

Audiência de custódia: da (in)constitucionalidade à dignidade da pessoa humana



Elídia Aparecida de Andrade Corrêa

Juíza Federal. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/Jacarezinho.

RESUMO: O excesso de demandas em andamento no Poder Judiciário nacional (mais de 100 milhões em 2017) é um dos fatores para a manutenção indevida, e por tempo superior ao necessário, de prisões cautelares no Brasil, impactando na administração pública carcerária. Essa situação, somada ao fato do Brasil não cumprir parte das normas fixadas em tratados e convenções internacionais, inclusive aquela que prevê a obrigação de apresentação imediata de pessoas presas em flagrante, ou por decisão definitiva, à autoridade judiciária competente, levou o CNJ à edição da Resolução nº 213/2015, exigindo-se, a partir daí, e em todo o Brasil, a realização de audiência de custódia. Este artigo aborda a evolução histórica da implantação da audiência de custódia no nosso país e discorre acerca da constitucionalidade de sua exigência por meio de regramento administrativo, sem lei formal. Tem a pretensão, ainda, de analisar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na validação de tal resolução. Ao final, apreciará se o prazo de 24 horas para a apresentação de qualquer preso ao juiz, previsto na mencionada resolução, pode ser exigido das autoridades policiais e do próprio Judiciário, sem ferir o devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão cautelar. Audiência de custódia. Dignidade da pessoa humana. Resolução administrativa. Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1 – Abordagem temática inicial. 2 - Audiência de custódia e a dignidade da pessoa humana. 3 - Da obrigatoriedade de apresentação do preso em flagrante ao juiz. 4 - Projeto “Audiência de Custódia”. 5 – A audiência de custódia é inconstitucional? 6 – Conclusões. Referências bibliográficas.

1 – Abordagem temática inicial

Segundo levantamento propagado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em julho de 2014, o Brasil está entre os primeiros países no mundo em população carcerária, mais especificamente o 4º maior em população carcerária do mundo (563.526 detentos), ou ainda o 3º maior, desde que computadas as prisões domiciliares (147.937 pessoas), o que totalizaria 711.463 pessoas presas. Isso sem contar com os 373.991 mandados de prisão que constavam como pendentes de cumprimento no Banco Nacional de Mandados de Prisão que, se cumpridos, resultaria em uma população de 1.085.454 de pessoas encarceradas. Diante de um sistema prisional que oferece tão somente 357.219 vagas, ter-se-ia um déficit de 728.235 de vagas.¹

Ainda analisando os dados desse levantamento, apurou-se que 41% das pessoas presas eram presos provisórios, sem condenação pelo sistema de justiça brasileiro, e mais da metade dos presos provisórios estariam custodiados há mais de 90 dias, em desprezo ao princípio da presunção da inocência.

Por conseguinte, a pena de prisão que deveria ser concebida para ressocializar a pessoa, ao mesmo tempo em que restringe seu direito de ir e vir, acaba por macular diversos outros direitos do encarcerado, de maneira a, na prática, violar o reconhecimento de sua dignidade. Deveras, em dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional no ano de 2014, em estudo denominado INFOPEN, constatou-se que apenas 40% das unidades prisionais contavam com unidade de saúde, além do que apenas 449 médicos clínicos gerais atendiam a toda a população encarcerada.

O número de mortes nos presídios bra-

sileiros também causa espécie, pois – mesmo desconsiderando os números não fornecidos pelos Estados de Rio de Janeiro e São Paulo – tem-se que somente no primeiro semestre de 2014 foram noticiadas 565 mortes nos demais Estados, sendo que aproximadamente metade delas foi classificada como violenta e intencional. Dados exibidos pelo próprio Ministério da Justiça – MJ dão conta de que a taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas, o que faz esse valor sobrepujar em seis vezes a taxa de crimes letais intencionais verificados no Brasil, no ano de 2013. Em outras palavras, a pessoa presa no Brasil tem seis vezes mais chance de sofrer uma morte intencional em relação à pessoa que se encontra solta.

O quadro descrito demonstra que algo não funciona na administração pública carcerária, na medida em que revela um número absolutamente insuficiente de vagas e uma superpopulação carcerária com todos os problemas periféricos atuais, entre eles as revoltas carcerárias e assassinatos em massa de detentos.²

Os números acima apresentados, além de evidenciar a insuficiente estrutura carcerária nacional disponibilizada pelo Poder Executivo em favor dos presos, ainda indicam que algo não está funcionando no Poder Judiciário, pois há um alto índice de

¹ BRASIL. CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília/DF: jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

² Veja as reportagens: CARAZZAI, Estelita Hass. Detentos fazem motim em prisão do RN; ao menos 26 morrem, diz governo. *Folha Uol*. São Paulo, 14 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017. SERAPIÃO, Fabio; MACEDO, Fausto. Faccão Família do Norte (FDN) mata integrantes do PCC no Amazonas. *Estadão*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/facao-familia-do-norte-fdn-mata-integrantes-do-pcc-no-amazonas/>>. Acesso em: 27 set. 2017. SAIBA quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

encarceramento, especialmente o encarceramento provisório, sem posterior conversão em condenação com regime de cumprimento de pena fechado.

Esse conjunto de fatos suscitou a criação de medidas buscando redução do encarceramento indevido e, em consequência, diminuição da superlotação do sistema prisional brasileiro, destacando-se positivamente um aumento dos números de transação penal e suspensão condicional do processo (na linha da valorização das medidas autocompositivas). A edição da Lei nº 12.403/2011 é exemplo desse movimento, trazendo ao magistrado a possibilidade de substituir a prisão cautelar por outras medidas cautelares (descritas nos arts. 317 a 319 do CPP), especialmente o monitoramento eletrônico³ e a prisão domiciliar,⁴ mostrando-se ferramentas inibidoras do encarceramento mediante a adoção da necessária razoabilidade em cada caso concreto.

Entre as novas medidas editadas por força dessa concepção contemporânea, insere-se a criação da audiência de custódia, cuja realização vem determinada na Resolução nº

213/2015 do CNJ. Este instituto processual centra-se na obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa a um juiz competente, no prazo máximo de 24 horas, para verificação das condições de sua prisão e a necessidade de sua manutenção. Visa, também, evitar prisões desnecessárias e coibir a prática da tortura e violência policial.

Passados dois anos da edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, apesar de ainda estar em processo de adoção nas centenas de unidades jurisdicionais do país, o instituto – voltado à garantia da dignidade da pessoa humana – já se revela um importante instrumental no trato das prisões efetivadas no país, especialmente as cautelares.

Este artigo se propõe a analisar a audiência de custódia, como surgiu, sua eficácia e também sua consonância com nossa Constituição Federal – CF/88 e nosso sistema processual penal. Como método de abordagem, será utilizado o histórico-dedutivo e as técnicas de pesquisa indireta e bibliográfica.

2 - Audiência de custódia e a dignidade da pessoa humana

A audiência de custódia é um instrumento processual para que toda pessoa presa (em flagrante delito, em cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária e para aplicação de pena definitiva) seja levada sem demora à presença da autoridade judicial, para avaliação da legalidade da prisão, a necessidade da sua manutenção, a possibilidade de concessão de medidas cautelares diversas e análise da possível prática de tortura ou maus tratos sofridos pelo preso.

O autor Caio Paiva observa que:

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério

3 A monitoração eletrônica foi instituída pela Lei nº 12.258/2010, que acrescentou à Lei nº 7.210/84 os artigos 146-B a 146-D, estabelecendo a possibilidade de aplicação do monitoramento eletrônico, pelo juiz de execuções penais, nos casos de concessão dos benefícios de saída temporária (arts. 122 a 124 da LEP) e de prisão domiciliar (art. 117 da LEP). Posteriormente, a Lei nº 12.403/2011 reformulou o Título IX do Livro I do CPP, que cuidava da prisão, da liberdade provisória e, entre outras medidas cautelares, criou a monitoração eletrônica do artigo 319, IX, que constitui medida cautelar de natureza pessoal voltada a garantir a aplicação da lei penal, a conveniência da investigação ou da instrução criminal e evitar a prática de infrações penais (art. 282, *caput*, I, do CPP).

4 A prisão domiciliar pode ser adotada em substituição à prisão preventiva em hipóteses especificamente previstas pela lei (art. 318 do CPP). Porém, apesar de aparentemente o artigo 318 trazer um rol taxativo, existem julgados que admitem essa medida cautelar em substituição à preventiva em outras situações mais benéficas ao acusado, como, por exemplo, se encontrem condições desumanas na unidade prisional, conforme acórdão STJ no HC 142.513/ES, Sexta Turma, Relator Ministro Nilson Naves, j. 23/03/2010, DJe 10/05/2010; ou também quando a prisão preventiva seja excessiva para a apuração da infração, conforme acórdão TRF3 no HC 69.653/SP, proc. nº 0021254-48.2016.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 31/01/2017, e-DJF3 09/02/2017.

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.⁵

Ao final da audiência de custódia realizada conforme a Resolução nº 213/2015 do CNJ, dependendo dos pedidos formulados pelas partes e da situação apurada, caberá ao juiz que preside o ato: a) decidir pelo relaxamento da prisão ilegal, determinando a expedição do competente alvará de soltura; b) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou, em alguns casos, a prisão domiciliar (art. 318 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.257/2016), determinando de igual sorte, e por conseguinte, a expedição de alvará de soltura; c) substituir a prisão em flagrante por medidas cautelares diversas, e d) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Também deverá encaminhar para apuração eventual comunicação de prática de tortura ou maus tratos.

A implantação da audiência de custódia permite que o Brasil honre os compromissos assumidos no cenário internacional, bem como princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.⁶

De acordo com Sarlet,⁷ dignidade da pessoa humana deve ser entendida como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa garantias contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

Para Moraes,⁸ a dignidade da pessoa humana traz consigo a possibilidade de exigir, por parte das demais pessoas, o respeito à sua esfera de direitos, sendo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. Com o princípio da dignidade da pessoa humana inserto na CF/88, passa o homem a ser considerado o fim justificante de todo o ordenamento jurídico e de toda a atuação Estatal, que deverão ser voltados à criação e à garantia das condições que se fizerem necessárias à plena realização da pessoa humana, de seu bem-estar.

Vejamos agora como a realização da audiência de custódia vem a cumprir papel constitucional, no sentido de dar efetividade a nossa Constituição Federal, especialmente sob os olhos da dignidade da pessoa humana.

Konrad Hesse, autor de “A força normativa da constituição”, uma das maiores obras contemporâneas do Direito Constitucional, defende a ideia de não se conceber uma norma constitucional dissociada da realidade, de maneira que a pretensão de sua eficácia se encontra umbilicalmente ligada às condições históricas de sua realização, condições essas que podem ser de ordem natural, técnica, econômica ou social.

Aduz, portanto, Hesse⁹ que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, de maneira que a essência de uma Constituição está na sua vigência, que se constitui justamente na situação por ela regulada e que pretende ser

5 PAIVA, Caio. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. *Justificando*. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

6 BRASIL. CNJ. *Audiência de custódia*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0a0eb26b96fdeaf529fodeco9b.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

8 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 48.

9 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

concretizada na realidade. Segundo o autor,

[...] constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo.¹⁰

E, no tocante a esse “estado espiritual de seu tempo”, não se deve olvidar que o constituinte da Carta de 1988 elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos principais vetores de toda a ordem constitucional e, por conseguinte, do Estado Brasileiro em sua atuação.

Por assim dizer, ao materializar a audiência de custódia, cujo substrato já se encontrava em tratados internacionais de defesa de direitos humanos subscritos pelo Brasil, em verdadeira exaltação ao princípio da dignidade da pessoa humana, adquiriu a nossa Constituição força normativa, em especial quando da edição da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, expedida pelo CNJ, que regulamentou de forma minuciosa o instituto da audiência de custódia.

É justamente essa disposição em realizar a eficácia da Constituição que Hesse¹¹ define como “vontade de Constituição”, que leva o Estado e a sociedade a orientarem suas condutas, no sentido de realizarem as tarefas, os objetivos, os valores, as ordens que se achem no corpo daquela Constituição, que fará com que ela – a Constituição – converta-se em uma força ativa. E, na tentativa de realizar a “vontade da Constituição”, que tem



como seu princípio basilar o da dignidade da pessoa humana, tão maltratado – senão inexistente – em face do caótico estado em que se acha o sistema prisional brasileiro, o CNJ editou a Resolução nº 213/2015.¹² E, como será demonstrado, é exatamente essa intenção que ainda a mantém intacta e válida, mesmo diante de tantas medidas tentando derrubá-la.

Consoante defendido em minha dissertação de mestrado, na prestação da tutela jurisdicional,

[...] o poder judiciário deverá efetivar os direitos fundamentais tendo por norte, sempre, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.¹³

12 Além da Resolução nº 213/2015 do CNJ, compõem este sistema normativo de custodiamento a Recomendação nº 49/2014 do CNJ (Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas – princípios e regras – do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências) e a Resolução nº 214/2015 do CNJ (Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais).

13 CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. *A ação civil públi-*

10 *Ibidem*, p. 20.

11 *Ibidem*, p. 19.

3 - Da obrigatoriedade de apresentação do preso em flagrante ao juiz

O respaldo jurídico do estabelecimento do instituto da audiência de custódia no Brasil é encontrado em três tratados internacionais.

O primeiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969), foi internalizada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, e prevê em seu artigo 7º (Direito à Liberdade Pessoal), no item 5, que:

5. Toda pessoa 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 dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Já o segundo tratado que lhe dá sustentação, e do qual o Brasil é signatário, é aquele denominado Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque – PIDCP, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 592/1992, que em seu artigo 9º, item 3, dispõe expressamente que:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o

comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Por fim, o terceiro tratado internacional é a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, internalizado no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação veiculada no Decreto nº 40/1991, especialmente a regra do artigo 2, item 1:¹⁴

1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Não obstante o Brasil ser signatário desses três tratados internacionais prevendo a proteção do preso ou apreendido mediante sua imediata apresentação a um juiz, para o conhecimento do fato e a adoção de medidas protetivas imediatas (inclusive contra a prática de tortura), não há qualquer norma jurídica de caráter geral vigente, a não ser algumas normas esparsas de nossa legislação, que trazem indicação dessa exigência para casos pontuais e específicos.¹⁵

ca como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social. Dissertação de mestrado. UENP/Jacarezinho. 2007, p. 254. Disponível em: <<https://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>>. Acesso em: 27 set. 2017.

14 Sobre o descumprimento dessa regra, o Brasil foi censurado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Jailton Neri da Fonseca vs Brasil (caso 11.634), envolvendo a morte de um menino por policiais do Estado do Rio de Janeiro em 1992, sendo que referida censura se deu porque não se garantiu a realização da audiência de custódia à vítima, que veio a ser privada de sua liberdade de forma ilegal e, ao final, veio a ser morta sem sequer ter acesso ao Poder Judiciário. Nessa censura aplicada ao Brasil, a CIDH declarou que a privação de liberdade, naquelas condições, foi ilegal “Sem que houvesse qualquer motivo para sua detenção ou de qualquer situação flagrante. Não foi apresentado imediatamente ao juiz. Não teve direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade da sua detenção ou ordenasse sua liberdade, uma vez que foi morto logo após sua prisão. O único propósito da sua detenção arbitrária e ilegal foi matá-lo.”

15 Em nosso ordenamento jurídico há algumas previsões legais de apresentação imediata do preso a um juiz para análise da legalidade da prisão. Confira-se o artigo 287 do CPP (“Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do

O mais próximo de regra geral sobre esta matéria é o artigo 306 do CPP, que determina a imediata comunicação da prisão de qualquer indivíduo ao juiz, mediante o envio, no prazo máximo de vinte e quatro horas, do Auto de Prisão em Flagrante – APFD. E essa comunicação não é suficiente para que sejam resguardadas as garantias fundamentais do preso em flagrante, na extensão dos tratados internacionais mencionados acima, pois a Corte Interamericana dos Direitos Humanos – CIDH, reiteradas vezes manifestou-se no sentido de 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.¹⁶

Buscando preencher este vazio legislativo sobre a questão, vários projetos de lei e de emenda constitucional de iniciativa do Senado e da Câmara dos Deputados foram iniciados a partir de 2009.¹⁷ As discussões em torno dessas propostas legislativas trouxeram um debate intenso sobre a necessidade da realização da chamada audiência de custódia, porém até o momento nenhum foi aprovado.

mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado”; o artigo 656 do CPP (“Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”); o artigo 236, § 2º, do Código Eleitoral (“Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator”); o artigo 171 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”).

16 Apud PAIVA, Caio. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. *Justificando*. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

17 Podemos mencionar: PLS nº 156/2009 (Novo CPP, hoje tramitando como PL nº 8.045/2010); PLS nº 554/2011; PL nº 7.871/2014; PL nº 470/2015; PEC nº 89/2015.

Diante da ausência de aprovação de algum projeto legislativo e da existência dos tratados internacionais impondo a apresentação “sem demora” do preso à autoridade judicial ou perante outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais, o Poder Judiciário, em vários casos concretos envolvendo esta matéria, passou a adotar entendimento pela aplicação direta dos tratados internacionais que regulavam a matéria, inclusive levando à soltura de indivíduos presos sem que, antes, tivessem sido apresentados imediatamente ao juiz competente.¹⁸ E tal circunstância passou a exigir uma moderação entre todos esses fatores.

4 - Projeto “Audiência de Custódia”

Diante deste quadro, o CNJ buscou criar uma política pública judiciária de trato das prisões efetivadas no país, especialmente as prisões cautelares, em face dos números coletados nos vários mutirões carcerários que realizou, os quais indicavam a necessidade da tomada de atitudes concretas para diminuir a filosofia do encarceramento e, com isso, amenizar os efeitos nefastos da política carcerária que vigorava.

Em consequência, o CNJ lançou o projeto “Audiência de Custódia”, em parceria com o MJ e com o Tribunal de Justiça de São Paulo – TJ/SP, para implantação do programa de forma gradual. Para dar execução ao projeto-piloto, foi emitido o Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do TJ/SP e da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo.¹⁹

O projeto-piloto envolvia a criação da

18 TJ/PR, Quinta Câmara Criminal, HC 1.358.323-2/PR, Relator Desembargador José Laurindo de Souza Netto, j. 23/04/2015, DJ 08/05/2015 (https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/gjZB/content/5-camara-criminal-do-tribunal-de-justica-em-decisao-inedita-decide-pela-realizacao-da-audiencia-de-custodia/18319/pop_up?101_INSTANCE_gjZB_viewMode=print&101_INSTANCE_gjZB_languageId=pt_BR); TRF2, Segunda Turma Especializada, HC 0003188-18.2014.4.02.0000/ES, Relator Desembargador Federal Messod Azulay Neto, j. 20/05/2014 (<https://www.conjur.com.br/dl/audiencias-custodia-trf.pdf>).

19 O referido provimento foi publicado em 27/01/2015.

chamada audiência de custódia na Capital de São Paulo, consistente na apresentação do preso em flagrante a um juiz no prazo de 24 horas, atendendo a preceitos da legislação brasileira e a tratados internacionais dos quais o país é signatário, com foco na eficiência processual e nos direitos humanos.

Em 09 de abril de 2015, após o início da execução das audiências de custódia em São Paulo e em alguns outros Estados, o então Presidente do STF e do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro da Justiça da época, José Eduardo Cardozo, e o então presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, Augusto Arruda Botelho, assinaram três acordos de cooperação técnica para facilitar a implementação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas cautelares alternativas, como o uso de tornozeleiras eletrônicas.²⁰ Após o projeto-piloto de instalação da audiência de custódia na Capital de São Paulo, vários outros projetos foram iniciados em vários Estados²¹ e também em alguns

Tribunais Regionais Federais.

A primeira reação ao projeto-piloto de São Paulo foi a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.240, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL-BRASIL contra o Provimento Conjunto nº 03/2015.²² Nela, referida associação representativa da classe, interesses, direitos e das prerrogativas dos Delegados Policiais centrou suas alegações na busca pela declaração de sua inconstitucionalidade, com base no artigo 103, IX, da CF/88, sustentando que a normativa impugnada instituiu deveres funcionais não previstos em lei. Sustentava, ainda, que o provimento do Tribunal de Justiça, em sendo um ato meramente regulamentador, não poderia inovar a ordem jurídica, atividade esta reservada exclusivamente à lei, na forma determinada pelo artigo 22, I, e artigo 5º, II, ambos da própria Carta.

A ação foi distribuída ao Ministro Luiz Fux. O plenário do STF, por maioria, conheceu em parte da ADI e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido formulado contra a obrigatoriedade de apresentação, ao Juiz competente, da pessoa detida em até 24 horas após sua prisão para a realização da audiência de custódia. Tal julgamento se deu no tempo recorde de seis meses²³ após seu ajuizamento.

20 O primeiro acordo de cooperação técnica visava a implantação de audiência de custódia nos Estados, de forma a garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para análise da legalidade da privação de liberdade e a adoção de outras medidas cautelares, com apoio financeiro do MJ para a criação de centrais de monitoração eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e Câmaras de Mediação Penal. O segundo acordo programava a ampliação do uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e a mediação. Já o terceiro termo de acordo tinha por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica, com o uso de tornozeleiras eletrônicas em duas situações: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto aos acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenados por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. BRASIL. STF. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar aplicação de medidas alternativas cautelares*. Brasília, 09 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&cai%20xaBusca=N>>. Acesso em: 27 set. 2017.

21 Durante o lançamento do projeto desenvolvido pelo CNJ acerca da audiência de custódia, no Estado de Minas Gerais, lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente à época do CNJ, que o Brasil era o quarto país que mais

encarcerava no mundo, sendo que 41% dos seus detentos eram provisórios, e que não obstante ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê a apresentação do preso a juiz no menor prazo possível, os presos aqui passavam em média quatro meses encarcerados para depois verem um juiz, em verdadeira ofensa ao princípio da inocência e da não culpabilidade. BRASIL. CNJ. *Audiência de custódia*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0a0eb26b96fdeaf529fodec09b.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

22 STF, Pleno, ADI 5.240/SP, Ministro Luiz Fux, j. 20/08/2015, DJe 29/01/2016 (Informativo STF nº 795 de 2015).

23 Não é demais apontar que no caso do projeto-piloto referido, analisando friamente os fatos e forma como ocorreram, parece ter havido um acerto entre o TJ/SP, o MJ e o CNJ para “emplacar” e fazer funcionar a novidade (onde os fins justificam os meios), como bem posto por Andrade e Alflen: “A impressão que se tem é que o Ministério da Justiça se uniu ao CNJ e ao Poder Judiciário de São Paulo simplesmente para emprestar seu peso político àquele

A Corte afirmou que, em conformidade com o artigo 7º, item 5, da CADH, a determinação de que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, teve o condão de sustar os efeitos de toda legislação ordinária nacional conflitante com o referido preceito convencional. Isso em decorrência do caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuiriam no ordenamento jurídico brasileiro, como assentado no julgamento do Recurso Extraordinário - RE 349.703/RS.²⁴ Asseverou-se, ainda, que a apresentação do preso ao juiz, no referido prazo, está intimamente ligada à ideia de proteção da garantia fundamental da liberdade prevista em nossa Carta Magna, similar à exigência prevista para a ação de *Habeas Corpus*, sendo o caso de uma interpretação integrativa e teleológica dos dispositivos.²⁵

Continuando a saga da audiência de

projeto-piloto, pois grande parte do custo – financeiro, de pessoal e estrutural – que decorreria de sua execução seria arcado pelo Poder Executivo daquele Estado”. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 114.

24 Nesse julgamento do STF, que inclusive levou à edição da Súmula Vinculante nº 25, concluiu-se que: “Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” (STF, Pleno, RE 349.703/RS, Ministro Gilmar Mendes, j. 03/12/2008, DJe 04/06/2009)

25 Cabe aqui uma crítica sobre o julgamento feito pelo STF na ADI 5.240/SP. Ainda que as regras ratificadas da CADH e do PIDCP tenham sido internalizadas no Brasil como norma supralegal, significando que são normas hierarquicamente inferiores à CF/88, mas superiores às leis ordinárias (como o é o CPP), sendo da União Federal a competência para legislar sobre temas atinentes a direito processual e até de concessão de medidas cautelares, ou direito de defesa, entre outros (art. 22, I, CF/88), parece lógico que somente a União Federal poderia editar esse tipo de ato administrativo, e não o Estado de São Paulo.

custódia, foi proposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347,²⁶ pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, na qual pedia o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e pedia providências para a crise prisional do país.

O STF concedeu parcialmente a cautelar solicitada na ADPF, a fim de determinar a todos os juízes e tribunais do país que, no prazo máximo de 90 dias, passassem a realizar audiências de custódia de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

Logo após a análise da medida cautelar na ADPF, o CNJ chamou para si o debate da situação carcerária e, em face da insuficiência do ordenamento jurídico nacional para resguardar direitos e garantias da pessoa presa em flagrante delito,²⁷ seja contra abusos, violência ou tortura, e também contra a prisão ilegal ou sua manutenção quando possível a adoção de outras medidas cautelares, votou a necessidade de edição de resolução para efeitos de cumprir a ADPF 347 e para regerar a matéria para todo o país.

A partir dessa votação do CNJ, nasceu a Resolução nº 213/2015, em 15 de dezembro de 2015, com objetivos principais de verificação da existência de maus tratos ao preso quando de sua supressão à liberdade (em combate ao

26 STF, Pleno, ADPF 347/DF, Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJe 18/02/2016.

27 Pela interpretação da Resolução nº 213/2015 do CNJ, artigo 1º, *caput* e artigo 8º, V, é possível inferir que, mesmo no caso de apreensão de menores, em face ao direito à proteção integral, respeito à condição de estar ainda em desenvolvimento e sua vulnerabilidade social, também sejam apresentados ao juiz, no prazo de 24 horas, para a realização da audiência de custódia. Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) estabelece em sentido diferente, determinando a necessária apresentação ao Ministério Público – MP em caso de flagrante (art. 175) e apresentação perante o juiz no caso de apreensão decorrente de mandado (art. 171). Há, ainda, movimento no sentido de reduzir o prazo para apresentar o menor apreendido, em face do artigo 37.b da Convenção sobre os Direitos da Criança.



crime de tortura) e o exame da legalidade e a necessidade de manutenção da sua prisão (especialmente a prisão provisória cautelar e provisória).

Referida resolução tem encontrado resistência na sua aceitação por parte da doutrina e também de delegados, juizes, advogados e Secretarias de Justiça de alguns Estados, posto que traz, segundo eles, obrigações a serem cumpridas sem a necessária previsão legal e também sem a previsão de estrutura material. Com isso, sua efetiva implementação, apesar de passados mais de dois anos de sua edição, ainda não se deu de forma completa em todo o país.

Não obstante as resistências, constata-se que a implementação do instituto da audiência de custódia tem por finalidade primeira, e imediata, cumprir os tratados internacionais acima mencionados, pois o Brasil os firmou e,

por isso, deve honrar seu compromisso. Além disso, são tratados que envolvem direitos fundamentais, aos quais a resolução visa cumprir, especialmente o princípio maior da dignidade da pessoa humana e também a garantia fundamental da liberdade,²⁸ como já decidido pelo STF na ADI 5.240 e na ADPF 347.

A finalidade da audiência não se resume à mera apresentação do preso à autoridade judicial, pois isto não basta para alcançar seu escopo. É necessário que esta apresentação sirva como instrumento de imediato controle da prisão e das condições em que esta ocorreu. Ainda se destina à rotina de prevenção da tortura e violência policial, colocando-se como forma de assegurar a incolumidade física do preso, ou seja, o direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, na forma do artigo 5, item 2, da CADH.²⁹

Nesse ponto, importante alertar que a CIDH já decidiu que a apresentação “sem demora” do preso ao Juiz designado para o ato é essencial para a “proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, posto 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 apresentar sua declaração ante o juiz ou a autoridade competente”.³⁰

Cumprindo a CADH, vários países adotam a regra de que o preso deve ser apresentado ao juiz ou autoridade jurisdicional, tão logo ocorra sua prisão em flagrante delito. Em relação à América Latina, vale mencionar três exemplos:

²⁸ Artigo 7.5 da CADH e 9.3 do PIDCP

²⁹ Artigo 5.2 da CADH prevê que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

³⁰ CIDH. Caso Lopes Álvarez vs Honduras. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 01/02/2006, § 87. Mesmo sentido: CIDH. Caso Tibi vs Equador. Exceções preliminares, fundo, reparação. Sentença proferida em 07/09/2004, § 118.

Na Colômbia, a regra no Código de Processo Penal lá vigente é a de que:

Artículo 2º. [...] En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.³¹

No Chile, a Lei nº 19.696/2000 dispõe que:

Artículo 125. Procedencia de la detención. Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.³²

No Uruguai, a Constituição Federal, em seus artigos 15 e 16, prevê a apresentação da pessoa presa (em flagrante delito ou por ordem judicial) ao juiz competente, no prazo de 24 horas:

Artículo 15. Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente.

Artículo 16. En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.³³

5 – A audiência de custódia é inconstitucional?

Por se tratar de um instituto novo no Brasil,³⁴ vários aspectos da audiência de custódia estabelecida na Resolução nº 213/2015 do CNJ ainda clamam por análise da nossa doutrina e jurisprudência. Considerando o espaço restrito deste artigo, limitar-se-á a análise à questão que atrai maiores discussões, que é exatamente a questão de sua (in)constitucionalidade por ter sido criada por ato administrativo e por violar o devido processo legal.

31 Colômbia, Ley nº 906/2004, art. 2º do Código de Procedimiento Penal (Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Tradução livre: “Artigo 2º. [...] Nas prisões em flagrante delito e naquelas em que a Procuradoria Geral da Nação, existindo fundados motivos e, razoavelmente, não tenha condições de solicitar ordem de prisão escrita, os presos devem ser apresentados ao juiz do controle de garantias no menor tempo possível, sem que essa apresentação exceda as seguintes trinta e seis (36) horas”.

32 Chile, Ley nº 19.696/2000, art. 125 do Código Procesal Penal. (Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Tradução livre: “Artigo 125. Origem da detenção. Nenhuma pessoa poderá ser detida, exceto por ordem de um funcionário público expressamente autorizado por lei e apenas depois de ser notificado da ordem na forma legal, a menos que seja preso em flagrante delito e, neste caso, com o único propósito de ser apresentado perante a autoridade competente”.

33 Uruguai, Constitución de la República, art. 15 e 16. (Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Tradução livre: “Artigo 15. Ninguém pode ser preso, exceto em flagrante delito ou com fortes indícios de prova, por ordem escrita de um juiz competente. Artigo 16. Em qualquer dos casos do artigo anterior, o juiz, sob pena de responsabilidade pessoal, tomará a declaração da pessoa presa dentro de vinte e quatro horas e, no máximo, em até quarenta e oito horas, iniciará o procedimento sumário. A declaração do arguido deve ser feita na presença de seu defensor. Este também terá o direito de participar de todos os procedimentos sumários.” Acrescento que a efetivação da apresentação do preso à autoridade competente pode ser encontrada no artigo 65, alínea “d”; artigo 220 e 266.4, todos do Código de Processo Penal Uruguaio (Lei nº 19.293/2015. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4519773.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

34 O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 trouxe a figura da audiência de custódia para os centros de debates e da produção científico-doutrinária, gerando o projeto-piloto supracitado, que tinha o claro objetivo de ver como ela poderia ser implementada no Brasil e quais os problemas geraria.

Há muita discussão sobre a constitucionalidade da Resolução nº 213/2015 do CNJ, posto que cria obrigações que deveriam estar estampadas em lei, formal e material, e não em um regramento administrativo autônomo. Isso porque a audiência de custódia passa a ser uma parte do procedimento criminal, que interfere na condução do inquérito policial, na atuação jurisdicional e na realização de despesas extras pelos órgãos públicos, tais como as diligências de escoltas, admissão de novos servidores públicos, ampliação da atuação jurisdicional. Entre as finalidades da audiência de custódia supramencionadas estão a de impedir prisões ilegais, arbitrárias ou inadequadas, além de servir à apuração da necessidade de manutenção da prisão ou da possibilidade de concessão de liberdade, conversão em prisão domiciliar ou adoção de outras medidas cautelares, como o é a tornozeleira eletrônica.

A Resolução nº 213/2015 é um ato administrativo e foi editada pelo CNJ, que também é um órgão administrativo federal. Tinha ele poderes para regular as regras dos tratados internacionais, porém, em vários pontos, em substituição ao Congresso Nacional, trouxe regras processuais penais e não meramente procedimentais. Com isso, as mesmas críticas feitas à regulamentação dos tribunais estaduais sobre a audiência de custódia também foram feitas ao novo documento administrativo. E, no caso, em alguns aspectos estas críticas têm fundamento.

As regras convencionais acima descritas, que foram recebidas pelo nosso ordenamento como regras supraleais, efetivamente devem ser aplicadas, porém acompanhadas da necessária regulamentação. E tal regulamentação, hoje, se limita à Resolução nº 213/2015 do CNJ, que trouxe em seu bojo grande ampliação das regras convencionais (arts. 7.5 da CADH e 9.3 da PIDCP), inclusive criando obrigações para entes públicos, regras processuais diversas de seus limites, hipóteses de nulidade processual, entre outros.

Claro que não se deve esquecer de que o artigo 2º da CADH prescreve explicitamente que medidas administrativas ou de “outra natureza” poderão ser adotadas³⁵ para a proteção dos direitos que nela são criados. Entretanto, essa regra não pode ter a amplitude nefasta de deixar para um órgão administrativo ferir pilares do Estado de Direito, que são exatamente os princípios da legalidade, do devido processo legal e da separação de poderes. E, em vários pontos, esta resolução do CNJ viola esses princípios. Mais do que isso, justifica a concessão, ao CNJ, de um poder ilimitado, pois pode ele legislar, criar obrigações, julgar e aplicar penalidades àqueles órgãos que descumprirem suas determinações. O desrespeito a esses pilares essenciais rompe com o equilíbrio que o Estado deve ter e que vem amplamente previsto na CF/88 como cláusula pétrea.

Nesse sentido a posição adotada por Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que:

[...] mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve *legislar* sobre o procedimento *nacional* a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se

35 Dispõe o referido artigo: “Se o exercício dos direitos e liberdade mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Para Andrade e Alflen, o espírito da referida Resolução nº 213/2015 do CNJ “é legitimar o Poder Público como um todo a dar aplicabilidade à CADH, a partir do momento de sua ratificação por qualquer Estado-membro. Logo, a utilização de um ato administrativo – no caso, uma resolução – estaria inserida nesta situação. Isso elevaria à condição de ser instrumento apto a regulamentar a audiência de custódia em âmbito nacional, independentemente da atuação do Poder Legislativo, sobretudo, por respeitar as leis locais de organização judiciária e os princípios e mandamentos constitucionais”. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 115-116.

chama *legalidade*, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal.³⁶

Nucci afirma, ainda, que na forma como regulamentada, “a audiência de custódia, com a devida vênia, é um modismo, trazendo vários mitos para serem explorados”, mencionando:

[...] c) se juízes precisam conversar com o réu para dar-lhe algum benefício, devemos transportar o interrogatório novamente para o início da ação penal; d) o projeto-piloto em S. Paulo (é interessante um *experimento* com direito humano fundamental indisponível...) vale-se do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde os juízes são designados e removíveis a qualquer tempo; [...] f) a audiência de custódia, se tão importante, deveria estender-se ao Tribunal, para que também o desembargador/ministro possa conversar com o réu e sensibilizar-se; g) se a avaliação da autoridade policial não vale nada, visto que o preso precisa ir à frente do juiz, o destino dos delegados vai mudar completamente; passarão a sair às ruas para investigar e, prendendo, leva-se direto ao juiz; o auto de prisão em flagrante é inútil; [...]³⁷

Já em sentido contrário à posição de Andrade e Alflen, entendendo que a Resolução nº 213/2015 do CNJ,

Não se prestou a criar nenhum instituto, muito menos, em importá-lo ao nosso país, a partir das previsões do CADH. Na verdade, ao ratificar o CADH e o PIDCP, o Brasil internalizou a audiência de custódia por meio de uma norma que,

segundo a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, detém *status* de norma *supralegal*, significando isso dizer que aquele instituto está inserido em uma norma hierarquicamente inferior à Constituição Federal, mas superior ao CPP, em razão de ele possuir *status* de lei ordinária. Por esse simples motivo, não há que se falar em necessidade de alteração do CPP para que a audiência de custódia possa ser incorporada aos procedimentos a serem observados ao longo de nossa persecução penal.³⁸

Interessante acrescentar aqui que a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES, buscando discutir a legalidade e constitucionalidade da Resolução nº 213/2015 do CNJ, na parte que criou a audiência de custódia e demais regras administrativas, ingressou com procedimento de controle administrativo perante o CNJ. O Processo Administrativo – PA foi arquivado liminarmente pelo conselheiro Fabiano Silveira e, contra essa deliberação, a Associação ingressou com recurso administrativo, sustentando que a decisão recorrida “adota um verdadeiro *jogo de palavras* para proferir uma decisão de cunho político, e não jurídico”. Isso porque, segundo a recorrente, o ato questionado dá concretude – sob o ângulo administrativo – a uma premissa normativa, levando a se admitir:

[...] que o CNJ ou qualquer outro tribunal legisle norma de caráter processual [...] em confronto com o disposto no artigo 22, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal de 1988.³⁹

O conselheiro relator, Fabiano Silveira, em seu voto, reitera os argumentos expendi-

36 NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 27 set. 2017.

37 *Ibidem*.

38 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 115.

39 CNJ - procedimento de controle administrativo nº 0000006-75.2016.2.00.0000.

dos pelo Ministro Luiz Fux nos autos da ADI 5.240, acrescentando que:

Não foi o CNJ, pois, que fixou a obrigação de que o preso seja, sem demora, levado à presença de um juiz. Partindo de uma premissa normativa de caráter supralegal e dotada de eficácia plena, coube ao CNJ tão somente conferir concretude, do ponto de vista administrativo, à garantia fixada nos supracitados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Não prospera, assim, data vênua, o argumento de invasão de competência legislativa do Congresso Nacional. Todos os esforços do CNJ foram no sentido de ajustar as balizas administrativas dos Tribunais de tal maneira a superar uma histórica e injustificável omissão.

Entre as regras que são apontadas como excedentes ao poder regulamentador do CNJ, está a fixação do prazo de 24 horas para a apresentação do preso, definida pela Resolução nº 213/2015, pois não obstante a apresentação do preso ao juiz ter previsão geral nos tratados internacionais mencionados, essa determinação de prazo constituiria um excesso da normatização, vez que as normas convencionais supraleais não o fixaram, usando em suas redações o termo “sem demora”.

Este é o entendimento de Andrade e Alflen, que afirmam que a Resolução nº 213/2015 do CNJ, ao prescrever o prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa presa ao juiz, “foi além do que comportaria o caráter regulamentar de um ato administrativo”.⁴⁰ Acrescentam que teria sido melhor a resolução ter feito uso da mesma expressão usada pela CADH,

[...] qual seja, a de que a condução da

pessoa presa devesse ocorrer *sem demora*, como acertadamente optou o Poder Judiciário do Espírito Santo. Ou, então, ter seguido a posição prudente do Poder Judiciário do Maranhão, ao estabelecer um lapso temporal mais razoável, dentro do qual aquela audiência deveria ocorrer.⁴¹

Essa crítica, porém, não tem razão de ser, pois tal prazo foi fixado em cumprimento da liminar exarada pelo próprio STF na ADPF 347. Logo, a resolução não poderia ter fixado outro prazo sob pena de descumprimento de ordem judicial ainda vigente.

Aliás, sobre a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, o STF recentemente a reiterou, ao conceder liminar na Reclamação – Rcl 25.891/GO, oposta nos autos da ADPF pela Defensoria Pública do Estado de Goiás contra a Resolução nº 35, de 22 de julho de 2015, do Tribunal de Justiça de Goiás – TJ/GO. A Defensoria apresentou a reclamação porque a resolução do TJ/GO afasta a realização da audiência de custódia durante os plantões judiciais ordinários e de fins de semana e que tal ato afrontaria a decisão liminar do STF na ADPF 347. O Relator Ministro Marco Aurélio, em 10/05/2017, deferiu liminar para determinar que o TJ/GO observe o prazo máximo de 24 horas para a realização de audiências de custódia, contado a partir do momento da prisão, inclusive nos fins de semana, feriados ou recesso forense. “Inobservado o prazo indicado, fica configurado o desrespeito ao paradigma”, concluiu.⁴²

Por outro lado, esse prazo de 24 horas pode vir a ser revisto pela Corte Magna pois, diante da carência estrutural pela qual os órgãos públicos passam (Polícias, Ministério Público Federal, Poder Judiciário, Defensoria Pública), tem se mostrado de difícil execução em muitas localidades do país e, em muitas,

⁴⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 117.

⁴¹ *Ibidem*, p. 117-118.

⁴² STF, Rcl 25.891/GO, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 10/05/2017, DJe 11/05/2017.

nem mesmo está sendo cumprido, e isto pode fazer com que, em sendo inexequível, passe a ser tolerada a ampliação do lapso temporal ou até levar à não realização da audiência.

Entretanto, há um aspecto na fixação da realização da audiência de custódia que efetivamente fere a reserva legal, estampada no artigo 13 da Resolução em comento, que é a exigência de sua realização no caso de prisão temporária, preventiva e para execução de pena definitiva. De fato, a justificativa no caso de cumprimento de mandado de prisão preventiva/temporária e prisão definitiva repousaria na aferição apenas da regularidade do ato pelos agente públicos que cumpriram a prisão, vez que, diversamente da prisão em flagrante, tais prisões são determinadas por ordem judicial, donde se deduz que houve um prévio controle jurisdicional sobre a legalidade e pertinência da medida.



Badaró entende que, no caso de prisão temporária ou prisão preventiva, não é necessária posterior análise de sua legalidade, por “decorrerem de prévia e fundamentada decisão judicial”.⁴³ Porém, destaca que, mesmo

assim, se mantém a necessidade da audiência de custódia, pois

[...] a pessoa presa tem direito, com fundamento no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser levada, sem demora, perante um juiz, que deverá ouvi-la, e reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstâncias do caso assim o indicarem adequado.⁴⁴

Discordando do autor, é importante observar que a crítica não é quanto à possibilidade de criar-se esta regra, mas sim quanto à obrigatoriedade de ser por meio da audiência de custódia em prazo exíguo não previsto em lei, fixado em ato administrativo. A audiência de custódia, com este aspecto urgente e imediato (apresentação em 24 horas) estampado no normativo do CNJ, deve ser reservada para a prisão em flagrante, até porque os objetivos buscados pela normatização do CNJ e Tribunais são destinados a ela: verificar a legalidade da prisão, as condições da prisão (violência ou tortura) e a possibilidade de adoção de outras medidas cautelares.

Quando a prisão se dá por determinação judicial (preventiva ou temporária) ou para cumprimento de pena (condenação em segundo grau ou definitiva), a questão da legalidade já está evidenciada. Como já apontado, a legalidade da prisão ou a adoção de outras medidas cautelares implicam em reanálise de uma decisão judicial já tomada por quem tinha competência e à luz da situação fática.

Não parece ser necessário que o preso seja apresentado a esse mesmo juiz, em 24 horas, para que ele mude decisão anterior. A reversão desta prisão deverá ser objeto de procedimento penal próprio, ou seja, dentro do devido processo legal, talvez até com

43 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer proferido em 31/07/2014*. Encartado ACP nº 8837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. DPU vs União Federal. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2698189/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

44 *Ibidem*.

instrução probatória, incompatível com uma audiência urgente e imediata, limitada em sua gênese, e tornada obrigatória por um ato administrativo.

Da mesma forma, a apresentação desse preso para uma análise destinada apenas à verificação de violência física ou tortura no momento nessas modalidades de prisão (com exceção da prisão em flagrante) parece ser desnecessária, pois o grande e esmagador número de tortura e violência policial injustificada acaba ocorrendo na prisão em flagrante, muitas vezes para responder a uma provocação e até mesmo para obrigar o preso a confessar ou delatar outros envolvidos. Ademais disso, necessária a criação de mecanismos para que esses presos possam se socorrer imediatamente do Judiciário, caso necessário, para demonstrar eventuais maus tratos ou tortura, tal como um exame de corpo de delito efetivamente completo, com fotos ou filmagem em tempo real, devendo o preso responder aos quesitos mínimos já indicados pelo CNJ (Recomendação nº 49/2014); imediata apresentação ao Ministério Público, que tem o grande papel de fiscal da lei e Corregedor institucional das Polícias Civil Estadual e Federal; imediata apresentação do preso ao advogado constituído, advogado dativo ou à Defensoria Pública, que terão meios de comunicar qualquer violação à integridade física ou mental de seu custodiado.

Cabe aqui reconhecer que as duas regras convencionais que servem de referencial para a adoção do artigo 13 da Resolução nº 213/2015 do CNJ têm evidente preocupação com o preso provisório no momento da prática do delito, exigindo sua apresentação imediata ao juiz, para eventual concessão de liberdade ou aplicação de medidas cautelares. Mas quanto ao preso preventivamente ou para o cumprimento de pena definitiva, as regras não parecem impor que sejam imediatamente apresentados ao juiz.⁴⁵

Feitas estas observações, e não obstante as muitas críticas e alegações de ilegalidades e inconstitucionalidades da Resolução nº 213/2015 do CNJ, estas devem ser temperadas em face das suas finalidades, uma vez que além de buscar cumprir tratados internacionais, também almeja atender o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não é admissível que um Estado Democrático de Direito permita que um ser humano fique preso ou detido sem necessidade ou por mais tempo do que necessário, ou ainda que se coloque em total vulnerabilidade em um dos momentos mais delicados para sua integridade física, que é exatamente nas primeiras horas de sua detenção, momento em que fica fora de qualquer custódia estatal e sujeito às violações de seu direito de liberdade e, quiçá, de sua vida.

E, por isso, com ou sem ilegalidades, a Resolução nº 213/2015 do CNJ se apresenta como um instrumento de evolução na caminhada do Brasil na efetivação, também, do direito fundamental à inclusão social.⁴⁶

6 - Conclusões

Com os fundamentos acima lançados, necessário tecer as nossas conclusões sobre o tratado até aqui.

1. O instituto da audiência de custódia – previsto na Resolução nº 213/2015 do CNJ – ainda é novo no Brasil e visa um controle judicial mais eficaz sobre as prisões provisórias,

HC 140.512/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20/02/2017, DJe 23/03/2017.

46 Define-se direito fundamental à inclusão social como sendo “o direito de todos os integrantes da sociedade de dela participar e influenciar na realização dos objetivos comuns, com igualdade de acesso às políticas públicas governamentais previstas constitucionalmente e à justiça digna concreta, como forma de concretizar o exercício da cidadania e dos direitos fundamentais”. CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. *A ação civil pública como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social*. Dissertação de mestrado. UENP/Jacarezinho. 2007, p. 198. Disponível em: <<https://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>>. Acesso em: 27 set. 2017.

45 Decisão do STF determinando a realização de audiência de custódia no caso de prisão preventiva: Medida Cautelar no

para verificar as circunstâncias que motivaram a prisão, sua legalidade, necessidade ou não de manutenção do encarceramento do acusado, a detecção de ocorrência de eventuais abusos de autoridade, inclusive de tortura física ou psíquica, quando do aprisionamento. Tem, ainda, a função de amenizar o caótico cenário do sistema prisional brasileiro.

2. O procedimento da audiência de custódia foi regulamentado pelo CNJ no final de 2015, com vigência em 2016. O Projeto de Lei nº 554/2011 (que dispõe sobre a audiência de custódia) foi aprovado pelo Senado em dezembro de 2016 e encaminhado para a Câmara dos Deputados para discussão em 2017. Portanto, o instituto é novíssimo e ainda não regulado em lei propriamente dita.

3. Não se pode esperar que o instituto da audiência de custódia elimine, por si só, as ilegalidades das prisões no Brasil ou que, sozinho, reprima a tortura policial que acontece mais vezes do que se espera ou se imagina. Mas o *Habeas Corpus social*, como idealizado, pode contribuir em larga escala para a redução da violência estatal no momento da prisão, ou, ainda, restrinja a prisão ilegal provisória.

4. O prazo de 24 horas imposto pela Resolução nº 213/2015 do CNJ, bem como a exigência de apresentação de todo preso ao juiz, nesse prazo, deve ser repensado. Primeiro, porque os tratados internacionais defen-

dem a condução do preso “sem demora” ao juiz ou à autoridade judicial definida em lei, e ousa acrescentar que a “sem demora” deve ser injustificada, pois há situações em que a apresentação do preso se dá depois de prazo maior, como se vê em algumas localidades com dificuldades de locomoção, dificuldades de escolta, etc. Assim, na realidade brasileira, com as carências vividas pelos órgãos jurisdicionais, policiais e órgãos do aparelho estatal de justiça, seu cumprimento deixa de ser efetivo. É preferível um prazo um pouco maior, desde que justificado, do que ocorrer a inefetividade da determinação que já se verifica em vários locais, exatamente em face das dificuldades estruturais. Já a apresentação do preso com ordem judicial prévia ou para cumprimento da pena definitiva deveria receber uma configuração facultativa, adotando-se outras maneiras de preservação da sua integridade física.

5. O correto é que o instituto da audiência de custódia venha a ser definido em lei aprovada pelo Congresso Nacional, estipulando o correto procedimento que deve ser adotado por todas as unidades jurisdicionais do país, bem como deixando claro quais as obrigações de cada ente estatal, a forma de apresentação do preso conforme as várias esferas de competência judiciária e administrativa existentes no país, e prevendo as consequências para o seu descumprimento.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer proferido em 31/07/2014*. Encartado ACP nº 8837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas. DPU vs União Federal. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2698189/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. CNJ. *Audiência de custódia*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529fodec09b.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

_____. CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

_____. CNJ. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. STF. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar aplicação de medidas alternativas cautelares*. Brasília, 09 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&cai%20xaBusca=N>>. Acesso em: 27 set. 2017.

CARAZZAI, Estelita Hass. Detentos fazem motim em prisão do RN; ao menos 26 morrem, diz governo. *Folha Uol*. São Paulo, 14 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/11 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana dos direitos do homem. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, nº 254, p. 2/3, jan./2014.

CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. *A ação civil pública como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social*. Dissertação de mestrado. UENP/Jacarezinho. 2007. Disponível em: <<https://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>>. Acesso em: 27 set. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 27 set. 2017.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. *Justificando*. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SAIBA quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERAPIÃO, Fabio; MACEDO, Fausto. Faccão Família do Norte (FDN) mata integrantes do PCC no Amazonas. *Estadão*. São Paulo, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/facao-familia-do-norte-fdn-mata-integrantes-do-pcc-no-amazonas/>>. Acesso em: 27 set. 2017.