UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ANDRUEI BERETA

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Araranguá

2020

ANDRUEI BERETA

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Fatima Hassan Caldeira, Dra.

Araranguá

2020

ANDRUEI BERETA

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Araranguá, 11 de dezembro de 2020.

_____

Professora e orientadora Fatima Hassan Caldeira, Dra.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Professora Nádila da Silva Hassan, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Professora Elisangela Dandolini, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho, primeiramente a Deus, que sempre me deu forças para continuar, nos momentos em que as forças pareciam faltar-me. Dedico, ainda, aos meus pais, que sempre me apoiaram na minha carreira profissional, não hesitando esforços em me proporcionar todo o conforto que precisei para me dedicar totalmente à esta pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que sempre recarregou minhas energias e sempre me deu forças para a lida, que, diga-se de passagem, não é nada fácil.

Agradeço, ainda, aos meus pais, Vilmar Libero Bereta e Marlei Mateus Bereta, pessoas simples e humildes de coração, que, nos seus alcances, fizeram de tudo para me proporcionar sempre o melhor, muitas vezes, acompanhando-me no árduo desafio de percorrer os caminhos em busca do conhecimento.

Agradeço, sem dúvidas, a todos os meus amigos e colegas (em especial: Itajane Cravo Alves, Camila dos Santos de Oliveira Costa e Carla Santos), que sempre acreditaram em mim, sempre depositando confiança, com o companheirismo de praxe que nunca me deixou desanimar, em especial a alguns colegas que tive a honra de conhecer na faculdade de direito. Agradeço também a minha grande amiga e ex-professora Josiane Paulino Mezzari, com quem tive a honra de cursar as matérias de língua portuguesa durante todo o ensino médio, e que, sem hesitar, ajudou-me com a tradução do resumo desta pesquisa.

Agradeço, ainda, ao meu grande amigo de classe e irmão de vida Leonardo de Mattia Costa, que sempre me estimulou na busca pelo conhecimento, sempre encorajando-me nas mais arriscadas batalhas da vida, e sempre ensinando-me muito com sua simplicidade e estilo de vida.

Por fim, tenho a honra de prestar os agradecimentos a minha professora e orientadora Fatima Hassan Caldeira, que nunca repreendeu esforços a me ajudar neste Trabalho de Conclusão de Curso em Direito, até mesmo em assuntos extraclasse, quando parávamos para conversar nos corredores da Universidade e ela, com todo o profissionalismo, sempre muito prestativa, respondia com zelo e destreza a todos os meus questionamentos no incrível mundo do direito, sem falar em toda a sua história de vida que me encanta até os dias atuais na busca pelo conhecimento.

Finalizo os agradecimentos, prestando as homenagens de estilo a todos os supracitados, e a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram junto comigo ao desenvolvimento deste trabalho, sem vocês, eu não teria conseguido chegar aonde cheguei. Muito obrigado a todos.

“Tudo vale a pena quando a alma não é pequena” (Fernando Pessoa).

RESUMO

Este trabalho trata das audiências de custódia no sistema penal brasileiro. O objetivo geral foi analisar se as audiências de custódia realmente se prestam à salvaguarda dos direitos constitucionais sensíveis inerentes ao investigado/acusado cuja reprimenda penal não suprimiu. A metodologia empregada nesta pesquisa foi a bibliográfica e a documental. Conclui-se que as audiências de custódia, no sistema penal brasileiro, foram um grande passo na proteção dos direitos fundamentais, visto que, a partir de sua previsão expressa na legislação, passamos a contar com um sistema que fiscaliza o efetivo cumprimento desses direitos fundamentais básicos, na figura do Estado-juiz, que, ao realizar as audiências de custódia, verifica se, de fato, estão-se fazendo cumprir esses direitos assumidos pelo Estado tanto na ordem interna quanto externa. Assim, concluímos que as audiências de custódia possuem a finalidade de assegurar esses direitos previstos na Constituição Federal e em tratados e acordos internacionais de proteção ao homem. Conclui-se, também, que as audiências de custódia são benéficas ao ordenamento jurídico brasileiro, não só pelo ponto de vista do investigado/acusado, mas também pelo ponto de vista estatal, uma vez que a permanência desnecessária do preso nas casas de custódia, gera gastos diários ao ente público, podendo, este dinheiro, estar sendo aplicado em outras áreas mais carentes, como educação, saúde, cultura e lazer. E, por fim, no que tange às audiências de custódia em tempos de pandemia, entendeu-se perfeitamente possível a realização das audiências de custódia pelo sistema de videoconferência.

Palavras-chave: Audiência. Custódia. Legalidade.

ABSTRACT

This study is about custody hearings in the Brazilian penal system. The general objective was to analyze if custody hearings really lend themselves to safeguard the sensitive constitutional rights inherent to the investigated/accused whose criminal reprimand has not been suppressed. The methodology used in this research was bibliographic and documentary. It is concluded that the custody hearings, in the Brazilian penal system, they were a great step in the protection of fundamental rights, since, it is based on its express provision in the legislation, now we have a system that inspect the effective fulfillment of these fundamental rights basics, in the figure of the State-judge, that, when holding custody hearings, verifies whether, in fact, these rights assumed by the state are being enforced both internally and externally. So, we conclude that the custody hearings have the purpose of ensuring these rights provided for in the Federal Constitution and in international treaties and agreements for the protection of man. It is also concluded that custody hearings are beneficial to the Brazilian legal system, it is not only from the point of view of the investigated/accused, but also from the state point of view, since the unnecessary stay of the prisoner in the custody houses, it generates daily expenses for the public entity, this money may be used in other more needy areas, such as education, health, culture and leisure. And finally, with regard to custody hearings in times of a pandemic, it was understood that the holding of custody hearings by the videoconference system was perfectly possible.

Keywords: Audience. Custody. Legality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 DO CONCEITO E DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICAS E LEGAIS DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL E NO MUNDO 12
2.1 CONCEITO 12
2.2 DA ORIGEM E EVOLUÇÕES HISTÓRICAS E LEGAIS NO BRASIL E NO MUNDO 13
2.2.1 Antecedentes Internacionais 14
2.2.2 No Brasil 16
3 DA EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO 23
3.1 DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS INERENTES À APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA 23
3.1.1 Dignidade da pessoa humana 23
3.1.2 Devido processo legal 25
3.1.3 Presunção de Inocência 26
3.1.4 Contraditório 28
3.1.5 Ampla defesa 29
3.1.6 Verdade real 30
3.1.7 Motivação das decisões judiciais 31
3.2 DAS ESPÉCIES DE PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 32
3.2.1 Da prisão em flagrante 33
3.2.2 Da prisão temporária 36
3.2.3 Da prisão preventiva 38
3.2.4 Da prisão domiciliar 40
3.3 DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO E CONTRA A PRISÃO ILEGAL 41
3.3.1 Dos deveres do Estado de garantir o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais básicos inerentes ao acusado 43
3.3.2 Da responsabilidade civil do Estado 44
3.3.3 Do dever do Estado de indenizar em caso de erro judiciário 45
3.4 DA FINALIDADE E DO CARÁTER CAUTELAR DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA 47

3.5 DO PROCEDIMENTO 51
3.6 DA RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE PÚBLICA QUE DESCUMPRIR A NOVA NORMATIVA INERENTE ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA 55
3.7 DAS CRÍTICAS À IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIAS 57
3.8 AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM TEMPOS DE PANDEMIA 59
4 CONCLUSÃO 64
REFERÊNCIAS 67
ANEXOS 72
ANEXO A – PERCENTUAL DE SOLTURA COM A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO ANO DE 2016 E ECONOMIA GERADA PARA OS ESTADOS BRASILEIROS 73
ANEXO B – FLUXOGRAMA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA 74

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho trata das audiências de custódia no sistema penal brasileiro, do seu conceito e de suas origens, bem como a forma de sua implementação no mundo e no ordenamento jurídico brasileiro através de tratados e acordos internacionais que versam acerca dos direitos humanos.

O objetivo geral da pesquisa é verificar se as audiências de custódia, no sistema penal brasileiro, atuam como instrumento de garantia dos direitos fundamentais básicos inerentes ao investigado/acusado. Assim, busca-se averiguar se as audiências de custódia garantem ao investigado/acusado a preservação de seus direitos constitucionais, assumidos pelo ente estatal na ordem interna, e na ordem externa, no plano internacional.

Deste modo, em que pese a crítica do senso comum e de alguns doutrinadores em relação ao instituto, é salutar a problemática envolvendo essa nova ferramenta inserida no ordenamento jurídico pátrio, verificando se ela é capaz ou não de efetivar direitos sensíveis, como os direitos insculpidos na Constituição Federal inerentes aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, a questão que guiou a nossa pesquisa foi se audiências de custódia são realmente úteis para efetivar os direitos sensíveis inerentes ao acusado, previstos na Constituição Federal e nos Tratados de Direito Penal, como instrumento de controle da legalidade nas prisões e no combate ao abuso de poder.

Sabe-se que as audiências de custódia nem sempre tem sido vistas com “bons olhos”. Trata-se de instituto que é palco de grandes discussões, vivenciadas por toda a sociedade, que, aparentemente parece estar atrelado àquele direito penal ancestral que apenas visava cominar uma pena ao infrator, um direito penal punitivista, com uma proximidade muito grande à Lei de Talião, que, na maioria das vezes, passava por cima de direitos sensíveis inerentes ao investigado/acusado.

De rigor, com o decorrer dos anos, as legislações penais e processuais penais foram aperfeiçoando-se, mas o ideal social de que o direito penal se presta apenas à cominação de uma pena ao acusado ainda se encontra fortemente ligado às origens do direito penal (antigo paradigma do encarceramento em massa).

Diante dessa polêmica, portanto, justifica-se essa pesquisa.

As metodologias empregadas nesta pesquisa foram, a bibliográfica e a documental. Como fontes, foram utilizados livros, revistas científicas, artigos eletrônicos,

periódicos de sites governamentais, monografias, conteúdo de sites jurídicos, legislações e jurisprudências etc.

Por fim, a presente pesquisa foi dividida em dois capítulos: o primeiro que trata do conceito de audiência de custódia e de sua evolução histórica no mundo e no ordenamento jurídico brasileiro; o segundo verifica a efetividade das audiências de custódia no sistema penal brasileiro, destacando-se os princípios aplicáveis às audiências de custódia, as espécies de prisões cautelares no ordenamento jurídico pátrio, os deveres e a responsabilidade do Estado em efetivar a sua implementação, a finalidade das audiências de custódia, o seu procedimento, a responsabilidade da autoridade pública que deixar de realizar a audiência de custódia no prazo legal, as críticas acerca do instituto e como ficou a realização das audiências de custódia em tempos de pandemia da doença *COVID-19*.

2 DO CONCEITO E DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICAS E LEGAIS DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL E NO MUNDO

Esse capítulo foi dividido em dois subtítulos: o primeiro apresenta a conceituação de audiência de custódia e o segundo traz a origem e a evolução histórica e legal das audiências de custódia.

2.1 CONCEITO

Não se pode iniciar uma discussão falando de prisões, audiências e outras ramificações, sem falar do centro que norteia tudo isso, o direito penal.

Falar do direito penal sempre foi uma tarefa muito árdua e um assunto muito delicado, tanto no panorama brasileiro, quanto no panorama mundial.

Desde os séculos passados, a reprimenda estatal, conferida por força do direito penal, abria largas escalas para impunidades praticadas pelo próprio ente, que, em muitas das vezes, excedia o poder que lhe era conferido, praticando diversas irregularidades sem que houvesse ao menos uma forma de controle desses atos.

Nesse cenário, surgiram as audiências de custódia, cuja promessa seria salvaguardar os direitos inerentes ao conduzido. Mas, o que são as audiências de custódia? Antes de começar a falar acerca do assunto, precisamos, em um primeiro momento, identificar o objeto que será trabalhado em nossa pesquisa.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) traz-nos o conceito mais atual do que seja a audiência de custódia. *In verbis*:

> A audiência de custódia é um instrumento processual que determina que todo preso capturado em flagrante deve ser levado à presença de uma autoridade judicial em até 24 horas. Nesse encontro, o juiz irá avaliar a legalidade, a necessidade e a adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Não é julgado, neste momento, o crime em si, apenas o ato da detenção. A ideia central é que seja avaliado se o preso precisa, necessariamente, ser mantido em cárcere, ou pode responder pelo processo em liberdade (CNJ, 2020a, p. 1).

Assim, podemos afirmar que as audiências de custódia, em um primeiro momento, prestam-se a verificar se de fato a prisão é recomendável àquele caso, não fazendo qualquer juízo quanto ao mérito da infração penal cometida.

Lima afirma, ainda, que a audiência de custódia pode ser definida como “[...] a realização de uma audiência sem demora após a prisão em flagrante (preventiva ou temporária) de alguém, permitindo o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias,

com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público" (2020, p. 1015).

Neste diapasão, adentramos à etimologia da palavra custódia, que em seu aspecto formal, está relacionada à guarda, à vigia daquele que irá cumprir uma pena, contudo, sem nítido caráter de prisão, conforme extrai-se do dicionário: "**Retenção do delinquente como garantia do cumprimento da pena; lugar que é recolhido, sem caráter de prisão"** (CUSTÓDIA, 2018, p. 144, grifo nosso).

No entanto, é preciso esclarecer que as audiências de custódia não se prestam tão somente a averiguar a legalidade das prisões efetuadas em flagrante, mas também, nos casos de prisões preventivas, que eram cabíveis ao tempo de sua decretação, para averiguar se, durante esse tempo de cárcere preventivo, não foi cometida nenhuma irregularidade em relação a outros direitos fundamentais inerentes ao investigado/acusado, a fim de verificar se estes não foram suprimidos pela reprimenda penal.

Ocampos e Freitas Júnior, citando a Resolução 213 do CNJ, esclarecem que

> [...] a possibilidade de a audiência de custódia ser realizada não só nos casos de prisão em flagrante, mas regulamentou que toda prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou prisão definitiva, em consonância assim com os tratados e convenções de direito internacional que não restringem a apresentação pessoal apenas a casos de prisão em flagrante, mas apresentação que deve ser realizada em toda e qualquer situação de prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 CADH). No caso de prisões por mandado, a audiência de custódia terá como finalidade a análise da legalidade de seu cumprimento e a função protetiva de coibir práticas de tortura e maus tratos no cumprimento das decisões (2020, p. 400).

Logo, extrai-se que a realização da audiência de custódia não possui apenas o condão de averiguar a legalidade ou não das prisões efetuadas sob o estado de flagrância, mas também, averiguar se, durante o cárcere autorizado por uma prisão preventiva ou temporária, não foram cometidas irregularidades ou desrespeitados direitos inerentes ao investigado/acusado.

2.2 DA ORIGEM E EVOLUÇÕES HISTÓRICAS E LEGAIS NO BRASIL E NO MUNDO

Esse subtítulo foi dividido em dois tópicos: o primeiro traz os antecedentes internacionais da audiência de custódia e o segundo apresenta os aspectos históricos e legais no Brasil.

2.2.1 Antecedentes Internacionais

As audiências de custódia, em um panorama mundial, ganharam grande relevância após a Segunda Guerra Mundial (VIANA, 2019, p. 1), tendo em vista que já não se podia mais conviver com as barbáries e as atrocidades desenfreadas que eram cometidas em face dos direitos humanos.

> Após a Segunda Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passou-se a reconhecer aqueles direitos como um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações com seus cidadãos (BARROSO, 2020, p. 132).

Os direitos humanos, até chegarem ao *status* que possuem atualmente, sofreram grandes transformações ao longo dos anos. Essas transformações foram sendo aperfeiçoadas no decorrer do tempo, firmando-se, com a criação de tratados e de convenções, em um panorama mundial de defesa dos direitos básicos inerentes à pessoa humana.

Segundo Nucci (2020, p. 13), direito fundamental é aquele básico, essencial, sem o qual o homem por si só não seria capaz de sobreviver, sendo assim de fundamental importância estabelecer garantias capazes de assegurá-lo contra as arbitrariedades estatais.

Nos primórdios da história do direito penal, ao aplicador da pena não importava muito se esses direitos fundamentais estavam sendo preservados, ainda mais aquele inerente à condição de existência humana: a dignidade da pessoa humana. Nos primeiros relatos históricos de aplicação de pena, vislumbrava-se um cenário totalmente arcaico e desumano, em que a pena era aplicada sobre o corpo, e não sobre a liberdade do infrator.

O direito penal, na aplicação da pena ao infrator, passa então, por três etapas até se chegar na atual reprimenda exercida pelo Estado. São elas, segundo Masson (2019, p. 57-59): a) **vingança divina**, que consistia basicamente em um temor às divindades, sendo que a pena era aplicada sobre o corpo do indivíduo, sacrificando a sua vida e, com isso, honrando a divindade religiosa; b) **a vingança privada**, exercida por pessoas leigas ou pequenos grupos privados, onde a pena também era aplicada sobre o corpo do infrator, imperando a lei do mais forte, fazendo-se justiça com as próprias mãos; e c) **a vingança pública** onde o poder-dever de punir foi transferido à titularidade do Estado, ente soberano, mas que, nos primórdios de tal forma de reprimenda, na aplicação da pena, extrapolava esses poderes, desrespeitando direitos fundamentais sensíveis, inclusive aqueles inerentes à pessoa humana, aplicando penas degradantes e cruéis, como a decapitação, a forca, a fogueira, enfim, não havendo um controle acerca da punibilidade.

Quanto a este último estágio, Masson acresce que,

> Com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o Estado avocou o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos. A pena assume nítido caráter público (2019, p. 59).

Poderíamos dizer, no entanto, que nesse período do direito penal, ainda que aplicada pelo ente Estatal, a pena tinha um mero caráter punitivo. Nesse sentido, Penteado Filho afirma que "A pena é uma espécie de retribuição, de privação de bens jurídicos, imposta ao delinquente em razão do ilícito cometido" (2020, p. 125).

Assim, ainda não se obtinha o cenário que se almejava do direito penal. Esse ramo jurídico, que detinha uma das maiores responsabilidades diante das sociedades passadas e contemporâneas, ainda necessitava de aperfeiçoamento no que tange à aplicação da pena sem o detrimento dos direitos humanos.

Neste cenário, surgem os acordos, as convenções e os tratados internacionais acerca dos direitos da pessoa humana, cujo objetivo precípuo era evitar que novas barbáries fossem cometidas pelo ente detentor do poder punitivo.

O primeiro acordo internacional celebrado acerca dos direitos humanos e das garantias inerentes à pessoa humana, embora tenha tratado de diversos outros direitos, é datado de 1948, elaborado por uma Comissão da Organização das Nações Unidas, e é mundialmente conhecido como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2020, p. 1).

Esse acordo, em um cenário pós-guerra, trouxe significativa alteração na aplicação do direito penal, onde diversos países encontravam-se devastados pelos rastros catastróficos causados pela Segunda Guerra Mundial.

Com a edição desses tratados e convenções internacionais e a sua internalização por Estados signatários, os novos paradigmas acerca da pena imposta ao condenado, ou até mesmo ao acusado (ainda não se distinguia entre prisão cautelar e prisão-pena), foram tomando outros caminhos, até chegar aos *status* que vislumbramos atualmente.

Assim, a aplicação da pena deslocou-se de um *status* meramente punitivista para um *status* preventivo-educativo, em que a pena fixada visava muito mais do que uma simples punição, mas também, tinha o objetivo socioeducativo em relação ao condenado, buscando transformar aquele sujeito que se submeteu ao sistema penal, trazendo-o como uma nova pessoa à sociedade, pelo menos teria sido esse o ideal.

Feito um pequeno esboço acerca da história do direito penal e da aplicação da pena, desde os tempos mais remotos até as civilizações atuais, adentraremos ao objeto deste

trabalho, passando a abordar a previsão das audiências de custódia em tratados de direitos humanos.

De acordo com Viana (2019, p. 1), a previsão das audiências de custódia, no plano internacional, deu-se com a edição da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), datada de 4 de novembro de 1950.

A previsão das audiências de custódia, na Convenção, está contida no Título 1, Direitos e Liberdades, art. 5°, direito à liberdade e à segurança, item 3, que assim dispõe:

> Artigo 5° [...]
> 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo (CE, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 2020).

O referenciado tratado, além de assegurar vários outros direitos inerentes à pessoa humana no plano internacional, trouxe a primeira previsão escrita das audiências de custódia, quando fala em imediata apresentação da pessoa detida ao juiz.

O plano internacional foi autor, ainda, de vários outros tratados, convenções e acordos versando sobre direitos humanos, trazendo, em seus bojos, as audiências de custódia como instrumento a garantir a observância de direitos fundamentais básicos.

Pode-se brevemente citar alguns tratados e convenções no plano internacional que se destacam pela relevância que dão aos direitos humanos, como por exemplo, em âmbito mundial, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e em âmbito continental, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, que em seus textos normativos, incluíram as audiências de custódia como instrumento garantista a salvaguardar os direitos inerentes ao investigado/acusado.

2.2.2 No Brasil

O cenário interno das audiências de custódia, no Brasil, não difere muito do âmbito mundial. O processo de internalização das audiências de custódia foi uma construção doutrinária e jurisprudencial que se arrastou por anos até encontrar a sua previsão legal.

Primeiramente, precisamos tecer alguns comentários acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – 1969, que estabeleceu marco importante acerca da previsibilidade das audiências de custódia.

O Pacto de San José da Costa Rica foi marco importante na defesa dos direitos humanos, assim como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Em tal Pacto, a audiência de custódia encontra previsão no art. 7°, item 5, o qual dispõe sobre a liberdade pessoal do indivíduo, trazendo em seu bojo que:

> Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal
> [...]
> 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer 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 (OEA, Pacto de San José da Costa Rica, 2020).

O Pacto de San José da Costa Rica, foi internalizado e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 com *status* de legislação supralegal por meio do Decreto n° 678/92 (VEJA..., 2019, p. 1), sendo de rigor que toda pessoa levada ao cárcere, presa em flagrante ou tendo sido decretada a sua prisão preventiva ou temporária, devesse ser submetida à presença da autoridade competente "sem demora".

Contudo, no decorrer dos anos, o termo "sem demora" passou a ser alvo de grande polêmica entre a doutrina e os próprios aplicadores do direito, sendo que a sua abstração, sem dúvidas, abriu larga escala ao intérprete, gerando dúvidas de qual período era considerado "sem demora".

Ainda assim, mesmo com a promulgação e a entrada em vigor do tratado em âmbito nacional, alguns autores, como Nucci (2020, p. 670), sustentam a ideia de que o tratado passou por um certo período de hibernação, ficando, as audiências de custódia, submissas ou sem eficácia por um certo tempo.

Com a promulgação do tratado pelo Brasil, vários anos se passaram sem se falar em audiência de custódia no sistema penal brasileiro, até que, em meados de 2015, surgiu o Provimento Conjunto n° 03/2015, entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), implementando as audiências de custódia na jurisdição do Estado de São Paulo.

Nesse sentido, alguns autores teceram breves comentários acerca do provimento conjunto entre o TJSP e o CNJ, como Pacelli, que afirma que,

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

> a cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízes competentes. No entanto, vários outros Tribunais já aderiram à medida (Minas Gerais, Maranhão, Rio de Janeiro, Espírito Santo etc.) (2020, p. 410).

Este provimento, dirimiu algumas dúvidas e supriu certas "lacunas" deixadas pelo Pacto de San José da Costa Rica, como, por exemplo, o prazo para a realização das audiências, a autoridade competente para presidir o ato, a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública no ato, enfim, passando a servir de regulamento durante algum tempo.

O provimento previa expressamente as audiências de custódia em seu art. 1°, determinando o cumprimento do já estabelecido no Pacto Internacional de San José da Costa Rica, em seu art. 7°, item 5, estabelecendo, contudo, prazo para o cumprimento. *In verbis*:

> Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia (SÃO PAULO, Resolução n° 03/2015, 2020).

Todavia, o provimento gerou muitas polêmicas, chegando até o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 5.240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), impugnando o Provimento Conjunto n° 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o prisma de violação direta ao texto constitucional.

O julgamento da ADIN deu-se por maioria de votos (STF, 2015a, p. 1). A Suprema Corte entendeu que o Provimento Conjunto n° 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo não violou a norma constitucional, apenas disciplinou um procedimento de normas já vigentes, previstas na Convenção Americana dos Direitos do Homem e também no próprio Código de Processo Penal, não trazendo, portanto, qualquer inovação no ordenamento jurídico. Segue a ementa do julgamento do caso em comento pelo STF:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consectariamente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado

> perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4° 8°, 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 argumentandum* 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 por todos os tribunais do país (BRASIL, STF, 2015a).

O Supremo, ao apreciar a ADIN nº 5.240 reconheceu como constitucional o provimento que regulamentava as audiências de custódia no Estado de São Paulo, e ainda, indicou a realização das audiências de custódia, que entenderam por bem chamar de audiência de apresentação, por todos os tribunais do país.

Assim, gradativamente, outros tribunais foram aderindo à ideia de realizar as audiências de custódia e, com isso, foram sendo expedidos novos provimentos (CNJ, 2020b, p. 1).

Após a ADIN nº 5.240, o Supremo Tribunal Federal enfrentou novamente a celeuma envolvendo as audiências de custódia, desta vez, julgando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que se visava o reconhecimento da grave violação aos direitos da população carcerária e a tomada de medidas drásticas para solucionar o problema prisional no Brasil (STF, 2015b, p. 1).

O STF, ao apreciar a ADPF n° 347, novamente deu parecer favorável às audiências de custódia e, desta vez, determinou a sua realização em todo território brasileiro no prazo máximo de vinte e quatro horas contados da captura do custodiado (STF, 2015b, p. 1).

A decisão, exarada pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o caso, tomou por base o cenário carcerário em que o Brasil se encontrava, uma vez que a cultura do encarceramento ainda possuía fortes raízes no sistema penal brasileiro.

Não se pode negar que, na data dos julgados supracitados, já havia alguns projetos de lei em trâmite, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, com intuito de prever as audiências de custódia no sistema penal brasileiro, contudo, por alguma razão, não foram suficientes para implementar as audiências de custódia no diploma processual penal brasileiro.

Gonçalves, Lenza e Reis, seguindo a linha de raciocínio acima, destacam que

> Em 9 de setembro de 2015, o Pleno do Supremo Tribunal Federal novamente enfrentou o tema ao apreciar pedido de medida liminar formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347), oportunidade em que determinou, em caráter cautelar, aos juízes e tribunais de todo o País que, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n. 213/2015, regulamentando em todo o território nacional o procedimento nas audiências de custódia (2019, p. 423-424).

Assim, o Conselho Nacional de Justiça, amparado no Pacto de San José da Costa Rica e nas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIN nº 5.240 e a ADPF nº 347, instituiu, por intermédio da Resolução n° 213, as audiências de custódia a serem realizadas por todos os Tribunais de Justiça do país, no prazo máximo de até vinte e quatro horas, a contar da captura do acusado (MARCÃO, 2017, p. 1).

A previsão, determinando a realização da audiência de custódia no prazo de até vinte e quatro horas contados da prisão em flagrante encontra respaldo no art. 1° da resolução n° 213, que dispõe:

> Art. 1° 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 (BRASIL, Resolução n° 213, 2020).

Logo, segundo a resolução, todo preso detido em flagrante delito deve ser apresentado à autoridade judiciária no prazo máximo de até vinte e quatro horas para averiguação da legalidade da prisão.

Contudo, como já ressaltado em momentos anteriores, a audiência de custódia não se presta tão somente aos casos de prisões efetuadas sobre o estado de flagrância, como

também nos casos em que o acusado foi levado ao cárcere por cumprimento de mandado de prisão cautelar (se preenchidos os requisitos) ou definitiva.

É neste sentido a determinação do art. 13 da resolução n° 213 CNJ:

> Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.
> Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local (BRASIL, Resolução n° 213, 2020).

Em consonância ao exposto, assevera Lima (2020, p. 1015) que

> Pelo menos até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, o diploma normativo que regulamentava a audiência de custódia – Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça – dispunha expressamente que a apresentação à autoridade judicial deveria ser assegurada não apenas à pessoa presa em flagrante delito (art. 1º), mas também àquelas presas em decorrência do cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva (art. 13).

Assim, além do todo já exposto (Pacto de San José da Costa Rica, decisões do Supremo Tribunal Federal que passaram a vincular os Tribunais de Justiça de todo o país), as audiências de custódia já passavam a contar, agora, com uma resolução própria, disciplinando o passo a passo para a sua realização, com o condão de estabelece-las em todo o Estado brasileiro.

Prosseguindo na linha do tempo, um importe marco para as audiências de custódia no sistema penal brasileiro foi, sem dúvidas, o advento da Lei n° 13.964/19 no ordenamento jurídico. A previsibilidade das audiências de custódia em lei processual penal cessou de vez qualquer controvérsia acerca da problemática “falta de norma regulamentadora”.

A Lei n° 13.964/19 que alterou o art. 310 do Código de Processo Penal (PACELLI, 2020, p. 824), passou a prever as audiências de custódia de forma taxativa e obrigatória no sistema processual penal brasileiro.

Com a alteração dada pela Lei n. 13.964/19, o art. 310 do Código de Processo Penal (CPP) passou a contar com a seguinte redação:

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
> I - relaxar a prisão ilegal; ou

> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
> III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
> § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.
> § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.
> § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.
> § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (BRASIL, CPP, 2020).

Assim, pela leitura do *caput* do artigo supracitado, evidente que as audiências de custódia possuem, agora, obrigatoriedade em nosso ordenamento jurídico, não havendo mais que se falar em controvérsias quanto à sua aplicabilidade.

Nesse sentido, assevera Cunha (2020, p. 238) que

> No nosso ordenamento, a matéria, até o advento da Lei 13.964/19, estava prevista apenas na Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça e em normas internas de tribunais. Agora temos Lei. Não parece que a citada Resolução, ato normativo primário, ficou superada, pois vai aclamar (e muito) lacunas deixadas pela novel Lei [...].

Em suma, as audiências de custódia, no cenário interno brasileiro, seguem uma linha cronológica, aperfeiçoando-se no decorrer dos anos, tendo sua primeira previsibilidade com a internalização do Pacto de San José da Costa Rica, em 1992, e, após anos da ratificação do Pacto, com o Provimento Conjunto n° 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido expedida, depois de algum tempo, a Resolução n° 213/2015 do CNJ, culminando, no ano de 2019, com a edição da Lei n° 13.964/19, cuja vigência deu-se a partir de janeiro de 2020, passando a disciplinar as audiências de custódia de forma expressa na norma processual penal.

3 DA EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Esse capítulo foi dividido em oito subtítulos em que se abordam desde os princípios processuais constitucionais inerentes à audiência de custódia até as críticas acerca de sua implementação prática e, ainda, as audiências de custódia em tempos de pandemia.

3.1 DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS INERENTES À APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Assim como em todos os outros ramos do direito, os princípios processuais constitucionais são de suma importância, servindo muitas vezes de sustentáculo para a realização das audiências de custódia no caso concreto.

De acordo com Barroso (2020, p. 205), "os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico".

Assim, analisaremos os princípios constitucionais que servem de supedâneo para a aplicação das audiências de custódia no sistema processual penal brasileiro.

3.1.1 Dignidade da pessoa humana

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana é o cerne que sustenta todos os outros demais princípios, isto porque é o princípio que está estrita e diretamente ligado à condição da pessoa humana, abrangendo sua personalidade e seus direitos fundamentais básicos.

A dignidade da pessoa humana está expressamente prevista no texto constitucional logo em seu primeiro artigo, que trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no título 1, dos princípios fundamentais, assim, de antemão, já se pode precisar a importância desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, dispõe o art. 1° da CF/88:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> **III - a dignidade da pessoa humana**;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.

> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, CRFB, 2020, grifo nosso).

A doutrina clássica elenca três pontos cruciais determinantes do princípio em voga. Segundo Barroso (2020, p. 247), o primeiro está relacionado à própria condição humana, ao seu valor próprio, à condição especial de ser humano que o difere de todas as outras coisas e seres, o segundo está ligado à manifestação da vontade de cada pessoa, a sua autonomia de liberdades e escolhas, ou seja, à sua autodeterminação, não subordinada às vontades de outrem, regendo livremente a sua personalidade, sendo que, esta liberdade está rodeada de limites, as chamadas regras, o que nos submete ao terceiro ponto crucial, denominado de valor comunitário, ou seja, a dignidade da pessoa humana, sondada pelos valores sociais, da boa vizinhança e da urbanidade, da vida em sociedade.

Ainda nesse diapasão, pode-se afirmar que esse princípio visa resguardar que nenhuma pessoa será submetida a tratamento desumano, degradante ou cruel, que lhe diminua por qualquer maneira a capacidade de autodeterminação, ou suprima valores éticos e pessoais, inclusive direitos personalíssimos não reprimidos pela sua captura.

Segundo Barroso,

> A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. (2020, p. 245-246).

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente interligado ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, assevera Capez (2018, p. 53-54) que

> [...] do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana é marco importante no âmbito das audiências de custódia, isso porque ambas têm o propósito voltado a salvaguardar que nenhum direito fundamental do acusado, não suprimido pela reprimenda penal, seja desrespeitado.

Neste diapasão, Estefam, Gonçalves e Lenza ponderam que

> A doutrina tende a vislumbrar dois aspectos ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Penal; um deles voltado ao crime, outro

> vinculado à pena. São eles: a proibição de incriminação de condutas socialmente inofensivas (afinal, o Direito é que está a serviço da humanidade, e não o contrário); e a vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório. (2020, p. 105).

Consoante ao exposto, resta-nos, antes de fechar o presente tópico, destacar que nenhum desses direitos fundamentais é absoluto, encontrando limitação na proporção em que esta seja necessária para a manutenção da ordem coletiva ou de particulares, como é o caso, por exemplo, do uso de algemas no capturado com o fim de manter a integridade física dos policiais que realizaram a abordagem e captura do suspeito.

3.1.2 Devido processo legal

O princípio do devido processo legal, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua previsão está incluída no texto constitucional que dispõe que ninguém será preso ou perderá seus bens sem que haja o devido processo legal.

Sua previsão, contida no art. 5° da Carta Política assim dispõe:

> 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:
> [...]
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, CRFB, 2020).

Assim, a própria Constituição Federal teve a iniciativa de trazer, em seu bojo, que é vedada a constrição da liberdade ou dos bens do indivíduo sem que haja o devido processo legal. Este princípio trouxe o condão de afastar as arbitrariedades estatais, em que o súdito era obrigado a submeter-se às vontades do príncipe sem dispor de meios para apresentar sua defesa.

O princípio do devido processo legal possui, ainda, um conceito mais abrangente (SILVA, 2014, p. 503), entendendo-se, portanto, que o princípio supra vai além de garantir ao acusado que se submeta a um processo, mas também que esse processo seja presidido pela autoridade competente, um juiz investido previamente de jurisdição, na forma da lei, e, também, que o crime que é imputado ao investigado/acusado já esteja previamente definido em legislação própria.

O princípio do devido processo legal é de suma importância na aplicabilidade das audiências de custódia, uma vez que sua interpretação está relacionada à razoabilidade e à adequação da medida mais recomendável ao caso concreto.

De acordo com Fachin, Mazzuoli e Piovesan (2019, p. 105),

> O princípio do devido processo legal é, portanto, gênero que abarca diversas espécies ou subprincípios procedimentais que dele são derivados, como é o caso do princípio da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da isonomia, da publicidade, da motivação das decisões, entre outros. Todavia, levando em conta sua dimensão substantiva, além destes conteúdos fundamentais, liberdade, isonomia em sentido amplo, propriedade, entre outros direitos fundamentais, nele estariam albergados. Nota-se, pelo exposto, que a interpretação do *substantive due process* sofreu um maior alargamento no direito norte-americano, fundamentalmente, no âmbito dos direitos pessoais fundamentais.

Por fim, salienta-se que o princípio do devido processo legal visa a, além de garantir a liberdade plena do indivíduo, garantir, ainda, a paridade de "armas" entre o órgão acusador e o acusado durante toda a *persecutio criminis*, equilibrando as forças para que, ao final, possa-se chegar a uma decisão justa.

Neste sentido, pondera Moraes que

> O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) (2020, p. 119).

3.1.3 Presunção de Inocência

Um dos princípios mais importantes do direito brasileiro, também previsto na Carta Magna de 1988, é o princípio da presunção de inocência.

Seu conceito clássico e conhecido por todos de que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vem taxativamente previsto no art. 5°, inciso LVII, que de forma expressa, dispõe

> 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:
> [...]
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, CRFB, 2020).

Recentemente, havia uma discussão quanto à relativização deste princípio em destaque, pois vigorava o entendimento, inclusive firmado pela Suprema Corte outrora, de que seria possível efetuar a prisão do indivíduo que tivesse a sua condenação confirmada em segunda instância, sem haver o trânsito em julgado. Todavia, o STF, com a finalidade de dirimir a celeuma, pôs fim a essa discussão, julgando as ações diretas de constitucionalidade 43, 44 e 45, onde decidiram que "é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP)

que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena" (STF, 2019, p. 1), justamente por não haver margem a controvérsias acerca do princípio da presunção de inocência, embora não tenham impedido a possibilidade da prisão se estiverem preenchidos os requisitos que autorizam o instituto da prisão preventiva (STF, 2019, p. 1).

Tal decisão lembra-nos que também o princípio da presunção de inocência não é absoluto, assim como todo os demais princípios gerais do direito. Diante disso, percebe-se que esse princípio encontra algumas restrições, como exemplificam o caso da prisão em flagrante, da prisão preventiva e, até mesmo, do veredicto do júri em relação às ações penais que se processam neste tribunal especial.

Neste sentido, Gonçalves, Lenza e Reis destacam que

> O princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), não impede a decretação da prisão processual, uma vez que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente. A prisão processual, entretanto, é medida excepcional, que só deve ser decretada ou mantida quando houver efetiva necessidade (grande periculosidade do réu, evidência de que irá fugir do país etc.). Além disso, o tempo que o indiciado ou réu permanecer cautelarmente na prisão será descontado de sua pena em caso de futura condenação (detração penal) (2019, p. 401).

No que tange ao veredicto dos jurados, entende-se possível o cumprimento provisório de pena, pois a decisão condenatória do júri é soberana, não estando o Tribunal Recursal legitimado a rever provas e fatos (GONÇALVES; LENZA; REIS, 2019, p. 588).

Contudo, com a promulgação e entrada em vigência, no ordenamento jurídico brasileiro, do Pacote Anticrime (em 23 de janeiro de 2020), a execução provisória das decisões exaradas pelo Tribunal do Júri devem obedecer a um patamar mínimo de pena imposta para que possam ser executadas provisoriamente.

Com a nova redação dada pelo art. 492, inciso I, alínea "e" do CPP, a decisão do júri só poderá ser executada provisoriamente se alcançar o patamar máximo igual ou superior a 15 anos de condenação.

Neste sentido, Pacelli destaca que

> Mesmo com a limitação dessa possibilidade agora a uma sanção igual ou superior a 15 anos, o argumento central daquele tribunal (então utilizado para admitir a execução de toda e qualquer pena imposta decorrente de veredito popular) é que, ante a soberania do júri, não caberia ao tribunal de apelação reapreciar os fatos e provas. Assentou-se a tese de que: "A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade" (2020, p. 844).

A referência deste princípio com as audiências de custódia, não destoa dos demais já citados. O princípio da presunção de inocência e as audiências de custódia possuem forte ligação, na medida em que ninguém será mantido no cárcere sem justa motivação.

Durante a audiência de custódia, o juiz, em atenta análise aos requisitos em que nos aprofundaremos mais à frente, fará uma análise do caso concreto conjuntamente com os artigos 312 e 313 do CPP, e avaliará se realmente é necessário o cárcere cautelar naquele caso.

3.1.4 Contraditório

O princípio do contraditório é também considerado um dos princípios mais importantes no direito brasileiro.

Sua previsão encontra respaldo no art. 5°, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe,

> 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:
> [...]
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, CRFB, 2020).

O princípio do contraditório é a ferramenta que assegura ao indivíduo defender-se e contra-argumentar todos os fatos imputados em seu desfavor, gerando o que a doutrina e a jurisprudência chamam de dialeticidade processual.

Andrade reforça que dialeticidade "pode ser resumida como o método de diálogo cujo objetivo principal encontra-se na contraposição e contradição de ideias que, por conseguinte, levam a criação/descobrimento de outras ideias" (2020, p. 1).

No que tange ao contraditório, Gonçalves, Lenza e Reis esclarecem que

> Em decorrência do princípio do contraditório as partes devem ser ouvidas e ter oportunidades de manifestação em igualdade de condições, tendo ciência bilateral dos atos realizados e dos que irão se realizar, bem como oportunidade para produzir prova em sentido contrário àquelas juntadas aos autos (2019, p. 84).

Assim, compreendemos que, pelo princípio do contraditório, as partes possuem a faculdade de manifestar-se acerca dos fatos imputados contra si, salvo raras exceções, como é o caso do inquérito policial, em que o contraditório é suprimido por tratar-se de fase meramente investigativa.

Neste diapasão, acrescenta Moraes que

> O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público (2020, p. 122).

A audiência de custódia e o princípio do contraditório autocompletam-se, uma vez que a exposição rápida dos fatos que ensejaram a prisão em flagrante ao juiz, não adentrando ao mérito (*opinio delicti*), e a apresentação do capturado com a finalidade de verificar a legalidade da prisão, abre oportunidade ao conduzido de manifestar-se acerca de sua captura e de sua condução até o distrito policial.

3.1.5 Ampla defesa

O princípio da ampla defesa também possui previsão no texto constitucional, na verdade, sua previsibilidade encontra-se em conjunto com o princípio do contraditório (art. 5°, inciso LV da Constituição Federal), sendo este o motivo por que alguns autores tratam de ambos em um mesmo título.

De fato, há uma grande similaridade entre ambos os princípio mencionados, contudo, cada qual possui sua particularidade, embora ambos estejam relacionados ao princípio do devido processo legal, enquanto o princípio do contraditório está relacionado ao direito de manifestação no processo, o princípio da ampla defesa consiste na faculdade do acusado angariar ao processo todas as provas elementares para elucidação da verdade dos fatos.

Neste sentido, assevera Pacelli que “Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado” (2020, p. 36).

Logo, notório que os princípios do contraditório e da ampla defesa são de suma importância dentro do processo penal, inclusive na fase pré-processual quando da realização da audiência de custódia, pois, como veremos no decorrer desta pesquisa, na fase pré-processual, será o único momento em que será assegurado, ao investigado, o contraditório e a ampla defesa, visto que, nesta fase, vigora o sistema inquisitorial.

Para Pacelli (2020, p. 37), a ampla defesa vai além do contraditório, uma vez que o acusado pode valer-se, até mesmo, de provas ilícitas, do seu silêncio, sendo estas provas aduzidas por meio de defesa técnica, da autodefesa e da defesa livre, valendo-se, o acusado, de qualquer meio hábil a comprovar a veracidade dos fatos que alega, não dispensando,

contudo, a defesa técnica por profissional devidamente habilitado quando se fizer uso da autodefesa.

3.1.6 Verdade real

A verdade real é princípio predominantemente subordinado aos ramos do direito penal e processual penal. De acordo com Lima (2020, p. 68),

> Dizia-se então que, no processo penal, vigorava o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípuo do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade.

Diferentemente do que ocorre no processo civil, em que a busca é a da verdade formal, também chamado de princípio dispositivo, onde o magistrado está limitado às provas levadas ao processo pelas partes, no direito penal o cenário é o inverso. Na seara penal, vigora o princípio da verdade real, também chamado de verdade material, em que nasce a obrigatoriedade pela acusação de comprovar os fatos imputados ao acusado, diferente do processo civil, em que, em alguns casos, a mera revelia induz o juiz a julgar conforme a verdade trazida pela parte que alega os fatos.

Contudo, cabe aqui um parêntese a fim de discutir um pouco mais a fundo este princípio que, ainda nos tempos atuais, causa tanta controvérsia. De acordo com Pacelli (2020, p. 251), antes da vigência da Constituição da República de 1988, o princípio da verdade real abriu largas escalas para ilegalidades cometidas pelo próprio Estado-juiz, uma vez que o magistrado, na busca incessante pela verdade real dos fatos, tomava o lugar da acusação, ferindo, assim, a sua imparcialidade, princípio importante dentro do direito brasileiro, pois o sistema de 1941 (CPP) era muito mais calcado em um sistema inquisitório.

Com a prevalência da Constituição Federal de 1988, mais precisamente o seu art. 5° que nos traz os direitos e garantias individuais, também com a internalização de tratados de direitos humanos, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, este cenário mudou, dando uma nova “roupagem” ao CPP que passou então a adotar o sistema acusatório, onde as figuras de juiz, acusação e defesa ficaram bem claras e definidas.

Neste sentido, Pacelli leciona que

> O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, *a par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no (2020, p. 251).

Atualmente, o princípio da verdade real está em harmonia com a ideia de que, no processo penal, não basta o mero apontamento da prática da conduta criminosa, é preciso estar provado que de fato ocorreu o crime e quem foi o responsável, o CPP chama isso de indícios suficientes de autoria e de materialidade.

3.1.7 Motivação das decisões judiciais

Outro princípio de suma importância no Direito como um todo, mas também atinente ao tema das audiências de custódia, é o princípio da motivação das decisões judiciais.

A sua previsão está contida no art. 93, inciso IX da Magna Carta que assim dispõe:

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
> [...]
> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, CRFB, 2020).

A motivação das decisões judiciais é instrumento hábil a salvaguardar a inviolabilidade de direitos, não permitindo, no ordenamento jurídico pátrio, decisões judiciais arbitrárias, sem fundamentação legal.

De acordo com Gonçalves, Lenza e Reis (2019, p. 89), "É evidente que em um Estado de Direito os juízes devem expor as razões de fato e de direito que os levaram a determinada decisão. O texto constitucional é claro em salientar a nulidade da sentença cuja fundamentação seja deficiente".

Neste sentido, o que se busca com o princípio da motivação das decisões judiciais, não é que o magistrado utilize esta ou aquela prova como razões de decidir, até porque, no Direito brasileiro, vigora também o princípio do livre convencimento motivado do juiz, mas

que, ao julgar, exponha todos os motivos pelo qual valorou mais uma prova em detrimento de outra, qual legislação utilizou para embasar a decisão, etc.

No campo penal, o princípio da motivação das decisões judiciais ganhou ainda mais relevância com a obrigatoriedade da aplicação das audiências de custódia a partir da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, vinculando os tribunais do país a aplicarem as audiências de custódia, ainda mais nos tempos atuais, em que sua previsibilidade encontra respaldo na lei processual penal.

O juiz, ao receber os autos da prisão em flagrante, deverá, de forma fundamentada, expor os motivos pelos quais está atendendo ao apelo do Órgão Ministerial ou da autoridade policial e decretando a prisão preventiva ou temporária do conduzido, não bastando a mera indicação de artigos de lei, uma vez que deve fazer uma análise aprofundada do caso em concreto e expor os motivos pelo qual, naquele caso específico, o cárcere é medida que se impõe.

De acordo com Nucci,

> A reforma trazida pela Lei 13.964/2019 passou a exigir justificação e fundamentação. A primeira é a demonstração do raciocínio lógico do juiz para chegar à prisão preventiva. A segunda é a relação estabelecida entre a necessidade da prisão e as provas concretas extraídas dos autos (art. 312, § 2.º, CPP) (2020, p. 683).

Nesta mesma linha de raciocínio, asseveram Mendes e Branco (2018, p. 438-439) que

> A motivação é decisiva para aferir a legitimidade do decreto de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sobre a fundamentação da prisão preventiva, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que não precisa ser exaustiva, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos concretos ensejadores da custódia preventiva, não se admitindo prisões com base em argumentos genéricos, fundados em dados abstratos e fórmulas legais.

3.2 DAS ESPÉCIES DE PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A etimologia da palavra prisão está descrita no dicionário da norma culta como sendo “Medida legal ou administrativa, de caráter punitivo, pela qual o indivíduo tem restringida a sua liberdade de locomover-se, por prática de ilícito penal ou por ordem de autoridade competente, nos casos previstos em lei” (PRISÃO, 2018, p. 348).

Ainda neste sentido, Busato (2020, p. 622) destaca que “[...] é forçoso reconhecer que a prisão é fisicamente a constrição absoluta da liberdade de locomoção, quer seja ela

decretada pela emergência cautelar, quer seja derivada da afirmação de uma responsabilidade".

No ordenamento jurídico pátrio, existem três espécies de prisão, segundo Lima (2020, p. 961), a prisão extrapenal, a prisão cautelar e a prisão pena propriamente dita, como sendo aquela decorrente de condenação penal transitada em julgado.

Na presente pesquisa, dar-se-á destaque às prisões cautelares, pois o nosso objeto principal de pesquisa está estritamente relacionado a elas, uma vez que vislumbramos a aplicabilidade das audiências de custódia, na prática, a partir da prisão cautelar.

Neste sentido, as prisões cautelares, como destacado por Lima (2020, p. 961), subdividem-se em prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, sendo via de regra, a prisão em flagrante a abertura da *persecutio criminis*, existindo, ainda, uma quarta espécie de prisão cautelar denominada prisão domiciliar.

3.2.1 Da prisão em flagrante

Como já destacado anteriormente, a prisão em flagrante é o pontapé inicial da persecução penal, iniciando a fase investigativa em desfavor do indivíduo.

De acordo com Nepomuceno (2020, p. 14),

> As alterações promovidas pela Lei nº 13.961/2019 consolidaram a necessidade da realização da audiência de custódia ao flagranteado no Código de Processo Penal, embora tal medida já fosse prevista na Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça e, portanto, já aplicada na prática.

A prisão em flagrante está prevista no art. 302 do CPP que assim dispõe:

> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
> I - está cometendo a infração penal;
> II - acaba de cometê-la;
> III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
> IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, CPP, 2020).

Do texto legal do art. 302 do Código de Processo Penal, extrai-se a existência de três espécies de flagrante, sendo eles, **o flagrante próprio** (art. 302, I e II), em que a captura do agente dá-se no exato momento do cometimento do ilícito, ou quando ele é capturado logo após o cometimento da infração sem se afastar do local do crime; **o flagrante impróprio** (art. 302, III), em que o agente é perseguido ininterruptamente logo após o cometimento da infração e, assim, capturado; e, por fim, **o flagrante presumido** (art. 302, IV), em que o

agente é capturado momentos depois do ilícito com objetos, armas, instrumentos, enfim, alguma peculiaridade que faça presumir ser ele o autor do delito.

Já a doutrina classifica o flagrante em outras quatro espécies, sendo dois deles lícitos ou legais, e os outros dois ilícitos, sendo que, no momento da realização da audiência de custódia, o magistrado, verificando a presença dessas duas figuras de flagrantes ilegais, deverá imediatamente relaxar a prisão.

Com efeito, trataremos primeiramente das duas espécies válidas de flagrante classificadas pela doutrina e pela jurisprudência: o flagrante esperado e o flagrante prorrogado ou retardado.

De acordo com Lima (2020, p. 1034), no flagrante esperado, não há qualquer irregularidade ou ilegalidade, não havendo que se falar em relaxamento da prisão, pois, neste ato flagrancial, a autoridade policial não induz o agente a praticar o delito, diferentemente do que ocorre no flagrante preparado, como veremos oportunamente. Assim, para o autor, a máxima extraída dessa modalidade de flagrante é a espera pela autoridade policial para efetuar o flagrante, isto é, aguarda-se o agente consumar o delito para então efetuar a prisão flagrancial em seu "melhor momento".

O mesmo autor pondera ainda que

> A "campana" realizada pelos policiais a espera dos fatos não se amolda à figura do flagrante preparado, porquanto não houve a instigação e tampouco a preparação do ato, mas apenas o exercício pelos milicianos de vigilância na conduta do agente criminoso tão-somente à espera da prática da infração penal (LIMA, 2020, p. 1034).

Assim, a realização de "campana" pelos policiais com intuito de efetivar a prisão em flagrante no exato momento de sua consumação, pode ser classificado como flagrante esperado e, portanto, flagrante válido.

A segunda espécie válida de flagrante é o flagrante prorrogado ou retardado. Nesta espécie de flagrante, a atuação policial é, como o próprio nome retrata, prorrogada para o futuro, isto é, a autoridade policial toma conhecimento do cometimento do ilícito mas, por razão de conveniência (efetuar o flagrante em seu melhor momento e com isso apreender um número maior de infratores ou objetos), protrai para o futuro a realização do flagrante.

Segundo Lima,

> A ação controlada consiste no retardamento da intervenção policial, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Também conhecida como flagrante prorrogado, retardado ou diferido, vem prevista na Lei de Drogas, na Lei de Lavagem de Capitais e na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) (2020, p. 1037).

Nessas duas espécies de flagrante, a atuação da autoridade policial é válida, e, com isso, não há que se falar em ilegalidade da prisão, podendo a autoridade judicial, se for o caso, no momento da realização da audiência de custódia, conceder a liberdade provisória ao investigado com ou sem a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão se não forem preenchidos os requisitos para a decretação de sua prisão temporária ou preventiva.

As outras duas espécies de prisão em flagrante, classificadas pela doutrina e pela jurisprudência como formas ilegais de flagrante, são o flagrante preparado e o flagrante forjado.

No flagrante preparado, há uma atuação ilegal da autoridade policial com intuito de prejudicar um terceiro. Lima pondera que o flagrante preparado

> Ocorre quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consume. Como adverte a doutrina, nessa hipótese de flagrante o suposto autor do delito não passa de um protagonista inconsciente de uma comédia, cooperando para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou da simulação da exterioridade de um crime (2020, p. 1033).

O exemplo mais corriqueiro, na doutrina, é o caso do policial que instiga ou provoca a atuação do traficante ou do usuário de drogas mediante artifício, ou, ainda, do policial que "convida" um transeunte para assaltar um supermercado e, no momento da consumação do delito, identifica-se como autoridade policial e efetua a prisão em flagrante.

Por óbvio que essa prisão flagrancial é ilegal, pois, em que pese haja algum resquício de vontade por parte do infrator no cometimento do ilícito penal, esta vontade está viciada, pois somente se deu mediante provocação de um terceiro ou mesmo da autoridade policial.

De acordo com Lima (2020, p. 1033), praticadas essas condutas

> estará caracterizado o flagrante preparado, como espécie de crime impossível, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados. Logo, diante da ausência de vontade livre e espontânea dos autores e da ocorrência de crime impossível (CP, art. 17), a conduta deve ser considerada atípica. Cuidando-se de flagrante preparado, e, por conseguinte, ilegal, pois alguém se vê preso em face de conduta atípica, afigura-se cabível o relaxamento da prisão pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, inciso LXV).

Neste ínterim, apresentamos o texto da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". (BRASIL, STF, 1964).

Logo, na realização da audiência de custódia, presente a figura do flagrante preparado, a autoridade judiciária deverá, de imediato, tornar ilegal a prisão com o posterior relaxamento daquela.

A última espécie de flagrante classificado pela doutrina e pela jurisprudência é o flagrante forjado, sendo também uma espécie de flagrante ilegal, como já destacado outrora.

Lima (2020, p. 1037) argumenta que "nesta espécie de flagrante totalmente artificial, policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, a fim de 'legitimar' (falsamente) uma prisão em flagrante".

No caso do flagrante forjado, também chamado, pela doutrina, de flagrante fabricado ou maquinado, não há qualquer resquício de vontade do agente na prática do ilícito, muito pelo contrário, o agente sequer sabe da existência do fato criminoso, sendo surpreendido no momento da captura.

Nucci (2020, p. 658) traz-nos, como exemplo típico dessa hipótese de flagrante ilegal, a inserção de drogas no interior do veículo de uma pessoa durante a abordagem policial com o desiderato malicioso de legitimar uma apreensão totalmente ilegal.

Ao realizar a audiência de custódia, presente a figura do flagrante forjado, o magistrado deve imediatamente declarar a nulidade e a ilegalidade da prisão e, com isso, relaxá-la de imediato.

Essas são, em suma, as principais considerações acerca das prisões em flagrante. Não nos aprofundaremos muito no tema, pois não é esse o foco da pesquisa.

3.2.2 Da prisão temporária

A prisão temporária é também uma prisão processual, sendo regulada pela Lei n° 7.960/89, uma vez que não encontra previsão no Código de Processo Penal. Esta modalidade de prisão presta-se tão somente à fase pré-processual, ou seja, do inquérito policial.

Nucci destaca que a prisão temporária

> [...] é uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação cautelar de um suspeito ao juiz (2020, p. 647).

Assim, as prisões temporárias prestam-se a auxiliar a fase investigativa. Tal medida pode ser representada pela autoridade policial ou requerida pelo Ministério Público, tendo sua duração limitada ao prazo de 5 dias e sendo prorrogável por igual período, desde que comprovada a extrema necessidade em se tratando das infrações penais previstas no art. 1° da Lei n° 7.960/89, ou pelo prazo de 30 dias prorrogáveis uma vez por igual período no caso de crimes hediondos, de tortura, de terrorismo ou de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, consoante o art. 2°, § 4° da Lei n° 8.072/90.

As hipóteses de cabimento estão previstas, taxativamente, no rol do art. 1° da Lei n° 7.960/89, que assim dispõe:

> Art. 1° Caberá prisão temporária:
> I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
> II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
> III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
> a) homicídio doloso;
> b) sequestro ou cárcere privado;
> c) roubo;
> d) extorsão;
> e) extorsão mediante sequestro;
> f) estupro;
> g) atentado violento ao pudor;
> h) rapto violento;
> i) epidemia com resultado de morte;
> j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;
> l) quadrilha ou bando;
> m) genocídio (arts. 1°, 2° e 3° da Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
> n) tráfico de drogas;
> o) crimes contra o sistema financeiro;
> p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (BRASIL, Lei n° 7.960, 2020).

Assim, cessado o período da prisão temporária, o investigado deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sob pena de abuso de poder da autoridade que o mantiver em cárcere.

Segundo Nucci,

> Terminando o prazo estipulado pelo juiz (com ou sem prorrogação), deve o indiciado ser imediatamente libertado, pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz. Note-se que a lei concede autorização para a libertação do indiciado, sendo dispensável a ordem judicial. Deixar de soltar o sujeito implica abuso de autoridade. A única ressalva para manter a prisão fica por conta da decretação de prisão preventiva, que passaria a viger após o término da temporária. Admite-se que, durante o prazo de prisão temporária, a autoridade policial, constatando que prendeu a pessoa errada ou não havendo mais necessidade da custódia cautelar, liberte o suspeito ou indiciado, sem autorização judicial. (2020, p. 649).

3.2.3 Da prisão preventiva

No que diz respeito à prisão preventiva, Nucci (2020, p. 673) destaca que "é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei".

A prisão preventiva é uma medida cautelar, que possui, como requisitos, o cometimento da infração ou prática de fato punível com os indícios suficientes da autoria (*fumus commissi delicti*) e o perigo de manter-se a liberdade do investigado/acusado (*periculum libertatis*) (LIMA, 2020, p. 1060-1061). Aqui utilizamos os termos investigado/acusado, pois, diferentemente da prisão temporária, a prisão preventiva é cabível tanto na fase pré-processual (inquérito) quanto na fase processual.

Os fundamentos para a decretação da prisão preventiva estão previstos nos artigos 312 e 313 do CPP, que assim dispõem:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.
> § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.
> [...]
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
> § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.
> § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (BRASIL, CPP, 2020).

Com efeito, Pacelli assevera que

> Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade (2020, p. 416).

Assim, a prisão preventiva, ou cárcere cautelar, torna-se legítimo apenas nos casos destacados na legislação processual penal, em que a liberdade do investigado/acusado possa acarretar algum prejuízo para a instrução processual penal, seja porque o agente está ameaçando fugir, ou está ameaçando testemunhas, ou destruindo provas ou, ainda, porque continua delinquindo.

Como bem observa Pacelli (2020, p. 416), a regra é a liberdade, devendo ser o cárcere a exceção, somente aplicando-se a prisão nos casos em que outras medidas cautelares, diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, não se mostrarem suficientes.

Cabe, ainda, destacar o art. 5°, inciso LXI da Carta Magna, o qual dispõe que a prisão só se legitima quando autorizada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

> 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:
> [...]
> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, CRFB, 2020).

Assim sendo, efetuada a prisão em flagrante e realizada a audiência de custódia, não poderá o magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva se, pelas características do delito, não se puder enquadrar o meliante nos requisitos exigidos nos artigos 312 e 313 do CPP para a sua decretação.

Outrossim, um fator importante e que teve significativa mudança com a edição da Lei n° 13.964/19, o chamado Pacote Anticrime, foi a alteração quanto à legitimidade para o requerimento da decretação da prisão preventiva (LIMA, 2020, p. 1059). A prisão preventiva, antes do advento do Pacote Anticrime, poderia ser decretada mediante requisição da autoridade policial, requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou até mesmo de ofício pelo magistrado. Após o advento do Pacote Anticrime, a nova redação dada ao art. 311 do CPP passou a prever, como legitimados a requisitar a prisão preventiva, apenas a autoridade policial, o Ministério Público e o querelante ou assistente. Assim, com a minirreforma do CPP, foi suprimida a expressão “de ofício”, retirando, portanto, a legitimidade do magistrado de decretá-la sem provocação.

A nova redação do supracitado artigo segue a seguinte redação:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, CPP, 2020).

Uma outra alteração importante, trazida pelo Pacote Anticrime, foi a redação do art. 316 em seu parágrafo único do CPP, que passou a prever expressamente a necessidade de revisão das prisões preventivas no prazo de 90 dias, a fim de verificar se ainda subsistem as causas que ensejaram a sua decretação sob pena de ilegalidade da prisão.

Neste sentido, Lima destaca que

> [...] o decurso do prazo de 90 (noventa) dias sem qualquer manifestação da autoridade judiciária competente acerca da necessidade de manutenção da medida cautelar em questão acarretará, de per si, o reconhecimento da sua ilegalidade. É dizer, o transcurso desse prazo *in albis* acarretará a ilegalidade da prisão. Não se pode, portanto, condicionar o reconhecimento dessa ilegalidade à avaliação do magistrado competente, sob pena de se tornar letra morta o novo regramento introduzido pela Lei n. 13.964/19, o qual, nesse ponto, é muito claro ao afirmar que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (2020, p. 1099).

Assim, com as recentes mudanças acrescentadas à lei processual penal, tem-se quebrado o antigo paradigma de "prender o acusado para se fazer justiça preventivamente" sem justa fundamentação, amparado apenas no direito penal punitivista, e, após, "esquecê-lo" no cárcere, como era de estilo em tempos remotos.

3.2.4 Da prisão domiciliar

Nosso último tópico acerca das prisões cautelares trata da prisão domiciliar.

A prisão domiciliar consiste, segundo Pacelli (2020, p. 432), no "recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa".

O regramento jurídico das prisões domiciliares encontra respaldo no art. 318 do CPP, que dispõe:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
> 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.
> Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo (BRASIL, CPP, 2020).

Neste ínterim, o artigo 318-A do CPP, traz-nos os casos em que a prisão preventiva poderá ser substituída pela prisão domiciliar, quando se tratar de mulher gestante ou mãe ou, ainda, responsável por crianças ou pessoas com deficiência. *In verbis*:

> Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
> I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
> II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, CPP, 2020).

Assim, pela leitura dos artigos citados, extrai-se que a prisão domiciliar é cabível nos casos em que seria cabível a prisão preventiva, mas, por alguma peculiaridade do agente, é cabível uma prisão mais "branda", isto é, a prisão domiciliar.

Um último comentário a tecer, no que diz respeito às prisões domiciliares, utilizando-se da doutrina de Pacelli (2020, p. 433), é de que, em casos mais subjetivos, como por exemplo o requisito elencado no art. 318, inciso II do supracitado artigo, far-se-á necessária a comprovação da debilidade mediante documento idôneo, apto a comprovar a moléstia.

3.3 DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO E CONTRA A PRISÃO ILEGAL

Como bem se sabe, mas não custa relembrar, é dever do Estado garantir aos indivíduos a inviolabilidade de seus direitos fundamentais.

Esclarecendo o que são direitos fundamentais, Silva (2014, p. 453) destaca que são

> "Fundamentais" porque se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do "homem" no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. "Do homem", aí, não como o macho da espécie, mas no sentido geral de ser humano. Vale dizer: direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana. É com esse conteúdo que a expressão "direitos fundamentais" encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, na forma expressa no art. 17 incluindo no conceito os direitos individuais, os políticos e os sociais (em sentido amplo).

Segundo o mesmo autor, os direitos fundamentais são classificados segundo a Constituição Federal. Assim,

> A classificação que decorre de nossa Constituição é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela, ou seja: (a) direitos fundamentais do homem-

> indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do direito constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (liberdade, igualdade, segurança, propriedade); (b) direitos fundamentais do homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do homem-cidadão, que são os direitos políticos (art. 14 - direito de eleger e ser eleito), chamados também direitos democráticos ou direitos de participação política e, ainda, inadequadamente, liberdades políticas (ou liberdades-participação), pois estas constituem apenas aspectos dos direitos políticos; (d) direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º - saúde, educação, seguridade social etc.); (e) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, que a Constituição adotou como direitos coletivos (art. 5°); (f) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais de solidariedade, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da Humanidade) (SILVA, 2014, p. 455).

Assim, direitos fundamentais são conceituados como a própria essência do homem, sem os quais não seria possível a vida em sociedade.

A sensibilidade dos direitos fundamentais está inserida na conjuntura das audiências de custódia, uma vez que, no momento da averiguação da legalidade da prisão, está-se fazendo cumprir a proteção a esses direitos.

Neste contexto, a doutrina subdivide os direitos fundamentais basicamente em três gerações. De acordo com Barroso (2020, p. 185),

> Na primeira geração encontram-se os direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos políticos, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado. Na segunda geração estão os direitos sociais, econômicos e culturais, referidos normalmente como direitos sociais, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento.

Logo, extrai-se da ideia de Barroso o dever do Estado de respeitar essas três dimensões em que se subdividem os direitos fundamentais, a primeira com uma prestação negativa, de não fazer, a segunda e a terceira geração com uma prestação positiva do Estado, ou seja, com uma ação por sua parte.

A geração de direitos que se busca manter íntegra com a realização das audiências de custódia são os chamados direitos fundamentais de primeira geração, aqueles que exigem uma abstenção por parte do ente público, e que, muitas vezes, na reprimenda penal, são desrespeitados.

Assim, as prisões ilegais devem ser imediatamente relaxadas, sob pena de estar-se violando esse direito fundamental inerente ao indivíduo investigado ao qual nos reportamos acima.

3.3.1 Dos deveres do Estado de garantir o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais básicos inerentes ao acusado

Como já destacado, no primeiro capítulo desta pesquisa, a partir do momento em que o Estado tomou para si o poder punitivo, com ele também surgiu o ônus da garantia de que o investigado/acusado não terá violados seus direitos fundamentais assegurados constitucionalmente e não suprimidos com a reprimenda penal.

Logo, o Estado, como ente soberano, deve assegurar o respeito aos direitos inerentes ao indivíduo que se submeta ao sistema penal brasileiro, como, por exemplo, a sua integridade física e intelectual, o respeito à sua honra, à sua imagem, enfim, uma gama de direitos que vêm elencados na própria Constituição Federal, bem como em pactos e convenções internacionais que o Brasil internalizou.

Ramos afirma que

> [...] os direitos à prestação são aqueles que exigem uma obrigação estatal de ação, para assegurar a efetividade dos direitos humanos. É uma verdadeira superação do dogma do "Estado inimigo" dos direitos humanos. Pelo contrário, o Estado agora é o "Estado amigo", chamado a realizar condutas de proteção aos direitos, para dar existência real aos direitos previstos no ordenamento jurídico. Essas condutas estatais podem ser divididas em prestações jurídicas e prestações materiais. A prestação jurídica é realizada pela elaboração de normas jurídicas que disciplinam a proteção de determinado direito. Assim, o devido processo legal para ser protegido exigirá uma atuação estatal de regulação de normas processuais e procedimentais adequadas. Já a prestação material consiste na intervenção do Estado provendo determinada condição material para que o indivíduo frua adequadamente seu direito. Por exemplo, no caso do direito à saúde, o Estado deve realizar prestações materiais por meio de construção de hospitais, equipamentos, equipe médica e ainda fornecimento gratuito de medicamentos, tudo para assegurar materialmente o efetivo gozo do direito à saúde (2020, p. 64).

A Constituição Federal encarregou-se de elencar os direitos e garantias fundamentais, que devem ser observados pelo Estado, em seu título II.

De acordo com Selonk,

> Observa-se uma divisão sistemática dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal em seis grupos: direitos individuais (art.5°), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6° e 193 e seguintes), direitos coletivos (art. 5°) e direitos solidários (arts. 3° e 225). Trata-se, ao mesmo tempo, de categorias plenamente harmônicas entre si e influentes reciprocamente (2011, p. 1).

Este dever do Estado de salvaguardar os direitos fundamentais está previsto também em acordos e convenções internacionais, como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovado e promulgado pelo Brasil por intermédio do Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992 (RAMOS, 2020, p. 163).

Segundo Ramos,

> Na Parte II, integrada por quatro artigos, o Pacto estabelece o dever do Estado de respeito e a garantia de todos os direitos nele previstos a todos os indivíduos que se achem em seu território, sem qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto a origem nacional e, especialmente, entre homens e mulheres. Mesmo o imigrante em situação irregular pode invocar os direitos do PIDCP contra o Brasil. Além disso, os Estados comprometem-se a adotar medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos previstos no Pacto. O PIDCP exige de que toda pessoa que tenha direitos garantidos no Pacto violados possa dispor de um recurso efetivo, ainda que a violência tenha sido perpetrada por agente no exercício de funções oficiais, bem como de que qualquer decisão que julgar procedente tal recurso seja cumprida pelas autoridades competentes (art. 2º) (2020, p. 164).

Aliadas ao exposto, surgem as audiências de custódia, cujo objetivo precípuo busca salvaguardar que nenhuma pessoa será mantida no cárcere sem necessidade, ou quando, por força normativa, forem autorizadas medidas cautelares diversas da prisão.

Logo, as audiências de custódia tornaram-se ferramentas de controle para o Estado na prestação e na garantia efetiva aos direitos fundamentais.

Segundo Selonk,

> [...] A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5°, §1°, determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, ou seja, pela análise do dispositivo legal se poderia concluir que é desnecessário aguardar sequer a regulamentação de tais direitos. Todavia, no mundo fático isso não ocorre e, diante da não auto-aplicabilidade [*sic*] da norma constitucional as questões acerca dos direitos fundamentais, em especial, a ausência de planejamento e implementação de políticas públicas pelo Executivo, são encaminhadas ao Judiciário, onde, sabidamente, encontram-se mais problemas na efetividade, no aspecto processual (2011, p. 1).

3.3.2 Da responsabilidade civil do Estado

A não observância quanto à proteção dos direitos fundamentais inerentes ao indivíduo mantido sob o cárcere ou até mesmo fora dele, pode gerar, ao Estado, o dever de indenização, o que conhecemos como responsabilidade civil.

Em termos gerais, em relação à responsabilidade civil, assevera Di Pietro (2019, p. 826) que o Estado responde objetivamente por seus atos, independentemente de dolo ou de culpa, isso depois de uma longa evolução histórica até os dias atuais.

A base da responsabilidade civil do Estado está prevista na própria Constituição Federal, que, em seu artigo 37, § 6°, estipula:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, CRFB, 2020).

Logo, violado o direito do indivíduo mantido em cárcere, nasce a pretensão pelo ressarcimento, que, geralmente, é dever do Estado.

No momento da realização da audiência de custódia, são realizadas algumas perguntas ao conduzido com intuito de verificar se não foram agredidos esses direitos fundamentais básicos, como por exemplo, se, durante a captura e a condução, não houve a chamada violência policial.

3.3.3 Do dever do Estado de indenizar em caso de erro judiciário

Como já explicitado, o Estado, guardião da ordem pública e da segurança nacional, assume papel nitidamente protetor, devendo salvaguardar os direitos fundamentais básicos elencados na Constituição Federal.

A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário vem disciplinada pelo art. 5° da Constituição, que dispõe:

> 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:
> [...]
> LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (BRASIL, CRFB, 2020).

O Poder Judiciário, sem dúvidas, é o principal concretizador desta obrigação assumida pelo Estado, porém, não raras vezes, o próprio Poder Judiciário comete irregularidades ao apreciar o caso concreto, desrespeitando, assim, direitos fundamentais elencados na própria Constituição.

O erro judiciário cometido no campo penal, certamente, enseja uma maior atuação do Estado em indenizar aquele que vier a sofrer o infortúnio, isto porque a seara penal está

estritamente relacionada à dignidade da pessoa humana, afetando, em casos de erros, a própria essência humana.

Neste sentido, esclarece D'Urso que,

> Na verdade existem duas formas de reparar o erro judiciário, na primeira quando essa reparação ocorre em tempo e impede que os efeitos do vício de manifestação sejam emanados e, na segunda forma, pela indenização, reparação incompleta , pois não restitui tudo o que foi perdido pelo erro, traduzida pela simples resposta pecuniária do Estado pelo vício de seus órgãos (1999, p. 1).

A responsabilidade do Estado serve como uma "punição" ao ente, que dotado de poderes supremos, fiscal e aplicador da lei, não está desobrigado de também cumpri-la e a ela submeter-se.

D'Urso, ao exemplificar o erro judiciário, comenta que

> [...] fica também evidente, que a decretação da prisão preventiva, mesmo que lícita quando decretada, traduz enorme gravame e incomensurável dano àquela pessoa que, posteriormente, vai se reconhecer inocente. Portanto, o erro do Estado ao privar alguém de sua liberdade, mesmo que preventivamente, pode e deve ser reparado pela indenização (1999, p. 1).

Logo, o Estado, sempre que violar algum direito, por ilicitude de seus atos, estará obrigado a repará-lo nos exatos termos constitucionais, de forma objetiva.

Contudo, Cavalieri Filho assevera que

> Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal. Há que entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, § 6º, da Constituição, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude. O Estado só responde por atos lícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. Não vemos, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela prisão preventiva, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu art. 5º, LXI. E ainda que sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória. (2020, p. 314).

Assim, esse ônus atribuído ao Estado tem a função de repreender cada vez mais a negligência que se praticava em tempos remotos, onde o indivíduo que cometia a infração penal era tarjado como escória da sociedade, sendo-lhe suprimidos quaisquer direitos.

De acordo com D'Urso (1999, p. 1), a indenização é o mínimo que se pode esperar, sendo o preço pago pela sua precipitação ou negligência, que por culpa ou dolo, levou injustamente o indivíduo ao cárcere.

Cavalieri Filho caracteriza o erro judiciário como

> [...] danos graves e de difícil reparação que podem resultar para as partes em razão da negligência do juiz no cumprimento do seu dever: prolongamento abusivo de prisões preventivas; vazamento indevido de informações sobre certos processos para órgãos de imprensa – o que contribui para que se projete uma certeza de culpa, antes do julgamento; a espetacularização de prisões, cobertas pela mídia, com a colocação de algemas em pessoas que nunca empunharam uma arma de fogo; a divulgação de gravações telefônicas sigilosas, trechos de conversas totalmente fora do contexto e sem que se tenha nenhuma certeza de sua autenticidade; o retardamento injustificado da decisão, além de outras hipóteses de denegação da justiça. Por seu turno, o serviço judiciário defeituoso, mal organizado, sem os instrumentos materiais e humanos adequados, pode, igualmente, tornar inútil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos aos jurisdicionados pela excessiva morosidade na tramitação do processo. Os bens das partes se deterioram, o devedor desaparece, o patrimônio do litigante se esvai etc (2020, p. 315).

Logo, toda vez que o Estado agir de forma desidiosa em face dos direitos e das garantias fundamentais do investigado/acusado, ou mesmo, quando, na sua função de Órgão Julgador, acabar por violar esses direitos, estará obrigado a repará-lo na forma indenizatória.

O erro judiciário e as audiências de custódia possuem íntima ligação, porquanto, evidenciada a ilegalidade do flagrante, durante a audiência aprazada, a liberdade do acusado é medida a ser imposta, fazendo cessar a ilegalidade e, com isso, atenuando-se os efeitos da ilegalidade já praticada.

3.4 DA FINALIDADE E DO CARÁTER CAUTELAR DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

A doutrina classifica a finalidade das audiências de custódia a partir de diversos propósitos.

De acordo com Viana (2019, p. 1), as audiências de custódia, antes do advento da Lei n° 13.964/19, possuíam quatro finalidades fundamentais, sendo elas: **a)** adequar o Código de Processo Penal e as legislações processuais penais correlatas aos tratados e convenções de direitos humanos; **b)** prevenir e repreender a tortura policial; **c)** controlar as prisões em flagrante visando conter ilegalidades, arbitrariedades e prisões desnecessárias; e **d)** quebrar o antigo paradigma do encarceramento em massa.

Ocampos e Freitas Júnior (2020, p. 401-402), contribuindo com a classificação supracitada, adicionam, ainda, que a finalidade das audiências de custódia também se presta a: **a)** promover o encontro entre a pessoa presa e a autoridade judiciária; **b)** inibir a tortura os maus tratos e o tratamento desumano ou cruel; e **c)** permitir que a autoridade judiciária tenha conhecimento das características pessoais do preso.

Lima (2020, p. 1016), acrescenta que

> [...] em inúmeros países, dentre eles Peru, Argentina e Chile, a audiência de custódia tem 2 (dois) objetivos precípuos: 1) coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos, verificando-se o respeito aos direitos e garantias individuais do preso; 2) conferir ao juiz das garantias, no caso da prisão em flagrante, uma ferramenta mais eficaz para fins de convalidação judicial, é dizer, para ter mais subsídios quanto à medida a ser adotada – relaxamento da prisão ilegal, decretação da prisão preventiva (ou temporária), ou concessão de liberdade provisória, com (ou sem) a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP. Indiretamente, sua realização também visa à diminuição da superpopulação carcerária. Afinal, em contraposição à simples leitura de um auto de prisão em flagrante, o contato mais próximo com o preso proporcionado pela realização da audiência de custódia permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos.

Com a promulgação da Lei n° 13.964/19 e com a previsão expressa das audiências de custódia no Código de Processo Penal, não há mais que se falar em adequação do CPP quanto à realização das audiências de custódia, mas ainda assim, existe a necessidade de adequar o CPP aos tratados e às convenções que versem acerca dos direitos humanos, tendo em vista sua importância e relevância mundial.

Quanto à finalidade de prevenir e de repreender a tortura policial, bem como de inibir o tratamento cruel e desumano, o próprio Pacto de San José da Costa Rica prevê, em seu art. 5°, item 2, 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” (OEA, Pacto de San José da Costa Rica, 2020).

A previsão encontra respaldo também em nossa Carta Política de 1988, que dispõe, em seu artigo 5°, inciso III:

> 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:
> [...]
> III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, CRFB, 2020).

Com efeito, a realização da audiência de custódia é ferramenta fundamental para assegurar a inviolabilidade de direitos fundamentais básicos e, quando já violados, fazer cessar a ilegalidade perpetrada por parte da autoridade policial no momento da captura e do cárcere, visto que, qualquer que seja a ilegalidade cometida, chegará ao conhecimento da autoridade judiciária em razão da apresentação do conduzido, resguardando, portanto, a integridade física do indivíduo e punindo a autoridade que agiu arbitrariamente e sem a devida observância aos direitos fundamentais inerentes ao conduzido.

O CNJ complementa que

> Em um ano de funcionamento, o programa Audiência de Custódia registrou 4,6 mil denúncias de tortura e maus-tratos a pessoas presas em todo o país. De acordo com os relatos de presos durante as audiências de custódia, os episódios que envolvem violência policial geralmente ocorrem entre o momento da prisão e a apresentação do preso a um juiz. Esse e outros dados do primeiro ano do programa do CNJ foram expostos pelo presidente do Conselho e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, durante o 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (Fonape) (2016, p. 200).

Logo, a realização das audiências de custódia possui essa finalidade precípua de coibir a violência perpetrada pelos agentes de polícia no momento da captura e do cárcere do indivíduo.

Outra finalidade importante está atrelada a permitir que a autoridade judiciária tenha contato com o conduzido, para que esta seja capaz de tomar conhecimento das condições pessoais do custodiado e dos motivos que o levaram ao cárcere.

Não se pode suprimir que, antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, a autoridade judiciária já tomava conhecimento das condições pessoais do preso e das circunstâncias do delito mediante o encaminhamento dos Autos da Prisão em Flagrante (APF), conforme determina o art. 306 do CPP.

> Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
> **§ 1° 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.**
> § 2° No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (BRASIL, CPP, 2020, grifo nosso).

Contudo, o que se buscou com a reforma trazida pelo Pacote anticrime (Lei n° 13.964/19), que alterou o CPP, prevendo, em seu bojo, a expressa previsão da obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, foi, sem dúvidas, evitar decisões contaminadas pela opinião da autoridade policial que elaborava e encaminhava o APF à autoridade judiciária.

Assim, cumpre-nos esclarecer que, com a realização da audiência de custódia, não se deixou de realizar e encaminhar o APF ao judiciário, pelo contrário, a atividade da autoridade policial ao documentar a prisão em flagrante ainda é de suma importância no sistema processual penal brasileiro. O que se buscou com a inserção das audiências no *códex* foi, como já destacado, evitar que o magistrado, ao analisar o APF, sem ter a possibilidade de indagar ao investigado/acusado acerca dos fatos que o levaram ao cárcere, deixar-se

convencer pela opinião da autoridade policial que elaborou e encaminhou o APF, que, não raras vezes, segue imediato petitório pela prisão cautelar do conduzido.

Neste sentido, Viana (2019, p. 1) destaca que

> [...] quando a convalidação da prisão em flagrante é realizada sem a presença física do flagranteado, ou seja, apenas com a remessa do Auto de Prisão e Delito (APF) para o magistrado, a decisão jurisdicional acaba sendo influenciada sobremodo pela opinião da autoridade policial e do órgão de acusação, que, não raras vezes, manifestam-se pela conversão do flagrante em prisão preventiva ou temporária.

Assim, a finalidade das audiências de custódia, acima do todo o já exposto, dá-se principalmente com o condão de repreender a tortura policial e de promover esse encontro entre juiz e custodiado.

Uma última análise acerca das finalidades essenciais das audiências de custódia, tanto pelo panorama dos direitos humanos, quanto pelo viés econômico do Estado, está relacionada à quebra do antigo paradigma do encarceramento em massa.

De acordo com estudos realizados,

> Com 600 mil presos, o Brasil é o quarto país do mundo que mais encarcera pessoas. Nesse universo, 40% dos detentos (240 mil) são presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda não receberam condenação definitiva. Considerando que cada preso custa, por ano, 36 mil reais ao Estado, o sistema penitenciário brasileiro consome 21,6 bilhões de reais todos os anos (CNJ, 2016, p. 13).

Assim, a realização das audiências de custódia com a finalidade de quebrar o antigo paradigma de que, “para se fazer justiça”, o cárcere deveria ser a medida imposta, tornou-se uma alternativa viável, tanto pelo viés da proteção aos direitos humanos, quanto pelo lado econômico estatal.

Nesse sentido, com a realização das audiências de custódia, já se vislumbra uma redução econômica significativa aos cofres públicos, sem falar no número de prisões desnecessárias que a realização das audiências tornou sem efeito (vide anexo A).

> Os estados que já implementaram a audiência de custódia verificaram que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. O Conselho Nacional de Justiça estima que a redução pela metade do número de pessoas presas antes de terem sido condenadas gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais. Além disso, ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais (CNJ, 2016, p. 14).

Enfim, encerrando o presente tópico, resta-nos ainda tecer um breve comentário acerca da essência cautelar das audiências de custódia.

A palavra cautela está relacionada à salvaguarda, à proteção. De acordo com o dicionário culto da língua portuguesa, a palavra cautela, significa “excesso de cuidado que

busca prever e evitar um mal, um dano, um perigo; prudência, precaução, cuidado.” (CAUTELA, 2020, p. 1).

O caráter cautelar das audiências de custódia justifica-se, justamente, pelo fato de a apresentação direta do conduzido ao magistrado fazer cessar qualquer violência perpetrada em face do indivíduo que, pelo cometimento de fato criminoso, submeteu-se à reprimenda penal.

Ocampos e Freitas Júnior (2020, p. 402), destacam que

> Uma das finalidades precípuas da audiência de custódia é aferir se houve respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa presa. Assim, demanda-se que seja realizada pelo Juízo com jurisdição na localidade em que ocorreu o cumprimento do mandado [...]. É essa a autoridade judicial que, naquela unidade de exercício do poder jurisdicional, tem competência para tomar medidas para resguardar a integridade do preso, bem assim de fazer cessar agressões aos seus direitos fundamentais, e também determinar a apuração das responsabilidades, caso haja relato de que houve prática de torturas e maus tratos.

3.5 DO PROCEDIMENTO

Antes de darmos início à explanação acerca do procedimento das audiências de custódia, cabe lembrar que, como já afirmado em outros momentos, a audiência de custódia não serve como antecipação de interrogatório, pelo contrário, na realização da audiência de custódia a autoridade judiciária não analisa o mérito da demanda, está adstrita tão somente a verificar se não foram violados direitos fundamentais básicos inerentes ao conduzido, bem como analisa se ainda se fazem presentes os requisitos para a mantença do cárcere.

Nesse sentido, Pacelli (2020, p. 411) pontua que

> [...] não se trata de uma antecipação do interrogatório. Mais ainda: não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita. A audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (família, trabalho etc.).

O procedimento das audiências de custódia, até o momento da edição de provimentos e regulamentos, como foi o caso da Resolução n° 213/2015 do CNJ, e de sua previsibilidade legal, com a alteração dada pelo Pacote Anticrime ao Código de Processo Penal, não se prestava muito a salvaguardar os direitos inerentes ao custodiado, visto que, a autoridade que presidia a audiência de custódia era o próprio delegado de polícia.

> No Brasil, durante décadas, o preso, em geral pela Polícia Militar (polícia ostensiva, segundo a CF) deve ser imediatamente apresentado ao Delegado de Polícia (polícia

> judiciária, segundo a CF). Este operador do Direito é um bacharel em ciências jurídicas, presta concurso de provas e títulos e assume o seu cargo, justamente para controlar as prisões feitas pela Polícia Militar (NUCCI, 2020, p. 667).

Neste ínterim, não se está fazendo aqui demérito a esse serviço preliminar prestado pela autoridade policial, muito pelo contrário, não se pode desconsiderar o trabalho prestado pelos agentes durante a persecução penal, que, diga-se de passagem, ainda nos tempos atuais, funciona como um "filtro" para o Poder Judiciário, fazendo as devidas classificações primárias, que, embora não vinculem o órgão acusador, muitas vezes servem de supedâneo para a oferta da peça acusatória.

Contudo, ainda que haja esta coleta de informações preliminares pelo delegado de polícia, ou pela autoridade policial que lhe faça as vezes, não há que se falar em realização de audiência de custódia no âmbito do Distrito Policial.

Como bem observa Lima (2020, p. 1117), a redação da Lei n° 13.964/19 colocou fim à discussão da controvérsia, prevendo expressamente a realização da audiência de custódia nos artigos 287 CPP (prisão mediante mandado) e 310 do CPP (prisão em flagrante), elegendo, à presidência do ato, a autoridade judiciária competente.

Assim, não se descartou completamente a atuação preliminar da autoridade policial com a realização das audiências de custódia, mas tão somente condicionou-se, independentemente da medida tomada, a submissão do conduzido à presença do magistrado para a realização do ato.

Lima pondera que

> Com a devida vênia, não se pode afirmar que toda e qualquer autoridade possa presidir a audiência de custódia. Somente terá competência para tanto aquela autoridade legalmente autorizada ao exercício de função judicial. É difícil afirmar quem seria essa 'outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais', já que os pactos possuem abrangência mundial (ou regional), devendo-se atentar, por isso, à realidade interna de cada nação que os subscrevem. Mas parece certo que, pelo menos na realidade brasileira, não seria o Delegado de Polícia, nem tampouco o órgão do Ministério Público. Longe de se pretender estabelecer, com essa premissa, qualquer demérito às funções do Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça, mas não são eles dotados de autorização para exercer funções judiciais (2020, p. 1017).

As audiências de custódia, após o advento da Lei n° 13.964/19, o chamado Pacote Anticrime, estão taxativamente previstas nos artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal.

O artigo 287 do CPP está relacionado à realização das audiências de custódia derivadas da prisão mediante expedição de mandado.

> Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia (BRASIL, CPP, 2020).

Neste diapasão, Lima acrescenta que “enquanto o art. 310 versa sobre a audiência de custódia do preso em flagrante, o art. 287 a prevê nos casos de prisão decorrente de mandado referente à infração penal, ou seja, quando se tratar de prisão temporária ou preventiva” (2020, p. 1016).

Assim, aquele que tiver decretada a sua prisão, seja ela cautelar ou definitiva, deverá ser submetido à audiência de custódia com a finalidade de verificar se, durante o período de cárcere ou apreensão, não sofreu violação aos seus direitos.

O artigo 310 do CPP trata da audiência de custódia clássica, ou seja, aquela cuja incidência vislumbra-se no dia a dia, a designação da audiência de custódia decorrente da prisão em flagrante.

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
> I - relaxar a prisão ilegal; ou
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
> III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
> § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.
> § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.
> § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.
> § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva (BRASIL, CPP, 2020).

Portanto, lavrado o auto de prisão em flagrante, agora contando com expressa previsão legal, o preso será conduzido, em até vinte e quatro horas, à presença da autoridade judiciária competente para a realização da audiência de custódia.

Lima assevera que

> Estando o flagranteado acometido de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentado ao juiz, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ele se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostrar inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação (2020, p. 1019).

No ato da audiência, o magistrado, analisando as circunstâncias do caso concreto e o delito que se imputa ao conduzido, fará uma breve análise e exposição dos fatos, verificando desde logo a legalidade ou não da prisão, ocasião em que poderá homologar a prisão em flagrante ou relaxá-la, se ilegal, abrindo oportunidade ao conduzido para que se manifeste acerca de sua captura e apreensão.

> Na audiência, o juiz, depois de informar o preso sobre o direito ao silêncio, questionará se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; indagará sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; perguntará sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos e adotando as providências cabíveis; verificará se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que não tenha sido realizado, os registros se mostrarem insuficientes ou a alegação de tortura e maus-tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado (GONÇALVES; LENZA; REIS, 2019, p. 424).

Após a oitiva do conduzido, que terá direito previamente a uma consulta reservada com seu defensor, constituído ou dativo, o togado passa o uso da palavra ao membro do Ministério Público e, após a defesa, que poderão fazer questionamentos apenas quanto à prisão efetuada, não adentrando no mérito da infração.

Pacelli (2020, p. 411), acrescenta que

> Naturalmente que as partes (Ministério Público e Defesa) devem também ser ouvidas, mas não para fins de esclarecimento do crime e para a inquirição do preso sobre os fatos. Para isso já é previsto o interrogatório, após regular instauração do inquérito. Não fossem suficientes tais argumentos, é de se ver também que, ainda quando realizada (a audiência) em contraditório e na presença do juiz, não será de processo que se cuidará, mas apenas da fase inicial e nascedoura da investigação. Bem por isso, eventual confissão assim obtida não deverá ser considerada como antecipação do procedimento previsto no art. 185 e seguintes do CPP. Primeiro, em razão da inexistência de processo e de efetivo exercício jurisdicional penal, e, segundo, por não ser aquele o momento procedimental adequado para a matéria, do que resultará violação ao devido processo legal.

Em seguida, o magistrado deverá fazer uma análise fundamentada acerca da conversão da prisão efetuada em flagrante para a prisão temporária ou preventiva, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (vide anexo B), visto que, com a entrada em vigência do Pacote anticrime, foi suprimida a expressão “de ofício” pelo magistrado no que diz respeito à decretação das prisões cautelares.

A previsibilidade do art. 310, § 1°, possibilita o magistrado conceder ao acusado liberdade provisória se verificar que o conduzido praticou o fato em qualquer das condições previstas no artigo 23, incisos I, II e III do Código Penal, isso é, se praticou o crime nas

hipóteses em que se exclui a ilicitude do delito (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito).

Um último comentário diz respeito aos mandados de prisão temporária ou de prisão definitiva, que citamos acima, quando falávamos da realização da audiência de custódia pautada no art. 287 do CPP.

Gonçalves, Lenza e Reis (2019, p. 424) acrescentam que, em se tratando desses casos, isto é, da prisão por mandado, aplicar-se-á o mesmo procedimento previsto para a prisão em flagrante, ou seja, o preso antes de ingressar ao cárcere, deve ser submetido à presença da autoridade judiciária a fim de verificar se, durante a apreensão, não foram suprimidos direitos constitucionais sensíveis, aqueles cuja reprimenda penal não objurgou.

Assim, mesmo que a prisão decorra de mandado de prisão de pena definitivamente imposta, ou, sendo fruto de mandado de prisão cautelar expedido durante o trâmite do processo ou das investigações, a audiência de custódia deverá ser realizada no prazo legal de vinte e quatro horas da apreensão, obedecendo os procedimentos elencados no art. 310 do CPP, o qual foi explicitado acima.

3.6 DA RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE PÚBLICA QUE DESCUMPRIR A NOVA NORMATIVA INERENTE ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O advento da Lei n° 13.964/19 trouxe mais uma importante alteração na sistemática das audiências de custódia, desta vez, relacionada à autoridade pública que possui a incumbência de realizar as audiências.

Como já destacado, o Estado responde objetivamente pelos erros que por sua ação, inclusive pelas oriundas da figura do Estado-juiz, der causa, sendo cabível a chamada ação de regresso, movida pelo próprio ente, contra aquele que realmente causou o transtorno.

Neste sentido, o artigo 310, em seu parágrafo 3°, foi categórico ao explicitar a responsabilidade administrativa, civil e penal da autoridade que der causa à não realização da audiência de custódia.

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
> [...]
> § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão (BRASIL, CPP, 2020).

Certamente, essa previsão legal deu-se em face das inúmeras ilegalidades e por um certo resquício de arbitrariedade advindo de quem detinha esse poder de mando relacionado às audiências de custódia.

Neste aspecto, Lima (2020, p. 1024) destaca que surgem duas correntes doutrinárias acerca do tema, uma que deixa de tipificar a conduta da autoridade judiciária que deixa de realizar a audiência de custódia como crime de abuso de autoridade, previsto na Lei n° 13.869/19, e outra que tipifica a conduta como crime de abuso de autoridade.

De acordo com o autor, a primeira corrente vai de encontro à tipificação do ato como crime de abuso de autoridade, isso porque, não há expressa previsão na Lei n° 13.869/19 dessa figura típica, não se admitindo interpretação por analogia do art. 9° (LIMA, 2020, p. 1024).

No entanto, a segunda corrente doutrinária, ao qual nos filiamos, sendo inclusive o posicionamento de Lima, entende que a autoridade que deixa de realizar a audiência de custódia comete o crime de abuso de autoridade, previsto na Lei n° 13.869/19.

Neste aspecto, Lima (2020, p. 1024-1025) pontua que

> [...] é bem verdade que o legislador da nova Lei de Abuso de Autoridade não tipificou de maneira autônoma a não realização da audiência de custódia no prazo legal. Porém, se acaso restaurada a eficácia do art. 310, §4º, do CPP, em decisão do Plenário do Supremo revogando a medida cautelar concedida pelo Min. Luiz Fux no julgamento da ADI n. 6.305 (j. 22/01/2020), como o dispositivo prevê que, transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput do art. 310, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, é perfeitamente possível concluir que a não realização do ato em questão pode vir a tipificar o crime do art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19, visto que, em tal hipótese, ter-se-á, ao fim e ao cabo, uma prisão manifestamente ilegal que não foi relaxada pela autoridade judiciária dentro de prazo razoável.

Desta forma, não realizada a audiência de custódia no prazo fixado na lei, sem justa motivação, assim como pontua Lima, entendemos ser perfeitamente cabível a aplicação do art. 9°, parágrafo único, inciso I da Lei n° 13.869/19, não por analogia, mas por expressa previsão legal.

Prevê o artigo 9° da Lei n° 13.869/19:

> Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:
> **I - relaxar a prisão manifestamente ilegal**;
> II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;
> III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível (BRASIL, Lei n ° 13.869/19, 2020, grifo nosso).

Assim, em que pese a Lei n° 13.869/19 não tenha previsto expressamente a responsabilidade da autoridade judiciária que deixar de realizar a audiência de custódia, entende-se perfeitamente possível a responsabilização por conta do parágrafo 4° do art. 310 do CPP, no qual prevê que, decorridas vinte e quatro horas da prisão em flagrante sem a realização da audiência de custódia, esta se torna ilegal, devendo ser imediatamente relaxada.

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
> [...]
> § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva (BRASIL, CPP, 2020).

Contudo, como já antecipamos anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n° 6.305, em decisão liminar, no dia 22-1-2020, suspendeu a eficácia do parágrafo 4° do art. 310 do CPP, considerando a real situação de alguns Tribunais de Justiça do Brasil, uma vez que a demora na realização das audiências de custódia não teria o condão de, por si só, tornar ilegais as prisões em flagrante (STF, 2020a).

Segundo Lima (2020, p. 1023-1024),

> Não obstante a importância do novel dispositivo para conferir à audiência de custódia certo grau de coercibilidade, convém ressaltar que, em sede de apreciação de cautelar nos autos da ADI n. 6.305 (j. 22/01/2020), **o Min. Luiz Fux concedeu a medida requerida para suspender *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (CPP, art. 310, §4º, incluído pela Lei n. 13.964/19)**. Nas palavras do Ministro, "(...) não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta 'motivação idônea', que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo" (Grifos originais).

3.7 DAS CRÍTICAS À IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Uma das principais críticas do senso comum que enfrentam as audiências de custódia, está relacionada ao pensamento arcaico de que "a polícia prende e o juiz manda soltar", isto porque, como já destacado em momentos anteriores, a ideia de direito penal ainda

está muito ligada ao encarceramento, sendo que, uma das principais finalidades da audiência de custódia é justamente a de romper com este antigo paradigma de encarceramento em massa.

Por conseguinte, há que se observar que as audiências de custódia não possuem a finalidade de funcionarem como perdão ou clemência ao preso, muito pelo contrário, o entendimento equivocado de que a autoridade judiciária "solta bandido" está completamente equivocada.

Neste sentido "os mais exaltados seguem a onda extremista e questionam por que o preso em flagrante precisa ser levado à presença do juiz em até 24 horas após a prisão com grande chance de ser solto. Para esses, a audiência de custódia serve apenas para 'libertar bandido'" (POLÊMICA..., 2019, p. 1).

Consoante a isso, o que existe, na verdade, é o fiel cumprimento da legislação, em que a autoridade judiciária faz, então, uma análise quanto à legalidade da prisão em flagrante, com a oitiva do conduzido, que desde logo poderá manifestar-se acerca de eventuais lesões e de maus tratos que tenha sofrido durante a captura e apreensão. Após, com base nos artigos 312 e 313 do CPP, deverá atentar aos requisitos legais, fazendo uma análise fundamentada acerca da necessidade e da possibilidade de, a pedido do representante do Ministério Público ou da autoridade policial, converter a prisão em flagrante em prisão temporária ou preventiva.

Nucci (2020, p. 668) destaca que

> Por trás dessa questão, no entanto, sabe-se haver a velha política criminal para "dar um jeito" na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva.

Segundo o autor, as audiências de custódia emergiram após um bom tempo de hibernação, justamente em um momento crítico em que o país passa por um "colapso" na administração prisional, onde a maioria dos presídios brasileiros encontra-se superlotados (NUCCI, 668-669), sob o argumento de que o encontro imediato do infrator com o juiz fará cessar qualquer resquício de ilegalidade praticada.

Acerca da temática "são frequentes os casos em que os acusados são postos em liberdade após a audiência de custódia e voltam, quase imediatamente, a cometer os mesmos crimes ou simplesmente aproveitam para fugir" (POLÊMICA..., 2019, p. 1).

A pergunta retórica da doutrina acerca da temática seria: por que somente agora se preocuparam tanto em emergir um direito fundamental adormecido desde 1992?

Nucci (2020, p. 669) deixa a celeuma reflexiva, intermediando alguns comentários, considerando o fato de que o magistrado já tomava conhecimento do caso pelo encaminhamento do APF (art. 306, §1°). O autor destaca três problemas pelas quais a "única saída" seria a implementação das audiências em comento:

> [...] a) o juiz, antes da custódia, prevaricava, pois nem lia o auto de prisão em flagrante (ou o lia de má vontade) e já convertia a prisão em preventiva; b) o juiz, escolhido a dedo, por meio de designações da Presidência do Tribunal, segue para as audiências de custódia quase instigado a soltar o máximo que for possível (ao menos na Capital do Estado de São Paulo). Há uma terceira, na qual realmente não posso crer: o juiz, vendo o preso entrar em sua sala, com seus chinelos "de dedo", camiseta e calça simples, comove-se e o solta, mesmo sendo um homicida ou estuprador. Esse foi outro argumento apresentado por defensores da audiência de custódia.

Assim, as críticas acerca da implementação das audiências de custódia divergem entre o posicionamento do senso comum e o posicionamento doutrinário.

Mesmo em casos tão extremos, como o caso da prevaricação da autoridade judiciária frente ao APF, há que se lembrar das diversas outras saídas que poderiam ser apresentadas, uma vez que a audiência de custódia não se prestará como audiência de clemência, mas tão somente como forma de verificar a legalidade das prisões, bem como a necessidade de mantê-las, o que, para Nucci (2020, p. 669), já era feito antes de emergirem as audiências de custódia, ou pelo menos, deveriam ser feitas.

3.8 AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Deixamos para o fim, o tópico que seja, quiçá, o mais discutido no momento, a realização das audiências de custódia em tempos de pandemia do novo Coronavírus.

Como é cediço, a pandemia da doença *COVID-19* atingiu, não só o Estado Brasileiro, como também, todos os Estados do mundo, passando então, por um período delicado.

Neste sentido,

> Pandemias são quando uma determinada doença atinge todos os continentes do mundo. O SARS-CoV-2 é o primeiro coronavírus a ser classificado como pandemia. Diante dessa situação, o diretor-geral da OMS, Tedros Adhanon, ressaltou que todos os países devem ativar e ampliar os mecanismos de resposta a emergências em saúde (GOVERNO FEDERAL, 2020, p. 1).

Atento às recomendações, o Brasil, por intermédio do Ministério da Saúde, adotou as medidas de isolamento social, editando a Portaria 356/3020, que regulamenta a Lei n° 13.979/20 e as medidas para enfrentamento e prevenção da *COVID-19* (GOVERNO FEDERAL, 2020, p. 1).

De acordo com o Governo, “o documento prevê medidas de isolamento para a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica laboratorial. O objetivo da medida é evitar a propagação da infecção e transmissão local” (GOVERNO FEDERAL, 2020, p. 1).

Neste diapasão, surge a problemática da realização das audiências de custódia em meio à pandemia. Atualmente, vigora a recomendação n° 62/20 do CNJ, que suspendeu a realização das audiências de custódia em todo o Estado Brasileiro (CNJ, 2020c, p. 1).

Alguns Tribunais de Justiça, como é o caso do Tribunal de Justiça Catarinense, já vêm aplicando essa recomendação, e assim, considerando válida a prisão efetuada sem a realização da audiência de custódia.

> HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE ESTELIONATO (ART. 171, §4º, DO CÓDIGO PENAL). AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXEGESE DA RECOMENDAÇÃO 62 DO CNJ E DA RESOLUÇÃO CONJUNTA GP/CGJ N. 5, POSTERIORMENTE ALTERADA PELA RESOLUÇÃO CONJUNTA GP/CGJ N. 12. PREENCHIDOS OS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CPP. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL FUNDADO NA GRAVIDADE DA PANDEMIA DA COVID-19 E NA RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ. PACIENTE QUE NÃO ESTÁ NO GRUPO DE RISCO. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA ATENTA AS CONDIÇÕES CARCERÁRIA DA REGIÃO. ORDEM DENEGADA.
> I - Não havendo qualquer indício de que a não realização da audiência de custódia tenha violado a direitos e garantias constitucionais, não há falar em ilegalidade da prisão preventiva pela ausência de realização do ato, tendo em conta a atual situação de quarentena vivida em nosso Estado, bem como a Recomendação editada pelo CNJ e as Resoluções conjuntas GP/CGJ desta Corte de Justiça.
> II - As decisões que decretaram a restrição de liberdade do paciente se encontram amparadas em fundamentação jurídica legítima, lastreada em elementos concretos depreendidos dos autos acerca das circunstâncias do caso, os quais revelaram a necessidade de se resguardar a ordem pública, haja vista a gravidade das condutas imputadas, o risco de reiteração delitiva e o *modus operandi*.
> III - Na hipótese, o risco à sociedade foi corretamente depreendido da gravidade da conduta imputada e do *modus operandi*, uma vez que o paciente, em tese, deslocou-se para outro estado, utilizando-se de carro locado, em conjunto com outros indivíduos, para aplicar o golpe do bilhete premiado, auferindo vultuosa quantia da vítima (40 mil reais).
> Além disso, a prisão é necessária para a garantir a aplicação da lei penal, tendo em vista a ausência de vínculo no distrito de culpa, pois o paciente reside no estado do Rio Grande do Sul.
> IV - Para fins de formação do juízo cautelar relativo aos pressupostos da decretação da preventiva, é evidente a desnecessidade de prova cabal da culpa, haja vista a previsão legal clara acerca da necessidade de se verificar a "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria", devendo este último ser entendido como indicação, começo de prova ou prova incompleta. Evidente, portanto, a ausência de violação ao princípio da presunção de inocência quando o decreto de prisão cautelar se encontra bem fundamentado à luz do que estabelece o art. 312 do CPP.
> V - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão

> se há nos autos elementos aptos a justificar a imposição da segregação cautelar, como no caso.
> VI - Quanto ao argumento de que o paciente corre risco à sua saúde decorrente do coronavírus, tem-se que não se encontra no grupo de risco, não está contaminado e, ao que tudo indica, o estabelecimento possui condições de realizar os primeiros atendimentos e fazer o devido encaminhamento ao sistema de saúde (SANTA CATARINA, TJSC, 2020).

Contudo, o entendimento não é unânime, sendo, inclusive, rediscutido recentemente no STF por intermédio do HC 188.888/MG, o qual veremos oportunamente, em que foi concedida a ordem liberatória e recomendadas as audiências de custódia pelo sistema de videoconferência. Diante disso, surge-nos o questionamento: Como ficará a realização das audiências de custódia e a defesa aos direitos fundamentais neste caso?

Segundo o CNJ (2020c, p. 1), o presidente Ministro Dias Toffoli ressaltou, durante seu voto, ao elaborar a recomendação n° 62/20 CNJ, que:

> [...] a videoconferência é inadequada aos objetivos das audiências de custódia, apontando a necessidade de atenção redobrada quando o ato envolver depoimento especial de criança e de adolescente. “Audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão, estandarte, por sinal, bem definido por esse próprio Conselho Nacional de Justiça quando fez aplicar em todo o país as disposições do Pacto de São José da Costa Rica”, destacou.

Certamente que não foi colocada uma “pedra” sobre o assunto, deixando os presos à mercê, aguardando a normalidade dos expedientes para então realizar a audiência de custódia. Em que pesem as controvérsias, atualmente utiliza-se o sistema já empregado outrora, isto é, o encaminhamento do APF para a autoridade judiciária analisar o flagrante a fim de verificar se é legal e se estão presentes os requisitos ensejadores, a fim de decretar, mediante pedido expresso da autoridade policial ou do Ministério Público, a conversão da prisão em flagrante em prisão temporária ou preventiva (SOARES, 2020, p. 1).

Contudo, há de se observar a celeuma que gira em torno da controvérsia, uma discussão que poderia ter sido evitada com a simples implementação das audiências de custódia pelo sistema de videoconferência, como já vem sendo desenvolvido em outras fases do processo penal, inclusive no interrogatório do réu (art. 185, § 2°, CPP), visto que não há violação legal à sua implementação.

Neste sentido,

> Ao se realizar as audiências de custódia por videoconferência se estaria preservando a saúde dos envolvidos e impedindo a propagação do novo coronavírus e ao mesmo tempo garantindo um direito supralegal da pessoa privada de liberdade. Sim, a audiência de custódia é um direito supralegal do preso e está estampado no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (ASSIS, 2020, p. 1).

Outrossim, importante frisar que a Lei n° 13.964/19 não proíbe a realização da audiência de custódia por sistema de videomonitoramento, posto que as alterações realizadas para a sua aprovação suprimiram a vedação ao uso de tecnologias da informação para a realização daquelas.

Lima destaca que

> Quando aprovado pelo Congresso Nacional, eis o teor do art. 3º-B, §1º, do então Projeto de Lei n. 6.341/19 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados: "O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, *vedado o emprego de videoconferência*" (nosso grifo). Ocorre que o dispositivo em questão, que vedava o emprego da videoconferência por ocasião da realização da audiência de custódia, acabou sendo vetado, nos seguintes termos: "A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77.580/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/02/2017) (LIMA, 2020, p. 1020, grifo do autor).

Logo, não há qualquer impedimento legal para a realização das audiências de custódia por videoconferência.

Assis (2020, p. 1) conclui que

> [...] ao manter a audiência de custódia, ainda que passando por período de restrição à propagação da pandemia do novo Coronavírus (*Covid-19*), por videoconferência, os Juízes estariam, como já dito, observando um direito supralegal da pessoa privada de liberdade, e, ao mesmo tempo, agindo com humanidade e sensibilidade, vez que, em razão da burocracia do sistema, ao se abdicar dessa audiência o juiz não tem contato com o cidadão preso e, se decretar sua prisão preventiva, somente irá ouvi-lo no interrogatório muitos meses (às vezes anos) depois, o que poderia lhe trazer prejuízo em termos de defesa.

Por conseguinte, a manutenção das audiências de custódia, ainda que de forma remota, seria a forma mais eficaz de salvaguardar os direitos fundamentais inerentes ao preso, bem como, a forma mais adequada de integração ao ordenamento jurídico pátrio.

Lima ainda acrescenta que

> [...] se presente uma das hipóteses listadas nos diversos incisos do § 2º do art. 185 do CPP, é perfeitamente possível que esta apresentação ocorra por meio de sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que seja possível constatar a plena observância dos direitos fundamentais do preso. Nesse caso, o preso e a autoridade judiciária deverão estar, preferencial e simultaneamente, em estabelecimentos sob administração do Poder Judiciário, assegurando-se a presença, na localidade onde se encontrar o preso, de defensor constituído, público ou dativo, à semelhança do que ocorre no interrogatório judicial por videoconferência (CPP, art. 185, § 5º) (2020, p. 1020).

Assim, como já destacado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o *Habeas Corpus* n° 188.888/MG, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, concedeu de ofício a ordem liberatória, pelo fato de ser vedado, após a edição do Pacote Anticrime, Lei n° 13.964/19, a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva sem prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, explanando, em suas razões de decidir, que a realização da audiência de custódia é um direito "público subjetivo, sem demora, que pode ser efetivada, em situações excepcionais, mediante utilização do sistema de videoconferência, sob pena de não subsistir a prisão em flagrante" (STF, 2020, p. 1).

> E M E N T A: "*HABEAS CORPUS*" – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO CAUTELAR – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Artigo 7, n. 5) E PELO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (Artigo 9, n. 3) – RECONHECIMENTO JURISDICIONAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 347-MC/DF, REL. MIN. MARCO AURÉLIO), DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO EXPRESSÃO DO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO DE CUMPRIR, FIELMENTE, OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS NA ORDEM INTERNACIONAL – "*PACTA SUNT SERVANDA*": CLÁUSULA GERAL DE OBSERVÂNCIA E EXECUÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, Artigo 26) – PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NO ORDENAMENTO POSITIVO DOMÉSTICO (LEI Nº 13.964/2019 E RESOLUÇÃO CNJ Nº 213/2015) – INADMISSIBILIDADE DA NÃO REALIZAÇÃO DESSE ATO, RESSALVADA MOTIVAÇÃO IDÔNEA, SOB PENA DE TRÍPLICE RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO QUE DEIXAR DE PROMOVÊ-LO (CPP, art. 310, § 3º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019) – "*HABEAS CORPUS*" CONCEDIDO DE OFÍCIO (BRASIL, STF, 2020b).

Assim, data vênia a recomendação exarada pelo CNJ, entendemos que o Órgão deixou a desejar, principalmente no que tange à efetivação dos direitos humanos, sendo que ao vedar por completo a realização das audiência de custódia, está-se suprindo direitos fundamentais que, com muito sacrifício, foram conquistados ao longo dos anos, tendo em vista a possibilidade, como já destacado acima, de sua realização por videoconferência, como ocorre em outros atos no processo penal, como por exemplo, no interrogatório do réu (art. 185, §2°, CPP), e como bem pontuou o Ministro Celso de Mello ao elaborar seu voto no recente HC n° 188.888/MG.

4 CONCLUSÃO

Em virtude dos dados levantados nesta pesquisa, pode-se confirmar que a evolução histórica das audiências de custódia, tanto em âmbito mundial quanto em âmbito nacional, foi um processo muito lento e dificultoso. Lento, pois sua implementação demorou anos para se efetivar de fato e, dificultoso, pois foi um processo árduo criar uma regra que obriga os próprios entes dotados de poderes supremos, o Estado, a respeitá-las.

Assim, em âmbito nacional, as audiências de custódia, até possuírem o *status* legal atual, decorrente da redação dada pela Lei n° 13.964/19 (Pacote Anticrime), que passou a prever expressamente a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, sofreram grandes mutações ao longo do tempo, passando, até, por um período denominado de "período de hibernação", como vimos.

Portanto, o processo de implementação das audiências de custódia não foi um processo muito simples, visto que, o instituto passou e continua passando por uma série de críticas, dentre as quais, a que mais nos chama a atenção é a que "a polícia prende e o juiz manda soltar". Acreditamos que essa é uma das principais polêmicas que envolve as audiências de custódia, isto porque, em que pese a crítica ser oriunda do senso comum, que, na maioria das vezes, é formado por pessoas leigas no assunto, repercute em todo o território nacional.

Diante de nossas pesquisas, foi possível concluir que não há que se falar em "soltura por clemência" quando se trata das audiências de custódia. O que ocorre, de fato, é uma análise aprofundada acerca de um caso concreto pelo magistrado, que verifica se o cárcere é a medida mais adequada a partir de uma sucinta análise dos requisitos autorizadores da prisão processual, e, em que, não sendo o caso de manter o cárcere, a regra é a liberdade.

A principal proposta desta pesquisa era analisar se as audiências de custódia realmente prestavam-se a efetivar direitos fundamentais constitucionalmente previstos daqueles que cometeram um ato ilícito e, que, agora, encontravam-se segregados. Verificamos que o conceito de audiência de custódia está relacionado à apresentação do preso, no prazo máximo de até vinte e quatro horas de sua captura, à autoridade judiciária competente, a fim de verificar se não foram violados direitos, cometidas ilegalidades durante a perseguição e captura do conduzido, bem como, aferir, ainda, se estão presentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar.

A partir de nossos estudos, podemos afirmar que a realização das audiências de custódia, no nosso ordenamento jurídico brasileiro, de fato, servem para efetivar direitos

fundamentais básicos inerentes a quem se submete ao sistema carcerário, isto porque a submissão do preso à audiência de custódia, faz cessar qualquer ilegalidade perpetrada, uma vez que o juiz, na função de guardião desses direitos, ao verificar que o flagrante é ilegal, deverá, de imediato, relaxar a prisão, e ainda, fará uma minuciosa análise acerca da condução do preso a fim de verificar se esse não foi agredido ou se não lhe foram impostas medidas discriminatórias ou vexatórias.

A partir da quebra do antigo paradigma de encarceramento em massa, observamos, também, que as audiências de custódia foram sendo bem recepcionadas e benéficas, não só do ponto de vista do custodiado, mas também do ponto de vista do Estado, isto porque, a partir de sua implementação, cresceu o número de solturas de presos que se encontravam desnecessariamente recolhidos ao cárcere, o que gerava despesas ao Estado.

No entanto, iniciou-se uma discussão doutrinária no sentido de que as audiências de custódia seriam um bode expiatório no que diz respeito ao problema carcerário que o Brasil enfrenta, destacando-se, ainda, que o magistrado já tomava conhecimento das condições pessoais do preso e da sua prisão mediante o encaminhamento dos Autos de Prisão em Flagrante (APF), contudo, nossa conclusão diverge deste ponto de vista.

O mero encaminhamento do APF sem a submissão do custodiado, a nosso ver, gera um certo abalo na parcialidade da decisão do magistrado, pois este pode deixar-se influenciar, e muito, pela opinião da autoridade policial que elaborou e encaminhou o APF ao Poder Judiciário.

Concluímos, outrossim, que as audiências de custódia tornaram-se ferramentas essenciais na proteção dos direitos fundamentais do preso, uma vez que possibilita ao magistrado uma entrevista direta com o preso, entrevista esta que só se realizaria meses, ou até mesmo, anos depois, no momento do seu interrogatório.

Enfim, no que tange às audiências de custódia em tempos de pandemia, compartilhamos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n° 188.888/MG, que concedeu de ofício a ordem liberatória ao entender ser perfeitamente possível a realização das audiências de custódia pelo sistema de videomonitoramento. Assim, em que pese posicionamento exarado pelo CNJ proibindo a prática das audiências de custódia pelo sistema de videoconferência, entendemos perfeitamente possível, visto que não há qualquer vedação legal para a realização do ato por videoconferência, e mais, diante do real cenário que passamos, atualmente, ao enfrentar a doença *COVID-19*, e, ainda, com as medidas de isolamento social, as audiências de custódia realizadas pelo sistema indicado pelo STF, parece-nos a solução mais adequada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gleydson. A regra da "dialeticidade" no processo penal brasileiro. **Jusbrasil**. 2020. Disponível em: https://gleydsonandrade.jusbrasil.com.br/artigos/883332699/a-regra-da-dialeticidade-no-processo-penal-brasileiro. Acesso em: 4 set. 2020.

ASSIS, Grayce Kellen Pereira de. Audiência de custódia em tempos de pandemia: suspensão ou manutenção?. **Canal Ciências Criminais**. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-em-tempos-de-pandemia-suspensao/. Acesso em: 6 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 576 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/cfi/0!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

BRASIL. CNJ. **Resolução n° 213, de 15 de dezembro de 2015, CNJ**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n° 13.869, de 27 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. **Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.305**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020a. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 5.240**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015a. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de

2015b. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 188.888/MG**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 6 de outubro de 2020b. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5964648. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 145**. 1964. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em: 15 set. 2020.

BUSATO, Paulo Cézar. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 1. 821 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025590/cfi/6/2!/4/2@0:0. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. 768 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229566/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 19 out. 2020. Acesso restrito.

CAUTELA. *In*: DICIONÁRIO online de português. 2020. Disponível em: https://www.dicio.com.br/cautela/. Acesso em: 30 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020. 572 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/cfi/6/2!/4/2@0.00:0.00. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

CONSELHO EUROPEU – CE. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH**. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 22 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Audiências de custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Audiências de custódia:** provimentos. 2020b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-provimentos/. Acesso em: 26 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **CNJ regula videoconferência na área penal com veto em audiência de custódia**. 2020c. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-regula-videoconferencia-na-area-penal-com-veto-em-audiencia-de-custodia/. Acesso em: 6 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **O que são as audiências de custódia**. 2020a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-as-audiencias-de-custodia/. Acesso em: 3 jul. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**: lei 13.964/2019 comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Jus Podivm, 2020. 384 p. *E-book*.

CUSTÓDIA. *In*: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (*in memoriam*). Dicionário universitário jurídico, 22. ed. São Paulo: Rideel. 2018. 533 p. Atualizado por Ana Claudia Schwenck dos Santos.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1101 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/10!/4/12@0:55.4. Acesso em: 26 out. 2020. Acesso restrito.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Erro Judiciário. **Consultor jurídico**. 1999. Disponível em: https://www.conjur.com.br/1999-mai-13/erro_judiciario. Acesso em: 20 set. 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (coord.). **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 832 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616343/cfi/1!/4/2@100:0.00. Acesso em 18 out. 2020. Acesso restrito.

FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PIOVESAN, Flávia. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 463 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987152/cfi/6/2!/4/2/2@0:0. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (coord.); REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 816 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609314/cfi/0!/4/4@0.00:70.0. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

GOVERNO FEDERAL. OMS classifica coronavírus como pandemia. **Gov.br**. 16 mar. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/oms-classifica-coronavirus-como-pandemia. Acesso em: 7 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. 1947 p. *E-book*.

MARCÃO, Renato. Audiência de apresentação/custódia: Resolução CNJ 213/15. **Migalhas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/252023/audiencia-de-apresentacao-custodia-resolucao-cnj-213-15. Acesso em: 29 ago. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2019. 826 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986292/cfi/6/124!/4/458/2@0:65.9. Acesso em: 19 out. 2020. Acesso restrito.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1641 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/cfi/16!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2020. 994 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/cfi/6/2!/4/2@0:0. Acesso em: 19 out. 2020. Acesso restrito.

NEPOMUCENO, Raphael. **Magistratura estadual**: da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. São Paulo: Mege, 2020. 73 p. *E-book.*

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1116 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989989/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.0874. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

OCAMPOS, Lorena; FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Coleção carreiras jurídicas**: processual penal. Brasília: Cp Iuris, 2020. 632 p. *E-book.*

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A declaração universal dos direitos humanos**. 2020. Elaborado pela ONU. Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/. Acesso em: 23 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ***United nations human rights***. 2020. Elaborado pela ONU. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por. Acesso em: 23 ago. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 852 p. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/cfi/6/12!/4/2/4@0:0. Acesso em: 28 ago. 2020. Acesso restrito.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 296 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615858/cfi/0!/4/4@0.00:30.2. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

POLÊMICA da audiência de custódia. **Acrítica.com**. 11 ago. 2019. Disponível em: https://www.acritica.com/opinions/polemica-da-audiencia-de-custodia. Acesso em: 7 out. 2020.

PRISÃO. *In*: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (*in memoriam*). Dicionário universitário jurídico, 22. ed. São Paulo: Rideel. 2018. 533 p. Atualizado por Ana Claudia Schwenck dos Santos.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1040 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616633/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 18 out. 2020. Acesso restrito.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **HC 5032303-41.2020.8.24.0000**. Relator: Min. Júlio César Machado Ferreira de Mello. Florianópolis, 6 de outubro de 2020. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 8 out. 2020.

SÃO PAULO. **Provimento conjunto nº 03/2015 presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça**. 2020. Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

SELONK, Rafael. A problemática da efetivação dos direitos fundamentais no século XXI. **Jus Navigandi**. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/20757/a-problematica-da-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-no-seculo-xxi. Acesso em: 7 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. 1057 p. *E-book.*

SOARES, Euller Xavier Cordeiro. Audiência de custódia durante a pandemia do coronavírus. **SAJ ADV**. Disponível em: https://blog.sajadv.com.br/audiencia-de-custodia-durante-a-pandemia-do-coronavirus. Acesso em: 25 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. 2ª Turma reconhece impossibilidade de prisão preventiva sem requerimento do MP ou da Polícia Judiciária. **Notícias STF**. 6 out. 2020. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452951. Acesso em: 7 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Adepol questiona provimento que instituiu "audiência de custódia" em São Paulo. **Notícias STF**. 20 fev. 2015a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=285800. Acesso em: 29 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. **Notícias STF**. 7 nov. 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1. Acesso em: 7 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. **Notícias STF**. 27 ago. 2015b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600. Acesso em: 29 ago. 2020.

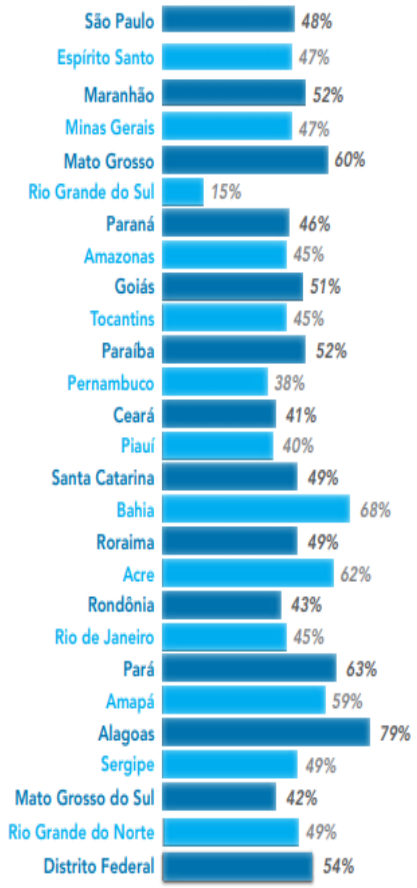
VEJA como o STJ tem aplicado o Pacto de San José da Costa Rica. **Consultor jurídico**. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-nov-25/veja-stj-aplicado-pacto-san-jose-costa-rica. Acesso em: 28 ago. 2020.

VIANA, Hudson Campos. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. **Jus Navigandi**, Teresina, 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/70446. Acesso em: 28 ago. 2020.

ANEXOS

ANEXO A – Percentual de soltura com a realização das audiências de custódia no ano de 2016 e economia gerada para os Estados brasileiros

PERCENTUAL DE SOLTURA



ECONOMIA POR ESTADO

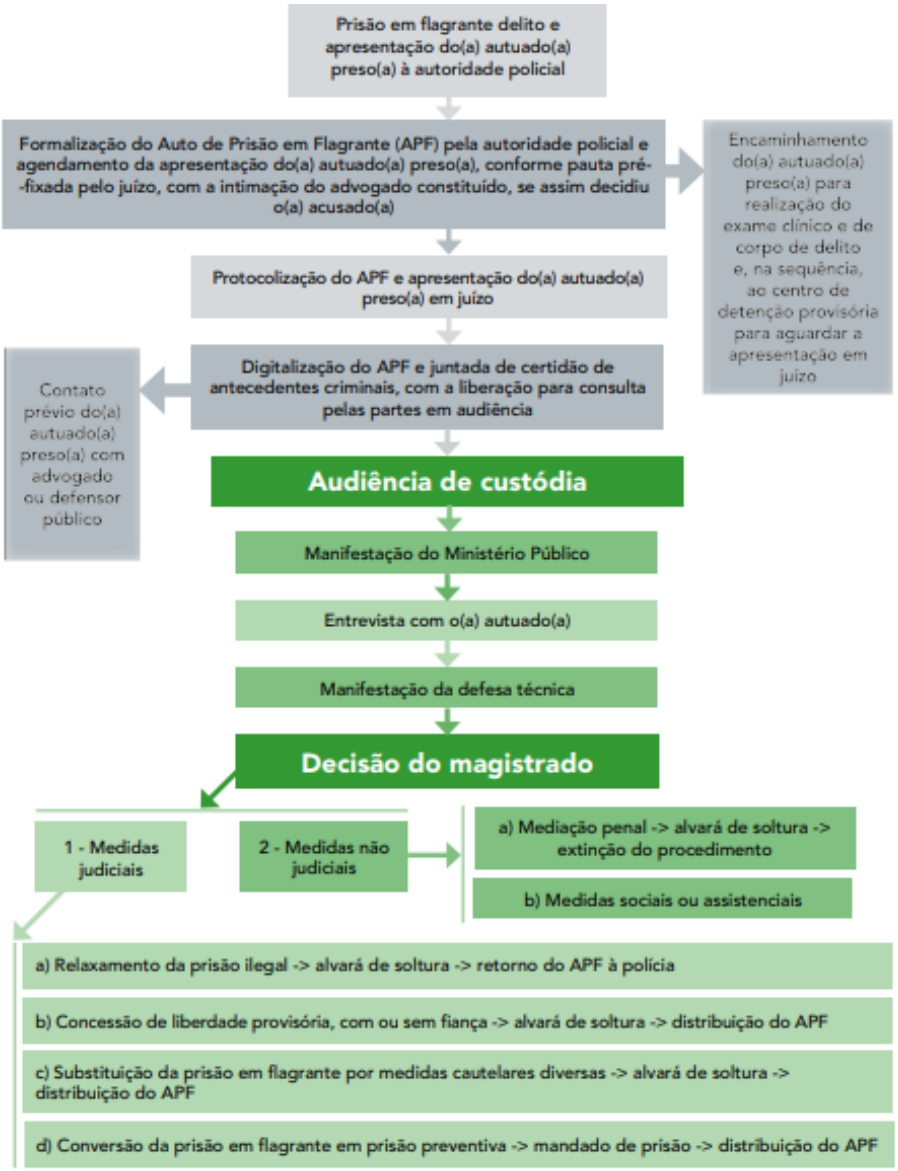
Estado	Data de implantação	Cidadãos liberados da prisão	Presídios não construídos[1]	Economia total (R$)
São Paulo	24/2/2015	10.678	21	1.400.530.000
Espírito Santo	22/5/2015	3.182	6	354.552.000
Maranhão	22/6/2015	1.026	2	101.546.000
Minas Gerais	17/7/2015	3.505	7	385.150.000
Mato Grosso	24/7/2015	1.437	2	123.110.000
Rio Grande do Sul	30/7/2015	191	0	2.865.000
Paraná	31/7/2015	2.058	4	221.740.000
Amazonas	7/8/2015	532	1	52.768.000
Tocantins	10/8/2015	199	0	5.373.000
Goiás	10/8/2015	952	1	57.136.000
Paraíba	14/8/2015	942	1	65.434.000
Pernambuco	14/8/2015	1.033	2	107.891.000
Ceará	21/8/2015	1.929	3	172.083.000
Piauí	21/8/2015	410	0	11.070.000
Santa Catarina	24/8/2015	330	0	7.920.000
Bahia	28/8/2015	1.137	2	100.466.000
Roraima	4/9/2015	314	0	6.594.000
Acre	14/9/2015	501	1	12.024.000
Rondônia	14/9/2015	806	1	56.926.000
Rio de Janeiro	18/9/2015	1.317	2	111.608.000
Pará	25/9/2015	412	0	9.888.000
Amapá	25/9/2015	840	1	60.160.000
Alagoas	2/10/2015	78	0	468.000
Sergipe	2/10/2015	473	0	8.514.000
Mato Grosso do Sul	5/10/2015	1.990	3	161.790.000
Rio Grande do Norte	9/10/2015	592	1	52.432.000
Distrito Federal	14/10/2015	3.720	7	358.120.000
TOTAL		40.584	68	4.008.158.000

1. *O presídio-padrão comporta 500 presos, com custo de construção de R$ 40 milhões, em média.*
Dados registrados até 24/5/2016.

Fonte: CNJ (2016, p. 18).

ANEXO B – Fluxograma das audiências de custódia

Fluxograma apresentando detalhadamente o procedimento das audiências de custódia no sistema penal brasileiro.



Fonte: CNJ (2016, p. 12).