

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

BRUNO BICCA HAUSHAHN

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
TRAJETÓRIA, AVANÇOS E LACUNAS**

Porto Alegre
2020

BRUNO BICCA HAUSHAHN

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
TRAJETÓRIA, AVANÇOS E LACUNAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2020

BRUNO BICCA HAUSHAHN

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
TRAJETÓRIA, AVANÇOS E LACUNAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 19 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade
Orientador

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Porto Alegre
2020

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à minha família, que proporcionou todas as condições para que eu atingisse meus objetivos. Graças à presença dessas pessoas em minha vida, tenho certeza de que sou muito privilegiado.

Também à família que, não menos importante, formei ao longo da minha ainda breve jornada de vida. Sem o amparo e o carinho dos meus amigos, tudo teria sido mais difícil.

Igualmente, aos meus amigos e colegas de trabalho do Couto e Silva Advogados que, desde o meu primeiro dia de trabalho no escritório, como estagiário, tiveram toda a paciência e o carinho do mundo para sanar minhas dúvidas – que, diga-se de passagem, eram tantas! - e me instruir profissionalmente. Não imagino, sinceramente, que eu poderia ter encontrado lugar e pessoas melhores para, ao lado dessas, aprender o universo da prática jurídica.

À sociedade brasileira, por ter oportunizado que eu estudasse e graduasse-me em uma universidade pública onde, cabe destacar, fui aluno do excelente professor Dr. Mauro Fonseca Andrade, Promotor de Justiça do Ministério Público/RS, a quem imensamente agradeço por ter aceitado o convite para orientar-me nesse trabalho.

Por fim, ao Altíssimo, o amor que me cuida por meio de todos os outros amores.

Dedico esse trabalho à minha família e, especialmente, à memória de Maria Norma Bicca, minha avó, quem me ensinou a ler e a escrever.

RESUMO

Através da Lei nº 13.964 de 2019, também conhecida como Pacote Anticrime, a audiência de custódia foi finalmente introduzida ao Código de Processo Penal. Atento à relevância dessa recente novidade, o presente trabalho objetiva analisar os avanços e as falhas decorrentes da forma como o instituto restou inserido no principal diploma processual penal brasileiro, retratando toda a longa trajetória de incorporação do instrumento ao ordenamento jurídico do Brasil. Diretamente ligado à concretização dos direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia foi prevista em pactos internacionais na década de 1960. Todavia, somente em 1992 o Brasil comprometeu-se a promover a sua realização em seu território, e até 2019 não havia ainda qualquer previsão da garantia em lei nacional. Apesar dos esforços do Conselho Nacional de Justiça em regulamentar o ato no país – através da Resolução nº 213 de 2015 –, as audiências de custódia vinham sendo equivocadamente realizadas ou mesmo ignoradas por diversos tribunais e magistrados brasileiros. Fazia-se necessário, portanto, que o instituto ganhasse inédita previsão legal, e tal conquista veio a ser implementada finalmente em 2019, com o advento da Lei nº 13.964, o chamado Pacote Anticrime que, dentre outras alterações legislativas, promoveu a positivação dessa garantia fundamental à consolidação de um processo penal mais humanizado.

Palavras-chave: Audiência de custódia; Direitos humanos; Tratados internacionais; Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime); Código de Processo Penal.

ABSTRACT

Through Law No. 13.964 of 2019, also known as the Anti-Crime Package, the custody hearing was finally introduced to the Criminal Procedure Code. Keeping in mind the relevance of this novelty, this monograph aims to analyze the advances and failures from the way the institute was inserted in the main Brazilian criminal procedural diploma, portraying the entire long history of the incorporating of this instrument into the Brazilian legal system. Directly linked to the realization of the fundamental rights of the arrested person, the custody hearing was foreseen in international pacts in the 1960s. However, it was only in 1992 that Brazil committed itself to promoting its realization in its territory, and until 2019 still there was not any prevision of the guarantee in national law. Despite the efforts of the National Council of Justice to regulate the act in the country - through Resolution No. 213 of 2015 -, the custody hearings had been mistakenly executed or even ignored by several Brazilian courts and magistrates. Therefore, it was necessary for the institute to gain an unprecedented legal prevision, and this achievement was finally implemented in 2019, with the advent of Law No. 13.964, the so-called Anti-Crime Package that, among other legislative changes, promoted the positivization of this fundamental guarantee to the consolidation of a more humanized criminal process.

Keywords: Custody hearing; Human rights; International treaties; Law No. 13,964 (Anticrime Package); Criminal Procedure Code.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

CF - Constituição Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CPP - Código de Processo Penal

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU - Organização das Nações Unidas

PIDCP - Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PLS – Projeto de Lei do Senado

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

STF - Supremo Tribunal Federal

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO: A LONGA TRAJETÓRIA.....	10
2.1 PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA GLOBAL E A PRIMEIRA PREVISÃO DO INSTITUTO.....	10
2.2 O SISTEMA INTERAMERICANO E A REITERADA PREVISÃO DO ATO.....	15
2.3 A INTERNALIZAÇÃO: DAS RATIFICAÇÕES DOS TRATADOS À POSITIVAÇÃO EM 2019.....	18
3 OS AVANÇOS DA INSERÇÃO DO INSTITUTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	26
3.1 A INÉDITA PREVISÃO LEGAL E A TARDIA ADEQUAÇÃO AOS PACTOS INTERNACIONAIS.....	26
3.2 A DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO PRAZO DE 24 HORAS PARA A REALIZAÇÃO DO ATO.....	31
3.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM FAVOR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	33
3.3.1 A presunção de inocência, a excepcionalidade das prisões cautelares e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.....	35
3.3.2 O princípio do contraditório e da ampla defesa.....	42
4 AS IMPERFEIÇÕES DA POSITIVAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AS FALHAS E LACUNAS.....	45
4.1 A CONTROVERSA PREVISÃO OBRIGATÓRIA DO ATO A TODOS OS TIPOS DE PRISÕES.....	45
4.2 A AUSÊNCIA DE REGRAMENTO DETALHADO: A VIOLÊNCIA POLICIAL E A PERSISTENTE UTILIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	50
4.3 OS QUESTIONÁVEIS PARÁGRAFOS ACRESCIDOS AO ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	55
4.3.1 Art. 310, § 2º: a inconstitucionalidade da denegação obrigatória de liberdade provisória.....	55
4.3.2 O encurtamento prático do prazo para a realização do ato e o § 4º do art. 310.....	59
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
5 REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

A garantia individual segundo a qual toda pessoa presa deve ser, sem demora, apresentada à autoridade judiciária foi prestigiada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da ONU, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da OEA, ainda na longínqua década de 1960. Todavia, embora idealizada há mais de 50, a audiência de custódia, nome dado ao ato no Brasil, veio a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro já de forma tardia.

Embora intimamente ligada à proteção da liberdade e da segurança da pessoa detida, somente em 1992, alguns anos após o fim da ditadura militar, o Brasil veio a firmar compromisso com a comunidade internacional a fim de aplicar o instrumento em seu território. No entanto, mais de duas décadas passaram sem que a solenidade fosse incluída em lei interna, o que fez com que o instituto até pouco tempo atrás carecesse de qualquer aplicabilidade prática.

Justamente em razão da inércia do Poder Legislativo em inserir o ato em lei nacional, coube ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2015, regulamentar a realização das audiências de custódia em todo o território brasileiro. No entanto, a Resolução nº 213 do CNJ, ato administrativo que buscou padronizar a aplicação do instituto no Brasil, acabou por gerar diversas controvérsias no meio jurídico acerca de sua obrigatoriedade e de sua legitimidade. Apesar dos esforços do ato administrativo publicado pelo CNJ, devido à ausência de previsão legal da garantia, as audiências de custódia vinham sendo equivocadamente realizadas ou até mesmo ignoradas por diversos tribunais brasileiros. Em vista desse cenário, portanto, mostrava-se ainda de extrema importância que o instrumento fosse enfim incluído em lei interna.

E tal conquista foi atingida recentemente: quase 30 anos após a ratificação dos pactos internacionais que a previram, a obrigatoriedade da audiência de custódia foi finalmente inserida no Código de Processo Penal através das reformas promovidas pela Lei nº 13.964 de 2019, o chamado Pacote Anticrime. Atento aos avanços e aos retrocessos dessa novidade, o presente trabalho debruçar-se-á, portanto, sobre a tardia – mas fundamental – inclusão do instituto ao nosso Código de Processo Penal.

No primeiro capítulo, será retratada a longa trajetória de introdução da audiência de custódia ao ordenamento jurídico brasileiro, jornada essa que teve

início na longínqua década de 1960, quando o instrumento foi idealizado e pela primeira vez previsto em documentos normativos internacionais. Em um segundo momento, serão abordados os avanços frutos dessa novidade: os acertos do legislador e as razões pelas quais a inclusão dessa garantia no Código de Processo Penal vem a contribuir, junto a outras inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, para a constitucionalização do processo penal. Por fim, no terceiro capítulo, serão exploradas as imperfeições da posituação, isto é, as falhas e as lacunas deixadas pela forma como o instrumento restou inserido no Código de Processo Penal.

Dialogando de forma dinâmica com os objetivos do instituto ao longo de toda a exposição, o presente trabalho visa, além de retratar o moroso processo para que a audiência de custódia fosse enfim positivada, avaliar as corretas escolhas e as falhas do legislador ao inserir o ato em lei. Objetiva-se, ao fim, ressaltar por que tal novidade deve ser recebida como uma vitória no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista tratar-se a audiência de custódia de um instrumento necessário para a consolidação de um processo penal mais humanizado e harmonioso aos princípios e direitos fundamentais do indivíduo.

2 A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO: A LONGA TRAJETÓRIA

2.1 PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA GLOBAL E A PRIMEIRA PREVISÃO DO INSTITUTO

A Segunda Guerra Mundial, como qualquer crise que tenha o condão de infundir indistintamente seus efeitos entre as nações, impactou o curso da história da humanidade. Ante a perplexidade da comunidade internacional em face dos prejuízos humanos e materiais causados pela guerra, em 1945 foi assinada a Carta das Nações Unidas¹, tratado internacional que deu origem à Organização das Nações Unidas (ONU), entidade intergovernamental destinada a substituir a extinta Liga das Nações. Em sua carta constitutiva, além do objetivo-mor de preservar a paz mundial e fomentar o desenvolvimento econômico-social das nações, restou estabelecido o compromisso da ONU em defender os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indivíduos.

Com fins de atribuir maior atenção à preservação dos direitos fundamentais, à medida que as atrocidades cometidas pela Alemanha Nazista vinham ao conhecimento da comunidade mundial, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)² que, conforme bem pontuou Mazzuoli, “contemplou os direitos mínimos a serem garantidos pelos Estados àqueles que habitam o seu território”³.

Todavia, em que pese a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela ONU, seja um marco na história dos direitos humanos, o instrumento mostrou-se insuficiente para o fim a que se destinava. Isto porque, tendo em vista que a declaração não fora concluída como um tratado entre Estados-membros da Organização, mas, sim, adotada unilateralmente por sua Assembleia Geral, seus

¹ BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 05/11/2020.

² FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 05/11/2020.

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Comemorativa, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 794.

princípios e garantias podem ser consideradas, como afirma Mazzuoli⁴, meras recomendações da Organização das Nações Unidas aos seus Estados-membros em matéria de direitos fundamentais do indivíduo. A forma como foi produzida, portanto, fez com que a Declaração carecesse de força jurídica obrigatória e vinculante, isto é, suas disposições não consistiam em normas objetivas aos Estados, uma vez que não foram previstos, em seu texto, os instrumentos por meio dos quais poderiam ser vindicados aqueles direitos por ela assegurados⁵. A solução formalizar-se-ia, porém, dezoito anos depois.

Ainda segundo o mencionado autor⁶, foi justamente em razão da falta de força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi elaborado, também no âmbito da ONU, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP)⁷, tratado internacional que visava atribuir, aos países que o ratificassem, obrigatoriedade jurídica quanto aos direitos cíveis e políticos – direitos humanos de primeira geração – versados pelo instrumento de 1948. A elaboração do referido tratado finalizou-se somente em 1966, mesmo ano em que foi editado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁸, uma espécie de tratado irmão do PIDCP, que buscou conferir, por sua vez, força jurídica obrigatória aos direitos fundamentais de segunda geração constantes da Declaração de 1948.

Ademais, conforme aduz Piovesan⁹, o atraso na elaboração dos referidos pactos deveu-se justamente pela discussão que se tomou, no âmbito das Nações Unidas, acerca da pertinência, ou não, da elaboração de dois tratados: um que defendesse os direitos de primeira geração (cíveis e políticos), e outro que versasse sobre os de segunda geração (sociais, econômicos e culturais).

Nesse sentido, destaca a autora¹⁰:

Com efeito, no início de suas atividades (de 1949 a 1951), a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou em um único projeto de pacto, que

⁴ MAZZUOLI, 2016, p. 953-962.

⁵ MAZZUOLI, 2016, p. 794.

⁶ MAZZUOLI, 2016, p. 959-961.

⁷ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 05/11/2020.

⁸ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 05/11/2020.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16. Ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

¹⁰ PIOVESAN, 2016, p. 336-337.

conjugava as duas categorias de direitos. Contudo, em 1951 a Assembleia Geral, sob a influência dos países ocidentais, determinou fossem elaborados dois pactos em separado, que deveriam ser aprovados e abertos para assinatura simultaneamente, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos neles previstos. Não obstante a elaboração de dois pactos diversos, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos eram reafirmadas pela ONU, sob a fundamentação de que, sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano nominal, e, por sua vez, sem direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais também apenas existiriam no plano formal. Entretanto, alegou-se que enquanto os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram programáticos e demandavam realização progressiva.

Com a abertura dos referidos tratados à livre adesão dos Estados no ano de 1966, restou constituída a chamada *Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU*. Tal documento é formado, em conjunto, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e pelos Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. A partir deste momento, restava inaugurado, como aponta Mazzuoli¹¹, o sistema global, ou mundial, de proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos.

E, especialmente para o que nos interessa nesse trabalho, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, dentre os instrumentos que formam a Carta Internacional, merece maior atenção. O referido tratado, já em seus primeiros artigos, estabelece a obrigação dos Estados-partes em adotar as medidas necessárias para que sejam assegurados os direitos nele contidos a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição. Assim, visando suprir as lacunas deixadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o PIDCP impõe aos Estados que o ratificarem o dever de “estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos”¹².

Em sua quarta parte, a partir do artigo 28¹³, é prevista e regulamentada a instituição do Comitê de Direitos Humanos, órgão da ONU ao qual os Estados-partes devem prestar relatórios periódicos sobre a sua conformidade com o Pacto e

¹¹ MAZZUOLI, 2016, p. 960

¹² PIOVESAN, 2016, p. 161.

¹³ ARTIGO 28 - 1. Constituir-se-á um Comitê de Direitos Humanos (doravante denominado o "Comitê" no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante. 2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados Partes do presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direito humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiências jurídicas. 3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

que, após avaliá-los, indicará ao país-membro as medidas que devem ser adotadas em caso de violação ao referido tratado¹⁴. Além do mais, cumpre salientar que, em decorrência do Protocolo Facultativo que foi aberto à livre assinatura dos Estados, existe também a possibilidade de que particulares ofereçam ao Comitê queixas contra Estados-partes. Desse modo, indivíduos que acreditam ter sofrido violações de direitos humanos assegurados pelo referido diploma podem submeter comunicações à apreciação do Comitê de Direitos Humanos¹⁵.

Prestada uma breve apresentação da sistemática de proteção de direitos humanos conferida pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, cumpre informar a razão pela qual tal documento é tão importante para a realização do presente trabalho: foi no PIDCP que, pela primeira vez, houve a determinação no sentido de que toda e qualquer pessoa que for privada de sua liberdade, pelo Estado, deve ser conduzida, sem demora, à presença da autoridade judiciária.

Foi assim, então, previsto de forma inédita e sem ainda um nome definido, na parte III do referido diploma, o cerne da audiência de custódia:

ARTIGO 9

[...]

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.¹⁶

A audiência de custódia, para Andrade e Alflen¹⁷, é definida como o ato da apresentação, sem demora, de todo agente, preso ou detido, à autoridade judicial competente que, na presença indispensável de um representante do Ministério Público e de um defensor (público ou constituído), deverá avaliar o *status libertatis* do sujeito. Melo¹⁸, na mesma direção, mencionando outras finalidades do instituto,

¹⁴ PIOVESAN, 2016, p. 338.

¹⁵ PIOVESAN, 2016, p. 169.

¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 05/11/2020.

¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **A audiência de custódia na concepção da Justiça gaúcha: análise da Resolução no 1087/2015 e das práticas estabelecidas**. In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. (Org.) **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 221.

¹⁸ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 42.

define-o como a apresentação da pessoa presa em flagrante, sem demora, ao juiz competente, destacando que, no mesmo ato, o qual deverá ser realizado na presença do Ministério Público e do defensor, será verificada a legalidade da prisão, possíveis atos de tortura ou maus tratos policiais e, ainda, a necessidade de adequação de medidas cautelares.

Contudo, como se pode observar da leitura do dispositivo que previu o ato no tratado, não lhe foi dado ou sugerido um nome pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Dessa forma, muito embora o sistema jurídico brasileiro tenha adotado o nome *audiência de custódia* para referir-se ao instituto, em outros países sua nomenclatura varia: no Chile, por exemplo, a solenidade foi denominada *Audiencia de La Detención*¹⁹.

Outrossim, há doutrinadores nacionais que defendem ser *audiência de apresentação* um termo mais adequado, como, por exemplo, Melo, para quem tal terminologia deveria prosperar, uma vez que “a finalidade do ato é, justamente, apresentar o preso à autoridade judicial”²⁰. Por outro lado, Paiva²¹ afirma que, em síntese, o conceito de custódia se refere ao ato de guardar, de proteger, razão pela qual o termo no Brasil teria sido bem empregado, uma vez que é ressaltado o fato de que o Estado terá a guarda do preso até o momento da audiência.

Apresentada brevemente a divergência quanto à conceituação do instituto na doutrina nacional, faz-se necessário salientar que é pertinente que a primeira aparição da audiência de custódia em documentos jurídicos internacionais tenha se dado, especificamente, em um tratado internacional protetor de direitos humanos de primeira geração, isto é, direitos políticos e civis. Isto porque a liberdade e a segurança do indivíduo são dois dos principais direitos civis fundamentais, e a célere apresentação do indivíduo preso ao juiz tem como primordial objetivo protegê-las. Nesse sentido, conforme destacam Andrade e Alflen, a solenidade possibilita que o Poder Judiciário preserve a integridade física e psíquica do conduzido, analise a

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2016, p. 123, 124.

²⁰ MELO, 2017, p. 141

²¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.

legitimidade da prisão e decida sobre a possibilidade de utilização de medidas cautelares de ordem pessoal²².

Além disso, como bem destacam Andrade e Alflen²³, o principal propósito da audiência de custódia é que ela sirva como um controle, feito pela autoridade judiciária, sobre a atividade da persecução penal praticada pelos agentes do Estado, visando evitar o problema da violência física ou psicológica sofrida pelo sujeito preso, visto que, no ato da prisão, muitos indivíduos são submetidos a práticas de tortura e maus tratos por parte de agentes do Estado. Dessa forma, haja vista ser a audiência de custódia um instrumento que funciona como verdadeiro mecanismo de controle e freio jurídico a prisões arbitrárias e ilegais, bem como a possíveis maus-tratos sofridos pela pessoa presa durante o período em que estiver em poder da polícia judiciária²⁴, resta justificada a previsão inédita do instituto no principal tratado internacional, de abrangência mundial, referente a direitos civis e políticos.

2.2 O SISTEMA INTERAMERICANO E A REITERADA PREVISÃO DO ATO

A proteção aos direitos humanos conferida pelo Direito Internacional Público materializa-se não somente no já abordado sistema global, mas também em sistemas regionais, ou continentais, que atuam de forma complementar ao sistema mundial de defesa aos direitos fundamentais dos indivíduos. Enquanto a Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU, da qual é integrante o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, compõe o sistema global de proteção dos direitos humanos, existe, também, no âmbito das Américas, o sistema interamericano.

De acordo com Mazzuoli²⁵, tal sistema é composto por quatro principais instrumentos: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), tratado que deu origem à Organização dos Estados Americanos (OEA); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica, 1969) e o Protocolo Adicional à

²² ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Resolução 2013 do CNJ – Artigo 13** In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 168.

²³ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 16.

²⁴ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 128

²⁵ MAZZUOLI, 2016, p. 807.

Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988).

Dentre esses diplomas, o que mais se destaca é, sem dúvidas, a Convenção Americana²⁶, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, dado que foi elaborada em San José, na Costa Rica, em 1969. Tal relevância deve-se ao fato de que a Convenção estabeleceu nas Américas um padrão de ordem pública relativa a direitos humanos que, até então, inexistia²⁷. Assim como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, a Convenção Americana é considerada um tratado internacional de direitos humanos de primeira geração, visto que, em sua primeira parte, elenca um rol de direitos civis e políticos nos mesmos moldes do PIDCP e, em sua Parte II, estabelece os meios para alcançar a proteção de tais garantias²⁸.

É, pois, justamente em sua segunda parte que a Convenção prevê a instituição de dois órgãos para a efetiva proteção das garantias asseguradas em seu texto: em seu artigo 33²⁹, são previstas a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão, segundo Rezek³⁰, atua como instância preliminar à jurisdição da Corte, além de poder requisitar informações e formular recomendações aos Estados-partes. A Corte, por sua vez, nas palavras de Mazzuoli³¹, trata-se do “órgão jurisdicional do sistema interamericano que resolve sobre os casos de violação de direitos humanos perpetradas pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana”.

Ainda a respeito especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se relevante ressaltar que a entidade detém competência consultiva não somente em relação às disposições da Convenção, mas também em relação a disposições de outros tratados de direitos humanos firmados no âmbito dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Todavia, o principal papel

²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 05/11/2020.

²⁷ MAZZUOLI, 2016, p. 975

²⁸ MAZZUOLI, 2016, 809.

²⁹ Artigo 33 - São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

³⁰ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. rev. aumen. Atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 257-258.

³¹ MAZZUOLI, 2016, p. 815.

exercido pela entidade está na sua já mencionada competência jurisdicional contenciosa.

Isto porque, em casos concretos, quando um Estado-parte da Convenção Americana é acusado de violar algum de seus preceitos³², a Comissão Interamericana recebe e avalia a denúncia e, se assim entender, submete a matéria a julgamento pela Corte³³, que profere sentenças definitivas e inapeláveis e, se for o caso, determina o dever de indenizar a vítima. A denúncia contra o país supostamente violador pode ser realizada por qualquer indivíduo, grupo de pessoas, entidades não governamentais e até mesmo por outro Estado-parte, desde que este tenha reconhecido a competência da Comissão para recebê-la.

Como exemplo de incidentes que foram levados, por particular, à avaliação da Comissão e posterior julgamento pela Corte Interamericana, é possível mencionar o mais famoso caso brasileiro de violência doméstica e familiar contra a mulher, em que Maria da Penha Maia Fernandes acusou o Brasil, em 1998, de tolerar a violência doméstica contra a mulher em seu território e de ser conivente com a impunidade de seu agressor. Tal sistemática é muito semelhante sobretudo à proteção conferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, que também admite que indivíduos ofereçam-lhe queixas contra Estados-partes acusados de desprezitar direitos assegurados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Pois ao que especialmente interessa à elaboração do presente trabalho de conclusão, foi em seu art. 7º, item 5, que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu o cerne da audiência de custódia, quase nos mesmos termos em que apareceu no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP):

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

[...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua

³² MAZZUOLI, 2016, p. 816.

³³ REZEK, 2011, p. 258

liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.³⁴

Como é possível ver, então, em que pese o referido dispositivo não tenha atribuído um nome ao instituto – assim como não o fez o PIDCP -, restou mais uma vez consagrada, como um direito fundamental do indivíduo, a apresentação de toda pessoa presa, sem demora, à autoridade judicial, ato este que, no Brasil, ganhou o nome de *audiência de custódia*, embora em outros países tenham sido designadas outras denominações, conforme anteriormente explanado.

É possível notar, inegavelmente, em virtude da inserção de tal garantia em dois dos mais influentes tratados internacionais de direitos humanos do mundo, que os sistemas mundial e interamericano de proteção aos direitos humanos demonstram especial preocupação com os bens jurídicos protegidos pela realização da audiência de custódia, isto é, a liberdade de ir e vir e a segurança do indivíduo.

Isto porque, conforme afirma Prudente³⁵, além de prestigiar a defesa dos direitos fundamentais, a solenidade é um meio idôneo que busca auxiliar no impedimento de prisões arbitrárias e sem necessidade para tanto, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, uma das funções fundamentais do julgador é, além de aplicar a lei, fiscalizar e garantir os direitos básicos do agente preso ou detido. Sobre isso, também Andrade e Alflen³⁶ asseguram que uma das principais motivações para que as Cortes Internacionais idealizassem a audiência de custódia, em especial a Convenção Americana (Pacto de San José), foi que, a partir desta ferramenta, um verdadeiro mecanismo de controle, buscar-se-á evitar o problema da violência física e psicológica sofrida pelo sujeito preso.

2.3 A INTERNALIZAÇÃO: DAS RATIFICAÇÕES DOS TRATADOS À POSITIVAÇÃO EM 2019

Abordada a aparição do ato que, no Brasil, ganhou o nome de *audiência de custódia*, no corpo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e na

³⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 05/11/2020.

³⁵ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9-31, ago./set. 2015. p. 15.

³⁶ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 16

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cabe agora discorrermos sobre o longo processo de internalização dos referidos tratados no Direito Brasileiro. Apesar da importância do instituto da audiência de custódia, a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional iniciou-se tardiamente.

Embora os referidos acordos tenham sido editados na longínqua década de 1960, somente em 1992 o Brasil veio a ratificá-los, ato este que traduz o aceite definitivo do Estado-parte em relação às disposições dos tratados, obrigando-o aos seus termos. A demora na internalização dos documentos internacionais, segundo Choukr³⁷, deveu-se à conturbada situação política pela qual passava a América Latina nas décadas de 1960 e 1970, o que resultou na ratificação tardia também em outros países, especialmente da América do Sul.

Para que os tratados de direitos humanos fossem ratificados, era preciso que chegasse ao fim o longo regime militar que pairava sobre o país, razão pela qual, ainda segundo o mencionado autor³⁸, foram fundamentais para as ratificações de 1992 a volta dos civis ao poder e a reconstitucionalização ocorridas no Brasil na década de 1980.

A ratificação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966), da ONU, deu-se pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992³⁹, enquanto a da Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica, 1969) concluiu-se através do Decreto nº 678, de 06 de novembro do mesmo ano⁴⁰.

Todavia, a partir de 1992, ano em que foram então oficialmente incorporados os referidos diplomas ao nosso Direito Interno, a audiência de custódia ficou em uma situação controversa no Brasil. Isto porque, embora tal instituto tenha ingressado em nosso ordenamento jurídico através das ratificações, não havia ainda uma lei que regulamentasse detalhadamente o seu procedimento, isto é, a forma como o ato deveria de fato ser realizado.

Passaram, então, quase 20 anos sem que o Poder Legislativo tomasse qualquer iniciativa para incorporar ao direito positivo brasileiro a norma do PIDCP e

³⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro: bases para a sua compreensão**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 20.

³⁸ CHOUKR, 2001, p. 20.

³⁹ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 05/11/2020.

⁴⁰ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 05/11/2020.

da Convenção Americana, segundo a qual toda pessoa privada de sua liberdade pelo Estado deve ser, sem demora, levada à presença de um juiz. Foi somente em 2011 que, devido à necessidade de adequação do Brasil às normas de Direito Internacional Público, a audiência de custódia passou a ser mais debatida em âmbito nacional⁴¹. O início das discussões, naquele momento, deveu-se especialmente ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011⁴², considerada a primeira iniciativa tomada pelo Poder Legislativo voltada a regulamentar a implantação do instituto no Brasil⁴³.

Contudo, a implementação desta garantia pelas autoridades envolvidas na persecução penal ainda encontrava forte resistência até pouco tempo atrás, muito em virtude da lacuna legal que pairava sobre o tema. Devido a isto, foi necessário que o STF pronunciasse-se diversas vezes a fim de demonstrar a respeitabilidade dos textos internacionais no país⁴⁴ e a necessidade de que as audiências de custódia viessem a ser realizadas.

Como exemplo, menciona-se o seguinte trecho da ementa do acórdão do STF no julgamento de pedido de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 de 2015⁴⁵, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que alegou existir profunda violação de direitos humanos no sistema prisional brasileiro:

(...) AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.
(ADPF-MC 347, DJe 19.02.2016)

Sobre o assunto, observam Andrade e Alflen⁴⁶:

(...) As decisões tomadas por nossa Corte Constitucional – em especial, aquelas proferidas em sede plenária -, trouxeram, como resultado, a

⁴¹ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 11-12.

⁴² BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 05/11/2020.

⁴³ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 112.

⁴⁴ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 25.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (STF). **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 05/11/2020.

⁴⁶ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 26-27.

necessidade de nossa legislação ordinária se submeter a uma dupla compatibilidade, por alguns, denominada *dupla compatibilidade vertical*. Com isso, quer-se dizer que, além da compatibilidade da legislação ordinária com a própria Constituição Federal, também se deve observar, em um segundo momento, sua compatibilidade com os tratados e convenções ratificados pelo Brasil. Passamos, assim, a ter não só o controle de constitucionalidade das leis, mas também o *controle de convencionalidade das leis*. Esse controle pode se verificar tanto em nível concentrado, como em nível difuso, dependendo do procedimento tomado pelo Estado brasileiro, após a ratificação de um tratado ou convenção: se o texto ratificado se submeter ao procedimento previsto no §3º do artigo 5º da CF, haverá possibilidade de controle concentrado; do contrário, somente poderá haver o controle difuso.

Além do mais, conforme destaca Melo⁴⁷, o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se também no sentido de que os tratados internacionais de matéria de direitos humanos que não tenham sido incorporados ao nosso ordenamento como emenda constitucional, embora infraconstitucionais, possuem caráter supralegal. Logo, as disposições constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como as da Convenção Americana, ainda que posicionadas abaixo da Constituição, estão acima das leis, conforme entendeu nossa Suprema Corte. Desse modo, sedimentou-se a relevância e a fundamentalidade da garantia conferida pela audiência de custódia, embora ausente ainda do plano legal positivo.

Foi nesse contexto, portanto, ante a excessiva demora para que o instituto fosse consolidado em nosso ordenamento pela via legislativa, que em dezembro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 213⁴⁸, regulamentando a audiência de custódia em todo o território nacional. O ato normativo, de natureza administrativa, foi editado mais de duas décadas após as ratificações que incorporaram a garantia ao direito brasileiro.

A Resolução nº 213 do CNJ determinou, em seu art. 1º⁴⁹, que todo preso em flagrante deve ser obrigatoriamente apresentado, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, a fim de ser ouvido sobre as circunstâncias em que realizada a sua prisão ou apreensão. Os objetivos fundamentais desta apresentação são, como afirmam os doutrinadores Andrade e

⁴⁷ MELO, 2016, p. 142.

⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

⁴⁹ Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente 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.

Alflen⁵⁰, verificar a legalidade da prisão e assegurar a integridade física e psíquica dos conduzidos - prevenindo maus tratos e torturas praticados por agentes encarregados da prisão. Ademais, em tal solenidade deve ser averiguada também a necessidade de privação de liberdade, isto é, avaliar a necessidade de decretação de medidas cautelares.

Não obstante, embora os textos internacionais que instituíram a audiência de custódia não tenham estabelecido um prazo certo e determinado para a sua realização - limitando-se a indicar que a solenidade deve dar-se em prazo “dentro do razoável”⁵¹ -, o CNJ definiu o período de 24 horas para a realização do ato. Tal prazo, presente na Resolução nº 213, deve ser contado a partir da remessa do auto de prisão em flagrante à autoridade judicial, conforme estipula o § 1º⁵² do art. 1º da Resolução nº 213.

Além disso, segundo o art. 13⁵³ do referido documento, tal garantia é também conferida às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva. Isto é, a audiência deve ser realizada, no prazo de 24 horas, em todos os tipos de prisões, não devendo limitar-se aos casos de flagrante delito. Como se sabe, a prisão em flagrante é apenas uma das modalidades de prisão previstas pelo ordenamento jurídico nacional.

A extensão do ato também às prisões decorrentes de ordem judicial visa atender aos objetivos pretendidos pelos pactos internacionais que instituíram a audiência de custódia. Tanto no PIDCP como na Convenção Americana, a ordem é de que o ato seja realizado em qualquer hipótese de privação da liberdade, não se limitando, portanto, às prisões em flagrante.

Todavia, a obrigatoriedade da audiência e a sua aplicação geraram diversas controvérsias. Haja vista ser a Resolução nº 213 do CNJ um ato administrativo, sobrevieram duras críticas à regulamentação do instituto por tal via. Segundo parte da doutrina, ao expedir a resolução, o CNJ estaria legislando sobre matéria processual, o que é de competência privativa da União, consoante preceitua a

⁵⁰ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 62-63.

⁵¹ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 74.

⁵² § 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

⁵³ Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Constituição Federal⁵⁴ em seu art. 22, I⁵⁵. A regulamentação da audiência de custódia, por ser norma processual penal de validade geral e nacional, deveria ser feita apenas por lei federal. Caso contrário, haveria risco de a norma não ser compatível com o Código de Processo Penal⁵⁶.

Por outro lado, parte da doutrina defendeu a constitucionalidade da regulamentação da audiência de custódia por meio da resolução administrativa expedida pelo CNJ. Nessa direção, Fischer⁵⁷ sustenta:

O CNJ é órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 92, I-A, da Constituição da República (Emenda Constitucional n. 45, de 2004). Compreendemos que, dentro de um sistema jurídico democrático, decorre da função conferida constitucionalmente aos membros do Poder Judiciário, regulamentado também pelo Estatuto da Magistratura, o dever de zelar pelas garantias fundamentais existentes no ordenamento pátrio e também aquelas decorrentes dos pactos internacionais. Daí que, com a finalidade de estabelecer um padrão (senão o ideal, mas seguindo alguns princípios reitores fundamentais) na atuação judicial, é viável - sempre suplementar e excepcionalmente - o Conselho Nacional de Justiça estabelecer as regras fundamentais a serem adotadas pelos magistrados em todo o país no caso da prisão de alguém, seguindo-se um rito para a denominada audiência de custódia. Não podemos esquecer também que não foram poucas as vezes que, por falta de previsão expressa em lei, o Poder Judiciário (sem que se possa impor a - indevida - pecha de "ativismo") acabou estabelecendo *standards* de providências que foram, posteriormente, convertidas em letra de lei para tratar do tema.

Entretanto, não bastassem as discussões no âmbito doutrinário e judicial acerca da legitimidade da Resolução nº 213 do CNJ para tratar do assunto, passou-se a verificar que a audiência de custódia estava sendo realizada, em cada estado brasileiro, de formas totalmente diversas, incongruentes e incompatíveis sobretudo à própria resolução administrativa que buscou regulamentar o tema em nível nacional.

Embora tenha o CNJ objetivado, através de sua resolução de 2015, estabelecer a realização do ato de forma padronizada em todo o território nacional, a prática da audiência de custódia em cada estado ficou a mercê de arbitrariedades dos magistrados e de determinações de resoluções dos tribunais estaduais – que,

⁵⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **Audiência de Custódia e a infeliz resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro.** In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 133.

⁵⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁵⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Audiência de Custódia e a infeliz resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro** In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 135.

⁵⁷ FISCHER, Douglas. **O procedimento da audiência de custódia nos termos da Resolução 213 do CNJ – artigo 8º.** In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 97.

em muitos casos, contrariaram preceitos da própria Resolução nº 213. Sobre a verdadeira confusão que pairou sobre a realização do ato no país, Deolindo⁵⁸ diz:

Como não há lei regrando a realização do ato em todos os seus passos, cada juiz está presidindo o ato de uma maneira, não obstante os esforços para padronização até o momento, o que já rendeu avanços, mas esbarra, em alguns pontos, na reserva jurisdicional constitucionalmente garantida a cada magistrado. Há juízes que ouvem cada preso de forma individual. Há juízes que ouvem mais de um preso ao mesmo tempo, desde que relativos ao mesmo flagrante, como ocorre no Estado de São Paulo, e conforme os vídeos remetidos para análise visando à instalação do projeto em Porto Alegre. Há juízes que oportunizam à Defensoria conversar reservadamente com cada um dos presos, antes de suas respectivas oitivas individuais, mesmo que atrasando consideravelmente a conclusão dos trabalhos. Outros oportunizam somente se a Defensoria chegar mais cedo e conversar com os presos antes do início das audiências. Há juízes que permitem a manifestação da Defensoria de forma ordinária, e também ao Ministério Público, oportunizando o contraditório, para depois decidir eventual pedido ou ratificação de pedidos de liberdade provisória. Há juízes que não oportunizam a manifestação dessas instituições, entendendo que se trata de ato meramente do juiz, conforme preconizam os pactos internacionais. Há juízes que dão ciência ao preso acerca dos motivos da prisão, oportunizando-lhe a palavra. Há outros que não adentram ao mérito do fato criminoso imputado, objetivando não originar nulidades, já que é direito do réu somente ser ouvido e ser interrogado após a colheita da prova. Há presos que querem falar, explicar como aconteceram os fatos, no que são tolhidos para não originar nulidades. Outros magistrados permitem que os presos falem tudo o que quiserem relativamente ao fato e às circunstâncias da prisão. Outros, só em relação às circunstâncias da prisão, se houve alguma agressão pela polícia ou por terceiros, sendo tudo gravado em áudio e vídeo. Alguns mantêm os presos com algemas, vezes na frente, vezes atrás, outros determinam a retirada das algemas. Há juízes que determinam a saída dos policiais militares que realizam a segurança do Presídio Central da sala de audiências, outros permitem a presença.

Pois, finalmente, somente em 2019, 27 anos após o Brasil ter ratificado os acordos internacionais que instituíram a audiência de custódia, o instituto foi de fato inserido no Código de Processo Penal (CPP)⁵⁹ pátrio. Em dezembro do mencionado ano foi publicada a Lei nº 13.964⁶⁰, o chamado *Pacote Anticrime*, uma reforma legislativa de grande impacto para o Direito Penal e Processual Penal brasileiro. A nova lei alterou, de uma só vez, diversos estatutos atualmente vigentes no país, dentre os quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. No que concerne à inédita introdução da audiência de custódia no Código de

⁵⁸ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica** In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 215-216.

⁵⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 05/11/2020.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 05/11/2020.

Processo Penal, a nova lei conferiu novas redações aos seus artigos 287 e 310, este último ao qual foram acrescentados também os parágrafos 2º, 3º e 4º.

O instituto foi assim, então, positivado no Código de Processo Penal:

Art. 287. 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.

(...)

Art. 310. 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.

Realizada, portanto, uma análise da trajetória da implementação do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, nos próximos capítulos serão abordados e analisados os avanços advindos da tardia positivação do ato no Código de Processo Penal, bem como as lacunas e as possíveis falhas deixadas pela forma como o instituto restou inserido no diploma.

3 OS AVANÇOS DA INSERÇÃO DO INSTITUTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

3.1 A INÉDITA PREVISÃO LEGAL E A TARDIA ADEQUAÇÃO AOS PACTOS INTERNACIONAIS

Oriunda do chamado *Projeto de Lei Anticrime*, assim denominado pelo seu idealizador Sérgio Moro, então Ministro da Justiça e Segurança Pública, a Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020. Ideologicamente controversa nos meios jurídico e político, a Lei Anticrime, como também é conhecida, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente ao processo penal, uma relevante vitória: a tardia, mas ainda importante, inserção da obrigatoriedade da audiência de custódia ao Código de Processo Penal, conquista essa que atende ao disposto nos já anteriormente examinados principais tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Não é para menos: a partir da leitura sistemática dos já demonstrados enunciados normativos expressos no art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)⁶¹, bem como no art. 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana, de 1969)⁶², percebe-se que a comunidade jurídica internacional, já na década de 1960, atribuíra especial preocupação em garantir que toda pessoa detida fosse apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente⁶³. Todavia, o Brasil só veio a manifestar concordância com tal garantia em 1992, já atrasado em razão da sua conturbada situação política sob mais de duas décadas em um regime não democrático.

Embora as tardias ratificações tenham ocorrido no início da década de 1990, somente 20 anos depois iniciaram as movimentações para efetivar no ordenamento brasileiro a audiência de custódia, instituto destinado à preservação de garantias

⁶¹ Art. 9.3. 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 (...).

⁶² Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

⁶³ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen. **A Audiência de Custódia na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019): Entre Avanços e Retrocessos**. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). – Porto Alegre: DPE, p. 575.

fundamentais do indivíduo⁶⁴ e previsto em ambos os diplomas. Segundo Souza⁶⁵, tal atraso revelava um verdadeiro comodismo por parte dos atores responsáveis pela implementação dos novos mecanismos jurídicos que visam ao progresso do sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, é inegável que a inércia do Poder Legislativo em atender ao disposto nos pactos ratificados pelo Brasil revelava, acima de tudo, não só um atraso abismal em relação às legislações internacionais, como também um enorme descaso ao Direito supranacional. Conforme leciona Piovesan⁶⁶, as convenções internacionais representam hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional Público, constituindo verdadeiros deveres legais aos Estados-partes que se comprometem a respeitá-las. Desta forma, uma vez ratificados o PIDCP e o Pacto de San José, o Brasil atribuiu-se a obrigação de cumprir com as determinações presentes nestes instrumentos normativos internacionais, devendo adotar todas as medidas para a eles adequar-se.

Sobre a obrigatoriedade das disposições dos tratados internacionais, igualmente observa Trindade⁶⁷:

No domínio da proteção internacional dos direitos humanos, os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito, não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não cumprimento dessas obrigações.

Em que pese as ratificações via decretos tenham acontecido em 1992, as primeiras iniciativas do Poder Legislativo brasileiro para regulamentar a audiência de custódia vieram a ocorrer tão somente por meio dos Projetos de Lei do Senado nº 156/2009⁶⁸ e nº 554/2011⁶⁹. Segundo Andrade e Alflen⁷⁰, foi justamente em razão

⁶⁴ OLIVEIRA, Gisele Souza de; BRASIL Jr., Samuel Meira; SOUZA, Sérgio Ricardo de Souza; SILVA, William. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015, p. 109.

⁶⁵ SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **A Audiência de Custódia e o Preço do Comodismo**. In: **Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial – Doutrina, Audiência de Custódia**. Ano XVI, nº 93, Agosto – Setembro de 2015, p. 32, 33.

⁶⁶ PIOVESAN, 2016, p. 105. In ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 573.

⁶⁷ CANÇADO TRINDADE. **A proteção internacional dos direitos humanos**, 1991 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107. In ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 574.

⁶⁸ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em 05/11/2020.

⁶⁹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 05/11/2020.

deste último que a discussão sobre o tema espalhou-se pelo país, e os debates realizados à época⁷¹ já revelavam a tardia implantação do instituto em nosso sistema processual. De fato, a necessidade de apresentação pessoal do preso a uma autoridade judicial já estava prevista em dois dos mais importantes tratados sobre direitos humanos assinados e ratificados pelo Estado brasileiro ainda no século XX⁷².

No entanto, não houve uma perspectiva favorável acerca das aprovações definitivas dos referidos projetos de lei. O PLS nº 156/2009, por exemplo, permanece em trâmite até hoje através do PL 8.045/2010⁷³, e não mais contempla em sua redação a obrigatoriedade do ato. Ante tal cenário, foi principalmente por este motivo que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) achou necessária a sua intervenção para regulamentar o instituto.

Embora incorporada ao Código de Processo Penal somente com o Pacote Anticrime de 2019, a audiência de custódia já estava implementada e regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro desde 2015, por meio da Resolução nº 213 do CNJ⁷⁴, instrumento administrativo que buscou padronizar a aplicação do ato em todo o território nacional. Contudo, igualmente é preciso salientar que, como bem asseveram Andrade e Alflen⁷⁵, o ato administrativo emitido pelo CNJ também não criou um novo instituto em nosso ordenamento: o Conselho Nacional de Justiça somente regulamentou instituto já existente, inserido em nosso ordenamento por meio do PIDCP e da CADH (Pacto de San José).

Isto porque, a partir do momento em que o Brasil ratifica convenções internacionais, todos os seus dispositivos automaticamente incorporam-se ao nosso

⁷⁰ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 112.

⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, v. 67, p. 155-178, 2017; Editorial. Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia. Boletim IBCCRIM, v. 23, n. 268, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim268.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020; LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, p. 161-182, 2014; PAIVA, Caio. A audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. In ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 573.

⁷² ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 573.

⁷³ BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 8045/2010**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 05/11/2020.

⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

⁷⁵ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 115.

Direito Positivo. O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é também constituído pelas normas advindas de tratados internacionais porventura ratificados. E é neste sentido que apregoam a nossa Constituição Federal e também o Código de Processo Penal, conforme bem observa Deolindo⁷⁶:

Não se pode olvidar, todavia, do art. 5º, § 2º e 3º da CF/88, que consagra que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E segue o parágrafo seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional no 45, de 2004)”. Importa destacar que, antes dessa previsão constitucional, o art. 1º do Código de Processo Penal já estabelecia que “o processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional”.

Desse modo, é correto afirmar que o instituto da audiência de custódia já estava inserido ao Direito brasileiro desde as ratificações de 1992, sobretudo porque, conforme já antes mencionado, o próprio Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que as cartas internacionais ratificadas pelo Brasil detêm status de norma supralegal: são hierarquicamente inferiores às normas da Constituição Federal, mas superiores às leis ordinárias como, por exemplo, o próprio Código de Processo Penal.

Entretanto, a ausência de qualquer previsão da audiência de custódia em lei ordinária federal sempre deu margem a inúmeras controvérsias. Não obstante o fato de estar o instituto já inserido no ordenamento jurídico brasileiro há quase 30 anos, e apesar da regulamentação do ato através da resolução administrativa emitida pelo CNJ, foram vários os questionamentos no meio jurídico acerca da obrigatoriedade da aplicação do instituto pelos tribunais pátrios.

Sobre este cenário, Marques bem destacou a necessidade de que o ato da audiência de custódia fosse então inserido no Código de Processo Penal⁷⁷:

Diante do estudo realizado, é possível perceber que não basta o Brasil ter ratificado, no longínquo ano de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica, se não houver comprometimento em relação à (necessária) alteração

⁷⁶ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 203.

⁷⁷ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 20.

legislativa que altere o disposto no artigo 306 do CPP determinando a apresentação do conduzido em até 24 horas após sua prisão à presença de um juiz ou alguém com poderes para representar. Nesse sentido, e em respeito aos deveres de proteção assumidos pelo Estado brasileiro, essa lacuna só poderá ser devidamente ajustada quando houver comprometimento legislativo nesse sentido.

Devido à lacuna legislativa sobre o tema, diversas organizações questionaram a eficácia da Resolução nº 213 do CNJ perante o ordenamento jurídico. Não bastasse, várias ações de controle concentrado de constitucionalidade foram apresentadas no STF, pugnando pela inexistência da obrigatoriedade de realização da audiência de custódia justamente sob o fundamento da “ausência de previsão legal” do instituto⁷⁸.

A título de exemplo, entre muitas outras alegações contrárias à aplicação imediata da audiência de custódia no país, faz-se oportuno destacar os argumentos apresentados pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Em fevereiro de 2015, através da ADI nº 5240⁷⁹, a referida associação questionou o Provimento Conjunto 03/2015⁸⁰ do Tribunal de Justiça de São Paulo e do CNJ - que regulava o procedimento a ser adotado na aplicação da audiência no estado paulista.

Conforme observam Andrade e Alflen⁸¹, nesta ação, a ADEPOL aduziu que a matéria da qual faz parte o instituto da audiência de custódia somente poderia ser regulada por lei ordinária federal, e jamais por provimentos administrativos, uma vez que, com base no art. 22, I, da CF/1988⁸², caberia somente ao Congresso Nacional legislar sobre Direito Processual Penal. Nesse sentido, a associação alegou que os atos normativos do Poder Judiciário – como o Provimento Conjunto 03/2015 do TJ/SP e a Resolução nº 213 do CNJ – seriam formalmente inconstitucionais, ao passo que violariam o princípio da separação de poderes e as normas de competência legislativa da Constituição Federal.

⁷⁸ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 576.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em 05/11/2020.

⁸⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP). **Provimento Conjunto nº 03/2015**. Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

⁸¹ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 119-120

⁸² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Como se pode então concluir, em razão da inexistência de previsão do instituto em lei ordinária que tivesse sido submetida ao devido processo legislativo e amplamente discutida pelo Congresso Nacional, a realização das audiências de custódia pelos tribunais brasileiros jamais deixou de ser tema controverso e apto a gerar infundáveis debates e discordâncias. E é justamente neste cenário que a inserção do instituto no Código de Processo Penal, através do Pacote Anticrime, surge como uma enorme conquista, de extrema relevância para a plena efetivação desse instrumento tão importante para a manutenção do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal⁸³.

Desta maneira, cabe nos lembrarmos de que, corroborando o que afirma Paiva⁸⁴, a principal e mais fundamental finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é, sem dúvidas, ajustar finalmente o processo penal brasileiro, depois de muito atraso, aos tratados internacionais de direitos humanos. E embora o instituto não tenha sido uma inovação introduzida ao nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.964/2019, sua inclusão como procedimento obrigatório previsto pela nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal⁸⁵ representa um grande avanço em direção à consolidação desta garantia no sistema de justiça criminal brasileiro⁸⁶ e à adequação do Brasil aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

3.2 A DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO PRAZO DE 24 HORAS PARA A REALIZAÇÃO DO ATO

Tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) como a Convenção Americana (Pacto de San José, 1969), quando estabeleceram a obrigatoriedade da apresentação do indivíduo preso a uma autoridade judicial, não determinaram um prazo exato para que tal ato fosse realizado. Conforme se

⁸³ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 576.

⁸⁴ PAIVA, 2015, p. 44.

⁸⁵ Art. 310. 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: (...).

⁸⁶ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 572.

depreende da leitura de seus art. 9.3⁸⁷ e 7.5⁸⁸, respectivamente, os tratados limitaram-se a determinar que a apresentação fosse realizada sem demora, isto é, de forma imediata e rápida, mas sem definir para tanto um tempo certo e determinado.

Justamente devido a essa lacuna nos textos internacionais, observam Andrade e Alflen⁸⁹ que diversos países, ao regulamentarem a audiência de custódia em seus ordenamentos, atentando às suas peculiaridades, estabeleceram prazos distintos para que o ato fosse realizado. Na Guatemala, por exemplo, foi estabelecido o prazo de 06 horas; no México, de 48 horas; ao passo que, na Espanha e na Suécia, definiu-se o prazo de 72 horas⁹⁰. Sobre isto, cabe informar, as próprias Cortes Internacionais já emitiram pareceres alegando não configurar excesso a realização do ato de apresentação com prazos fixados em período superior a 24 horas⁹¹.

No Brasil, por sua vez, conferindo nova redação ao art. 310 do Código de Processo Penal, o Pacote Anticrime consolidou o prazo de 24 horas para que a pessoa presa em flagrante seja apresentada ao magistrado – tempo este considerado o mais adequado por parte da doutrina⁹². Contudo, tal prazo não é novidade em nosso ordenamento, uma vez que a já abordada Resolução nº 213 do CNJ, primeiro ato normativo que regulamentou e padronizou o instituto em todo o território nacional, desde 2015 já estabelecia que a audiência de custódia deveria ser realizada dentro de 24 horas, em seus art. 1º⁹³ e 13⁹⁴.

Não obstante, existe, sim, motivo para celebrarmos e elogiarmos a inserção do prazo de 24 horas no Código de Processo Penal. De acordo com o art. 22, I, de

⁸⁷ 9.3. 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 (...).

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

⁸⁹ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 66.

⁹⁰ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 66, 67.

⁹¹ PAIVA, 2015, p. 55, 56.

⁹² PAIVA, 2015, p. 46.

⁹³ Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente 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.

⁹⁴ Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

nossa Carta Magna⁹⁵, somente por lei federal pode haver regulamentação em matéria de Direito Processual Penal. E, como vimos, embora o instituto da audiência de custódia tenha de fato ingressado no Direito Brasileiro em 1992 com as ratificações do PIDCP e da CADH – aqui cabe lembrarmos de que o próprio STF já se manifestou no sentido de que as normas advindas de tais pactos têm status supralegal –, as referidas convenções não estabeleceram um prazo exato para que o ato fosse realizado, limitando-se a ordenar que a apresentação do preso deve ocorrer “sem demora”.

Desse modo, quanto ao estabelecimento do prazo de 24 horas para que a audiência de custódia seja realizada, fato é que a Resolução nº 213 estava eivada de inconstitucionalidade. Neste ponto, o ato normativo do CNJ violou norma constitucional que estabelece assunto de competência legislativa privativa da União, visto que tal prazo somente poderia ser definido por força de lei⁹⁶, e não por ato administrativo.

Sobre isso, para que se evitasse a inconstitucionalidade quanto à definição de um prazo certo para a realização da solenidade, Andrade e Alflen⁹⁷ comentam que a Resolução nº 213 do CNJ deveria ter estabelecido também um prazo vago ou sugestivo, nos moldes do realizado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana), através do uso da expressão “sem demora”.

Por conseguinte, agora, com a atual determinação expressa do espaço de tempo de 24 horas para que seja realizado o ato no art. 310 do Código de Processo Penal⁹⁸, está cessado o estado inconstitucionalidade que pairava sobre a definição do prazo exato para a realização da audiência de custódia, uma vez que, graças ao Pacote Anticrime, desde 23 de janeiro de 2020, data em que passou a vigor a Lei nº 13.964/2019, existe previsão legal para o tema.

3.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM FAVOR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

⁹⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁹⁶ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 116.

⁹⁷ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 138.

⁹⁸ Art. 310. 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: (...).

O constante aperfeiçoamento das normas de processo penal, adequando-o às matrizes garantistas da Constituição Federal e das convenções internacionais, diferentemente do que se possa pensar num primeiro momento, em verdade vem ao encontro dos interesses da sociedade⁹⁹. E embora a Lei nº 13.964/2019 tenha sido anunciada por seus idealizadores como medida voltada a endurecer o sistema penal brasileiro, fato é que ela trouxe ao Código de Processo Penal importantes novidades que se mostraram de extrema valia para que o Direito Processual Penal brasileiro caminhe em direção à sua constitucionalização.

A título de exemplo, cabe ser mencionada a introdução ao diploma da figura do Juiz de Garantias, magistrado que, como conceitua Andrade¹⁰⁰, tem “competência exclusiva para atuar em todo e qualquer tema que diga respeito à fase de investigação, estando impedido, portanto, de atuar posteriormente, na fase processual”. A iniciativa de separar o juiz que se envolve na investigação daquele que vai atuar no processo e, conseqüentemente, julgar o caso vem para consolidar e dar maior concretude ao sistema acusatório no processo penal brasileiro¹⁰¹. Como propósito do instituto, tem-se a finalidade de evitar-se a contaminação do magistrado que julgará o caso por elementos provenientes da fase investigatória, o que poderia acometer a sua devida imparcialidade, valor esse indispensável ao pleno desempenho do princípio constitucional do juiz natural¹⁰².

Igualmente, a inédita disposição expressa da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal, por sua vez, também surge como uma ferramenta jurídica apta a aproximar o Direito Processual Penal brasileiro de sua constitucionalização. Isto porque a realização padronizada e obrigatória da solenidade pelos tribunais pátrios está diretamente ligada ao fortalecimento das

⁹⁹ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 199.

¹⁰⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13.

¹⁰¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico] -- 6. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, cap. 6, p. 53. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v6>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁰² O princípio do juiz natural relaciona-se com as garantias previstas nos incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal de 1988, que seguem:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

garantias fundamentais e à consolidação de um processo penal mais humanizado¹⁰³.

Nesse sentido, ao analisarmos o Processo Penal sob um viés constitucional e atento à necessidade de proteção dos direitos humanos, é certo que o instituto da audiência de custódia surge como procedimento indispensável, uma vez que estão inseridos nele diversos princípios processuais fundamentais, isto é, de natureza constitucional, como o princípio da presunção de inocência, a excepcionalidade das prisões cautelares, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e o princípio do contraditório e da ampla defesa¹⁰⁴. Passaremos, agora, a discorrer sobre eles.

3.3.1 A presunção de inocência, a excepcionalidade das prisões cautelares e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais

O princípio da presunção de inocência encontra-se consubstanciado no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988. Segundo tal dispositivo, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que significa dizer que qualquer privação de liberdade, antes do trânsito em julgado, deve possuir natureza cautelar e necessita ser determinada por ordem judicial devidamente motivada¹⁰⁵.

Sobre tal princípio, Beccaria¹⁰⁶ afirma que o Estado age de forma tirânica quando condena um acusado sem ter suficientemente cumprido com o dever de demonstrar a sua culpabilidade, razão pela qual, ainda segundo o autor, jamais pode um indivíduo ser tratado como culpado antes da sentença – aqui entendida em sentido amplo, como decisão condenatória definitiva, transitada em julgado.

Portanto, do princípio da presunção de inocência conclui-se que, no sistema de persecução penal brasileiro, o acusado da prática de um crime deve, em regra, responder ao processo criminal em liberdade. Excepcionalmente, somente caso se façam presentes os requisitos das prisões provisórias – preventiva e temporária -, é

¹⁰³ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 21.

¹⁰⁴ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 16.

¹⁰⁵ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 17.

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995. p. 50.

que será admitido o seu recolhimento ao cárcere. Tal garantia, a excepcionalidade da prisão provisória ou cautelar, encontra-se sedimentada no art. 5º, LXVI da Carta Magna¹⁰⁷.

Sobre o caráter extremo e excepcional do encarceramento cautelar, destaca-se a orientação dada pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* 132.233-PR¹⁰⁸, de relatoria do então ministro Teori Zavascki, em 2016:

Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais.

Todavia, não obstante as matrizes garantistas da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, e apesar da presença do princípio da presunção de inocência como direito fundamental na Carta Magna, comenta Prudente¹⁰⁹ que a decretação de prisão preventiva vem sendo a regra no sistema processual brasileiro, ao invés de ser a última alternativa adotável, isto é, a *ultima ratio*. A exceção parece então ter virado regra, e tal disfunção contribui diretamente para a crise de superlotação e precariedade que paira sobre o sistema prisional de todo o país.¹¹⁰

Entre os anos de 1995 e 2005, segundo dados do Ministério da Justiça, a população carcerária no Brasil saltou de 148 mil para 361.402 pessoas presas, o que representou um crescimento de 143% em apenas uma década¹¹¹. Em fevereiro de 2020, então, de acordo com levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen)¹¹², o Brasil já ostentava a quase inacreditável marca

¹⁰⁷ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 132.233**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4907220>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁰⁹ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9-31, ago./set. 2015. p. 10.

¹¹⁰ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 207.

¹¹¹ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 206.

¹¹² GOVERNO DO BRASIL. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em 05/11/2020.

de 773.151 pessoas privadas de liberdade – a quarta maior população carcerária do mundo. Deste total, segundo o mesmo documento, cerca de 33% tratam-se de presos provisórios, isto é, pessoas que, embora encarceradas no sistema prisional, ainda não foram condenadas e encontram-se presas por alguma das modalidades de prisão cautelar, sem ter ainda uma solução definitiva do seu caso pelo Poder Judiciário¹¹³.

Diante de tal panorama, ao dar início aos esforços de regulamentação da audiência de custódia em 2015, o CNJ apresentou seu projeto¹¹⁴ lançando um questionamento tão oportuno que merece ser aqui reproduzido:

O grande desafio, pois, é entender: como o Brasil alcançou essa realidade, malgrado o nosso amplo sistema de direitos e garantias? Por que o grande índice de presos provisórios, se as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 12.403/2011 conduziram, por lógica, à sua diminuição? Afinal, por que a prisão cautelar não é a coadjuvante do sistema penal e, definitivamente, encarada como exceção?

Nesse viés, tendo em vista que aproximadamente um terço dos presos no Brasil são provisórios – justamente aqueles que, em alguns casos, poderiam estar respondendo em liberdade a seus processos -, faz-se possível concluir que o princípio da presunção de inocência vem sendo constantemente desrepeitado pelos nossos tribunais. Os magistrados parecem estar recorrendo às prisões cautelares, especialmente a preventiva, como primeira medida, sem antes cumprir o dever de verificar sempre a possibilidade de liberdade provisória ou de substituir a prisão por outra medida cautelar alternativa ao encarceramento provisório.

E, neste cenário, por qual motivo surge como um bálsamo jurídico¹¹⁵ a audiência de custódia em nosso ordenamento? Isto é, por que se faz tão importante, sob o prisma do direito constitucional, a garantia de que o indivíduo preso seja levado à presença de um juiz dentro de 24 horas a partir de sua prisão? Para que esse questionamento seja sanado, torna-se necessário esclarecer brevemente o

¹¹³ MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO Jr., Alberto. A Questão Político-Criminal da Audiência de Custódia. *In Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial – Doutrina, Audiência de Custódia*. Ano XVI, nº 93, Agosto – Setembro de 2015, p. 54, 55.

¹¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Projeto Audiência de Custódia vence Prêmio Nacional de Comunicação e Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-audiencia-de-custodia-vence-premio-nacional-de-comunicacao-e-justica/>. Acesso em 05/11/2020.

¹¹⁵ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 218.

procedimento que é levado a cabo pelas autoridades judiciárias brasileiras quando é realizada a prisão em flagrante de um indivíduo.

Deolindo¹¹⁶ afirma que, em caso de flagrante delito, nas hipóteses do art. 302 do CPP¹¹⁷, é direito do flagrado ter o auto de prisão em flagrante analisado por um juiz dentro de 24 horas, conforme apregoa o art. 306, § 1º do mesmo diploma¹¹⁸. Nessa análise do auto de prisão em flagrante – regulamentada pelo art. 310 do CPP –, caso se verifique que não foi atendido algum requisito estabelecido em lei para a legitimidade da prisão, cabe ao juiz não homologar o auto, visto que a prisão foi realizada de forma ilegal, determinando o relaxamento da prisão e colocando o flagrado em liberdade. Atende-se, dessa forma, à garantia fundamental consolidada no art. 5º, LXV da Constituição Federal¹¹⁹.

Porém, reconhecida a legalidade da prisão em flagrante - o que resultará na homologação do auto -, ainda assim deverá o juiz analisar a possibilidade e a conveniência da concessão de liberdade provisória ou da substituição da prisão por medida cautelar alternativa, conforme os termos do art. 310, II do Código de Processo Penal e de acordo com as alternativas constantes do art. 282 do mesmo diploma. Somente então, de forma excepcional e fundamentada, poderá o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, mantendo a pessoa privada de sua liberdade.

Portanto, em síntese, após realizar a análise do auto de prisão em flagrante, pode o magistrado decidir por: relaxar eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP); conceder a liberdade provisória com ou sem fiança (art. 310, III, do CPP); substituir a prisão em flagrante por medidas cautelares diversas das prisão (art. 310, II, parte final e art. 319 do CPP); ou, como última medida, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou temporária (art. 310, II, parte inicial, do CPP). Todavia, onde

¹¹⁶ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 201.

¹¹⁷ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

¹¹⁸ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

¹¹⁹ Art. 5º, LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05/11/2020.

então se encontra o problema gerado pela não apresentação do preso, sem demora, à autoridade judicial?

Na ausência da realização da audiência de custódia, a referida análise do auto de prisão em flagrante pelo magistrado acaba por ser realizada em gabinete, de forma completamente escusa e impessoal, sem ser atendido o princípio do contraditório. O juiz fica, por assim dizer, diante apenas de um “camalhão de documentos”¹²⁰, e não é oferecida ao detido a oportunidade de se defender, de se explicar ou de sequer sensibilizar o magistrado, direta ou indiretamente¹²¹. Sobre este costume, merece ser reproduzida na íntegra a lição de Albuquerque e Fusinato¹²²:

Cabe referir que anteriormente à implementação da audiência de custódia no Brasil, o procedimento adotado para análise da prisão em flagrante pelo juiz se dava integralmente de forma escrita e impessoal, seguindo as determinações do artigo 310 do Código de Processo Penal (com redação anterior à Lei nº 13.964/2019). Desse modo, ao analisar a legalidade da prisão em flagrante e decidir sobre a necessidade de prisão cautelar, a autoridade judicial possuía diante de si apenas um nome na capa do expediente, baseando sua decisão quase que exclusivamente na versão policial – ou seja, do agente que realizou a prisão. Essa forma de análise distante da pessoa custodiada e embasada em uma única versão dos fatos pode ser considerada uma das razões da banalização da prisão preventiva – que representavam à época 40% das prisões no Brasil – e do aprofundamento da crise carcerária no país.

Pois bem, o que se observa com a obrigatoriedade de que a pessoa presa seja levada em 24 horas à presença do juiz, de fato, é a antecipação da relação do sujeito detido com o magistrado. No procedimento penal comum, antes do implemento do ato da audiência de custódia, o contato entre ambos ocorria somente no interrogatório que é realizado na audiência de instrução e julgamento, geralmente meses após a análise do auto de prisão em flagrante que acabava por convertê-la em prisão preventiva¹²³. E, como se pode imaginar, em alguns casos a mera leitura do expediente policial pode não ser suficiente para apurar a real necessidade da manutenção de privação de liberdade do indivíduo.

¹²⁰ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 20.

¹²¹ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 218.

¹²² ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 578.

¹²³ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 217.

Nesse sentido, é inegável que a audiência de custódia – que, cabe ser ressaltado, por si só não determina a soltura de ninguém – constitui uma ferramenta jurídica que certamente auxilia o magistrado a exercer com maiores recursos as diligências que lhe incumbe o art. 310 do Código de Processo Penal, possibilitando decisões judiciais melhor fundamentadas e, dessa forma, coadunando-se ao espírito da reforma legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019.

Notadamente, uma das intenções que o legislador mais deixou evidente ao editar o Pacote Anticrime, que alterou o Código de Processo Penal, foi a de garantir que o Poder Judiciário emita decisões satisfatoriamente fundamentadas, consagrando dessa forma a norma do art. 93, IX da Constituição Federal¹²⁴. Também como acenamento da constitucionalização do processo penal, a necessidade de que as decisões judiciais sejam suficientemente embasadas foi reforçada nas novas redações de relevantes artigos como, por exemplo, o art. 315¹²⁵ e especialmente seu § 2º¹²⁶, que determinou critérios de fundamentação a serem obrigatoriamente observados em qualquer decisão, atendendo ao dispositivo constitucional do inciso LXI do art. 5º¹²⁷. No mesmo propósito, foi acrescida ao art. 564¹²⁸ a hipótese de nulidade da decisão judicial carente de fundamentação.

¹²⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹²⁵ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

¹²⁶ § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

¹²⁷ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹²⁸ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

Com efeito, observa-se que a positivação da audiência de custódia ocorre em completa sintonia com o espírito da reforma promovida pelo Pacote Anticrime no Código de Processo Penal. Conforme assevera Andrade¹²⁹, a solenidade é um instrumento fundamental também por possibilitar decisões melhor embasadas e fundamentadas, uma vez que a apresentação pessoal do preso ao juiz é indispensável para que este possa tomar a sua decisão, que deverá ser prolatada na própria audiência. Segundo o referido autor, o processo de formação de convencimento do magistrado somente poderá ocorrer na audiência que, nas hipóteses de prisão em flagrante – e também nas prisões decorrentes de ordem judicial emanada na fase investigatória –, deverá ser presidida pelo juiz de garantias¹³⁰.

Na mesma linha, Tópor e Nunes¹³¹ afirmam que, com a audiência de custódia, revela-se o intuito de que seja superada a fronteira do papel, estabelecida por meio do mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao magistrado, uma vez que tal instituto torna obrigatório o encontro sem demora entre o sujeito detido e o juiz. Certamente tal ato auxilia a autoridade judicial a melhor avaliar não só as circunstâncias em que realizada a prisão, mas também a imprescindibilidade – ou não – da manutenção de prisão cautelar.

Ademais, sobre a eficiência da audiência de custódia em conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para que seja aferida a real necessidade de conversão do flagrante em prisão preventiva¹³², faz-se oportuno também destacar a lição de Marques¹³³.

Estará à presença do juiz o acusado, um sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos naquela solenidade. Merece destaque ainda que as decisões poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente,

¹²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **A audiência de custódia na concepção da justiça gaúcha: análise da Resolução nº 1087/15 e das práticas estabelecidas**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 240.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico] -- 6. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, cap. 18, p. 44. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8>. Acesso em 05/11/2020.

¹³¹ TÓPOR, K. A. M.; NUNES, A. R. **Audiência de custódia: Controle jurisdicional da prisão em flagrante**. Florianópolis: Empório do direito, 2015, p. 66.

¹³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 927.

¹³³ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 20.

conduta e motivação, dando maior solidez nas decisões tomadas pelo magistrado na audiência de custódia.

Portanto, não restam dúvidas: a inserção da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019, é mais uma conquista que direciona o Direito Processual Penal brasileiro à sua constitucionalização. Na medida em que a célere apresentação da pessoa presa ao juiz confere ao Poder Judiciário a oportunidade para que se realize uma melhor avaliação da real necessidade de acautelamento provisório do indivíduo sujeito à custódia judicial, consagra-se assim o direito fundamental à presunção de inocência, o princípio da excepcionalidade da prisão cautelar e também o mandamento constitucional segundo o qual todas as decisões judiciais devem ser satisfatoriamente fundamentadas.

3.3.2 O princípio do contraditório e da ampla defesa

A inédita previsão da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal, além de prestigiar os princípios há pouco abordados, consagrou também o princípio do contraditório e da ampla defesa. Sedimentado no art. 5º, LV da Constituição Federal, tal princípio assegura 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”.

O princípio do contraditório é, por assim dizer, um direito conferido ao indivíduo em poder participar do processo, como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para influenciar a decisão a ser prolatada¹³⁴. Sobre tal garantia, Alonso destaca¹³⁵:

O dever de imparcialidade do órgão decisor exige inteirar-se da controvérsia, o que supõe audiência de ambas as partes. Quem não confere audiência a ambas as partes, por este só fato já há cometido uma imparcialidade, porque não há investigado se não a metade do que tinha que indagar.

¹³⁴ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 18.

¹³⁵ ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal: introducción**. 2. ed. Madrid: EDR, 1997. p. 130.

No entanto, conforme abordado anteriormente, em casos de prisões em flagrante, antes da audiência de custódia ser implementada ao ordenamento jurídico brasileiro, os magistrados desempenhavam em gabinete as tarefas que lhes incumbem o art. 310 do Código de Processo Penal. Isto é, tendo em vista que o juiz tinha diante de si somente um nome na capa do processo, o procedimento que era adotado para análise do auto de prisão em flagrante se dava integralmente de forma unilateral, escrita e impessoal, sem qualquer oitiva da acusação, do defensor e do preso. É claro, pois, que tal prática violava diretamente o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que qualquer decisão – homologatória ou não – era tomada sem a devida participação do Ministério Público, do defensor e do próprio acusado.

Ante esse problema, é facilmente aferível a solução oferecida pela garantia de ser o detido levado à presença do juiz em 24 horas a partir da sua prisão em flagrante. Tal ato, como já havia estabelecido a Resolução nº 213/2015 do CNJ, em seu art. 4º¹³⁶, deve ser realizado “na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído”. Em visto disso, embora com a Lei nº 13.964 o legislador não tenha inserido no Código de Processo Penal menção expressa quanto à obrigatoriedade do comparecimento da defesa e da acusação nas audiências de custódia, a própria positivação do instituto, por si só, já prestigia o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, Marques¹³⁷, ao conceituar o instituto da audiência de custódia, destaca o exercício do princípio do contraditório na solenidade:

O ato jurídico popularmente conhecido como audiência de custódia consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, após a realização de um contraditório entre acusação e defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, além de verificar questões relativas à pessoa do conduzido, em relação a maus-tratos e tortura.

Tendo em vista, portanto, que a audiência de custódia é o momento de comparecimento pessoal do preso diante da autoridade judicial, e considerando que o ato deve ser realizado na presença obrigatória do promotor de justiça e da defesa,

¹³⁶ Art. 4º 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.

¹³⁷ MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 14.

a solenidade pode – e deve – ser realizada mediante exercício do contraditório e da ampla defesa. Através da realização da audiência, os atores processuais e o próprio indivíduo preso podem auxiliar na análise das circunstâncias da prisão e da real necessidade de custódia cautelar, exercendo o direito fundamental de influenciar na decisão do magistrado¹³⁸.

Sobre tais efeitos decorrentes da obrigatória realização da audiência de custódia, Albuquerque e Fusinato¹³⁹ ainda ressaltam:

A realização da audiência de custódia tem o potencial de proporcionar uma maior participação dos atores processuais no espaço público do processo, contribuindo na construção da decisão que mantém a prisão do sujeito ou da que a revoga, no plano horizontal do diálogo processual. Com ela, torna-se possível garantir o contraditório, exercido de forma oral, inclusive com a contribuição direta do sujeito detido, na perspectiva da autodefesa positiva. A análise das condições pessoais do flagrado poderá ser realizada em diálogo direto com ele, podendo-se determinar de forma mais acurada sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Em vista disso, é indubitável que a audiência de custódia surge como um mecanismo apto a resguardar a integridade física e moral dos presos, consolidando o direito ao acesso à justiça, ao devido processo e à ampla defesa¹⁴⁰. E, tendo em vista que o princípio do contraditório e da ampla defesa deve estar presente em todas as fases da persecução penal, é correto afirmar que a inserção da incidência obrigatória da audiência de custódia no Código de Processo Penal atua para, corroborando a lição de Paiva¹⁴¹, potencializar a função não só do processo penal, mas de toda a jurisdição como instrumento de proteção dos direitos humanos e dos princípios processuais.

¹³⁸ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 577.

¹³⁹ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 578.

¹⁴⁰ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. Revista ConJur.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em 01/10/2020.

¹⁴¹ PAIVA, 2015, p. 29.

4 AS IMPERFEIÇÕES DA POSITIVAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AS FALHAS E LACUNAS

4.1 A CONTROVERSA PREVISÃO DE OBRIGATORIEDADE DO ATO PARA TODOS OS TIPOS DE PRISÕES

Ante todo o panorama até aqui abordado, é incontroverso o fato de que a positivação da audiência de custódia no Código de Processo Penal é uma conquista a ser comemorada. Todavia, a forma como o instituto restou inserido no diploma também apresentou falhas e deixou lacunas. Uma dessas, por exemplo, diz respeito à ausência de disposição expressa e inequívoca no sentido de que o ato deve ser obrigatoriamente realizado em todos os tipos de prisões.

De acordo com os termos da nova redação conferida ao art. 310 do Código¹⁴², não existem dúvidas quanto à obrigatoriedade da realização da audiência de custódia em casos de flagrante delito. Contudo, há de recordarmos aqui que a prisão em flagrante é apenas uma das modalidades de prisões previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Após a reforma promovida no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403¹⁴³ em 2011, a privação de liberdade de um indivíduo, na esfera penal, além do flagrante, pode dar-se por meio da prisão preventiva, da prisão temporária¹⁴⁴ e, por fim, através da prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, para cumprimento de pena¹⁴⁵.

Parte da doutrina classifica a prisão em flagrante como prisão precauteladora, a exemplo de Badaró¹⁴⁶ e Dezem¹⁴⁷; a prisão preventiva e a temporária são hipóteses de prisão provisória ou cautelar, isto é, aquelas que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença condenatória; e, por fim, a prisão para cumprimento de pena é

¹⁴² Art. 310. 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: (...)

¹⁴³ BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 05/11/2020.

¹⁴⁴ A prisão temporária é regulamentada pela Lei 7.960/1989. BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em 05/11/2020.

¹⁴⁵ DEZEM, Guilherme Madeira, 2020, cap. 13, p. 11.

¹⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2020, cap. 18, p. 1.

¹⁴⁷ DEZEM, Guilherme Madeira, 2020, cap. 13, p. 11.

chamada também de prisão definitiva. Todas elas, à exceção da prisão em flagrante, são realizadas por meio de mandado judicial, visto que devem advir de ordem judicial escrita e fundamentada, atendendo ao disposto no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal¹⁴⁸ e ao art. 283 do Código de Processo Penal¹⁴⁹.

Não obstante, ao positivizar o instituto da audiência de custódia, o legislador em momento algum deixou expresso que o ato destina-se também às prisões decorrentes de mandado judicial, o que possibilita, dessa forma, questionamentos sobre a necessidade ou obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa nesses casos¹⁵⁰. Em verdade, tendo em vista que a norma do art. 310 restringe-se aos casos de flagrante delito – sobretudo por estar alocado no capítulo referente à prisão em flagrante –, somente um dispositivo do Código de Processo Penal veio a tratar da audiência de custódia para prisões decorrentes de mandado judicial: o art. 287, que com o Pacote Anticrime ganhou nova redação, assim agora estabelecendo:

Art. 287. 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.

Localizado no capítulo das disposições gerais atinentes a todas as prisões e demais medidas cautelares, o art. 287 não é claro e permite diversas interpretações – sobretudo equivocadas. Em um primeiro momento, o dispositivo pode gerar a interpretação de que, nos casos de prisão decorrente de decisão judicial, a única hipótese em que deve ser realizada a audiência de custódia é quando o mandado não é apresentado pela autoridade no momento da detenção. Ou, em um segundo momento, pode dar a entender que a apresentação do indivíduo detido limita-se aos casos de infrações inafiançáveis¹⁵¹.

Com efeito, devido à falta de clareza da norma, caso prospere qualquer entendimento que conclua pela desnecessidade da realização da audiência de custódia em prisões decorrentes de ordem judicial, estará sendo configurado um

¹⁴⁸ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹⁴⁹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

¹⁵⁰ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 583.

¹⁵¹ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 583.

verdadeiro retrocesso em relação às garantias da pessoa presa. Isso em razão de que os próprios tratados internacionais que previram a solenidade – o PIDCP e a CADH –, e que foram ratificados pelo Brasil em 1992, não restringiram a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa aos casos de prisão em flagrante¹⁵².

Em verdade, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 9.3¹⁵³, como a Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica), em seu art. 7.5¹⁵⁴, determinam que a garantia de ser apresentado sem demora a um juiz deve ser estendida a toda e qualquer pessoa presa, o que demonstra a necessidade da audiência de custódia em todas as modalidades de prisões.

Também a própria Resolução nº 213 do CNJ¹⁵⁵, que tratou de padronizar a aplicação do instituto de forma inédita no território brasileiro em 2015, estabeleceu inequivocamente em seu art. 13 que a realização da audiência é igualmente obrigatória para as privações de liberdade decorrentes de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, nestes termos:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Ademais, cabe ressaltar, a noção de que somente o indivíduo preso em flagrante tem direito a ser apresentado com rapidez à autoridade judicial contraria não somente o objetivo pretendido pelas referidas cartas internacionais, como ataca também as principais finalidades da audiência de custódia.

Consoante lecionam Andrade e Alflen, a premissa básica do instituto é a preocupação com a pessoa que teve sua liberdade restringida de alguma forma¹⁵⁶. Isto porque, como já abordado anteriormente, além de proporcionar maiores

¹⁵² ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 584.

¹⁵³ ¹⁵³ Art. 9.3. 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 (...).

¹⁵⁴ Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

¹⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁵⁶ ANDRADE; ALFLEN, 2017. p. 48.

recursos para que os magistrados avaliem a necessidade de custódia cautelar, a audiência de custódia presta-se a possibilitar que o juiz verifique as circunstâncias em que foi realizada a detenção, atentando-se para a eventual ocorrência de excessos policiais, como tortura, maus tratos, abusos de autoridade, enfim, atos do Poder Público que possam atentar contra a integridade física e moral do indivíduo preso¹⁵⁷.

E, claro, em se tratando de violência policial, qualquer indivíduo detido, seja em flagrante ou mediante cumprimento de mandado judicial, está sujeito a práticas de tortura e maus tratos. Violações de direitos humanos podem ocorrer em qualquer tipo de prisão, não sendo uma possibilidade restrita àquelas realizadas em flagrante. Sobre isto, cabe ser ressaltada a lição das autoras Albuquerque e Fusinato¹⁵⁸:

As arbitrariedades e, principalmente, abusos por parte de quem está realizando a prisão estão vinculados ao ato da detenção, sendo irrelevante, portanto, se é derivado de um flagrante ou de ordem judicial. Por essa razão, se faz de extrema importância que a audiência de custódia ocorra após toda e qualquer prisão, uma vez que a rápida apresentação da pessoa presa resguarda a sua integridade física e psíquica no momento de vulnerabilidade frente aos agentes policiais.

Desse modo, excluir dos presos decorrentes de ordem judicial a garantia de ser rapidamente apresentado ao juiz é, por assim dizer, privar essas pessoas do direito a que tenham resguardada a sua integridade física e psíquica. É indiferente, portanto, a sua modalidade, uma vez que é o ato da prisão que gera a vulnerabilidade da pessoa presa, e abusos de autoridade podem ocorrer em qualquer tipo de detenção.

Além disso, nos casos em que é decretada prisão cautelar – preventiva ou temporária –, para além de possibilitar a fiscalização direta da atividade policial, a apresentação do indivíduo preso ao juiz pode contribuir também para a aferição de suas condições pessoais, o que auxiliará o magistrado a adequar corretamente a custódia cautelar necessária ao caso. Dessa maneira, oportuniza-se o uso de medidas cautelares diversas da prisão¹⁵⁹ e, assim, atende-se à norma do § 6º do art.

¹⁵⁷ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica.** In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 202.

¹⁵⁸ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 583.

¹⁵⁹ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 584.

282 do Código de Processo Penal¹⁶⁰, princípio constitucional segundo o qual o encarceramento provisório deve ser a última medida adotável.

Percebe-se que, ao conferir ao instituto tratamento desatento como o fez através da Lei nº 13.964/2019, o legislador perdeu grande oportunidade de consolidar de forma inequívoca a obrigatoriedade da audiência de custódia para todos os tipos de prisões, tema este que já foi e ainda é objeto de discussão. A despeito do estabelecido pelas cartas internacionais e embora a Resolução nº 213/2015 do CNJ, através de seu art. 13, tenha sido expressa em garantir que o ato deve ser observado também nos casos de prisões decorrente de mandado judicial, a audiência de custódia vinha sendo realizada somente para as hipóteses de flagrante delito em alguns estados da federação. Era o caso, por exemplo, do Rio de Janeiro que, por meio da Resolução nº 29/2015 do TJ/RJ¹⁶¹, restringia a aplicação do instituto à hipótese de prisão em flagrante¹⁶².

Em 2017, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ingressou com a Reclamação nº 29.303¹⁶³ perante o STF, alegando que a resolução do tribunal carioca, ao limitar a aplicação do instituto às hipóteses de prisão em flagrante, contrariou a decisão proferida pela Suprema Corte na ADPF nº 347¹⁶⁴. Contudo, embora a Reclamação esteja ainda em trâmite, dois ministros do STF já se manifestaram sobre o assunto com posições divergentes, o que evidencia a desnecessária controvérsia sobre o tema e escancara a oportunidade desperdiçada pelo legislador com o Pacote Anticrime.

Na ocasião, o ministro Edson Fachin aduziu que, no julgamento da ADPF nº 347, em momento algum fixou-se a necessidade de apresentação da pessoa presa em prisões decorrentes de ordem judicial. Para o ministro Gilmar Mendes, por outro

¹⁶⁰ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

¹⁶¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ). **Resolução nº 29/2015**. Disponível em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&idioma=0. Acesso em 05/11/2020.

¹⁶² ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 585.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Reclamação nº 29.303**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5329173>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 05/11/2020.

lado, a decisão do Supremo na referida Arguição não buscou limitar o instituto aos casos de flagrante delito, e sequer apresentou obstáculos para estendê-lo também aos casos de prisões preventivas, temporárias e definitivas¹⁶⁵.

Nesse cenário, ante essas informações, ao não incluir no Código de Processo Penal disposição expressa que determinasse de forma inequívoca a obrigatoriedade do ato também para as prisões decorrentes de ordem judicial, o legislador abre margem para que a audiência de custódia continue sendo ou, em algum momento, volte a ser realizada de forma insuficiente por alguns tribunais e magistrados brasileiros. Ciente das prévias discussões sobre o tema, deveria o legislador ter dado fim às controvérsias, estendendo a obrigatoriedade do ato a todas as modalidades de detenções, de forma a não deixar dúvidas.

Portanto, demonstrada a imprescindibilidade de que a garantia da audiência de custódia seja oportunizada a todo e qualquer indivíduo preso, independentemente de estarmos diante de prisão em flagrante, cautelar ou definitiva, torna-se necessário que o confuso texto do art. 287 do Código de Processo Penal, inovado pelo Pacote Anticrime, seja interpretado de forma sistemática com outros dispositivos legais, previstos sobretudo em normas hierarquicamente superiores ao Código de Processo Penal, como a Constituição Federal, o PIDCP e a CADH¹⁶⁶.

Caso contrário, na hipótese de que interpretações diversas atribuam a obrigatoriedade do instituto somente aos casos de flagrante delito, não somente estarão sendo desrespeitados os tratados internacionais ratificados pelo Brasil em 1992, como igualmente configurar-se-á um verdadeiro retrocesso, neste ponto, em relação também à própria Resolução nº 213 do CNJ, de 2015.

4.2 A AUSÊNCIA DE REGRAMENTO DETALHADO: A VIOLÊNCIA POLICIAL E A PERSISTENTE UTILIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Embora seja a recente positivação da audiência de custódia no Código de Processo Penal um marco a ser celebrado – por atender ao disposto nos tratados

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Caberá ao Plenário julgar Reclamação sobre audiências de custódia em casos de prisões cautelares**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403146>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁶⁶ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 584.

internacionais ratificados pelo Brasil há quase 30 anos e por aproximar nosso Direito Processual Penal de sua constitucionalização –, o tratamento conferido ao instituto pelo legislador no diploma mostrou-se demasiadamente sucinto. Especialmente se fizermos uma análise comparativa com a abastada regulamentação que a Resolução nº 213/2015 do CNJ atribuiu à solenidade, faz-se possível observar que o reformador, ao editar a Lei nº 13.964/2015, omitiu-se em diversos pontos de sumo interesse e relevância à correta e completa aplicação das audiências de custódia.

A título de exemplo dessas lacunas deixadas pelo legislador, tem-se o silêncio quanto à situação e solução previstas pelo § 4º do art. 1º da Resolução nº 213/2015¹⁶⁷. Tal norma, considerada um importante avanço por Andrade e Alflen¹⁶⁸, determinou ser direito do preso ferido que o magistrado competente desloque-se até o local onde o indivíduo estiver hospitalizado. A previsão, que prezou pela imprescindibilidade do contato do detido com o magistrado, não foi adotada na reforma promovida pelo Pacote Anticrime em 2019.

Ademais, destaca-se também a ausência de normatização quanto ao procedimento a ser adotado pela autoridade judicial nos casos em que o indivíduo preso alega, na audiência, ter sido vítima de tortura ou maus tratos por parte dos agentes policiais encarregados por sua detenção ou condução. Dada a relevância desse tema, sobretudo por sua íntima ligação ao cerne do instituto da audiência de custódia, passaremos agora a examiná-lo.

Ao anunciar a audiência de custódia nos art. 287 e 310 do Código de Processo Penal, em momento algum fez o legislador menção ao importante compromisso do instituto em fiscalizar e prevenir as práticas de tortura e maus tratos por parte de agentes da Segurança Pública, como podemos visualizar pela leitura dos dispositivos.

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado

¹⁶⁷ Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente 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. §4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

¹⁶⁸ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 78

ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

(...)

Art. 310. 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.

Não obstante o silêncio do reformador, a doutrina é unânime em assegurar que, para além de servir à avaliação da legalidade da prisão em flagrante e da real necessidade de custódia cautelar, um dos principais objetivos da apresentação do indivíduo preso à autoridade judicial é justamente possibilitar o controle da atividade policial, a fim de evitar que se perpetuem abusos de autoridade por parte de agentes do Estado¹⁶⁹.

E dada a realidade brasileira quanto à violência policial, o remédio oferecido pela audiência de custódia faz-se aqui fundamentalmente necessário. Ao conferir visibilidade aos atos de violência por agentes da Segurança Pública, o instituto surge

¹⁶⁹ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 579.

como um importante mecanismo de fiscalização e prevenção dessas práticas. Sobre o assunto, cabe ser destacado o relato de Albuquerque e Fusinato¹⁷⁰:

A violência policial permanece sendo um grande problema no Brasil, inclusive sendo reconhecido e denunciado por alguns organismos internacionais. Em 2011 e 2016 o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) da ONU visitou alguns estados brasileiros e demonstrou, em seu relatório final entregue às autoridades brasileiras, sua preocupação com o grande número de relatos de tortura e maus tratos por parte da polícia militar. Além disso, denunciou a persistência das violências e abusos por policiais e por agentes penitenciários, dentro do sistema de justiça criminal brasileiro.

Na verdade, a violência policial brasileira já atraiu a atenção da comunidade jurídica internacional outras vezes. Por exemplo, é oportuno mencionar a chacina realizada em operações policiais em 1994 e 1995 na comunidade Nova Brasília, no Rio de Janeiro/RJ, que resultou em 26 mortes e diversas acusações de estupro. Em 2017, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, devido à escassa investigação e à falta de punição dos responsáveis pelo massacre¹⁷¹.

Desse modo, diante do crítico panorama acerca da abordagem policial no Brasil, ao inserir a audiência de custódia no Código de Processo Penal, percebe-se que o legislador deveria ter atribuído maior destaque a esta que, segundo Paiva¹⁷², é uma das maiores finalidades do instituto, isto é, a necessidade de que seja coibida a violência policial. Tanto o art. 287 como o art. 310 – juntamente a seus incisos e parágrafos –, ao discorrerem sobre o instituto, não prevêm em suas redações o dever atribuído ao juiz para que apure a ocorrência de eventuais atos de abuso de autoridade no ato da prisão ou na condução da pessoa detida.

Por outro lado, contrastando com o silêncio sobre o tema na positivação do instituto por meio do Pacote Anticrime, a anterior Resolução nº 213 do CNJ, por sua vez, em 2015, atribuiu especial atenção à preservação da integridade física e psíquica do indivíduo preso. O ato administrativo estabeleceu que, alegada pelo preso ou constatada a ocorrência de violência por parte de agentes públicos encarregados da prisão ou condução, deverá ser feito o registro das informações a

¹⁷⁰ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 579.

¹⁷¹ G1. **Chacinas de Nova Brasília: condenado por impunidade, Brasil terá de acelerar investigações e indenizar vítimas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/chacinas-de-nova-brasilia-condenado-por-impunidade-brasil-tera-de-acelerar-investigacoes-e-indenizar-vitimas.ghtml>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁷² PAIVA, 2017, p. 44

fim de subsidiar a investigação da denúncia – funcionando como verdadeira *notitia criminis*. Ainda determinou que deverão ser tomadas as providências para que sejam preservadas a segurança física e psicológica da vítima. Tal norma encontra-se no art. 11 da Resolução nº 213¹⁷³, abaixo transcrito:

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça também acrescentou à referida resolução dois protocolos, a fim de complementá-la. Ao que nos interessa aqui, o Protocolo II comprometeu-se a tratar detalhadamente dos “procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, apresentando o amplo conceito de tortura e instituindo um completo procedimento a ser observado durante a oitiva, o registro e o encaminhamento dos casos de denúncias de violência sofrida pelo sujeito preso por parte de agentes policiais na detenção. Infelizmente, essa atenção ao assunto não foi reproduzida pela Lei Anticrime no Código de Processo Penal.

Contudo, conforme já mencionado anteriormente, não há como se ignorar que uma das maiores causas de existir do instituto é justamente a sua função como mecanismo de controle da atividade policial. Andrade e Alflen¹⁷⁴, sobre isso, afirmam que a necessidade de evitar-se o problema da violência física e psicológica sofrida pelo sujeito preso foi uma das principais motivações para que as Cortes Internacionais idealizassem a audiência de custódia. Portanto, destituí-la desse propósito, além de desvirtuar o instituto, configuraria tremendo desrespeito ao objetivo pretendido pelas cartas internacionais ratificadas pelo Brasil em 1992.

Por esse motivo, embora os artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal não tenham feito menção expressa ao caráter fiscalizador e preventivo da audiência de custódia, deve o magistrado – sobretudo por sua natureza equidistante dos

¹⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁷⁴ ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 16

sistemas policiais e prisionais¹⁷⁵ –, ao realizar a solenidade, perscrutar atenciosa e rigorosamente a ocorrência de atos de agressão – física ou mental – sofridos pela pessoa detida. Tal inspeção deve ser feita tanto nos casos de análise da prisão em flagrante do art. 310, como em prisões decorrentes de ordem judicial.

Com efeito, nesse e em outros pontos – que se tornaram lacunas da lei –, nota-se que o legislador poderia – e não o fez – ter inserido no Código de Processo Penal normatização mais detalhada sobre a audiência de custódia, até mesmo aproveitando-se dos dispositivos da Resolução nº 213 de 2015. Dessa forma, o procedimento estabelecido pelo Protocolo II da Resolução nº 213/2015 permanece sendo de extrema utilidade e, por isso, deve ainda ser obrigatoriamente observado pelas autoridades judiciárias em complemento à insuficiente regulamentação da solenidade prestada pela Lei Anticrime. Somente assim será atendido um dos mais primordiais propósitos do instituto.^b

4.3 OS QUESTIONÁVEIS PARÁGRAFOS ACRESCIDOS AO ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

4.3.1 Art. 310, § 2º: a inconstitucionalidade da denegação obrigatória de liberdade provisória

O Pacote Anticrime, reformando diversos instrumentos normativos brasileiros, incontestavelmente trouxe ao plano legal institutos que significaram verdadeiros avanços em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, simultaneamente a essas conquistas – como a positivação em lei do juiz de garantias e da audiência de custódia –, a Lei nº 13.964/2019 trouxe também alguns retrocessos. Entre eles, diretamente relacionado ao instituto da audiência de custódia, está a norma que foi acrescida como § 2º ao art. 310 do Código de Processo Penal.

Além de sedimentar a obrigatoriedade da audiência de custódia no caput do art. 310, a reforma promovida pelo Pacote Anticrime acrescentou-lhe também três novos parágrafos. O § 2º, destinado a aplicar-se na ocasião da análise do auto de prisão em flagrante na audiência de custódia, assim dispôs:

¹⁷⁵ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica.** In ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 209.

(...)

§ 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.

(...)

Acontece que tal previsão é manifestamente inconstitucional, uma vez que viola o princípio constitucional da presunção de inocência, consolidada no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal¹⁷⁶, e também a garantia da excepcionalidade da prisão cautelar, expressa no inciso LXVI do mesmo artigo¹⁷⁷. Não bastasse, infringe igualmente o mandamento constitucional previsto no art. 93, IX, da Carta Magna¹⁷⁸, segundo o qual toda e qualquer decisão judicial deve ser satisfatoriamente fundamentada. Todas essas garantias, como vimos, foram prestigiadas pela positivação da audiência de custódia no Código de Processo Penal.

Ora, o legislador infraconstitucional não tem competência para vedar irrestritamente a concessão da liberdade provisória. Ao determinar a denegação automática de liberdade aos indivíduos que se apresentam nas condições descritas pelo dispositivo, o que a norma do § 2º do art. 310 faz, em verdade, é tornar a prisão provisória – preventiva ou temporária – obrigatória para esses casos. Isto é, caso a pessoa presa atenda àqueles requisitos, a prisão em flagrante deverá ser necessariamente convertida em prisão preventiva ou temporária. Portanto, nesses casos, a adoção da prisão provisória ocorrerá como regra, sem a avaliação da possibilidade de aplicação de cautelares alternativas à prisão, ou mesmo sem a necessidade de fundamentá-la nas hipóteses previstas no art. 312¹⁷⁹ como requisitos para a sua aplicação.

Contudo, a ordem jurídica brasileira exige que qualquer decisão judicial, sobretudo a que venha a decretar prisão cautelar, deve ser suficientemente fundamentada. Conforme já comentado, a necessidade de fundamentação

¹⁷⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁷⁷ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

¹⁷⁸ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁷⁹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como 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.

satisfatória nas decisões judiciais, além de estar prevista na Constituição Federal – art. 5º, LXI¹⁸⁰ e art. 93, IX¹⁸¹ –, foi também uma das principais preocupações reveladas pela reforma promovida pelo Pacote Anticrime no Código de Processo Penal, especialmente pela inclusão de normas como as do art. 315¹⁸² e art. 564, V¹⁸³.

Ademais, a regra em questão também desrespeita frontalmente o caráter excepcional do encarceramento provisório, princípio esse sedimentado não só no já mencionado inciso LXVI do art. 5º da Carta Magna, mas também no próprio Código de Processo Penal, em seu art. 282, § 6º¹⁸⁴.

Como já abordado anteriormente, o regime adotado pelo Processo Penal pátrio ordena que a prisão cautelar – preventiva ou temporária – deve ser sempre a última medida aplicável, isto é, a *ultima ratio*. Antes de aplicá-la, o magistrado deve avaliar a possibilidade de substituir o encarceramento cautelar pela liberdade provisória ou por medidas cautelares diversas da detenção, como manda o § 6º do art. 282 do Código de Processo Penal. Deve a prisão ser aplicada, por consequência, sempre como exceção, e nunca como regra. Nesse sentido, faz-se oportuna a lição de Giacomolli¹⁸⁵:

A presunção de inocência situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como a última medida processual a ser adotada [...]. Assim, antes da prisão preventiva, se exige a análise da possibilidade de liberdade provisória e, num segundo momento, a aplicação de outras medidas cautelares previstas em lei. A prisão preventiva representa não mais a primeira alternativa, mas a última [...].

¹⁸⁰ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹⁸¹ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁸² Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

¹⁸³ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

¹⁸⁴ § 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.

¹⁸⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

Além disso, consoante asseveram Albuquerque e Fusinato¹⁸⁶, a aplicação da prisão preventiva, ainda que na audiência de custódia através da conversão da prisão em flagrante, deve sempre ser baseada e fundamentada em um dos motivos estabelecidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal¹⁸⁷. Jamais pode ser decretada senão fundamentadamente como “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Dessa forma, ante o caráter excepcional da prisão cautelar e a necessidade de fundamentação para aplicá-la, ao impor ao juiz o dever de denegar a liberdade provisória de forma abstrata em certos casos, o legislador violou diretamente a ordem constitucional brasileira¹⁸⁸. Como visto, foram vários os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais atacados pela inserção do controverso § 2º do art. 310 ao Código de Processo Penal.

E, não bastasse o todo até aqui exposto, a imposição da prisão provisória de forma irrestrita a determinados presos parece retomar também a lógica de Direito Penal do autor, uma vez que não são analisadas as circunstâncias do fato delituoso e sequer os requisitos autorizadores da prisão¹⁸⁹. O Direito Penal do autor, ideia diametralmente oposta a preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, fundamenta a aplicação da pena em razão das características do indivíduo que pratica o ato, e não em virtude do ato praticado. Zaffaroni e Pierangeli¹⁹⁰ assim conceituam tal sistema:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc.

¹⁸⁶ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 587.

¹⁸⁷ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como 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.

¹⁸⁸ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 587.

¹⁸⁹ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen, 2020, p. 588.

¹⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** [livro eletrônico] : parte geral -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, cap. 2, p. 19. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103791445/v13>. Acesso em 05/11/2020.

Por fim, cabe ser ressaltado também que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade de norma muito semelhante ao § 2º do art. 310 do Código de Processo Penal. Nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 104.339¹⁹¹, em 2012, e do Recurso Extraordinário nº 1.038.925¹⁹², em 2017 – esse último sob o regime da repercussão geral –, a Suprema Corte declarou ser inconstitucional a regra do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)¹⁹³. Cometendo as mesmas violações realizadas pelo dispositivo aqui abordado, a regra declarada inconstitucional proibia a concessão de liberdade provisória a presos acusados de tráfico de drogas.

Tendo em vista, portanto, a posição já tomada pelo Supremo Tribunal Federal em caso análogo, não deve haver outro destino à previsão do § 2º do art. 310 do Código de Processo Penal, senão a declaração de sua flagrante inconstitucionalidade. Caso contrário, na hipótese de persistir a norma operando efeitos, além da violação a diversas regras e princípios constitucionais, estará sendo configurado um profundo retrocesso em direção à abominável ideia de Direito Penal do autor, bem como à lógica do encarceramento como solução de enfrentamento à criminalidade.

4.3.2 O encurtamento prático do prazo para a realização do ato e o § 4º do art. 310

Consoante o que já havia sido abordado anteriormente, ao conferir nova redação ao art. 310 do Código de Processo Penal, o Pacote Anticrime consolidou o prazo de 24 horas para que a pessoa presa em flagrante seja apresentada ao juiz. Vimos também que o estabelecimento de tal prazo não foi uma novidade inserida em nosso ordenamento, uma vez que a Resolução nº 213, do Conselho Nacional de

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 104.339**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 1.038.925**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5165094>. Acesso em 05/11/2020.

¹⁹³ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Justiça, desde 2015 já estabelecia o tempo máximo de 24 horas para que fosse realizada a audiência de custódia, em seus art. 1º¹⁹⁴ e 13¹⁹⁵.

Porém, em que pese o período não seja uma novidade trazida pelo Pacote Anticrime, faz-se importante perceber que a Lei nº 13.964/2019, reformando a redação do caput do art. 310, promoveu a alteração do termo inicial de contagem do referido prazo. Isto porque, conforme a normativa anterior que conduzia a aplicação do instituto – mais precisamente, o art. 1º e seu § 1º da Resolução nº 213 do CNJ¹⁹⁶ –, a audiência deveria ser promovida “em até 24 horas da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente”, isto é, em 24 horas a partir do momento em que o delegado de polícia remetesse o auto de prisão em flagrante ao magistrado.

Agora, contudo, a atual redação do art. 310 do Código de Processo Penal, conferida pelo Pacote Anticrime, assim determina:

Art. 310. 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: (...)

Nota-se que a apresentação do indivíduo preso deve agora ser efetuada no prazo máximo de até 24 horas após a realização da prisão, e não mais somente a partir da remessa do auto de prisão em flagrante ao juiz Houve, portanto, na prática, um encurtamento do prazo, modificação essa que é passível de crítica e questionamentos.

Para tanto, há de resgatarmos aqui as observações que Andrade e Alflen já faziam antes mesmo da reforma promovida pela Lei nº 13.964/2019, quando o prazo de 24 horas era ainda contado a partir da remessa do auto de prisão em flagrante ao

¹⁹⁴ Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente 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.

¹⁹⁵ Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

¹⁹⁶ Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente 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.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

magistrado. Segundo os autores, o Poder Judiciário brasileiro já não apresentava mínimos indícios de que era possível o cumprimento do prazo de 24 horas para a realização da audiência de custódia, uma vez que, devido às necessidades e peculiaridades de cada região do país, a solenidade poderia tornar-se muitas vezes impossível de ser cumprida em tal espaço de tempo¹⁹⁷. Em muitos casos, especialmente nas regiões Norte e Nordeste, as próprias distâncias poderiam vir a tornar inexecutável a realização do ato dentro do prazo de 24 horas.

Portanto, se tais advertências já eram cabíveis na normativa anterior, quando o prazo era contado a partir do momento em que o delegado de polícia remetia o auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário, agora merecem então ser intensificadas. Apesar de estar mantido o período de 24 horas para que o detido seja levado à presença do juiz, o prazo começa agora a correr a partir do momento da realização da prisão, o que, na realidade prática, reduz o tempo legal para que seja realizada a audiência de custódia.

Ademais, a reforma torna-se ainda mais controversa quando se analisa o § 4º do art. 310, que assim dispõe:

(...)

§ 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.

(...)

Em suma, tal previsão determina que, caso não seja realizada a audiência de custódia no prazo máximo de 48 horas a partir do momento da detenção, desde que sem motivação indônea, a prisão deverá ser relaxada, colocando-se em liberdade o indivíduo detido. Sobre a norma, sintetiza Badaró¹⁹⁸:

O prazo será de 24 horas (para realização da audiência), a contar da prisão (art. 310, caput), mais 24 horas, a contar de quando deveria ter sido realizada a audiência de custódia (art. 310, § 4º). Assim, se não houver motivação idônea, no máximo, após 48 horas da prisão em flagrante, a prisão torna-se ilegal e deverá ser relaxada.

¹⁹⁷ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 69.

¹⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2020, cap. 18, p. 44.

É claro que devem ser tomadas como motivação idônea peculiaridades como distância e condições de tráfego, que eventualmente podem vir a impossibilitar a realização da audiência de custódia no período legal. Todavia, justamente devido à possibilidade de discussões e interpretações diversas, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência do § 4º do art. 310 em 22 de janeiro de 2020¹⁹⁹. Em decisão liminar²⁰⁰, que concedeu medida cautelar nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305, o ministro Luiz Fux assim destacou:

A ilegalidade da prisão como consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo; Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 310, § 4º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material).

Por outro lado, a despeito da inadequação da norma à realidade de grande parte do Brasil, é evidente que foi positiva a intenção do legislador ao editar a regra do § 4º do art. 310 do Código de Processo Penal. Não está aqui a duvidar-se do propósito garantista da previsão que, junto ao § 3º do mesmo artigo²⁰¹, buscou ressaltar a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, atribuindo efeitos à sua não realização em tempo hábil e adequado à devida proteção dos direitos humanos. Entretanto, ao que parece, a reforma promovida pela Lei nº 13.964/2019, neste ponto, ignorou a diversificada realidade brasileira, instituindo uma norma inadequada para as peculiaridades de diversas regiões do país, razão pela qual o dispositivo segue com a sua eficácia acertadamente suspensa até a presente data.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>. Acesso em 05/11/2020.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

²⁰¹ § 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.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incorporação do instituto da audiência de custódia ao Código de Processo Penal foi uma das grandes inovações trazidas pela Lei nº 13.964 de 2019, o chamado Pacote Anticrime. Contudo, embora o instituto da audiência de custódia tenha ingressado ao Código de Processo Penal apenas recentemente, o cuidado com os direitos fundamentais da pessoa presa não pode ser compreendido como uma novidade.

Como demonstrado na primeira parte dessa monografia, a preocupação no sentido de que toda pessoa presa deve ser, sem demora, conduzida à presença da autoridade judiciária foi prestigiada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, e no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana), de 1969, tratados internacionais basilares dos sistemas global e interamericano de proteção aos direitos humanos.

Todavia, o momento político pelo qual passava o Brasil àquela época fez com que somente em 1992, após o fim da ditadura militar, o Estado Brasileiro assumisse o compromisso de adequar-se às disposições das cartas internacionais que instituíram a audiência de custódia. Ademais, não obstante a ratificação dos diplomas internacionais pelo Brasil no início da década de 1990, apenas em 2015, a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, as audiências de custódia passaram a ser realizadas em nosso território.

Vimos, porém, que a aplicação do instrumento pelos tribunais e magistrados brasileiros, até o advento do Pacote Anticrime, apresentava ainda diversos problemas: alguns tribunais não realizavam as audiências de custódia, enquanto outros aplicavam-na de forma equivocada ou incompleta, justamente em razão da ausência de previsão legal que tornasse obrigatória a observância do ato. Foi nesse contexto, portanto, que surgiu a Lei nº 13.964, no final de 2019.

A Lei Anticrime, como também é conhecida, ganhou popularidade e apoio de grande parte da sociedade brasileira ao ser apresentada como solução para o combate à criminalidade. Em que pese ideologicamente controversa nos meios jurídico e político, fato é que a Lei nº 13.964 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente ao processo penal, uma relevante vitória: a disposição expressa da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal.

Na segunda grande parte do presente trabalho, portanto, foi apresentado o que a recente positivação do instituto representou e trouxe de avanços para o ordenamento jurídico brasileiro. Demonstrou-se que a novidade trazida pela Lei nº 13.964/2019 finalmente atendeu ao objetivo de convenções internacionais que o Brasil havia ratificado há quase 30 anos, consolidando em seu Direito Positivo um instrumento que fora idealizado há mais de 50 anos. Embora a inserção da garantia ao Código de Processo Penal seja fato a ser comemorado, escancarou-se, por outro lado, a morosidade do Brasil em incorporar ao seu ordenamento novos e modernos institutos jurídicos.

Ainda no segundo capítulo, foram explorados também alguns efeitos jurídicos operados pela inclusão da audiência de custódia ao art. 310 do Código de Processo Penal. Nesse rumo, vimos que a disposição expressa no sentido de que a solenidade deve ser realizada em até 24 horas após a prisão pôs fim ao estado de inconstitucionalidade que pairava sobre a definição de tal prazo pela Resolução nº 213 de 2015, do CNJ. Tendo em vista que os tratados internacionais que instituíram o instituto – incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992 – limitaram-se a sugerir que a audiência deveria ser realizada sem demora, mas sem definir para tanto um tempo certo, o prazo de 24 horas estabelecido pelo ato administrativo do CNJ não havia ainda sido introduzido ao Direito brasileiro. Desse modo, ao estabelecer um limite exato de tempo para a realização da solenidade, a Resolução nº 213 do CNJ foi acusada de inconstitucionalidade, controvérsia essa que foi cessada com a inclusão expressa do prazo de 24 horas ao art. 310 do Código de Processo Penal.

Ademais, foi igualmente retratado como o instituto da audiência de custódia está intimamente ligado a diversos princípios processuais de natureza constitucional. Vimos que, em seu âmago, tal garantia prestigia princípios como o da presunção de inocência, o da excepcionalidade das prisões cautelares, o da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e, por fim, também o princípio do contraditório e da ampla defesa. Através dessa exposição, procurou-se demonstrar que a positivação da audiência de custódia no Código de Processo Penal, junto a outras inovações trazidas pela Lei nº 13.964, aproxima o Direito Processual Penal brasileiro de sua constitucionalização. Isto porque, ao dar maior aplicabilidade a tais princípios, a garantia atua como um instrumento prático por meio do qual se

oportuniza a realização do princípio da dignidade da pessoa humana também aos indivíduos presos.

Na terceira parte dessa monografia, realizou-se um levantamento crítico sobre a forma como a audiência de custódia foi incluída ao Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime. Atentando-se às falhas e às lacunas deixadas pelo legislador, tal abordagem mostrou-se praticamente inédita, dada a novidade da alteração legislativa. Em que pese seja uma conquista, a positivação da garantia no principal diploma processual penal brasileiro veio acompanhada também de imperfeições. Entre elas, restou claro que o legislador, ao editar a Lei nº 13.964, perdeu grande oportunidade de tornar incontroversa a obrigatoriedade de realização das audiências de custódia para todos os tipos de prisões.

Tendo em vista que um dos principais objetivos da audiência de custódia é oportunizar que o Poder Judiciário fiscalize a atividade policial e a legalidade das prisões, a solenidade deve ser realizada, sem sombra de dúvidas, após a efetivação de qualquer modalidade de detenção, seja ela cautelar ou definitiva, decorrente de flagrante delito ou de mandado judicial. Uma vez que é o ato da prisão que gera a vulnerabilidade ao sujeito detido, ressaltou-se que não há qualquer fundamento para que a garantia conferida pela audiência de custódia não seja estendida também às pessoas presas em virtude de ordem judicial.

Não obstante tais ponderações, embora o art. 310 do Código de Processo Penal seja expresso em tornar obrigatória a realização da audiência de custódia para prisões em flagrante, buscou-se demonstrar que a nova redação atribuída ao art. 287, por sua vez, é problemática. Em uma leitura isolada, o dispositivo pode permitir interpretações equivocadas sobre a necessidade de realização das audiências de custódia para prisões decorrentes de mandado judicial. Porém, para que não se perpetue uma desvirtuação do instituto, esclareceu-se que o art. 287 deve ser interpretado em consonância com outros dispositivos legais, como as cartas internacionais e a própria Resolução nº 213, de 2015, do CNJ, estatutos que não deixam dúvidas de que a garantia destina-se a todas as modalidades de prisões.

A seguir, indicou-se que, nos incisos e parágrafos do art. 310 do Código de Processo Penal, ao dispor sobre a audiência de custódia, o legislador deixou de fazer menção a uma das principais finalidades do instituto: a necessidade de evitar-se a violência policial. Com efeito, é de notório conhecimento que a truculência

policial é uma nefasta realidade no Brasil, visto que se mostram corriqueiras as situações em que agentes da Segurança Pública excedem o uso legítimo da força física necessária para deter um indivíduo, praticando atos de maus-tratos e tortura. Dessa forma, não obstante o instituto da audiência de custódia, por si só, já seja um meio apto à fiscalização da atividade policial pelo Poder Judiciário, a omissão do legislador sobre um de seus primordiais objetivos veio a atestar a persistente utilidade da Resolução nº 213/2015 do CNJ, instrumento que dedicou especial e minuciosa atenção ao tema.

Em um último momento, foram abordadas as controvérsias em torno dos questionáveis § 2º e § 4º do art. 310, acrescentados ao Código de Processo Penal pela Lei Anticrime. Como visto, com o § 2º, vedando automaticamente a concessão de liberdade provisória para determinadas hipóteses, o legislador pareceu retomar a lógica de direito penal do autor. Ao estabelecer que, em alguns casos, a prisão provisória deve ser aplicada independentemente da verificação de seus requisitos autorizadores, tal norma viola diversos dispositivos legais e também garantias fundamentais do indivíduo consolidadas na Constituição Federal.

Por fim, apresentou-se o motivo pelo qual pode demonstrar-se inadequada a norma do § 4º do art. 310, segundo a qual a prisão deverá ser relaxada – colocando-se em liberdade o indivíduo – caso não seja realizada a audiência de custódia no prazo máximo de 48 horas a partir do momento da detenção. O dispositivo, embora de intuito nitidamente garantista, parece ter sido editado sem levar em conta a realidade de algumas regiões brasileiras, onde as distâncias e as dificuldades de tráfego podem tornar impossível a realização da solenidade no prazo legal. Tal cenário pode tornar-se ainda mais corriqueiro, uma vez que o novo caput do art. 310 promoveu, na prática, um encurtamento do prazo para que a audiência de custódia seja realizada, se comparado ao que estabelecia a Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Findada a sua exposição, para além de demonstrar as razões pelas quais a novidade deve ser celebrada, a presente monografia buscou também apresentar, por meio de uma abordagem crítica da reforma promovida pelo Pacote Anticrime, as falhas e as lacunas decorrentes da maneira como o instituto foi positivado. Ao fim, após uma análise quase inédita sobre a recente inovação, restou evidente que a inclusão da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal, embora tardia, surge como uma conquista no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, salientou-se que a positivação promovida pela Lei nº 13.964 mostra-se de

extrema relevância para a plena consolidação dessa garantia tão importante não só para a efetivação da constitucionalização do Direito Processual Penal brasileiro, mas sobretudo para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

5 REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen. **A Audiência de Custódia na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019): Entre Avanços e Retrocessos.** *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). – Porto Alegre: DPE.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal: introducción.** 2. ed. Madrid: EDR, 1997.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **A audiência de custódia na concepção da Justiça gaúcha: análise da Resolução no 1087/2015 e das práticas estabelecidas.** In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. (Org.) **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica.** Porto Alegre: FMP, 2016.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias.** Curitiba: Juruá, 2011.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2016.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Resolução 2013 do CNJ – Artigo 13** In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico] -- 6. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8>. Acesso em 05/11/2020.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Projeto Audiência de Custódia vence Prêmio Nacional de Comunicação e Justiça.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-audiencia-de-custodia-vence-premio-nacional-de-comunicacao-e-justica/>. Acesso em 05/11/2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 05/11/2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05/11/2020.
- BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 8045/2010.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 05/11/2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Caberá ao Plenário julgar Reclamação sobre audiências de custódia em casos de prisões cautelares.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403146>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 104.339**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 132.233**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4907220>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Reclamação nº 29.303**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5329173>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 1.038.925**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5165094>. Acesso em 05/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 05/11/2020.

CANÇADO TRINDADE. **A proteção internacional dos direitos humanos**, 1991 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107. *In* ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen. **A Audiência de Custódia na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019): Entre Avanços e Retrocessos**. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). – Porto Alegre: DPE.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro: bases para a sua compreensão**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica.** In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. (Org.) **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica.** Porto Alegre: FMP, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico] -- 6. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v6>. Acesso em 05/11/2020.

FISCHER, Douglas. **O procedimento da audiência de custódia nos termos da Resolução 213 do CNJ – artigo 8º.** In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. (Org.) **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica.** Porto Alegre: FMP, 2016.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 05/11/2020.

G1. **Chacinas de Nova Brasília: condenado por impunidade, Brasil terá de acelerar investigações e indenizar vítimas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/chacinas-de-nova-brasilia-condenado-por-impunidade-brasil-tera-de-acelerar-investigacoes-e-indenizar-vitimas.ghtml>. Acesso em 05/11/2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro.** Revista de Estudos Criminais, v. 67, p. 155-178, 2017; Editorial. **Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia.** Boletim IBCCRIM, v. 23, n. 268, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim268.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020; LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 9, p. 161-182, 2014; PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015. In ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen. **A Audiência de Custódia na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019): Entre Avanços e Retrocessos.** Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). – Porto Alegre: DPE.

GOVERNO DO BRASIL. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em 05/11/2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática.** Revista ConJur. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em 01/10/2020.

LIMA, Marcellus Polastri. **Audiência de Custódia e a infeliz resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro**. In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. (Org.) **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015.

MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. (Org.) **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Comemorativa, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Raphael. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO Jr., Alberto. **A Questão Político-Criminal da Audiência de Custódia**. In Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial – Doutrina, Audiência de Custódia. Ano XVI, nº 93, Agosto – Setembro de 2015.

OLIVEIRA, Gisele Souza de; BRASIL Jr., Samuel Meira; SOUZA, Sérgio Ricardo de Souza; SILVA, William. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 05/11/2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9-31, ago./set. 2015.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. rev. aumen. Atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ).

Resolução nº 29/2015. Disponível em:

http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&idioma=0. Acesso em 05/11/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP). **Provimento**

Conjunto nº 03/2015. Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **A Audiência de Custódia e o Preço do Comodismo.** *In: Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial – Doutrina, Audiência de Custódia.* Ano XVI, nº 93, Agosto – Setembro de 2015.

TÓPOR, K. A. M.; NUNES, A. R. **Audiência de custódia: Controle jurisdicional da prisão em flagrante.** Florianópolis: Empório do direito, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** [livro eletrônico] : parte geral -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103791445/v13>. Acesso em 05/11/2020.