



UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

NÍZIA MARIA VIEIRA SAMPAIO

ASPECTOS CONTROVERSOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA À LUZ DA RESOLUÇÃO n° 213/2015 DO CNJ

Marabá-PA
2019

NIZIA MARIA VIEIRA SAMPAIO

**ASPECTOS CONTROVERSOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA À LUZ DA RESOLUÇÃO n° 213/2015 DO CNJ**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito da
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Área de abrangência: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Me. Marco Alexandre da Costa Rosário

Marabá-PA
2019

NÍZIA MARIA VIEIRA SAMPAIO

**ASPECTOS CONTROVERSOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA À LUZ DA RESOLUÇÃO n° 213/2015 DO CNJ**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
da Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Me. Marco Alexandre da Costa Rosário (Orientador)

Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará

Marabá-PA
2019

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Sampaio, Nízia Maria Vieira

Aspectos controversos da implementação da audiência de custódia à luz da resolução n° 213/2015 do CNJ / Nízia Maria Vieira Sampaio ; orientador, Marco Alexandre da Costa Rosário. — Marabá : [s. n.]; 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2019.

1. Processo penal – Audiências. 2. Direito penal - Brasil. 3. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). 4. Prisão. 5. Tratados - legislação. 6. Juízes - Decisões. 6. Brasil. [Constituição (1988)]. I. Rosário, Marco Alexandre da Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.43

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me concedeu o dom da vida, e me deu forças e saúde para chegar até ao final dessa jornada.

Aos meus pais Alair e Aparecida que me incentivaram e sempre estiveram ao meu lado, sem vocês eu jamais teria chegado até aqui. Obrigado pelo exemplo de honestidade, amor e perseverança.

Aos meus irmãos Vieira e Rafael, pelo companheirismo e pelos conselhos, vocês são meus espelhos de vida.

Ao meu sobrinho Bernardo, pelo amor, ternura, desde que você nasceu meus dias são mais leves.

Aos meus tios Alice e Geraldo, sem vocês jamais eu teria conseguido chegar aqui, obrigado pelo apoio e incentivo, sou muito grata por tudo.

Aos meus amigos da Unifesspa, Jonas Bezerras, Chaira Lacerda, Lorrann Ribeiro, Gabriela Araújo, Bruno José, Magnon Max e Nayanne Guajajara, obrigado pelo companheirismo, amizade e apoio durante essa longa jornada de cinco anos.

A todos o meu muitíssimo OBRIGADO!

RESUMO

O presente trabalho, objetiva fazer uma análise da implementação da audiência de custódia por meio da Resolução nº 213/2015 do CNJ, apontando os aspectos inconstitucionais de supracitada resolução e os entraves para a plena efetivação do instituto tratado. Para realizar mencionado estudo foi abordado o histórico das penas e das prisões, bem como os tipos de prisões e medidas cautelares previstas no ordenamento jurídico, tendo em vista que durante a realização da audiência de custódia o magistrado poderá aplicar alguma dessas medidas. Outrossim, também foi explanado como ocorre todo o procedimento de realização da audiência de custódia, os tratados internacionais que asseguram mencionada garantia, seu conceito e finalidade, e, por fim, foi feita uma análise minuciosa sobre a resolução supracitada, apontando os artigos que se apresentam inconstitucionais. Conclui-se que o instituto tratado nesta monografia, é imprescindível para a efetivação de garantias fundamentais, mas somente um ato administrativo emanado do CNJ, além de conter artigos inconstitucionais, não é capaz de dar plena efetividade ao instituto abordado, sendo necessário uma lei para regulamentar a temática. A metodologia empregada na pesquisa foi de natureza bibliográfica, documental, descritiva e explicativa amparada na legislação constitucional, infraconstitucional, normas internacionais de direitos humanos, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: audiência de custódia. Prisões. Resolução nº213/2015, do Conselho Nacional de Justiça. Tratados internacionais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the implementation of the custody hearing through Resolution No. 213/2015 of the CNJ, pointing out the unconstitutional aspects of the aforementioned resolution and the obstacles to the full implementation of the institute. In order to carry out this study, the history of penalties and prisons, as well as the types of arrests and precautionary measures provided for in the legal system were addressed, considering that during the custody hearing the magistrate may apply any of these measures. Furthermore, it was also explained how the entire procedure for holding the custody hearing occurs, the international treaties that guarantee such guarantee, its concept and purpose, and, finally, a thorough analysis was made about the above mentioned resolution, pointing out the articles that present become unconstitutional. It is concluded that the institute dealt with in this monograph is essential for the realization of fundamental guarantees, but only an administrative act issued by the CNJ, besides containing unconstitutional articles, is not capable of giving full effectiveness to the institute addressed, being necessary a law to regulate the subject. The methodology used in the research was bibliographic, documentary, descriptive and explanatory in nature, supported by constitutional, infraconstitutional law, international human rights norms, doctrine and jurisprudence.

Key-words: custody hearing. Prisons. Resolution 213/2015 of the National Council of Justice. International treaties. Human Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

AC - Audiência de Custódia

APF - Auto de Prisão em Flagrante

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CDH - Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CR - Constituição da República Federativa do Brasil

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional

DH - Direitos Humanos

EC - Emenda Constitucional

IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PL - Projeto de Lei

PLS - Projeto de Lei do Senado

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TI - Tratados Internacionais

TIDH - Tratados Internacionais de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 HISTÓRICOS DAS PENAS E DAS PRISÕES E AS MEDIDAS CAUTELARES PRESENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO	15
2.1 Histórico das penas e das prisões	15
2.1.1 Tipos de prisões presentes do ordenamento jurídico brasileiro	18
2.2 Critérios para a fixação de medidas cautelares	19
2.3 Prisão em Flagrante	21
2.4 Prisão temporária.....	22
2.5 Prisão Preventiva.....	23
2.6 Das medidas cautelares diversas da prisão	26
2.7 Banalização das prisões cautelares e a implantação da audiência de custódia	28
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	30
3.1 Conceito da audiência de custódia	30
3.2 Objetivos da audiência de custódia	30
3.3 Previsão normativa	32
3.4 Tentativas de implementação no ordenamento jurídico brasileiro.....	33
3.5 Como funcionava a prisão em flagrante antes do implemento da audiência de custódia	35
3.6 Institutos existentes no ordenamento jurídico semelhantes à audiência de custódia	36
3.7 Característica procedimentais pertinentes a Audiência de Custódia.....	38
3.7.1 Forma de realização da apresentação da pessoa detida.....	38
3.7.2 Em qual prazo o preso deve ser apresentado?	39
3.7.3 Autoridade competente para presidir a audiência de custódia.....	41
3.8 Consequências jurídicas da não realização da audiência de custódia	42

4. FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO	46
4.1 Cortejo histórico da inserção da audiência de custódia no direito processual penal.....	47
5. ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA RESOLUÇÃO N° 213/2015 DO CNJ.....	51
5.1 Art.1. da Resolução 213/2015 do CNJ	52
5.2 Art. 2° e Art. 5° da Resolução 213/2015 do CNJ.....	54
5.3 Art.9° da Resolução 213/2015 do CNJ	56
5.4 Art.10 da Resolução 213/2015 CNJ	57
6 CONCLUSÃO.....	60
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1992, o Brasil ratificou os Tratados Internacionais denominados Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São Jose da Costa Rica e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), os quais versam que o indivíduo preso deve ser apresentando imediatamente a autoridade judicial. Ambos documentos internacionais possuem status de norma supralegal, acima das normas infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição Federal.

No entanto, apesar de devidamente recepcionado pelo ordenamento pátrio e da sua força normativa, a legislação nacional permaneceu inerte sobre a implementação de mencionada garantia por vários anos, não havendo qualquer debate sobre a temática. Somente no ano de 2011, começaram as primeiras manifestações para a inserção da audiência de custódia na praxe forense, por meio do Projeto Lei do Senado nº 554/2011, que recebeu inúmeras alterações e até o momento encontra-se em tramite.

Em razão da inércia do Poder Legislativo, o judiciário promulgou no ano de 2015, a Resolução nº 213/2015 do CNJ, inserindo o instituto processual da audiência de custódia em todo território nacional, o qual consiste na apresentação do indivíduo preso, no prazo de até 24 horas após a comunicação do flagrante, até a presença do magistrado, para que este analise a legalidade e a necessidade de manutenção da prisão, bem como a ocorrência de maus tratos e tortura.

Nesse sentido, a mencionada pesquisa busca analisar a inserção da audiência de custódia, por meio de uma resolução do CNJ, apontando os aspectos inconstitucionais de supracitada resolução e os entraves para a plena efetivação do instituto tratado. Esta pesquisa está estrutura em quatro capítulos, no primeiro encontra-se a presente introdução, por seu turno, no segundo capítulo buscar-se-á expor o conceito de penas e prisões, sua evolução histórica e os tipos de prisões existentes no Direito Processual Penal Brasileiro, bem como fazer uma análise minuciosa de todas as medidas cautelares, já que durante a realização do instituto tratado o magistrado poderá aplicar alguma dessas medidas ao caso concreto.

No terceiro capítulo será abordado toda a dinâmica procedimental da audiência de custódia, seu conceito, previsão normativa, finalidades e as características elementares de mencionado instituto, por exemplo: autoridade competente para presidir o ato; prazo de apresentação e imprescindibilidade de apresentação pessoal do preso. Por fim, será esclarecido as consequências jurídicas ocorridas pela sua não realização.

No quarto, será feito um estudo sobre a força normativa dos tratados internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), responsáveis pela inserção da garantia fundamental da audiência de custódia no Brasil e o cotejo histórico da implementação de mencionado instituto. Por sua vez, no quinto e último capítulo, foi realizada uma análise sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 5º, 9º e 10º, da Resolução 213/2015 do CNJ, os quais impedem a sua plena efetividade.

Por fim, conclui-se que a audiência de custódia é imprescindível para a efetivação de direitos humanos inerentes ao indivíduo preso, pois evita a prática de tortura e de maus tratos durante a prisão, assim como impede que prisões desnecessárias e arbitrárias persistam. Todavia, somente um ato administrativo é insuficiente para regulamentar o instituto tratado, porque além de apresentar artigos inconstitucionais, a não realização de mencionado procedimento não causa nenhuma consequência jurídica. Por isso, é necessário a promulgação de lei sobre o assunto, para sanar os aspectos incompatíveis com os preceitos constitucionais, e também dar maior efetividade para cumprimento dessas garantias, as quais são imprescindíveis e fundamentais.

2 HISTÓRICOS DAS PENAS E DAS PRISÕES E AS MEDIDAS CAUTELARES PRESENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para melhor compreensão do instituto processual da audiência de custódia, é imprescindível que primeiramente tenhamos conhecimentos sobre o conceito das penas e das prisões, sua evolução histórica e os tipos de prisões e medidas cautelares distintas da prisão presentes no Direito Processual Penal Brasileiro.

2.1 Histórico das penas e das prisões

De acordo com Paula (2019), etimologicamente não é possível especificar a origem da palavra pena, mas supõe-se que mencionado conceito possa descender da palavra latina *poena*, a qual significa castigo, penitência e punição, ou também da palavra latina *poiné*, que tem como definição fadiga, sofrimento e a noção de trabalho.

A origem das penas advém do livro bíblico de Gênesis, em que Deus expulsou Adão e Eva do paraíso, como punição por terem provado do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal. Após isso, os grupos sociais passaram a ter punição para aqueles que praticassem comportamentos contrários ao convívio em sociedade.

Segundo Enrique Pessina (1913, p.589-590) a pena evidencia “um sofrimento que recai, por obra da sociedade humana, sobre aquele que foi declarado autor do delito”. Dessa forma, a pena é uma resposta, frente ao delito praticado, sendo fundamental para ordenar o convívio dos homens em sociedade, visto que dita o certo e o errado.

Sobre a temática Magalhães Noronha dispõe que:

A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça. Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a *vingança privada*, a *vingança divina*, a *vingança pública* e o *período humanitário*. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, estas ainda permanecem a seu lado (NORONHA, 2004, p. 20, grifo do autor).

Nesse sentido: “[...] utiliza a espécie de aplicação da pena no decorrer da história para dividir as etapas ou fases do Direito Penal. Ele as subdivide em: 1. Fase primitiva. 2. Fase humanitária. 3. Fase científica contemporânea” (ARAGÃO, 1973 apud PAULA, 2019, p. 18).

Para o mencionado autor, a etapa primitiva é dividida em três períodos distintos: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

No período da vingança privada ocorria a retribuição pelo mal causado a outrem, a mencionada forma de punição poderia ser executada pelo ofendido, pelos seus parentes e até mesmo pelo grupo social em que estava inserido. Essa fase era adotada pelos povos nômades e “constituía uma reação natural e instintiva, por isso, foi apenas uma realidade sociológica, não uma instituição jurídica” (CANTO, 2000, p. 08).

Durante a época da vingança privada desenvolveu-se as leis de Talião, e a expressão “olho por olho, dente por dente”, a qual prevê uma retribuição igual a crueldade praticada. Sobre a temática, María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella *apud* Rogério Greco, prelecionam:

Durante milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a *vingança privada*. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um Deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução, o *talião* supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente. (GRECO, 2016, p. 17, grifo do autor)

Na fase denominada vingança divina as punições eram aplicadas por sacerdotes, que sob a ordens dos Deuses castigavam os infratores. De acordo com Rogério Greco (2016), esse período era marcado de misticismo e crenças sobrenaturais, pois fenômenos naturais como vulcões, seca e pestes eram considerados castigos divinos pelas infrações praticadas pelos homens, sendo necessário acalma-las com as punições humanas. Nesse sentido, Magalhães Noronha afirma que:

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do Deus ofendido. É o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais Códigos é o da Índia, de Manu (Mânava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos *sudras*, que nada valiam. Revestido de caráter religioso era também o de Hamurabi. Aliás, podemos dizer que esse era o espírito dominante nas leis dos povos do Oriente antigo. Além da Babilônia, Índia e Israel, o Egito, a Pérsia, a China etc. (NORONHA, 2004, p. 21)

Por sua vez, a vingança pública é consequência inerente da presença do direito penal no seio da sociedade. Assim, há uma força central emanada das leis que organiza o comportamento

humano, imponto limites e regras em seu convívio, determinando penas cruéis, desumanas e com intuito intimidatório.

Nesse período, a pena torna-se pública e varia conforme o tipo de infração penal praticada pelo delinquente, e sua punição ocorre “pelo soberano (rei, príncipe ou regente), a pena deixa de ter caráter sacro; contudo, inúmeros arbítrios eram cometidos, e a pena de morte era comumente utilizada, bem como mutilações e torturas” (PAULA, 2019, p. 19).

O Período Humanitário, “é marcado principalmente pelas ideias iluministas, em que o homem passa a ser o centro das questões, as penalidades passam a adquirir sentido humanitário, respeitando-se a dignidade humana” (PAULA, 2019, p. 19).

Por fim, o período criminológico pode ser dividido em três fases: antropológico, sociológico e o período jurídico. No antropológico tem-se o doutrinador César Lombroso, autor do livro o homem delinquente, “em que os fatores físicos e psíquicos do criminoso passam a ser a explicação para suas ações; cria-se a ideia do criminoso nato” (PAULA, 2016, p. 19). Posteriormente, surge Enrico Ferri com a sociologia criminal, o qual explica o delito vinculado a três fatores, quais sejam: sociológicos, sociais e físicos. De modo final, Raffaele Garofalo trouxe o período jurídico, com o livro criminologia crítica.

Por seu turno, as penas de prisão surgem como uma alternativa aos suplícios que eram praticados anteriormente, em que o corpo do delinquente recebia a punição. De acordo com Julio Fabbrini Mirabete (1994, p. 239), esse tipo de punição “teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus”.

O mencionado autor também afirma que houve três tipos de sistemas penitenciários: o sistema de Filadélfia, o de Auburn e o Sistema Progressivo. Na primeira modalidade, ocorria o isolamento absoluto da pessoa acusada, não possuindo direito a visitas e sendo estimulado a leitura da bíblia durante a segregação.

No sistema Auburn, realizava-se o isolamento noturno, mas era permitido aos encarcerados o direito ao trabalho, o qual primeiramente acontecia em suas celas, e posteriormente em ambientes comuns a todos. Uma das principais particularidades desse sistema era obrigatoriedade do silêncio entre os condenados, inclusive quando estavam em coletividade (MIRABETE, 2008).

Por fim, no sistema progressivo era analisado o comportamento e aproveitamento do enclausurado, o qual era constatado pela sua boa conduta e pelo seu trabalho. Nesse sistema,

existiam três estágios de cumprimento de pena: o período de prova, isolamento noturno e o livramento condicional.

Mirabete descreve a prisão em seu conceito jurídico como:

(...) a privação de liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significado vários no direito pátrio, pois pode significar a **pena privativa de liberdade** (“prisão simples” para autor de contravenções; “prisão” para crimes militares, além do sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato da **captura** (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a **custódia** (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos **captura** e **custódia**, com significados mencionados em substituição ao termo **prisão**. (MIRABETE, 2008, p. 361, grifo do autor).

Assim, após ser apresentado seu conceito, será abordado os tipos de prisões presentes no ordenamento jurídico, com enfoque nas prisões provisórias, as quais possuem profunda relação com o instituto da audiência de custódia.

2.1.1 Tipos de prisões presentes do ordenamento jurídico brasileiro

No âmbito criminal há dois tipos de prisões; o cumprimento de pena por pessoa definitivamente condenada em sentença penal transitada em julgado e as prisões provisórias ou cautelares decretadas na fase de investigação criminal. A primeira modalidade é regulamentada pelos artigos 32 a 42 do Código de Penal e Lei de nº 7210/84.

Por sua vez, as prisões cautelares são regulamentadas pelos artigos 282 a 318 do Código de Processo Penal e Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre as prisões temporárias. Esta modalidade de prisão é medida excepcional, podendo ocorrer somente “quando existe a necessidade de segregação cautelar do autor do delito durante as investigações ou o tramitar da ação penal por razões que a própria legislação processual elenca” (REIS, 2019, p. 319).

O art.5, inciso LVII, da Constituição Federal assegura o princípio da presunção de inocência, que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, mencionada previsão constitucional não impede a decretação de prisões cautelares, desde que os requisitos necessários sejam cumpridos.

Nesse sentido, preleciona Eugênio Pacelli (2015, p. 500) sobre os requisitos para a decretação das prisões cautelares, quais sejam: “ (a) depende de ordem judicial fundamentada; (b) pode ser decretada até a sentença condenatória; e (c) fundamenta-se nas razões da prisão preventiva, exceção feita à prisão temporária. ”

É importante salientar que o tempo em que o acusado passar segregado em razão das medidas cautelares impostas, vai ser descontado em sua condenação, ocorrendo a detração penal, prevista no art.42 do Código Penal.

Segundo Reis (2019, p.319) há três tipos de prisões processuais, quais sejam: prisão preventiva, podendo esta ser substituída por prisão cautelar domiciliar; prisão em flagrante e prisão temporária. As duas primeiras são regulamentadas pelo Código de Processo Penal, já a prisão temporária é regimentada pela Lei nº 7.960/89.

Diante disso, abordaremos de forma detalhada os três tipos de prisões processuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como será debatido as medidas cautelares diversas das prisões. Além disso, será abordado os critérios para a fixação de medidas cautelares.

2.2 Critérios para a fixação de medidas cautelares

O art. 282 do Código de Processo Penal, preleciona os critérios para a fixação de medidas cautelares, vejamos:

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

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

II – *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (grifo nosso).

Verifica-se que há dois critérios que devem ser observados para a decretação das medidas cautelares: o da *necessidade* e o da *adequação*. O primeiro critério “tem relação com a *utilidade* da restrição para a investigação ou instrução criminal, ou ainda, nos casos expressos em lei, para evitar a prática de infrações penais” (MARCÃO, 2016, p. 714).

Já o critério da adequação:

[...] em o sentido de proporcionalidade e razoabilidade, remetendo à ideia de individualização da medida, que deverá ser escolhida levando em conta a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, para que não se revele inócua (MARCÃO, 2016, p. 714).

No mesmo sentido assevera Eugênio Pacelli (2015, p.503) aduzindo que:

(...) toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade e a adequação da medida, a serem aferidas a partir da: a) garantia da aplicação da lei penal; b) conveniência da investigação ou da instrução criminal.

Dessa forma, verifica-se que para a aplicação das medidas cautelares distintas da prisão, bem como para a decretação da prisão preventiva, são exigidos os mesmos requisitos em relação ao juízo da necessidade e adequação da medida sobre as restrições de direitos.

Todavia, é importante salientar que em regra deve ser aplicado preferencialmente as medidas cautelares diversas da prisão, e somente nos casos de maior gravidade, em que tenha risco a efetividade do processo ou de reiteração criminosa, deverá ser decretado a prisão preventiva da pessoa acusada.

Deste modo, a prisão cautelar, “em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas* ou *descumpridas* aquelas (as outras medidas cautelares)” (PACELLI, 2015, p. 504).

Com a finalidade de atender aos critérios da necessidade e da adequação as medidas cautelares podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, a depender do caso concreto. (MARCÃO, 2016, p. 714).

Ademais, os mencionados critérios devem ser observados no caso de descumprimento das medidas cautelares, ocasião em que o magistrado poderá, nos termos do previsto no § 4º do art.282 do Código Processo Penal, substituir a medida ou impor outra em cumulação.

Conforme expostos acima, constata-se que a necessidade e adequação são imprescindíveis para aplicação das medidas cautelares, e juntos reúnem o princípio da proporcionalidade. Sobre o mencionado princípio, Eugenio Pacelli afirma que ele possui duas atribuições, vejamos:

a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na *proibição do excesso*, mas, também, na *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, serve de efetivo *controle da validade* e do *alcance* das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;

b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de *ponderação* na escolha da norma mais adequada em caso de eventual *tensão* entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato. (PACELLI, 2015, p. 504, grifo do autor).

Outrossim, para a aplicação das medidas cautelares deve ser observando o princípio da legalidade, visto que não se admite a fixação de outras alternativas distintas daquelas fixadas taxativamente em lei (MARCÃO, 2016).

2.3 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante encontra previsão legal no art.5, LXI da Constituição Federal e art.301 a 310 do Código de Processo Penal. Alexandre Cebrian dos Reis (2018, p. 230), afirma que “a palavra “flagrante” indica que o autor do delito foi visto praticando ato executório da infração penal e, por isso, acabou preso por quem o flagrou e levado até a autoridade policial”.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar (2016, p. 1218) conceituam o flagrante como “o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime”. Para mencionado autor, a prisão em flagrante trata-se de uma “medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino”. (TAVORÁ; ALENCAR, 2016, p. 1218).

Assim, a mencionada medida cautelar faz cessar imediatamente por meio da prisão a infração que estava sendo cometida pelo acusado. Por isso, é considerada autopreservação e defesa da sociedade, já que faculta qualquer cidadão a executar, conforme preleciona o art. 301 do CPP.

Guilherme Nucci afirma que há sete modalidades de flagrante de delito, disciplinadas pelo Código de Processo Penal e pela doutrina, quais sejam: flagrante próprio ou perfeito, flagrante impróprio ou imperfeito, flagrante presumido ou fictício, flagrante preparado ou provocado, flagrante forjado, flagrante esperado e o flagrante diferido ou retardado (NUCCI, 2016)

O flagrante próprio ou perfeito encontra-se previstos no art.302, I e II do Código de Processo Penal, ocorrendo “quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la” (TAVORÁ; ALENCAR, 2016, p. 1219). Nessa espécie de prisão em flagrante podem acontecer duas situações: a) quando o agente é preso durante a execução da infração penal e b) quando é preso após acabar de cometer o crime, sem ter ainda se desfeitos dos instrumentos utilizados durante a empreitada criminosa.

Por seu turno, o flagrante impróprio ou imperfeito encontra previsão legal no art. 302, III, e acontece “quando o agente conclui a infração penal – ou é interrompido pela chegada de

terceiros – mas sem ser preso no local do delito, pois consegue fugir, fazendo com que haja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo.” (NUCCI, 2016, p. 433).

O flagrante presumido ou fictício está disposto no art.302, IV do Código de Processo Penal, e ocorre quando o agente é encontrado após o cometimento da infração com objetos utilizados para a prática do crime, como armas, papéis ou instrumentos, que fazem presumir ser o autor do delito. Esse tipo de prisão ocorre com bastante frequência em crimes patrimoniais, quando a vítima comunica o fato aos agentes públicos, e estes durante as diligências encontram o autor do crime na posse do pertence subtraído do ofendido.

No flagrante esperado, também chamado por grande parte da doutrina como flagrante preparado, o “agente é induzido ou instigado a cometer o delito, e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante. É um artifício onde verdadeira armadilha é maquinada no intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 1222).

Por sua vez, o flagrante forjado “é aquele armado, fabricado, realizado para incriminar pessoa inocente. É a lídima expressão do arbítrio, onde a situação de flagrância é maquinada para ocasionar a prisão daquele que não tem conhecimento do artil.” (TAVORA; ALENCAR, 2016, p. 1225).

Já o flagrante esperado é muito comum nas rotinas policiais, ocorrendo quando os agentes públicos tomam conhecimento antecipadamente sobre a prática de algum ato ilícito, em razão disso realizam diligência com intuito de constatar a veracidade dos fatos, bem como efetuar a prisão do autor do crime.

Por fim, o flagrante diferido ou retardado “é a possibilidade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, componentes e atuação de uma organização criminosa” (NUCCI, 2016, p. 436).

2.4 Prisão temporária

A prisão temporária é uma modalidade de medida cautelar disciplinada pela Lei nº 7.960/89, destinada a investigação de crimes graves durante a fase de inquérito.

O art. 1º, da Lei nº 7960/89, dispõe sobre as hipóteses de cabimento de mencionada medida provisória, quais sejam: a) quando imprescindível para as investigações durante a fase

de inquérito policial; b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e c) quando tiver indícios de autoria ou participação, nos delitos de: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e os crimes previstos na Lei de Terrorismo (BRASIL, 1989).

É importante esclarecer, que a prisão temporária não poderá ser decretada durante a ação penal, pois é uma medida cautelar destinada exclusivamente para a fase investigativa. Ademais, não pode ser expedida de ofício pelo magistrado, visto que prescinde requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (REIS, 2018)

O art. 2º, caput, da Lei nº 7960/89, dispõe que o prazo de duração da prisão temporária será de cinco dias, podendo em situações de comprovada e extrema necessidade, ser prorrogado por igual período. Insta salientar, todavia, que o art. 2º, §4º da Lei nº 8072/90, preleciona que nos crimes hediondos, tráfico de drogas, terrorismo ou tortura, a prisão temporária poderá ser decretada pelo prazo de trinta dias, prorrogável por igual período.

2.5 Prisão Preventiva

O instituto processual da prisão preventiva encontra-se regulamentando pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Com a promulgação da Lei nº 12.403/2011, a prisão provisória passou a ser tratada como medida excepcional, só devendo ser decretado quando não for cabível outras medidas cautelares distintas da prisão.

Em virtude disso, é regida pelos princípios da taxatividade, adequação e proporcionalidade, jamais podendo submeter-se ao regime de aplicação automática. Por isso, “não pode a lei determinar hipóteses compulsórias de decretação da prisão preventiva que, assim, sempre pressupõe análise do fato concreto pelo juiz a fim de verificar a necessidade desta forma de prisão” (REIS, 2018, p. 339).

Renato Marcão conceitua a prisão preventiva como:

[...] modalidade de *prisão cautelar de natureza processual* que decorre de decisão judicial, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, e mesmo no momento da decisão de pronúncia ou da sentença penal condenatória, desde que presentes os requisitos legais. (MARCÃO, 2016, p. 783, grifo do autor).

A decisão judicial que decretar a prisão deverá ser devidamente fundamentada em um dos pressupostos legais, não podendo o magistrado pressupor com base em seu juízo de valor que a conduta praticada pelo incriminado é grave. Em função disso, é necessário analisar as circunstâncias específicas do caso em tela, para saber a gravidade e o risco da liberdade do acusado, para somente depois decretar a prisão preventiva.

A obrigatoriedade de decisão fundamentada, encontram respaldo no art.93, IX, da Constituição Federal, bem como no art. 315, do Código de Processo Penal. Se porventura, a fundamentação for frágil, a medida cautelar pode ser revogada por meio do recurso processual *habeas corpus*.

Sobre a temática, Aury Lopes Junior adverte que:

A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa. (LOPES JUNIOR, 2018, p. 390, grifo do autor).

Para realizar a sua fundamentação, o magistrado deve observar se estão presentes os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, quais sejam: os pressupostos e os fundamentos elencados no art.312 do Código de Processo Penal, bem como analisar as situações em que são cabíveis a decretação dessa modalidade de medida cautelar, trazidas pelo art.313 do Código de Processo Penal.

Nesse viés, vejamos os requisitos fáticos elencados pelo art. 312 do Código de Processo Penal:

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Verifica-se, que a legislação dispõe que somente é possível a aplicação dessa medida cautelar, quando tiver indícios suficientes da existência do crime e de sua autoria, o que compõe o pressuposto denominado *fumus boni juris* ou *fumus commissi delicti*.

Somando a isso, é necessário estar presente também pelo menos uma das circunstâncias autorizadas previstas no art. 312 do CPP, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal ou nos casos de descumprimento de outra medida cautelar imposta distinta da prisão.

Reportados motivos autorizadores compõem o *periculum libertatis*, o qual corresponde a necessidade de segregação do acusado, antes do processo transitar em julgado, em virtude de ser pessoa de alta periculosidade ou do risco de evadir-se para fugir das sanções penais.

Outrossim, ao aplicar a prisão preventiva como medida cautelar é indispensável verificar as condições de admissibilidade dispostas no art. 313 do Código de Processo Penal, que são : a) nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos; b) o acusado já ter sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitado em julgado; c) se o crime envolve violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, com a finalidade de garantir a execução de medidas protetivas de urgência e d) quando houver dúvidas sobre a identidade do acusado ou este recusar esclarecê-la.

Insta salientar, que a prisão preventiva em nenhuma circunstância pode ser decretada, se estiver presente quaisquer excludentes de ilicitude prevista no art. 23 do Código Penal: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal.

A respeito do assunto Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (2016, p. 505) afirmam que “como a ilicitude é elemento do crime, a indicação de uma excludente pode acarretar na ausência de responsabilidade criminal no caso concreto, não sendo razoável o cárcere cautelar”.

No tocante ao prazo de duração da medida, não foi estipulado um prazo máximo pelo Código de Processo Penal, devendo que a prisão preventiva “subsiste temporalmente enquanto houver necessidade, que se justifica pela presença dos requisitos de admissibilidade” (TÁVORA; ARAÚJO, 2016, p. 488).

No mesmo sentido prevê Guilherme Nucci, afirmando que deve ser observado a princípio da razoabilidade para o prazo de aplicação da medida constritiva, acrescentando ainda que:

[...] inexistente um prazo determinado, como ocorre com a prisão temporária, para a duração dessa modalidade de prisão cautelar. A regra é perdurar até quando seja necessária, durante o curso do processo, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória – que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação –

bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena. (NUCCI, 2016, p. 441).

Em relação a legitimidade, é vedado a sua decretação de ofício pelo magistrado durante a fase de investigação criminal, sendo necessário a representação pela autoridade policial ou requerimento pelo Ministério Público. Todavia, no curso da ação penal pode ser decretada de ofício pelo juiz, bem como por requerimento do Ministério Público ou do querelante.

Por fim, é importante esclarecer que o magistrado pode a qualquer tempo revogar a prisão se os motivos que a ensejam não persistirem mais, bem como poderá decretá-la novamente caso os requisitos que a justifiquem ressurgirem.

Insta salientar, que a prisão preventiva pode ser substituída pela domiciliar, a qual encontra-se regulamentada nos artigos 317 a 318-A do Código de Processo Penal, e consiste no recolhimento do acusado em cárcere domiciliar, sob a condição de somente ausentar-se do local mediante ordem judicial.

A referida substituição apenas pode ser aplicada quando presentes as hipóteses arroladas no art. 318 do Código de Processo Penal:

- I- maior de 80(oitenta) anos;
- II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV- gestante;
- V- mulher com filho de até 12(doze) anos de idade incompletos;
- VI- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

2.6 Das medidas cautelares diversas da prisão

Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, o Código de Processo Penal previa somente uma modalidade de medida provisória, qual seja: a prisão. Todavia, a legislação trouxe outras modalidades de medidas cautelares distintas do cárcere, com objetivo de evitar a segregação provisória, passando a prisão preventiva ser utilizada como *ultima ratio*. Renato Marcão, conceitua a modalidade de medida provisória como:

As medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir ao êxito da investigação ou instrução criminal, a

aplicação da lei penal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional. (MARCÃO, 2016, p. 841).

O Código de Processo Penal, em seus artigos 319 e 320, dispõe de maneira taxativa sobre as dez modalidades de medidas cautelares diversas da prisão, vejamos:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

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

IX - monitoração eletrônica.

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

Sobre a fiscalização de mencionadas medidas, preleciona Alexandre Cebrian Araújo dos Reis que o magistrado

[...] ao aplicar qualquer das medidas cautelares, deve estabelecer a forma de fiscalização de seu cumprimento, sem prejuízo da possibilidade de o Ministério Público supervisionar a execução da medida cautelar, diretamente ou com o concurso de órgãos ou instituições públicas. (REIS, 2018, p. 357).

Em relação ao prazo de duração da medida cautelar, não há previsão sobre o período máximo de sua aplicação, por isso deve persistir seus efeitos enquanto mostrar-se necessário. No entanto, o magistrado ao estabelecer qualquer medida distinta da prisão, assim como ao decretar a prisão, deverá baseá-la nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O art. 282, § 1º, prevê que as medidas cautelares podem ser aplicadas de maneira isolada ou cumulativa, a depender do caso concreto. Assim, não há limites sobre a quantidade de obrigações impostas à pessoa acusada, mas deverá haver correlação entre elas.

Os critérios a serem analisados durante a escolha da medida estão dispostos no art. 282, I do Código de Processo Penal, visto que o juiz precisará observar : a) a substancialidade para aplicação da lei penal; b) perigo para a investigação ou a instrução criminal, e c) evitar a reincidência do acusado.

Ao escolher a medida, o magistrado, deverá basear sua decisão à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme presume o art. 282, II do Código de Processo Penal.

Logo, sempre deverá haver proporcionalidade durante a aplicação da medida, pois o magistrado “deverá estar atento à gravidade abstrata e concreta da infração e às condições pessoais do indiciado ou réu para decidir não apenas se há necessidade de adoção de providência cautelar, mas, também, para escolher, quando presentes seus requisitos, quais medidas aplicará.” (REIS, 2018, p. 358).

2.7 Banalização das prisões cautelares e a implantação da audiência de custódia

Segundo narrado acima, as prisões provisórias devem ser aplicadas como *ultima ratio*, somente nos casos em que não é cabível a concessão da liberdade provisória ou outras medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Todavia, na praxe forense verifica-se que o encarceramento é a regra, não sendo tratado como exceção, consoante é previsto na legislação brasileira e nos tratados internacionais.

No Brasil, houve a tentativa de mudar esse cenário com a promulgação da lei nº 12403/2011, a qual passou a tratar ao cárcere como a última opção, porém a investida restou-se infrutífera.

Isso porque, segundo dados de junho 2016 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Brasil ocupa o ranking de terceiro país do mundo com o maior número de encarcerados, totalizando mais de setecentos mil pessoas presas. Desse total de cativos, 40 % (quarenta por cento) são presos provisórios, o que corresponde ao montante de duzentos e noventa e dois mil encarcerados, sem uma decisão transitada em julgado.

Essas estatísticas reforçam a convicção de que há uma banalização das prisões provisórias, pois “a ideia de que a prisão seria a melhor, se não a única, alternativa para

“combater” crimes de natureza “grave” e evitar sua reiteração nunca deixou de permear a atuação dos juízes criminais em geral.” (MASI, 2015, p. 12).

Sobre o assunto Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, advertem que:

O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12.403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares (...). E o que verificamos na prática? Simples: que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como regra no sistema processual penal brasileiro. Prova disso é que não houve a tão esperada redução do número de presos cautelares após a reforma de 2011. (LOPES JR.; PAIVA, p.163, grifo do autor).

Consequentemente, o fenômeno contribui para a superlotação carcerária, bem como viola a liberdade de ir e vir do enclausurado e o sistema processual acusatório adotado pelo Estado brasileiro, em que vigora como princípio o devido processo legal.

Assim, a lógica da presunção de inocência encontra-se totalmente invertida, pois primeiro prende-se para posteriormente investigar. No entanto, primeiro deveria averiguar a necessidade da prisão provisória, demonstrando o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, para somente quando os requisitos forem preenchidos efetuar a detenção.

Nesse contexto de violação de direitos humanos e encarceramento exacerbado nasce o instituto da audiência de custódia, com intuito de diminuir a população carcerária, bem como evitar a prática de torturas policiais. A audiência de custódia tem como finalidade conduzir o preso, sem demora, perante a autoridade judicial para que analise a legalidade e a necessidade da prisão, bem como a prática de tortura.

Diante disso, será abordado no próximo capítulo os principais temas sobre o funcionamento do instituto processual da audiência de custódia.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1 Conceito da audiência de custódia

A audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, é um instrumento processual novo, que visa garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, do indivíduo preso em decorrência de alguma prisão provisória ou em flagrante.

O conceito de custódia, no sentido denotativo da palavra se relaciona com o ato de proteger, guardar. Para Nucci (2016, p. 1118), esse instituto processual consiste basicamente em uma “audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória) ”.

No mesmo sentido, é a definição apresentada por Caio Paiva:

[...] A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2018, p. 43).

Nota-se, que seu objetivo é apresentar a pessoa detida ao magistrado, no prazo de 24 horas, para que este analise a legalidade da prisão, a prática de tortura, a ocorrência de possíveis abusos durante a sua realização, a necessidade de manutenção da prisão, a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, e a conversão do flagrante em prisão preventiva (CNJ, 2016).

3.2 Objetivos da audiência de custódia

Segundo Caio Paiva (2018), há três objetivos elementares responsáveis pela implantação da audiência de custódia no cotidiano brasileiro. Para o autor, o primeiro deles é regulamentar o Código de Processo Penal aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Raphael Melo, também reconhece esta finalidade, aduzindo que:

Também pode ser apontada como finalidade da audiência de custódia a compatibilização do nosso processo penal com os tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento jurídico há mais de vinte anos. Ou seja, por meio da audiência de custódia materializamos a garantia de apresentação do preso ao juiz competente, embora com significativo atraso. (MELO, 2016, p. 1633).

Sabe-se, que embora a mencionada garantia estivesse prelecionada há mais de duas décadas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, somente foi implementada no ordenamento jurídico no ano de 2016, através da Resolução 213/2015 do CNJ.

Para Caio Paiva (2018), o segundo objetivo desse procedimento processual é evitar a prática de tortura e maus tratos, resguardando a integridade física do acautelado. A referida finalidade, encontra-se elencada no art. 5.2 da CAHD que dispõe: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas cruéis, desumanas ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido a dignidade inerente ao ser humano”.

Em razão disso, a audiência em debate é de suma importância para regulamentar esse direito, pois se o preso tiver sofrido maus tratos e torturas durante o ato de prisão, será constatado quando for apresentado ao magistrado, devendo este aplicar as penalidades cabíveis ao responsável pelo fato.

Antes da Resolução 213/2015, somente o auto de prisão em flagrante era encaminhado ao magistrado, que deveria decidir baseados somente em documentos, sem a presença física do detido, se relaxava a prisão, concedia a liberdade provisória com o sem a aplicação de medidas cautelares distintas da prisão ou decretava a preventiva.

Todavia, analisando somente os documentos não era possível detectar a prática de abusos sofridos por parte do preso, pois nesses casos sua presença torna-se primordial para a elucidação dos fatos. Se por acaso, tivesse ocorrido violação de sua integridade física, não era possível constatá-la, já que o contato do aprisionado com a autoridade judicial ocorria meses após o ato de prisão.

Por fim, Caio Paiva (2018) afirma que a terceira finalidade do instituto tratado é a prevenção de prisões desnecessárias e arbitrárias, já que o preso será levado no prazo máximo de 24 horas até a presença do juiz, para que analise a necessidade da prisão persistir ou não. Sobre o assunto, esclarece Badaró apud Paiva que:

(...) não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em

flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar”. (PAIVA, 2018, p. 54).

Dessa forma, além de analisar a legalidade da prisão, a audiência de custódia irá funcionar como controle fundamental para a decretação de medidas cautelares, já que o preso em flagrância será levado até ao magistrado, o qual irá determinar a medida cautelar cabível ao caso.

3.3 Previsão normativa

A audiência de custódia, foi implementada na praxe forense pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de dezembro de 2015. Todavia, é importante salientar que não foi a resolução que criou esse instituto, visto que este já possuía previsão em tratados internacionais que o Brasil ratificou devidamente no ano de 1992, quais sejam: Pacto de São Jose da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969 e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 (FREITAS; FRANÇA, 2016).

Com efeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de São Jose da Costa Rica, prevê em seu art. 7, item 5, que:

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

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) reza, em seu art. 9, item 3, “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.” (PIDCP, 1966).

Até o momento, não há regulamentação legal sobre o tema, sendo a audiência de custódia exclusivamente tratada pela Resolução CNJ nº213/2015. No entanto, há projetos de lei tramitando, com intuito de representar o supracitado instituto no ordenamento jurídico, por meio de uma legislação.

O Código de Processo Penal (art. 306, caput e § único, do CPP), prevê que 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. Ou seja, a legislação atual assegura que apenas o auto de prisão em flagrante seja encaminhado ao magistrado, não prevendo a obrigatória apresentação da pessoa detida.

Sobre a legislação atual Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, entendem que:

(...) o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”, e ainda, que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”, concluindo que “o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção. (LOPES JR.; PAIVA, p.172).

3.4 Tentativas de implementação no ordenamento jurídico brasileiro

Segundo Caio Paiva e Aury Lopes Junior, tramita, desde o ano de 2011, o Projeto Lei do Senado nº 554, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, o qual objetiva modificar o §1ª do art. 306 do Código de Processo Penal Brasileiro, com intuito de inserir a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa, e não somente do auto de prisão em flagrante. Vejamos sua redação:

Art. 306. (...)

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Contudo, referido PLS, quando em tramite na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), recebeu emenda substitutiva, proposta pelo Senador João Capiberibe, a qual foi aprovada por unanimidade, alterando o projeto originário, com o seguinte teor:

Art. 306. (...)

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º A oitiva a que se refere o § 1º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 3º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 4º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Verifica-se que a mudança ocorrida no referido PLS, pela emenda proposta pelo Senador João Capiberine, apresenta o regulamento completo da audiência de custódia, não propondo somente a apresentação do preso, como previa o projeto pioneiro do Senador Antônio Carlos Carvalho.

Novamente, em 25 de junho de 2014, o Projeto recebeu mais uma alteração, de autoria do Senador Francisco Dornellas, em que modificava a proposta inicial por meio de emenda substitutiva, para que a audiência de custódia pudesse ser realizada também por vídeo conferência, conforme dispõe a redação modificava:

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o qual estava posicionando de maneira favorável a mencionado projeto de lei, após referida alteração declarou que “as alterações, incluídas no texto consensuado apenas nas últimas semanas, tornam pouco efetivas as audiências de custódia, na medida em que dificultam a verificação de tortura policial, além de desrespeitarem os tratados internacionais ratificados pelo Brasil” (ROUVER, 2016).

Caio Paiva e Aury Lopes Junior também se posicionam contrariamente a realização da audiência de custódia por meio de vídeo conferência, afirmando que:

O maior inconveniente desse substitutivo é que ele mata o caráter antropológico, humanitário até, da audiência de custódia. O contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado. (LOPES JR.; PAIVA, p.176).

Ademais, tramitava na câmara dos deputados a PL n° 6.620/2016, que versava sobre as prisões em flagrante, modificando o Código de Processo Penal e regulamentando as audiências de custódia. Todavia, no dia 20 de dezembro de 2016, o projeto de lei foi apensado ao PL 8045/2010, que se refere ao Novo Código de Processo Penal (CORREIA, 2017).

Sobre esse fato, o instituto do direito de defesa (IDDD) considerou prejudicial a medida, aduzindo que “reconhecem os benefícios de uma discussão travada pela Comissão Especial de reforma do Código. No entanto, ao incluir as audiências de custódia no contexto da reforma é certo que se retardará em muito a sua aprovação” (ROUVER, 2016).

Conforme o exposto, já ocorreu um grande avanço na garantia de direitos fundamentais, por meio da implementação da audiência de custódia com a Resolução 213/2015 do CNJ. Todavia, para que o direito de defesa seja amplamente implementado é necessária uma legislação específica que trate sobre o tema, pois a audiência de custódia é de suma importância, em um país marcado por uma história de regimes autoritários (CORREIA, 2017).

3.5 Como funcionava a prisão em flagrante antes do implemento da audiência de custódia

Antes do implemento da audiência de custódia no direito processual penal brasileiro, a lavratura do auto de prisão em flagrante tinha início com a condução do preso até a sede policial, onde o Delegado de Polícia o confeccionava e o encaminhava ao magistrado, conforme preleciona o art. 310 do Código de Processo Penal.

Por seu turno, o juiz deveria decidir fundamentadamente, sem a presença física do cidadão preso, levando em conta apenas o auto de prisão em flagrante se: a) relaxava a prisão; b) concederia liberdade provisória ou c) convertia o flagrante, em prisão provisória ou em medidas cautelares diversas da prisão.

Nessa época, o primeiro contato do preso com o juiz era somente na audiência de instrução, o que demorava meses para acontecer. Assim, “esses indivíduos presos em flagrante permaneciam encarcerados durante meses sem informações sobre o andamento do seu processo e sem serem ouvidos sobre os fatos ocorridos durante o delito perante um juiz” (CRUZ, 2018, p. 14).

Outro aspecto contrário, era a impossibilidade de constatar a violência sofrida ou a arbitrariedade durante a prisão, já que o preso seria apresentando perante o magistrado vários dias após o flagrante, diminuindo significativamente a possibilidade de comprovar as lesões sofridas.

Após a Resolução 213/2015 do CNJ, houve a alteração do trâmite da prisão em flagrante, pois tornou-se obrigatória a apresentação da pessoa detida ao magistrado, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas após a comunicação do flagrante, para que tome conhecimento como se procedeu a detenção. Sobre a temática, Renato Brasileiro Lima preleciona como ocorre todo o procedimento com o implemento da audiência de custódia:

Lavrado o auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, o preso será conduzido, sem demora, à presença do juiz. Durante a realização da audiência de custódia, a autoridade judiciária deverá: a) cientificar o preso de seu direito de permanecer em silêncio; b) perguntar ao preso sua condição, particularmente o direito de se consultar com advogado, o de ser visto por médico e o de comunicar-se com seus familiares; c) indagar o preso sobre as circunstâncias de sua prisão e sobre as condições do estabelecimento onde se encontra detido; d) fazer consignar em ata quaisquer protesto, queixas ou observações relacionadas com os procedimentos policiais ou administrativos ou com as condições de sua custódia; e) tomar as providências e seu cargo para sanar possíveis irregularidades ; f) comunicar ao Ministério Público possíveis ilegalidades; g) abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal, sem prejuízo de mandar consignar as declarações que o preso deseja fazer espontaneamente. (LIMA, 2018, p. 935).

3.6 Institutos existentes no ordenamento jurídico semelhantes à audiência de custódia

O ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo possui institutos semelhantes a audiência de custódia, porém esses procedimentos não devem ser confundidos com o instituto processual tratado nessa monografia. Por isso, é importante o estudo dessas entidades, para melhor compreender seus objetivos, suas particularidades e a maneira de aplicação de cada uma.

Conforme Caio Paiva (2018), desde o ano 1965, o Código Eleitoral Brasileiro (Lei nº 4.737/1965), já previa um regimento bastante similar a audiência de custódia, ao dispor que os indivíduos detidos nas hipóteses elencadas no art. 236, § 2º, deveriam ser apresentados ao magistrado:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

Nota-se, que o procedimento pode ser tratado como um tipo de audiência de custódia, já que sua finalidade primordial é que o magistrado analise a legalidade e a necessidade da prisão, bem como proteja a integridade física do indivíduo preso (PAIVA, 2018).

Por seu turno, o art. 287 do Código de Processo Penal preleciona outro instituto processual parecido com a audiência de custódia, o qual dispõe: “Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.”

Nesse caso “não há uma modalidade de audiência de custódia propriamente dita, mas apenas uma ‘audiência de apresentação’, cuja finalidade é menos ampla do que aquela, eis que se limita a *provar* para o conduzido que contra ele havia sido expedido um mandado de prisão” (PAIVA, 2018, p.46, grifo do autor).

Além do caso previsto acima, salienta Caio Paiva (2018) que outra modalidade de “audiência de apresentação” é também prevista no art. 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê que: “Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.”

Para Caio Paiva (2018), esse procedimento também não trata-se de uma audiência de custódia propriamente dita, mas apenas de uma “audiência de apresentação”, expondo dois motivos para justificar seu posicionamento: a) o ato deve ser realizado perante ao Ministério Público, ao contrário da audiência de custódia que será efetuada na presença da autoridade judicial; e b) devido a apresentação realizar-se perante ao *parquet* é incapaz de fazer cessar a ilegalidade da detenção, assim como interromper a sua desnecessidade.

Ao contrário do previsto acima, no art. 171 de mencionada lei também é possível encontrar procedimento muito semelhante à audiência de custódia, o artigo dispõe: “O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”.

Assim, o menor infrator detido em virtude de ordem judicial, será encaminhado à presença do magistrado, para que este analise a legalidade da prisão e tome as providências cabíveis ao caso concreto. Nota-se, que esse procedimento possui particularidades muito comuns com a audiência de custódia, tendo como pontos divergentes apenas: a) o detido ser menor de 18 (dezoito) anos e b) a prisão não pode ser decorrente de flagrante de ato infracional, mas somente por ordem judicial (PAIVA, 2018).

Portanto, observa-se que já existiam institutos semelhantes à audiência de custódia, muito antes de sua implementação. Todavia, nenhum deles pode ser confundido com a procedimento processual tratado nessa monografia, em virtude de possuírem finalidades distintas.

3.7 Característica procedimentais pertinentes a Audiência de Custódia

O instituto processual penal tratado nessa monografia, apresenta características peculiares que merecem serem analisadas, já que sua previsão nos tratados internacionais não demonstra sua finalidade de forma objetiva, deixando em aberto margens para discussão doutrinária e jurisprudencial. Assim, será analisado como deve ser a apresentação do detido, o prazo em que deve ocorrer a audiência de custódia após a flagrância e a autoridade competente para presidir o ato.

3.7.1 Forma de realização da apresentação da pessoa detida

A normativa internacional, é nítida ao estabelecer que o detido dever ser conduzido pessoalmente à presença do magistrado, não podendo a audiência de custódia ser realizada por outros meios, como: vídeo conferência ou apenas remessa do auto de prisão em flagrante.

Dessa maneira, ao fazer uma análise minuciosa nos textos internacionais e na Resolução 213/2015 do CNJ, constata-se que esses regramentos preveem que as garantias inerentes à audiência de custódia somente podem ser efetivadas com a apresentação pessoal do custodiado.

Nesses termos, prevê a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de São Jose da Costa Rica, em seu art. 7, item 5, 1º parte, que “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo*”.

O mesmo entendimento é apresentado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) art. 9, item 3, o qual dispõe que “*qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.*” (PIDCP, 1966).

De maneira igualitária, a Resolução 213/2015, do CNJ, dispõe, em seu art. 1º, que *“toda pessoa presa em flagrante de delito, independente 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”*.

Nesse mesmo sentido também compreende Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, note:

Audiência de custódia é a providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após à efetivação da providência cerceadora de liberdade. É “interrogatório de garantia” que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da licitude das prisões. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 1249).

Para Aury Lopes Junior, a jurisprudência internacional entende que a audiência de custódia somente consegue cumprir suas garantias fundamentais se o preso for apresentado presencialmente ao magistrado, vejamos:

A Corte Interamericana entendeu que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, na medida em que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante o juiz ou autoridade competente”. Nesta linha, o art. 306 do Código do Processo Penal, que estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento, não é suficiente para dar conta do nível de exigência convencional. No Caso Bayarri contra Argentina, a CIDH afirmou que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede à liberação ou manutenção da privação da liberdade” sob pena de “despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5. da Convenção”. (LOPES JR, 2018, p. 392)

Diante disso, não há dúvidas de que o preso deve ser levado pessoalmente ao magistrado, para que possa ser ouvido sobre quais circunstância sua prisão foi efetuada, bem como se durante a abordagem policial houve maus tratos ou tortura.

3.7.2 Em qual prazo o preso deve ser apresentado?

Segundo Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2018a), os tratados internacionais não estipulam um prazo determinado para a apresentação do indivíduo detido, utilizando em seu texto apenas terminologia vaga “sem demora”.

Em virtude disso, cada país de maneira autônoma estabelece um prazo de apresentação que julga ser o necessário para que ocorra a audiência de custódia. A exemplo disso, a Constituição da Guatemala prevê o lapso temporal não superior a seis horas, por sua vez o Código de Processo Penal do Chile, dispõe que o prazo para a apresentação é vinte e quatro horas. (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

Já o Haiti, Nicarágua, México, África do Sul e Equador instituíram o período não superior a quarenta e oito horas para que o preso fosse levado até a autoridade judicial competente. Por fim, o prazo mais alongado é o adotado pela legislação da Espanha e da Suécia, compreendido em setenta e duas horas. (ANDRADE; ALFLEN, 2018a). Acerca dos prazos para apresentação do preso, preleciona Caio Paiva:

[...] há consenso na jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos no sentido de que a definição do que se entende por “sem demora” deverá ser objeto de interpretação conforme as características especiais de cada caso concreto, havendo, assim, diversos precedentes tanto da Corte Interamericana quanto da Corte Europeia de Direitos Humanos. (PAIVA, 2018, p. 60-61).

Assim, o prazo de apresentação do preso deve ser interpretado de acordo com a realidade de cada país. No entanto, é imprescindível que o detido seja levado até a presença da autoridade judicial em um lapso temporal não muito prolongado para que as finalidades da audiência de custódia não sejam violadas.

No Brasil, o art. 1º da Resolução 213/2015 do CNJ estabeleceu o prazo de vinte e quatro horas, após a comunicação do flagrante, para que o preso seja apresentado perante autoridade judicial competente para presidir o ato.

É importante acentuar, todavia, que o prazo de vinte e quatro horas foi relativizado pela Resolução 213/2015 do CNJ, em seu art.1º, § 5º, vejamos:

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
§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Município ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput.

Em tal caso, louvável foi o posicionamento do CNJ ao assegurar a dilatação do prazo, para locais que não for possível cumprir o previsto na resolução. Sabe-se, que o Brasil é um país de dimensão territorial enorme, não sendo cabível a imposição de um lapso temporal que não possa ser efetivado por todas as comarcas brasileiras.

A Constituição Federal, por sua vez, não estabeleceu prazo para a comunicação do flagrante ao juiz, aduzindo apenas que a prisão deverá ser comunicada imediatamente ao magistrado competente e a família do detido.

Por fim, o Código de Processo Penal no art. 306, § 1º prevê que a prisão deverá ser comunicada em até 24 horas após a realização da detenção, por meio do APF, ao juiz competente e ao advogado ou defensor público.

3.7.3 Autoridade competente para presidir a audiência de custódia

Outro aspecto que ocasiona bastante debate acerca da implementação da audiência de custódia é sobre a autoridade competente para presidir o procedimento. Essa discussão ocorre, pois os tratados internacionais que versam sobre a matéria utilizam termos vagos para referirem-se a autoridade competente: “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” (CADH, art. 7.5) e “outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais” (PIDCP, art. 9.3).

Em razão dessas terminologias utilizadas pela normativa internacional, há grandes questionamentos se a apresentação do detido pode ser realizada perante o delegado ou algum membro do Ministério Público. Todavia, esse tipo de questionamento não deveria ser levantado em nosso seio forense, em virtude do sistema jurisdicional brasileiro apresentar somente o magistrado como figura imparcial.

Os tratados ao preverem em seu texto *outra autoridade para exercer as funções jurisdicionais*, se referem a outros sistemas processuais penais, em que o delegado de polícia ou o Ministério Público possuem funções institucionais e hierárquicas semelhantes ao poder judiciário, fato esse que não acontece no Brasil (CRUZ, 2018).

Ademais, conforme Paiva (2018) para a apresentação cumprir as garantias inerentes a audiência de custódia, a autoridade responsável pela condução deve ter competência para prevenir torturas, prisões arbitrárias e suspender qualquer tipo de ilegalidade. Dessa forma,

Delegados de Polícia e membros do Ministério Público não possuem atribuições para realizar tais atos, somente o judiciário pode efetuar-los.

Nesse sentido, Paiva (2018, p. 65) compreende que “se a apresentação do preso ao juiz cumpre a finalidade precípua de promover um controle judicial imediato da prisão, a autoridade que deve presidir audiência de custódia no Brasil somente pode ser o magistrado, sob pena de se esvaziar ou reduzir demais a potencialidade normativa da garantia prevista no art. 7.5 da CADH”.

De maneira igualitária é o posicionamento apontando por Aury Lopes Junior, vejamos:

[...] atuação da autoridade policial não tem suficiência convencional, até porque, o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente “funções judiciais”. É uma autoridade administrativa despida de poder jurisdicional ou função judicial. Em segundo lugar a própria CIDH já decidiu, em vários casos, que tal expressão deve ser interpretada em conjunto com o disposto no art. 8.1 da CADH, que determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”. Com isso, descarta-se, de vez, a suficiência convencional da atuação do Delegado de Polícia no Brasil. (LOPES JR., 2018, p. 392).

Portanto, constata-se que o Ministério Público, Delegados de Polícia e a Defensoria Pública não tem atribuições para relaxar ou revogar prisões, muito menos para impedir a violação da integridade física do aprisionado. Por essa razão, o preso deve ser apresentado ao juiz, pois possui prerrogativas para assegurar as garantias fundamentais inerentes a audiência de custódia.

3.8 Consequências jurídicas da não realização da audiência de custódia

Mais um ponto que ocasiona bastante debate em relação ao procedimento da audiência de custódia, são as consequências ocasionadas pela não realização desse instituto no curso do processo. Segundo Caio Paiva (2018), a não apresentação do preso ao magistrado torna a constrição ilegal, sendo necessário seu relaxamento, pois “trata-se de uma etapa procedimental de observância obrigatória para a legalidade da prisão” (PAIVA, 2018, p. 140).

No mesmo sentido, é o posicionamento adotado por Badaró *apud* Paiva, vejamos:

[...] a prisão em flagrante que for convertida em prisão preventiva, sem que seja observado o art.7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos será ilegal e, como toda e qualquer prisão ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, nos exatos termos do art. 5º, *caput*, inciso LXV, da Constituição. A

realização da chamada audiência de custódia é etapa procedimental essencial para a legalidade da prisão.
[...] A ilegalidade da prisão que não observe tal regra é evidente e a mesma deverá ser imediatamente relaxada. (PAIVA, 2018, p. 140).

Somado a isso, preleciona Paiva (2018) que a mesma consequência jurídica se procede em relação ao desrespeito ao marco temporal previsto nos instrumentos normativos para apresentação do custodiado, devendo também nesse caso a prisão ser relaxada. Para ele, isso se deve ao fato “não ter havido controle judicial imediato de legalidade e da necessidade da prisão, além de que a fiscalização do respeito à integridade da pessoa presa, sobretudo a integridade física, ficará inevitavelmente prejudicada se não efetivada a apresentação sem demora”. (PAIVA, 2018, p. 141).

Sobre o assunto, Andrade e Alflen (2018a) apresentam entendimento distinto, afirmando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entende que a não realização da audiência de custódia ocasiona dois efeitos: a) a obrigatoriedade de apresentação do acautelado imediatamente ao magistrado, estando o processo em fase investigativa ou em fase processual; b) ou relaxamento da prisão.

É sabido, que a audiência de custódia é uma etapa procedimental imprescindível para o controle de legalidade das prisões. No entanto, Andrade e Alflen (2018a), aduzem que o entendimento do CIDH, não deve ser aplicado imediatamente ao caso concreto, pois é necessário primeiramente analisar o estágio processual em que o processo se encontra: na fase investigativa ou em fase processual.

Caso esteja na fase de investigação, as providências tomadas devem ser conforme estabelecido pelas Cortes Internacionais, carecendo o detido ser imediatamente apresentado ao magistrado ou colocado em liberdade (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

Se estiver em fase processual, deverá ser analisada a existência ou não de prejuízos, e ainda observar se o preso já obteve sua liberdade sem a necessidade de medidas cautelares distintas da prisão, se esta hipótese já tiver sido concretizada, não há nenhum prejuízo ao sujeito passivo, tendo as pretensões defensivas sido alcançadas. (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

Insta salientar, que a Resolução 213/2015 do CNJ não dispôs sobre os efeitos jurídicos ocasionados pela falta da audiência de custódia, deixando o dilema ser resolvido pela praxe forense. Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), entende que a ausência da realização da audiência de custódia, não ocasiona a nulidade da constrição imposta, vejamos:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FURTO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA REQUISITOS. Art.313, III DO CPP. REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, o entendimento desta Sexta Turma é de que a falta da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva, superada que foi a prisão em flagrante, devendo ser este o novo título de prisão aquele a merecer o exame da legalidade e necessidade. (STJ-RHC:99091 AL 2018/0137946-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Data de Julgamento: 04/09/2018, T6- Sexta Turma, Data de Publicação: DJ em 12/09/2018, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AMEAÇA. ALTERAÇÃO DE LIMITES. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. CRIMES CONTRA A FAUNA. CORRUPÇÃO DE MENORES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, o entendimento desta Sexta Turma é de que a falta da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva, superada que foi a prisão em flagrante, devendo ser este novo título de prisão aquele a merecer o exame da legalidade e necessidade. (STJ, Recurso Ordinário Em Habeas Corpus nº 87.483-PR, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 10.10.2017, publicado no DJ em 23.10.2017, grifo nosso).

No mesmo sentido apresentando, tem-se posicionado o Tribunal de Justiça do Estado do Pará e do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. ALEGAÇÃO DE NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PACIENTE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 08/TJPA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. 1. A não realização da audiência custódia é tida como mera irregularidade processual, não tendo o condão de tornar nula a prisão preventiva do paciente se não demonstrada inobservância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, como no caso em análise, e ainda, se estiverem presentes os requisitos legais da medida extrema ex vi do art. 312 do CPP. Precedentes do STJ; 2. Não há que se falar em revogação da prisão preventiva quando o magistrado a quo, a quem incumbe a análise detalhada dos fatos, logrou demonstrar a existência de provas de materialidade e de indícios suficientes de autoria, nos termos do art.312, caput, do CPP, bem como a gravidade concreta do delito e a periculosidade da coacta, encontrando-se a decisão fundamentada na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto como a exorbitante quantidade de drogas apreendida, a natureza do crime, acentuada periculosidade da paciente e o iminente risco de reiteração delitiva. 3. As qualidades pessoais são irrelevantes quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, conforme dispõe a Súmula nº 08 do TJ/PA. 4. Ordem conhecida e denegada. 5. Decisão unânime. (TJPA, Habeas Corpus nº 0010917-24.2017.8.14.0000, Seção de Direito Penal, Des. Rel. Rômulo

José Ferreira Nunes, julgado em 25.08.2017, publicado no DJ em 27.09.2017, grifo nosso).

EMENTA: HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - NULIDADE – INOCORRÊNCIA ORDEM DENEGADA. A ausência de realização da audiência de custódia, por si só, não é capaz de ensejar a ilegalidade da prisão do paciente, se as suas garantias constitucionais foram devidamente observadas, sendo a prisão decretada em estrita observância aos dispositivos do Código de Processo Penal. (TJMG, Habeas Corpus Criminal nº 1.0000.15.060963-4/000, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, julgado em 20.8.2015, publicado no DJ em 07.8.2015, grifo nosso).

Após analisarmos os posicionamentos dos Tribunais sobre a não realização da custódia, constata-se que não há nenhuma punição ou nulidade devido a inobservância das prerrogativas previstas na Resolução 213/2015. Assim, direitos fundamentais inerentes ao indivíduo detido são violados de maneira translúcida, por isso é imprescindível uma legislação tratando sobre a temática, para dar maior efetividade ao assunto.

4. FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com Fernandes (2015), antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/04 existiam duas correntes doutrinárias a respeito da hierarquia dos tratados internacionais. A primeira, compreendia que os tratados internacionais de Direitos Humanos deveriam adentrar em nosso ordenamento jurídico como normas constitucionais, em observância ao disposto no art. 5º, §2º da Constituição Federal¹.

Em posicionamento divergente, outra parcela da doutrina entendia que qualquer espécie de Tratado Internacional somente poderia adentrar no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária, em virtude dos princípios da soberania nacional e da supremacia da constituição. Nessa época, o Supremo Tribunal Federal compartilhava com a segunda corrente apontada; que os Tratados Internacionais sobre qualquer temática, somente poderiam ser recepcionados como legislação infraconstitucional. (FERNANDES, 2015).

No entanto, após a aprovação da Emenda Constitucional nº45/2004, tratados internacionais sobre Direitos Humanos, que fossem aprovados no mesmo trâmite das emendas constitucionais seriam recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais. Nessas palavras preleciona o art.5, § 3º da Constituição Federal de 1988: “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.”

Depois da aprovação de mencionada emenda constitucional, a doutrina adotou as seguintes teses sobre os Tratados Internacionais: “a) Tratados Internacionais que não são de direitos humanos continuariam a ser recepcionados como lei ordinária; b) já os TIDH que passassem pelo procedimento descrito no art.5, §3º da CR/88 seriam recepcionados como normas constitucionais (equivalentes às emendas constitucionais).” (FERNANDES, 2015, p. 469).

Ocorre, todavia, que um novo debate surgiu acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que foram recepcionados pelo Brasil antes da aprovação

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º 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.

da Emenda nº45/2004, e não foram aprovados pelo procedimento expresso no art.5º§, 3º da Constituição Federal.

Sobre a discussão, o Pretório Excelso adotou a tese apontada pelo Ministro Gilmar Mendes, decidindo que:

[...] TIDH que não passaram pelo procedimento do art.5, §3º da CR/88 não poderiam adentrar como leis ordinárias por serem de direitos humanos (o que não caberia frente a nova assertiva trazida pela EC nº45/04), mas também não seriam normas constitucionais por não terem sido aprovados nos mesmos moldes das Emendas Constitucionais. Segundo o Ministro, eles deveriam adentrar no ordenamento pátrio como normas supralegais, ou seja, um meio termo (posição intermediária) entre as normas Constitucionais e as leis ordinárias. (FERNANDES, 2015, p.470)

Após o posicionamento do STF sobre a matéria, ficou pacificado que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, aderidos antes de supracitada emenda constitucional e não aprovados pelo procedimento do art.5, §3º da CF terão hierarquia de norma supralegal, isto é, acima da legislação infraconstitucional e abaixo da Constituição Federal.

Nessa hierarquia encontra-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de São Jose da Costa Rica, os quais são responsáveis pela implantação do instituto da audiência de custódia no direito brasileiro.

Portanto, atualmente no sistema normativo brasileiro há três tipos de possibilidades para o recebimento de Tratados Internacionais, quais sejam: “a) TIDH (conforme o art.5, §3º da CR/88): norma constitucional; b) TIDH (não conforme o art.5, § 3º da CR/88): norma supralegal e c) TI que não é de DH: Norma ordinária (lei ordinária)” (FERNANDES, 2015, p. 470).

4.1 Cortejo histórico da inserção da audiência de custódia no direito processual penal

Conforme mencionado acima, os tratados internacionais PIDCP e CADH, responsáveis pela implantação da audiência de custódia, possuem hierarquia de norma supralegal e foram convalidados pelo Brasil em 1992. Apesar de sua força normativa, o ordenamento pátrio permaneceu silente sobre a efetivação dessa garantia por mais de vinte anos, já que até o ano de 2011 não havia quaisquer discussões sobre a inserção da audiência de custódia na praxe forense.

Dessa forma, segundo Andrade e Alflen (2018a), embora o PLS nº 554/ 2011 não tenha sido o primeiro intento legislativo para a implantação do instituto abordado nessa monografia, é incontestável que o mencionado projeto de lei possui grande responsabilidade sobre vigência da audiência de custódia no cotidiano jurídico. A influência do PLS nº 554/2011 foi tão significativa, que o CNJ em conjunto com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério Justiça, formulou o projeto-piloto 03/2015, em fevereiro de 2015, o qual é responsável por tornar exequível o instituto em todos os estados da federação, usufruindo de muitos preceitos inseridos em referido projeto de lei (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

Todavia, em virtude de sua regulamentação ter ocorrido por meio de um ato administrativo, não foram poucas as tentativas de revogar a vigência desse projeto-piloto, principalmente pelas instituições que sentiriam diretamente o impacto da inserção da audiência de custódia em sua rotina. (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

A exemplo disso, foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5240) impetrada pela ADEPOL, em fevereiro de 2015, contra o provimento implantando pelo TJ/SP, argumentando dois aspectos : “(1) vício de iniciativa, pois só a União, por meio do Congresso Nacional, poderia legislar sobre direito processual; (2) e desrespeito à separação dos poderes, pois os delegados estão submetidos ao Poder Executivo e o Judiciário não pode ditar regras sobre competências e atribuições” (PAIVA, 2018, p. 96).

Por sua vez, a Corte Suprema declarou improcedente a ADI nº5.240-SP, julgando constitucional o Provimento Conjunto nº 03/2015 (TJSP/CNJ), note:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. (...) 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumenta *ndum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências

de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.¹¹ Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação em todos os tribunais do país. (STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5240-SP, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.08.2015, publicado no DJ em 16.02.2016).

Após mencionado posicionamento do STF, outros tribunais do país também implementaram a audiência de custódia, e devido não ser prescindível a adoção do previsto no provimento do TJ/SP, cada estado passou a criar suas próprias regulamentações sobre a realização da audiência de custódia em seus respectivos territórios, ocasionando divergência procedimental entre os tribunais de justiças estaduais.

Diante desse cenário, o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), com intuito que todos os tribunais do país adotassem a audiência de custódia, e ainda utilizassem o prazo de apresentação de 24 horas. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, tornou obrigatório a realização da audiência de custódia em todo país, no prazo de até noventa dias.

Nesse sentido, para dar uniformidade o mencionado procedimento em todo o território nacional e cumprir a decisão liminar proferida, foi expedida a Resolução nº 213/2015, dispondo sobre o regimento completo da audiência de custódia, entrando em vigor em 01 de fevereiro de 2016. No entanto, assim como ocorreu com o provimento do TJ/SP, a Resolução 213/2015 do CNJ também teve sua constitucionalidade contestada em seu seio administrativo, mas por totalidade teve mencionado provimento negado, observe:

RECURSO ADMINISTRATIVO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 213/2015, DO CNJ. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO MONOCRÁTICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A ALTERAR A SITUAÇÃO ANALISADA OU A JUSTIFICAR O REEXAME DA DECISÃO PROFERIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Como já destacado na decisão monocrática impugnada, a apresentação célere da pessoa presa à presença do juiz é rito que provém dos compromissos internacionais incorporados ao direito pátrio, mediante expressa adesão pelo Estado Brasileiro. 2. A Resolução nº 213/2015, do CNJ, não inova o ordenamento, apenas evidencia o conteúdo normativo dos artigos 9.3 do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos da Organização das Nações Unidas 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e do próprio Código de Processo Penal (ADI, STF, 5240, Min. Luiz Fux).

3. Cabe ao Conselho Nacional de Justiça fundado nas competências constitucionais que lhe são reservadas, expedir atos regulamentares sobre a matéria, que é simples decorrência do Sistema Regional de Proteção Dos Direitos Humanos e está em consonância, inclusive, com a decisão liminar proferida pelo STF na ADPF 347 (Relator Min. Marco Aurélio).

4. Recurso Administrativo interposto com vistas a reformar decisão monocrática que julgou o pedido improcedente e determinou o seu arquivamento, com base no disposto no art. 25, inciso X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.
5. Não tendo o recorrente apresentado fundamentos que pudessem justificar a alteração da decisão monocrática proferida, o desprovimento do Recurso Administrativo é medida que se impõe (PCA - Procedimento de Controle Administrativo Nº 0000006-75.2016.2.00.0000, Relator Conselheiro Fabiano Silveira, 8ª Sessão Virtual, j. 08/03/2016).

Dessa forma, é explícito o posicionamento do STF sobre a constitucionalidade da implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico por um ato normativo do CNJ, justificando que a atuação do poder judiciário não teria ultrapassado os limites de sua competência, pois as regras sobre a implementação da custódia foram somente sobre organização e funcionamento dos tribunais, em observância ao art,96, I, alínea “a”, da CF.

5. ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA RESOLUÇÃO N° 213/2015 DO CNJ

De acordo com o que foi previsto acima, a Resolução n° 213/2015 CNJ foi instituída com a finalidade de colocar em prática em todo território pátrio, as garantias previstas nos artigos 7,5 da CADH e do artigo 9,3 do PIDCP.

No entanto, conforme Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2018a) em alguns pontos específicos, a resolução apresenta-se inconstitucional, ao cometer excessos em alguns artigos, criando obrigações não previstas nos Tratados Internacionais. Em razão disso, violou de forma translúcida o art. 22, I, da Constituição Federal², que dispõe que a União possui competência exclusiva para legislar sobre processo penal.

Ademais, segundo Hugo Otávio Tavares Vilela (2016) ocorreu expressiva violação dos princípios constitucionais da separação dos poderes (art.2 da CF)³ e da legalidade (art.5, II da CF)⁴, vejamos:

Todos esses atos, com a máxima vênia, incorreram num erro crasso. O STF, os demais tribunais e o CNJ são órgãos do Poder Judiciário, não do Legislativo. Tendo criado nova modalidade de audiência para cumprimento de determinação contida em tratados internacionais, o Judiciário legislou abertamente sobre direito processual penal, impondo deveres não só a juízes, membros do Ministério Público, polícia e até mesmo às secretarias de segurança pública. (VILELA, 2016, p. 03).

Embora, o CNJ detenha atribuições para auxiliar na regulação do Poder Judiciário diminuindo a morosidade das decisões, bem como reparando problemas administrativos, as mencionadas prerrogativas devem ocorrer no seio de sua competência, consoante prevê art. 103-B da CF (SILVEIRA, 2019). Nesse sentido, é importante salientar que o STF já manifestou que o CNJ, possui competência *interna corporis* do Judiciário:

O art. 103-B da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que o Conselho Nacional de Justiça é órgão com atribuições exclusivamente administrativas e correccionais, ainda que, estruturalmente, integre o Poder Judiciário. No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando

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

3 Art. 2° São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

4 Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. O Conselho Nacional de Justiça pode, no lícito exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa.

Por isso, supracitada resolução não resistiria a um teste de constitucionalidade, pois em alguns pontos específicos o CNJ excedeu a sua competência, invadindo atribuições pertinentes ao Poder Legislativo, ao determinar obrigações não previstas nos tratados internacionais ratificados Brasil.

Segundo (Silveira, 2019, p.42) “na elaboração de atos normativos, em razão do princípio da compatibilidade vertical, responsável por tornar a CF norma suprema no país, os fundamentos das normas superiores devem ser extraídos para que o ato se torne compatível constitucionalmente”. Porém, a Resolução 213/2015 do CNJ não cumpriu esses requisitos, sendo incompatível em seus artigos 1º, 2º, 5º, 9º e 10º.

Em virtude disso, será realizado uma análise minuciosa sobre cada artigo.

5.1 Art.1. da Resolução 213/2015 do CNJ

O art.1º, *caput*, da Resolução 213/2015 do CNJ dispõe que o indivíduo detido, deverá ser apresentado em até 24 (vinte e quatro) horas ao magistrado, após a comunicação do flagrante, para ser ouvido de como se procedeu a sua prisão⁵.

⁵ 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**.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

§ 3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim.

§ 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.

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Município ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no **caput**.

Todavia, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil não estipulam nenhum prazo específico para a apresentação, apenas determinam que seja “sem demora”. Assim, ao estabelecer um prazo máximo para condução do preso, deve-se analisar as particularidades do caso, para poder concluir se o prazo foi cumprido ou não.

Nessa perspectiva, o CNJ ao restringir um prazo de conteúdo vago previsto na normativa internacional, violou de forma nítida o art.22, I da Constituição Federal, pois mencionada iniciativa deveria ter ocorrido por meio de uma lei, jamais por um ato administrativo. (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

Sobre o assunto Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2018a, p. 124), afirmam que “a Resolução 213, do CNJ, ao fixar o prazo de 24 horas para apresentação da pessoa presa ao juiz, foi além do que comportaria o caráter regulamentador de um ato administrativo”. Para os autores, a resolução deveria ter utilizado o mesmo termo de caráter abstrato prelecionado no CADH e PIDCP, isto é, que a condução da pessoa presa ocorresse “sem demora” (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

Assim sendo, nota-se que a limitação imposta pelo Conselho Nacional de Justiça é incoerente com as disposições constitucionais elencadas no art.103-B, que preleciona que o CNJ é órgão administrativo, integrante do poder judiciário, com função de controlar a atuação administrativa e financeira desse poder.

O CNJ possui competências vinculadas ao Poder Judiciário, e não ao executivo e ao legislativo, por isso jamais poderia editar normas sobre prazos para execução de procedimentos processuais, pois não possui função legislativa.

Sobre o assunto, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, aduz que o CNJ detém as seguintes competências:

- a) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- b) zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
- c) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

- d) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a Administração Pública ou de abuso de autoridade;
- e) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- f) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- g) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1360).

Diante disso, é nítido que o CNJ não detém competências legislativas para usurpar atribuições de outro poder da união e editar normas sobre prazos para a realização de atos processuais, o que claramente torna mencionado artigo inconstitucional. Por isso, a resolução deve ser reformada nesse aspecto aderindo o termo “ sem demora”, o qual é previsto nos tratados internacionais ou ser colocada em vigor uma lei regulamentando todo o procedimento tratado na pesquisa para sanar os aspectos incongruentes.

5.2 Art. 2º e Art. 5º da Resolução 213/2015 do CNJ

O art.2º de mencionada resolução versa sobre o deslocamento dos indivíduos presos até ao local em que será realizado a audiência de custódia, decretando tal encargo ao executivo, por meio da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretária de Segurança Pública. Nesses termos, anuncia supracitado artigo:

Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais. Parágrafo único. Os tribunais poderão celebrar convênios de modo a viabilizar a realização da audiência de custódia fora da unidade judiciária correspondente.

Diante do lecionado pelo CNJ, essa responsabilidade não fica sob o senhorio do poder judiciário, mas na responsabilidade do executivo. É sabido, que o judiciário não dispõe de condições para realizar esse transporte, pois além de não possuir automóveis adequados, os responsáveis pela segurança desse poder, também realizam a defesa de seu patrimônio público (VANDERLEI, 2018).

Ocorre, todavia, que o judiciário além não ter o compromisso de realizar o transporte do apripionado, somente quer recebê-lo em horários predeterminados, esquivando-se de realizar a audiência de custódia em qualquer horário do dia e da noite. (ANDRADE; ALFLEN, 2018b)

Em função disso, o detido permanece mais tempo do que o necessário enclausurado, esperando a realização da audiência de custódia, e ainda incumbindo a polícia judiciária de custodiar o preso por um longo período. Todavia, conforme os tratados internacionais CADH e do PIDCP, após a conclusão do auto de prisão em flagrante, não há mais motivos ensejadores para que o preso permaneça em sede policial. (ANDRADE; ALFLEN, 2018b)

Nessa conjuntura de os magistrados não quererem realizar a audiência de custódia em caráter de urgência, e a autoridade policial recusar-se a ficar responsável pela sua vigília além do tempo necessário, os presos são encaminhados primeiramente até as unidades prisionais, e nesse local ficam aguardando o momento em que a audiência de custódia vai ser realizada. Porém, esse comportamento também viola de forma nítida a normativa internacional, que assegura que o ingresso do preso ao sistema penitenciário somente ocorreria após a decretação da prisão preventiva. (ANDRADE; ALFLEN, 2018b)

Por sua vez, o art.5º da Resolução 213/2015, impõe que a autoridade policial notifique o advogado da pessoa presa em flagrante de delito, e caso não possua patrono constituído a Defensoria Pública, note:

Art.5º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça na audiência de custódia, consignando nos autos.
Parágrafo único. Não havendo defensor constituído, a pessoa presa será atendida pela Defensoria Pública.

Nesse artigo, a resolução comete um sério erro ao delegar para autoridade policial a tarefa de intimar o advogado ou defensor público. Isso porque após a confecção do auto de prisão em flagrante, o delegado de polícia não possui mais informações sobre o horário e a data, em que será efetuada a audiência de custódia. (ANDRADE; ALFLEN, 2018b)

Ademais, “considerando-se a natureza processual da AC, a notificação ou intimação das partes para comparecimento somente pode emanar do Poder Judiciário, sendo no mínimo inconveniente, portanto, que a autoridade policial intime alguém para a realização de um ato processual” (ANDRADE; ALFLEN, 2018b, p.70)

Diante disso, é necessário que a resolução seja alterada nesse aspecto, atribuindo ao delegado de polícia somente a obrigação de constatar no auto de prisão em flagrante, se a pessoa presa possui advogado (ANDRADE; ALFLEN, 2018b).

Por causa disso, nota-se que o art.2º e o art.5º da Resolução 213/2015 são inconstitucionais, visto que o CNJ impôs obrigações ao executivo, incumbindo ao delegado de polícia a notificação do defensor ou advogado, bem como o transporte dos presos a Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública

Conforme Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2018a, p. 127) ”enquanto uma reforma na Resolução nº213, de 2015, não ocorrer nos pontos indicados, não há como negar que o CNJ infringiu claramente a restrição contida no artigo 22, I, da CF e, por que não dizer, a respeito à própria separação e independência dos Poderes”. No mesmo sentido apresentando tem-se posicionado Hugo Otávio Tavares Vilela (2016):

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o CNJ integra a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura (por ex.: Ag Rg na MC em MS 28.611, rel. Min. Celso de Mello, j. em 14.10.2010, Plenário, *DJE* de 01.04.2011). Assim sendo, causa espécie constatar que tal órgão está estabelecendo dever processual aos delegados de polícia. Sobretudo, o dispositivo em comento alcança patamar gritante de inconstitucionalidade ao disciplinar, por meio de ato normativo administrativo, atos de comunicação processual. Mais uma vez, a Resolução afronta gravemente a separação dos poderes (art. 2.º do CF/1988) e o princípio da legalidade (art. 5.º, II, CF/1988). (VILELA, 2016, p.07)

O art. 2º da Constituição Federal leciona que o legislativo, o executivo e o judiciário são poderes da união, independente e harmônico entre si, cabendo atuarem conjuntamente, mas cada um dentro de sua competência e atribuição. Nesse sentido, “o judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos; o executivo veta projetos legislativos aprovados, além de nomear membros do judiciário; já o legislativo detém poderes de investigação e analisa aspectos financeiros e orçamentários”. (FERNANDES, 2015, p. 296).

Portanto, as imposições estabelecidas no art2º e art5º do CNJ, são inconstitucionais, pois além infringir o art.22, I, da CF, ao legislar sobre matéria processual penal e impor obrigações ao Poder Executivo, também transgrediu o princípio de separação dos poderes, cerne do Estado Democrático de Direito.

5.3 Art.9º da Resolução 213/2015 do CNJ

O art. 9º, *caput*, da Resolução 213/2015 do CNJ dispõe que:

art. 9º A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP deverá compreender a avaliação da real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observando-se o Protocolo I desta Resolução.

O mencionado artigo, a resolução comete um grave equívoco ao solicitar que o magistrado indique na ata da audiência o prazo para o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão e para revalidação de sua manutenção. Isso ocorre, pois, o Código de Processo Penal nunca decretou que tivesse que ser fixado um prazo determinado para o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, conforme determina a resolução.

Atualmente, a legislação estabelece que o magistrado ao fixar qualquer medida cautelar, observe os critérios da necessidade e da adequação, previstos no art. 282, *caput*, CPP⁶, jamais podendo aplica-las automaticamente baseado em sua discricionariedade. Dessa forma, “não se cuida de medida automática, a ser padronizada e aplicada aos réus em geral. Elas dependem dos requisitos de necessidade e adequabilidade” (NUCCI, 2016, p. 466).

Nesse sentido, quando não estiverem mais presentes os requisitos ensejadores, a medida deverá ser revogada ou substituída a qualquer tempo, desde que se examine supressão que motive a sua manutenção ou caso contrário quando subsistirem motivos que a enseje pode ser decretada novamente ou substituída por uma mais gravosa. Logo, as medidas cautelares possuem caráter bilateral, podendo ser decretada quando imprescindível e revogada quando desnecessário.

Por isso, o Código de Processo Penal não determina prazo para seu cumprimento. Conforme Alexandre Cebrian Araújo Reis (2018, p. 357) “não há previsão de prazo máximo de duração das medidas cautelares, o que autoriza a conclusão de que os efeitos da decisão que as decreta devem perdurar enquanto subsistir a sua necessidade”.

Diante disso, é incontestável que o CNJ criou de forma inconstitucional, regimento processual para ser considerado por todos os juízes do país durante a audiência de custódia.

5.4 Art.10 da Resolução 213/2015 CNJ

⁶ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O décimo artigo da resolução versa que a medida cautelar de monitoração eletrônica deve ser tratada de forma excepcional, observe:

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do **caput** do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

Parágrafo único. Por abranger dados que pressupõem sigilo, a utilização de informações coletadas durante a monitoração eletrônica de pessoas dependerá de autorização judicial, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Nota-se, que o CNJ cometeu um sério equívoco ao abordar a medida cautelar de monitoração eletrônica como *ultima ratio*, apresentando óbvia discrepância com o previsto no art. 319, XI⁷, do Código de Processo Penal, o qual preleciona que a monitoração eletrônica é medida cautelar diversa da prisão. Nesse sentido, pela ordem das medidas cautelares, primeiramente deve se aplicar as medidas distintas do cárcere disposta art. 319 do CPP, por exemplo, a monitoração eletrônica, para somente quando essas não foram suficientes ser decretado a prisão preventiva.

Todavia, a Resolução 213/2015 previu que a monitoração eletrônica somente poderia ser aplicada nos casos, em que: a) não for possível a concessão de liberdade provisória sem aplicação de medida cautelar; b) não for cabível medida cautelar menos gravosa; c) apenas para pessoas presas em flagrante por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, salvo o lecionado no inciso do art. 64 do CP; d) pessoas que estejam submetidas sob medidas protetivas de urgência acusadas que abarquem crimes de violência doméstica e famílias, em face de mulher, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, nos casos em que não for cabível medida menos gravosas (ANDRADE; ALFLEN, 2018a).

Diante do exposto, verifica-se que a resolução 213/2015 estipula critérios divergentes dos prelecionados no Código de Processo Penal. Sobre o assunto, Mauro Fonseca Andrade e

⁷ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...) IX - monitoração eletrônica.

Pablo Rodrigo Alflen fazem uma análise dos requisitos ensejadores da monitoração eletrônica previstos em supracitada resolução, vejamos:

Para que se tenha uma ideia, em uma análise dos tópicos acima indicados, a letra *a* é totalmente despicienda, pois, se é possível a concessão de liberdade provisória sem a imposição de medida, ausente estará o requisito *necessidade*. Quanto à letra *b*, a impossibilidade de imposição de monitoração eletrônica, diante da possibilidade de medida cautelar menos gravosa também se mostra inútil diante da ausência do requisito *adequação*. A letra *c* se traduz em uma restrição ilegal, derivada de um critério de política criminal adotada pelo CNJ, a fim de destinar aparelhos denominados *tornozeleiras eletrônicas*, por seu custo aos Estados, a sujeitos que demonstrem periculosidade concreta, seja em razão do apenamento máximo destinado ao crime flagrado, seja por já haver sido condenado criminalmente em feito anterior. Nota-se que, não por acaso, os requisitos apresentados são os mesmos autorizadores para o decreto da prisão preventiva (incisos I e II do artigo 313 do CPP). Por fim, a letra *d* falha gravemente ao se referir ao destinatário da monitoração eletrônica como sendo o sujeito que está em cumprimento de medidas protetivas de urgência, mas que igualmente está sendo *acusado* da prática de crimes ali mencionados. Ou seja, se a figura do *acusado* corresponde àquele sujeito objeto de uma acusação, e uma acusação somente tem seu lugar em *juízo* (*nulla accusatio sine iudicio*), logo, a pretensão do CNJ é que, para aquelas hipóteses, a monitoração eletrônica somente se destine a sujeitos que já estejam respondendo a processo criminal. Com isso, cria dois pesos e duas medidas para sujeitos que venham a cometer crimes contra aquela relação de pessoas objeto de atenção pelo inciso III do art.313: quem não está ainda sendo acusado pode ter decretada sua prisão preventiva; quem já está sendo processado não poderá ter esta mesma prisão preventiva decretada. O que faz aquela letra, portanto, é criar uma cláusula de impedimento, não prevista no CPP, ao decreto da prisão preventiva. (ANDRADE; ALFLEN, 2018a, p. 129).

Portanto, o décimo artigo da resolução 213/2015 do CNJ também se manifesta inconstitucional, ao estabelecer que a monitoração eletrônica deve ser aplicada somente a determinadas situações, fato esse que não é restringido pelo Código de Processo Penal.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a audiência de custódia é imprescindível para efetivação de garantias fundamentais inerentes ao ser humano, pois além de assegurar direitos intrínsecos ao preso, funciona como mecanismo para diminuição da população carcerária e resguardo da integridade física, ao determina que o detido seja apresentado perante magistrado no prazo de vinte e quatro horas.

Nesse sentido, embora o instituto processual esteja sendo implementando por um ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça, não se pode negar que ocorreu grande avanço na efetivação de direitos fundamentais, já que conforme dados do CNJ entre o ano de 2015 a novembro de 2019 foram realizados no âmbito da justiça estadual brasileira 557.356 mil audiências de custódia, desse montante 223.153 mil pessoas presas tiveram a prisão relaxada.

Em razão da implementação desse instituto na praxe forense, esses montantes de presos tiveram sua liberdade assegurada, pois antes da resolução 213/2015 permaneceriam encarcerados meses, sem que houvesse necessidade, esperando pela realização da audiência de instrução, onde ocorreria o primeiro contato com o magistrado.

Todavia, em que pese a sua beneficência e a boa intenção do CNJ, não se pode negar que a Resolução tratada nesse trabalho apresenta alguns pontos inconstitucionais, ao usurpar a competência do Poder Legislativo, legislando claramente sobre direito processual penal. Isso porque na elaboração de alguns artigos, especificamente 1º, 2º, 5º, 9º e 10º, violou abertamente o art.22, I da Constituição Federal, que determina que é atribuição exclusiva da União legislar sobre direito processual, bem como o princípio de separação dos poderes, previsto no art.2 da CF. Ademais, determinou atribuições ao executivo, o que somente poderia ocorrer por meio de uma lei, e não por um ato administrativo.

Portanto, o Conselho Nacional de Justiça extrapolou sua competência ao legislar por meio de um ato administrativo sobre matérias que não lhe eram atribuídas, mas de outro poder da União. Por isso, deve ser aprovada uma lei para tratar sobre a temática, pois além de dar maior efetividade ao instituto, que não apresenta nenhuma consequência jurídica quando a audiência de custódia não é observada, irá fazer cessar a inconstitucionalidade de um ato administrativo tratando de assunto pertinente a uma lei.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, M. F.; ALFLEN, P. R. (Org.). **Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018b.

ANDRADE, M. F.; ALFLEN, P. R. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018a.

ARAGÃO, Nancy. **Você conhece o direito penal?** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Habeas Corpus Criminal nº 1.0000.15.060963-4/000**. Relator: Des. Agostinho Gomes de Azevedo, Belo Horizonte, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224970552/habeas-corpus-criminal-hc-10000150609634000-mg/inteiro-teor-224970878?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto lei nº 7212, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: 28 abr.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 592. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília. 1992.

BRASIL. Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília. 1978.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 de jul.2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.737 de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Disponível em:<<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acesso em: 18 dez 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 dez 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispões sobre prisão temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 29 de jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 99091-AL**. Relator: Min NEFI CORDEIRO. Brasília, 04 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631919166/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-99091-al-2018-0137946-8/inteiro-teor-631919175>. Acesso em: 11 nov. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 99091-AL**. Relator: Min NEFI CORDEIRO. Brasília, 04 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631919166/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-99091-al-2018-0137946-8/inteiro-teor-631919175>. Acesso em: 11 nov. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário Em Habeas Corpus nº 87.483-PR**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 10 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701783622&dt_publicacao=23/10/2017>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário Em Habeas Corpus nº 87.483-PR**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 10 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701783622&dt_publicacao=23/10/2017>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5240 SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasil, 20 de agosto de 2015**. Disponível: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o2m5vqg>>. Acesso: 18. Nov de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 MC/DF**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Marco Aurelio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nh82k29>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança. MS 27.621/ DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 07 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983588>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação de descumprimento de preceito fundamental nº. 347/DF**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime inicial de cumprimento da pena reclusiva ao reincidente.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1099>. Acesso em: 11 abr.2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **PCA - Procedimento de Controle Administrativo Nº 0000006-75.2016.2.00.0000**, Relator Conselheiro Fabiano Silveira, 8ª Sessão Virtual, j. 08/03/2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=F7F8D984817799FC5918EF52F5C6D3A8?jurisprudenciaIdJuris=47917&indiceListaJurisprudencia=1&firstResult=4200&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em 12 mai. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.** Diário da Justiça Eletrônico. Poder Judiciário, Brasília, DF, 8 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

CORREIA, Cristiane Silva Ferreira. **Audiência de Custódia e o novo projeto Lei 8045/2010- Novo Código de Processo Penal.** Disponível em: <https://www.megajuridico.com/audiencia-de-custodia-e-o-projeto-de-lei-8-0452010-novo-codigo-de-processo-penal/>. Acesso em: 14 de outubro de 2018.

CRUZ, Jorge Henrique Tatim da. **Prisões Cautelares e Audiência de Custódia: Uma análise do impacto no encarceramento provisório.** Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2018.

FALCÓN Y TELLA, Maria José. FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?** Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FREITAS; FRANÇA, 2016. **Audiência de custódia e suas consequências no sistema processual penal.** Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15793/3692>. Acesso em 12 de dezembro de 2018.

GRECCO, Rogério. **Direito Penal. Parte geral.** 18. Ed. Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 6ºed. Salvador: JusPodivim,2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES, Aury Jr.; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Disponível em:<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209>. Acesso em: 25 ago.2019.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal comentando.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. Revista dos Tribunais, vl.960, Out, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bo1_2006/RTrib_n.960.05.PDF.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal: parte geral**. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1 e 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev.. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3º ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

PAULA, Edimar de. **Audiência de custódia no Estado do Tocantins, implantação, resultados e desafios**. 2019.127f. Dissertação (Mestrado Profissional)- Universidade Federal do Estado do Tocantins, Palmas, 2019.

PESSINA, Enrique. **Elementos de derecho penal**. 2. ed. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1913.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROUVER, Tadeu. **Advogados criticam junção de projetos e novo CPP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-14/advogados-criticam-juncao-pls-audiencia-custodia-cpp>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

SILVEIRA, Nathália Carvalho. **Audiência de custódia: entraves constitucionais à sua plena efetividade no direito brasileiro**. Trabalho de Conclusão de curso (Graduação)- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. e atual.- Salvador: JusPodivm, 2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Habeas Corpus Criminal nº 0010917-24.2017.8.14.0000**. Relator: Des. Rômulo José Ferreira Nunes, Belém, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessportal/consulta/principal#>. Acesso 11.nov,2019.

VANDERLEI, Priscila Rufino. **Da (in)efetividade plena da audiência de custódia no direito brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)- Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **Audiência de custódia: a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 970, p. 195-208, ago. 2016.