo foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

No julgamento do RE 466.343⁶, o Supremo Tribunal Federal - STF deliberou que os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, se não incorporados no ordenamento jurídico como emenda constitucional, possuem natureza de normas supralegais, isto é, possuem status hierárquico inferior à Constituição, entretanto superior às demais leis.

⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 30 out. de 2020.

Nessa perspectiva, menciona Gustavo Badaró⁷:

Em termos práticos, qualquer norma infraconstitucional, que conflite com uma garantia assegurada na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, anterior ou posterior à promulgação de tais tratados, não mais poderá ter aplicação. (BADARÓ, 2014, p. 7).

Portanto, além das disposições legais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, o Brasil deve observar os tratados internacionais dos quais faz parte, como os tratados supracitados. Contudo, faz-se necessário mencionar que embora tais tratados tenham estabelecido diretrizes a serem seguidas acerca das garantias do indivíduo, nenhum deles criaram o instituto jurídico conhecido como audiência de custódia.

3 RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

A Audiência de Custódia embora prevista em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, foi editada e implementada em âmbito nacional por meio da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante da lacuna na legislação processual penal brasileira. Embora tenha sido aprovada no dia 15 de dezembro de 2015, somente entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016.

Em fevereiro de 2015, o CNJ lançou em São Paulo um projeto para garantir a realização da audiência de custódia, modelo que seria replicado em todo o país de forma gradativa. Além disso, a referida resolução estipulou prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se adaptassem ao procedimento.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli menciona:

Atento sobretudo à deplorável situação carcerária do País, o Conselho Nacional de Justiça teve a iniciativa (em conjunto com o Tribunal de Justiça de São Paulo) de implantar a audiência de custódia no País, conforme consta do Provimento Conjunto 03/15. Em princípio, o diploma só vale para o Estado de São Paulo, e seu art. 2º diz claramente que a aplicabilidade da audiência de custódia será gradativa, obedecendo a cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízes competentes. (PACELLI, 2020, p. 674).

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_Pr%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia> Acesso em: 13 nov. de 2020.

Posteriormente, as audiências de custódia foram implantadas em todas as unidades da federação. Oportunidade na qual o Conselho Nacional de Justiça lançou o Sistema Audiências de Custódia (SISTAC), para facilitar o monitoramento do instituto no país.

A introdução da audiência de custódia por meio da resolução nº 213 editada e implementada pelo CNJ, para regulamentar tal instituto no país independente de ato legislativo, constitui alvo de críticas ao citar que cabe à União legislar em matéria Processual Penal, conforme preceitua o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

No tocante a regulamentação das audiências de custódia, Renato Brasileiro destaca:

Para o Supremo Tribunal Federal, a regulamentação das audiências de custódia por meio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais de Justiça (ou dos Tribunais Regionais Federais) não importa violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal (CF, art. 5º, II, e art. 22, I, respectivamente). Por isso, o Plenário do STF julgou improcedente o pedido formulado em Ação direta ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJ/SP. (LIMA. 2017, p. 910).

Isto posto, conforme entendimento dos ministros da Suprema Corte o procedimento supracitado, apenas disciplinou normas vigentes, uma vez que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz possui respaldo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporado ao ordenamento pátrio.

Nesse sentido, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça⁸ entre fevereiro de 2015 e dezembro de 2019, foram realizadas cerca de 652 (seiscentos e cinquenta e duas mil) audiências de custódia em todo o país, com o envolvimento de pelo menos 3 mil magistrados.

Ademais, Lopes Jr. menciona que:

Na sistemática pré-convenção americana de Direitos Humanos, o preso em flagrante era conduzido à autoridade policial onde, formalizado o auto de prisão em flagrante, era encaminhado ao juiz, que decidia, nos termos do art. 310 do CPP, se homologava ou relaxava a prisão em flagrante (em caso de ilegalidade) e, à continuação, decidia sobre o pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa (art. 319). (LOPES JR., 2020, p. 967).

Pois bem, a partir da vigência da Resolução nº 213 do CNJ⁹, os tribunais do país passaram a assegurar, de forma gradativa, a apresentação de toda pessoa presa à autoridade

⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 03 nov. de 2020.

⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>> Acesso em: 31 out. de 2020.

judicial, para alinhar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Nessa perspectiva preleciona Fernando Capez “mesmo com a previsão supralegal, o sistema brasileiro de persecução penal não havia instituído condições para que esse direito pudesse ser exercido por aqueles presos em flagrante” (CAPEZ, 2020, p. 346).

Sendo assim, preceitua o art. 1º da Resolução nº 213 do CNJ, “que toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser apresentada em até 24 horas da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”.

Em razão da redação contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que consta que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei, houve controvérsia acerca da autoridade competente para presidir tal instituto jurídico. Discutiu-se a possibilidade da audiência ser presidida pelo delegado de polícia, além do magistrado.

Contudo, cumpre ressaltar que o delegado de polícia não possui competência para presidir tal ato em razão de ser uma autoridade administrativa, isto é, não possui poder jurisdicional, como menciona Lopes Jr. “a atuação da autoridade policial não tem suficiência convencional, até porque, o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente “funções judiciais”. É uma autoridade administrativa despida de poder jurisdicional ou função judicial” (LOPES JR., 2020, p. 969).

Assim, nos termos do artigo 1º, § 2º da resolução supracitada a autoridade judiciária competente é entendida como aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, em casos de omissão, pela definida em ato normativo do Tribunal local que instituir as audiências de apresentação, incluindo-se os juízes plantonistas.

No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, isto é, se a pessoa detida gozar de foro por prerrogativa de função, sua apresentação poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim, nos termos do artigo 1º, § 3º da referida resolução.

Ressalta-se que nos termos do artigo 1º, § 4º da norma supramencionada estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo estabelecido, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre, salvo nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, quando deverá ser providenciada a condução para a

audiência de custódia imediatamente depois de restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

O deslocamento da pessoa presa ao local da audiência e, posteriormente, em caso de decretação de prisão preventiva ou temporária, para alguma unidade prisional específica, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública conforme menciona o artigo 2º da resolução.

Observando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, a audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante nos moldes do § 4º. Ademais, é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia, a fim de garantir uma oitiva sem receio de represálias.

Além disso, a resolução dispõe no artigo 6º que antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será garantido seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.

Pois bem, na audiência de custódia, o juiz entrevistará a pessoa presa em flagrante, momento no qual deverá esclarecer em que consiste a audiência de custódia; bem como assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito conforme Súmula Vinculante nº 11¹⁰.

Isto posto, o magistrado deverá informar sobre seu direito constitucional de permanecer calado; bem como questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente os direitos de consultar-se com advogado ou defensor público, de ser atendido por médico e de comunicar-se com seus familiares, caso tais direitos não sejam respeitados vislumbra-se vício formal no auto de prisão em flagrante.

Além disso, o juiz deve indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da audiência, questionar sobre a ocorrência de tortura e de maus-tratos, devendo adotar as providências cabíveis; verificar se foi realizado o exame de corpo de delito, determinar sua realização nos

¹⁰ Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

casos em que não tiver sido realizado, quando os registros se mostrarem insuficientes, em que a alegação de tortura e de maus-tratos for posterior ao exame realizado ou em que o exame tiver sido realizado na presença de agente policial;

Por fim, o magistrado deve abster-se de formular perguntas relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante que objetivem produzir prova para a investigação ou para a ação penal; bem como adotar as providências que estiverem ao seu alcance para sanar possíveis irregularidades e, por fim, averiguar, hipóteses de gravidez, de existência de filhos ou de dependentes sob cuidados do preso e histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e de concessão da liberdade provisória, com ou sem imposição de medida cautelar.

Após ouvir o preso, o magistrado deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que constituam eventual imputação, permitindo, em seguida, requerer o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão da liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação de prisão preventiva ou a adoção de outras medidas necessárias à preservação dos direitos do detido.

Portanto, uma vez concluída a audiência, cópias da ata serão fornecidas à pessoa presa em flagrante delito, ao Ministério Público e ao defensor, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e com cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

Por fim, proferida decisão de relaxamento da prisão; de concessão de liberdade provisória, com ou sem a cominação de medida cautelar diversa; ou de arquivamento do auto de prisão em flagrante, a pessoa presa será imediatamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.

Ante o exposto, a Resolução nº 213 do CNJ integra o ordenamento pátrio para suprir uma lacuna existente, bem como para regulamentar o procedimento da audiência de custódia em âmbito nacional, além de verificar a ocorrência de alguma ilegalidade e averiguar possíveis práticas de maus-tratos.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME)

A audiência de custódia é o instituto jurídico que assegura que toda pessoa presa em flagrante delito deve ser levada imediatamente à presença da autoridade judicial, para que esta tome conhecimento do ocorrido, analise a legalidade e a necessidade da prisão.

Dessa forma, a audiência de custódia merece destaque, uma vez que antes de sua regulamentação a pessoa presa em flagrante permanecia na cadeia até que o magistrado analisasse a legalidade da prisão. Além disso, o indivíduo só teria contato com o juiz na audiência de instrução e julgamento, o que na prática poderia levar meses para sua realização.

Pois bem, tal instituto trata-se de ato pré-processual, uma vez que não analisa o mérito da prisão, ou seja, indícios de autoria e materialidade delitiva, mas as circunstâncias em que esta ocorreu. Posteriormente, o magistrado deverá adotar uma das medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal, quais sejam: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva; ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse sentido, para Caio Paiva¹¹:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. (PAIVA, 2015).

Deste modo preleciona Norberto Avena “por audiência de custódia compreende-se o ato da apresentação, ao juiz competente, da pessoa presa, a fim de ser ouvida sobre as circunstâncias em que ocorreu sua prisão” (AVENA, 2020, p. 1133).

Frise-se que a audiência de custódia não é aplicada apenas nas hipóteses de prisão em flagrante, sua incidência é admissível em outras espécies de prisão, conforme menciona Nestor Távora e Rosmar Alencar “a audiência de custódia é cabível também em favor de quem tenha sido preso temporariamente ou preventivamente. O Pacto de São José da Costa Rica não restringe tal direito ao preso em flagrante” (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 929).

Nesse sentido, menciona Paulo Rangel “sistema penal de garantias não é sistema penal de impunidade. Há certa confusão entre garantismo penal e impunidade. Os reacionários de

¹¹ PAIVA, Caio. Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-decustodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> Acesso em: 29 out. de 2020.

plantão entendem que criar um sistema de garantias é criar a impunidade no País”. (RANGEL, 2020, p. 705).

Além de ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais que visam garantir proteção dos direitos humanos, a finalidade precípua de tal instituto é evitar a manutenção de prisões ilegais, uma vez que o magistrado ouvirá o preso sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão.

Assim, cabe ao juiz verificar se converterá a prisão em flagrante em preventiva, desde que presente algum dos requisitos elencados no artigo 312 do CPP, quais sejam a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Por fim, o magistrado deve combater a violação dos direitos humanos na prática, bem como averiguar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades no momento em que ocorreu a prisão ou apreensão do indivíduo. Como já ressaltado, uma das finalidades da audiência de custódia é avaliar a necessidade das prisões cautelares, o que reflete na diminuição de presos no sistema carcerário do país.

A inobservância da realização da audiência de custódia, por desprezar os direitos humanos reconhecidos pelos tratados internacionais, ensejará na ilegalidade da prisão, passível de ser relaxada imediatamente. Destarte, menciona Paulo Rangel “[...] é uma garantia do preso. É a oportunidade que ele tem de se entrevistar, primeiramente, com seu juiz garantidor” (RANGEL, 2020, p.705).

Tendo em vista que a prisão é exceção e não a regra no sistema normativo pátrio, deve ser aplicada, somente nos casos expressos em lei conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXVI da Carta Magna¹² “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Com o advento da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime que entrou em vigor em 23 de Janeiro de 2020, o Código de Processo Penal teve diversos dispositivos alterados. A novel lei inseriu ao Código de Ritos Penais a previsão da realização da audiência de custódia, disciplinada em âmbito nacional, até então, por meio da Resolução nº 213 do CNJ.

Ressalta-se a alteração pelo Pacote Anticrime ao artigo 287, do Código de Ritos Penais ao incluir na parte final do dispositivo que a apresentação do preso será imediata

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 nov. de 2020.

perante o juiz para realização da audiência de custódia, nos termos do artigo supracitado “Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”.

No tocante ao artigo 310 do CPP¹³, dispõe tal dispositivo:

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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Além disso, verifica-se no § 3º adicionado ao artigo 310 pela Lei nº 13.964/2019 a previsão de uma penalidade. Caso a audiência de custódia não seja realizada no prazo estabelecido, sem motivação idônea, a autoridade que deu causa, à não realização responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

Ademais, o § 4º acrescido ao dispositivo supracitado criou outra espécie de ilegalidade da prisão, a não realização da audiência de custódia sem motivação idônea dentro do prazo de 24 horas, ensejará na ilegalidade da prisão, que nessas condições deverá ser relaxada, sem prejuízo da possibilidade de decretação da prisão preventiva.

Diante da pandemia mundial da Covid-19, que assolou o mundo, dentre outras medidas, o isolamento social indicado pela Organização Mundial de Saúde se fez indispensável. Assim, o Conselho Nacional de Justiça editou uma resolução com parâmetros a serem adotados em âmbito nacional.

O CNJ no uso de suas atribuições editou a Resolução nº 329 de 30/07/2020 com critérios para audiências e outros atos processuais por videoconferência em processos penais e de execução penal durante a pandemia. Todavia, vetou a aplicação de tais procedimentos à audiência de custódia, ao alegar que viola a essência do instituto.

Consoante dispõe o artigo 19 da resolução “é vedada a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015”.

Em razão da flexibilização gradativa do isolamento social, os Tribunais de todo o país retomaram a realização das audiências de custódia de forma presencial, seguindo protocolos

¹³ BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3.689, de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 05 nov. de 2020.

de segurança sanitária, no início do mês de outubro, conforme notícia extraída do site do Conselho Nacional de Justiça¹⁴.

Pelo exposto, a regulamentação da audiência de custódia por meio da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no Código de Processo Penal, além de ser necessária diante do contexto já mencionado consolida tal instituto no arcabouço jurídico brasileiro.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia funciona como um instrumento que assegura os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que por sua vez humaniza o processo penal, que representa um progresso no âmbito criminal. Sendo assim, é imprescindível abordar alguns dos princípios atrelados a esse instituto jurídico.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui previsão na Constituição Federal de 1988 no artigo 1º, inciso III. Considerado pela doutrina como princípio basilar do ordenamento jurídico. Sua finalidade precípua é assegurar o mínimo existencial ao ser humano.

Cumprido ressaltar a ausência de conceito acerca desse princípio, contudo não é uma característica peculiar dele, de modo geral, é característica dos princípios possuírem aspecto abrangente, possibilita uma interpretação extensiva ao caso concreto. Assim sendo, há incidência do princípio da dignidade da pessoa humana às diversas áreas do Direito.

Dessa forma, Luís Roberto Barroso menciona que “os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas” (BARROSO, 2019, p. 246).

A dignidade da pessoa humana possui respaldo jurídico na Convenção Americana sobre Direitos Humanos no escopo do artigo 5º, item 1, que preceitua “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Na esfera do Direito Penal e Processual Penal o princípio da dignidade da pessoa humana visa assegurar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo que é réu em determinado processo, ou aquele que está cumprindo pena imposta por uma sentença penal condenatória.

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Alencar mencionam:

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/noticias/>> Acesso em: 04 nov. de 2020.

A audiência de custódia retrata o permeio do princípio da dignidade da pessoa humana no direito processual penal. Trata-se de um modo de humanização da persecução penal estatal, apta à sua democratização tendente tanto a coibir a tortura, quanto a promover o debate sobre a necessidade da prisão. (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 930).

Nessa perspectiva, a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana na audiência de custódia possibilita humanizar o ato da prisão no âmbito criminal, em detrimento do encarceramento em massa. Além disso, ainda que determinada pessoa seja responsabilizada por algum crime deve ter resguardado seus direitos e garantias fundamentais.

Isto posto, outro princípio relevante na seara penal é o do Contraditório e Ampla defesa, ambos previsto na Carta Magna no artigo 5º, inciso LV, o qual dispõe que “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”.

Pois bem, preleciona Eugênio Pacelli que “o contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal” (PACELLI, 2020, p. 76).

Na esfera do processo penal, de um lado da demanda está a acusação, representada pelo interesse punitivo do Estado, enquanto do outro existe a presença da defesa que visa garantir o interesse do acusado. O princípio do Contraditório de forma geral preza pelo conhecimento das alegações, bem como o exercício do direito de resposta.

A ampla defesa por sua vez, subdivide-se em autodefesa, a ser realizada pelo próprio acusado; e a defesa técnica, a ser realizada por meio de um defensor, com base no artigo 261 do Código de Processo penal. Percebe-se, portanto, que no tocante a primeira espécie não há necessidade de conhecimentos jurídicos, enquanto na segunda é imprescindível.

Nesse sentido, menciona Eugênio Pacelli “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado” (PACELLI, 2020, p. 78).

Pois bem, na audiência de custódia, a pessoa detida tem a possibilidade de exercer tanto o contraditório quanto a ampla defesa, momento no qual poderá relatar ao magistrado as circunstâncias em que ocorreu sua prisão ou apreensão.

O princípio da presunção de inocência, também denominado da não culpabilidade é outro princípio constitucional aplicável ao instituto supramencionado, dispõe o artigo 5º,

inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Do mesmo modo, o Pacto de San Jose da Costa Rica também prevê no artigo 8º, item 2, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Alencar mencionam:

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF/1988). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 69).

Nessa perspectiva, conforme mencionado anteriormente a audiência de custódia não é o momento para dilação probatória, vez que o juiz não avalia o mérito da prisão, ou seja, indícios de autoria e materialidade delitiva, mas somente as circunstâncias que ocorreram. Assim, até que se prove contrário, ao longo da instrução criminal o acusado deve ser presumidamente inocente.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* também denominado como não autoincriminação, consiste no direito que o acusado possui de não produzir provas contra si mesmo, trata-se do direito de permanecer em silêncio, e isto não lhe ser atribuído como prejuízo em sua defesa.

Ademais, a Carta Magna prevê no artigo 5º, inciso LXIII que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Além disso, o princípio supracitado é previsto no Pacto San José da Costa Rica no artigo 8º, item 2, alínea g, no qual dispõe “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Nas lições de Renato Brasileiro referido princípio “trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação” (LIMA, 2017, p.69).

Dessa maneira, durante a audiência de custódia o magistrado deverá informar a pessoa detida acerca do seu direito constitucional de permanecer em silêncio, bem como não interpretá-lo em prejuízo de sua defesa.

Nessa perspectiva, percebe-se, portanto não só a incidência dos princípios constitucionais supracitados, mas sua relevância durante a realização da audiência de custódia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, percebe-se indubitavelmente que a audiência de custódia consiste em um instituto jurídico que faz com que o processo penal brasileiro esteja em consonância com os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Além disso, tal instituto avalia a legalidade da prisão, visando combater torturas e arbitrariedades que refletem na diminuição do encarceramento em massa, bem como é um mecanismo que resguarda os direitos e garantias fundamentais do preso.

Ressalta-se que a Lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime) inseriu ao Código de Processo Penal a previsão da realização da audiência de custódia, disciplinada em âmbito nacional, até então, por meio da Resolução nº 213 do CNJ com a finalidade de suprir a lacuna existente.

Pois bem, verifica-se que embora a nova legislação tenha regulamentado o instituto no ordenamento jurídico, não disciplinou o procedimento a ser observado, com isso, o procedimento adotado na prática continua sendo o disposto na resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Deste modo, pode-se observar que no decorrer do presente artigo foram abordados alguns princípios previstos tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Pacto de San José da Costa Rica que incidem diretamente na realização da audiência de custódia.

Ademais, apesar de o instituto supracitado estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados no âmbito interno, é preciso que seja respeitado e posto em prática para que alcance efetivamente sua função e não haja, portanto desvio de finalidade.

Por fim, percebe-se que a audiência de custódia é implementada no ordenamento jurídico brasileiro não como um instrumento de impunidade, mas sim para assegurar direitos e garantias fundamentais ao indivíduo que se encontra preso, bem como combater violações dos direitos constitucionais e eventuais torturas e maus-tratos.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia> Acesso em: 13 nov. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/noticias/>> Acesso em: 04 nov. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 08 nov. de 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3.689, de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 05 nov. de 2020.

BRASIL. **Lei 13.964 de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=A%20pris%C3%A3o%20preventiva%20poder%C3%A1%20ser,estado%20de%20liberdade%20do%20imputado.> Acesso em: 05 nov. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consul-tado-infopen-2019>> Acesso em: 15 nov. de 2020.

BRASIL. Planalto. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 25 out. de 2020.

BRASIL. **Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>> Acesso em: 31 out. de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em: 04 nov. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 25 out. de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-decustodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> Acesso em: 29 out. de 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.