XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

BARTIRA MACEDO MIRANDA

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos

Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-769-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiania, teve por tema "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO" e, dentre os grupos de trabalho, houve o "GT 3. Criminologias e política criminal II", com apresentações de trabalhos que contemplaram temas concernentes à crise do sistema punitivo e o estado de coisas inconstitucional; as políticas penais restritivas do acesso à Justiça; a política da intolerância; audiências de custódia; reconhecimento da diversidade étnica na execução penal; a seletividade e a ausência de cientificidade na tipificação de organização criminosa; limitação do poder punitivo estatal, no âmbito da aplicação de medidas de segurança; a vitimização indireta do feminicídio; castração química; a ressignificação da punição; justiça restaurativa; e a teoria dos diálogos institucionais.

Foram feitas as seguintes apresentações no GT 3:

1 – Roberto Carvalho Veloso – A crise do sistema punitivo: Uma análise do panóptico sob a visão de Jeremy Bentham e Foucault e o Pós-panóptico de Bauman;

2 – José Cristiano Leão Tolini e Rogério Pereira Leal – Habeas corpus – À contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário;

3 – Taise Rabelo Dutra Trentin – Audiência de custódia: Benefícios e dificuldades na sua implementação;

4 – Waldilena Assunção – Direitos culturais na execução penal: Entre políticas hegemônicas e reconhecimento à diversidade étnica;

5 – Gabriel de Castro Borges Reis – Da tipificação de organização criminosa: Uma criminalização não científica e seletiva;

6 – Wanessa Oliveira Alves – O sistema prisional Brasileiro: A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Conselho Nacional de Justiça e a terceirização com a finalidade de reverter o estado de coisas inconstitucional;

7 – Laís Freire Lemos – A limitação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito em face do princípio da separação dos poderes: Uma análise do recurso especial 580.252/MS;

8 – Marcelo Matos de Oliveira e Sérgio Henriques Zandona Freitas – A medida de segurança e os direitos humanos: A periculosidade à luz da lei 10.216/2001 e da necessidade de limitação do poder punitivo do Estado;

9 – Valdir Florisbal Jung – Órfãos do feminicídio: Vítimas indiretas da violência contra a mulher;

10 – Andressa Tanferri Sentone – A política da intolerância e os discursos repressivos justificadores da pena;

11 – William Rosa Miranda Vitorino – Castração química no Brasil: Uma abordagem epistemológica;

12 – Alanna Caroline Gadelha Alves – Entre o castigo e a penitência: Fundamentos comportamentais para uma ressignificação da punição no sistema prisional brasileiro;

13 – Victor Fernando Alves Carvalho – Que consenso é esse? Problematização da Justiça Criminal "consensual" na perspectiva da justiça restaurativa; e,

14 – Débora Gonçalves Tomita – O fracasso da prisão: ADPF 347 e a teoria dos diálogos institucionais.

Os debates foram intensos e com grande profundidade, tanto no recorte da criminologia, quanto no da política criminal. Ganhou destaque a crise do sistema prisional brasileiro, sendo mesmo destacado se efetivamente está em crise ou se está cumprindo seu papel. Os referenciais teóricos apresentados pelos participantes representavam uma gama de pesquisadores que garantiram profundidade aos textos elaborados e às apresentações realizadas. As pesquisas desenvolvidas pelos participantes são das mais relevantes para a sociedade contemporânea, principalmente no que concerne ao tema central do Encontro do Conpedi, quanto à criminologia e às politicas criminais.

Goiânia, 28 de junho de 2019.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP

Prof. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: BENEFÍCIOS E DIFICULDADES NA SUA IMPLEMENTAÇÃO

THE AUDIENCIE OF CUSTODY: ADVANTAGES AND THE DIFFICULTIES OF IMPLEMENTATION

Suellen Rabelo Dutra [1]
Taise Rabelo Dutra Trentin [2]

Resumo

O presente artigo tratará da incorporação da audiência de custódia no ordenamento jurídico, fazendo uma análise acerca das regras estabelecidas na Resolução n 213/2015 do CNJ. Primeiramente, abordará o conceito e a regulamentação da audiência de custódia no âmbito brasileiro, bem como sua ocorrência no plano material e processual, debatendo-se, sobre a não ofensa ao sistema acusatório e a possibilidade de o magistrado utilizar-se posteriormente da prova produzida no ato. Ainda, serão analisados os benefícios da audiência de custódia e os problemas enfrentados para sua implementação no primeiro grau de jurisdição.

Palavras-chave: Audiência, Benefícios, Custódia, Dificuldades, Vantagens

Abstract/Resumen/Résumé

This article will deal with the incorporation of the custody hearing in the legal system, making an analysis about the rules established in Resolution n213/2015 of the CNJ. Firstly, it will address the concept and regulation of the custody hearing in Brazil, as well as its occurrence in the material and procedural plane, debating, on the non-offense to the accusatory system and the possibility of the magistrate to use later of the produced evidence in the act. Also, the benefits of the custody hearing and the problems faced for its implementation in the first degree of jurisdiction will be analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Court hearing, Benefits, Custody, Difficulties, Advantages

---

[1] Juíza de Direito do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Pós-graduada em Direito do Consumidor, ambas pela Univerdade Anhaguera.

[2] Mestre em Direito UNISC,Pós-graduada Direito Empresarial PUCRS. Sócia-diretora do escritório Dutra & Trentin Advogados Associados.Presidente da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas OAB Santa Maria.

INTRODUÇÃO

A realidade dos presídios brasileiros é de conhecimento notório e público, já que ninguém mais tem dúvida da superlotação e da falta de estrutura para abrigar todos os presos, sejam eles preventivos ou condenados.

No evidente intuito de efetivar um descarceramento, o Brasil passou a disciplinar, por meio de atos administrativos, a audiência de custódia, que deve ser efetivada antes de o flagrado ingressar no sistema penitenciário.

Os benefícios advindos do ato de custódia são muitos, já que o juiz terá o primeiro contato com o acusado naquele momento. Aliás, na audiência, o magistrado poderá relaxar a prisão ou conceder a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Contudo, em que pese as benesses, há celeumas na doutrina e na jurisprudência quanto às provas eventualmente produzidas na audiência de custódia. Também há controvérsias se o ato realizado na audiência de custódia ofende ao sistema acusatório, já que o juiz estará atuante em fase pré-processual. Do mesmo modo, existem inquietudes sobre a possibilidade de ser utilizada a prova eventualmente produzida na custódia no posterior processo judicial que irá tramitar.

E mais, embora a audiência de custódia revele-se como uma garantia fundamental, permitindo maiores convicções ao julgador em momento imediatamente posterior à prisão, ainda persistem problemas para sua implementação, sobretudo pela falta de estrutura nas delegacias e nos fóruns brasileiros.

Diante disso, o presente artigo irá abordar, em síntese, o conceito e os aspectos materiais e processuais da audiência de custódia, mormente a prova produzida no ato, o que permitirá concluir sobre os seus benefícios. E, por fim, analisará a dificuldade encontrada na sua implementação.

Salienta-se que, a fim de alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, haja vista que o tema aborda a audiência de custódia, seus benefícios e dificuldades na sua implementação. Como método de procedimento, foi utilizado o monográfico, tendo em vista o estudo realizado a partir de pesquisas e fichamentos em fontes bibliográficas pertinentes ao assunto tratado que servirá de base teórica para discorrer sobre o tema proposto.

1.A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM BREVE PANORAMA

A audiência de custódia consiste na apresentação do preso à autoridade judiciária competente, em 24 horas, para ser analisada a legalidade da prisão, a sua necessidade e a adequação, além de ser verificada a possibilidade de concessão de liberdade, com ou sem medidas cautelares diversas da segregação cautelar.

Pretende-se, na verdade, que seja averiguado, em prazo exíguo, se o flagrado sofreu qualquer tipo de maus tratos ou torturas, analisando-se, assim, a legalidade da prisão em flagrante.

Nesse sentido, é a lição de Paiva:

> A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015, p. 31).

Segundo Lima (2015. p.921) a audiência de custódia pode ser conceituada:

> A audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público. (LIMA, 2017, p. 921)

Os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016) conceituam a audiência de custódia ou interrogatório de garantia como:

> "uma autodefesa, onde o suposto autor do fato pode expor suas razões para o cometimento de tal delito, além disso o paciente possui o direito de ser apresentado imediatamente a um juiz que avaliará sua prisão, fazendo com que seus direitos fundamentais sejam assegurados. Por fim o autor discorre que a audiência de custódia é "meio de controle judicial acerca da licitude das prisões."

No entendimento de Nucci (2016, p. 1118), a audiência de custódia é definida como:

> [...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento.

Já para Lima (2015), a audiência de custódia tem grande importância em nosso sistema processual penal, haja vista que esta permite uma visão multifocal sobre as conversões das prisões em flagrante, ou seja, permite que haja maior observância sobre a necessidade ou não de manutenção de prisão cautelar. Ainda, ressalta-se, a importância do contato juiz-preso para a resolução dos conflitos.

Nesse sentido, o mesmo autor menciona:

> [...] não apenas à averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou 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 (LIMA, 2015, p.927).

Cabe ressaltar que a implementação da audiência de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica e já é utilizada em muitos países da América Latina e da Europa, onde a estrutura responsável pelas audiências de custódia recebe o nome de "Juizados de Garantias" (MOREIRA, 2015, p. 02).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu item 9, discorre sobre a audiência de custódia e os direitos da pessoa presa:

> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

A Convenção Americana de Direitos Humanos já estabelecia de certa forma, a audiência de custódia em seu art. 7°, item 5:

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

Segundo entende Lopes Junior e Paiva (2014, p 16):

> São as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. Em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador “garantir os

> direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência". Já decidiu a Corte IDH, também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial "para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física", advertindo estar em jogo, ainda, "tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal. (LOPES JUNIOR E PAIVA, 2014, p 16)

Não há, em termos legislativo brasileiro, a regulamentação da audiência de custódia, em que pese as diversas tentativas das duas mesas do Congresso Nacional. O Senado, por meio do Projeto de Lei nº 554, de 2011, tentou regulamentar a questão, mas, diante das inúmeras manifestações por parte de instituições públicas e de segmentos da sociedade civil, acabou sendo estagnado. Não foi diferente com a Câmara de Deputados, que envidou esforços para apresentar duas emendas constitucionais inserindo a audiência de custódia no ordenamento jurídico. Porém, até o presente momento, não fora votada.

Assim, diante dessa indefinição legislativa, o Conselho Nacional de Justiça passou a regulamentar – de forma inovadora no ordenamento jurídico – a questão das audiências custódias. Como não poderia ser diferente, a Associação de Delegados de Polícia do Brasil ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 5.240 contra a regulamentação, assim como o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na ADPF nº 347.

Sucede que, na ADPF nº 347, ajuizada pelo PSOL, (STF, 2019) o Supremo Tribunal Federal concedeu, por maioria, a medida cautelar para o fim de tornar obrigatória a audiência de custódia em todo o território nacional.

Ainda, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução de nº 213 de 2015 (CNJ, 2019), regulamentando de forma minuciosa a audiência de custódia. Após esse momento, os juízos passaram a implementar a audiência de custódia, mesmo com as diversas objeções e entraves para sua efetivação.

2. DA RESOLUÇÃO Nº 213, DE 2015 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Os procedimentos a serem seguidos na audiência de custódia estão detalhadamente descritos na Resolução nº 213, de 2015 do Conselho Nacional de Justiça. Segundo a Resolução, primeiro o juiz deverá esclarecer ao flagrado o que é e para que serve a audiência de custódia, identificando ao preso as questões que serão analisadas pelos presentes.

Após, não será autorizado que o flagrado permaneça algemado, salvo se identificada eventual resistência, receio de fuga ou perigo à integridade física do preso e dos presentes. Destaca-se que, em caso de permanência do preso algemado, deverá ser a situação justificada por escrito no termo de deliberação de audiência.

Ou seja, a Resolução do CNJ (2019) segue os mesmos padrões da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, a qual veda o uso de algemas, a não ser em casos estritamente excepcionais:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (CNJ, 2019)

Ultrapassada a questão das algemas, será salientado ao preso o direito de permanecer calado, nada impedindo, todavia, que narre os fatos da forma como aconteceram.

O preso, a seguir, deverá ser questionado se lhe foi dada ciência dos direitos previstos na Constituição Federal, a exemplo de permanecer em silêncio, consultar um advogado ou defensor público, receber atendimento médico, comunicar-se com um familiar. Somente após, então, é que serão questionadas as circunstâncias que ensejaram a prisão ou a apreensão, perguntando-se a respeito do tratamento recebido em todos os lugares em que esteve até a apresentação perante o Juiz, justamente para identificar eventual tortura, maus-tratos e abuso de autoridade (CNJ, 2015). Deverá ser observado pela autoridade judiciária, também, se foi realizado o exame de corpo de delito, determinando a realização se assim identificado.

O Conselho Nacional de Justiça também tratou dos possíveis resultados que podem ser gerados após a audiência de custódia. Nesse sentido, a Resolução é clara ao dispor que poderá ocorrer o relaxamento de eventual prisão ilegal, na forma do disposto no artigo 310, inciso I, do Código de Processo Penal; a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na forma do disposto no artigo 310, inciso III, do mesmo diploma legal; a substituição da prisão em flagrante em medida cautelar diversa da prisão, conforme dispõe o artigo 310, inciso II, parte final e 319, ambos do Código de Processo Penal; a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, na forma do disposto no artigo 310, inciso II, parte inicial, do Código antes citado; a adoção de outras medidas necessárias à preservação dos direitos do custodiado.

Válido destacar que se o juiz identificar maus tratos no custodiado, determinará a adoção de providências cabíveis para a investigação do fato e da denúncia efetivada pelo flagrado, encaminhando o preso para atendimento médico ou psicossocial especializado (CNJ, 2015).

Consta, ainda, na aludida Resolução, que os policiais que efetuaram a prisão não poderão comparecer na audiência de custódia. Ora, certamente essa norma proibitiva tem o intuito de averiguar se houve algum tipo de lesão ou tortura em desfavor do preso, bem como evitar qualquer tipo de constrangimento para a vítima de eventuais abusos.

Por fim, no artigo 12 da Resolução é listado que o termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito policial ou à ação penal (CNJ, 2015), justamente porque poderá haver, no ato da custódia, algum ato que será posteriormente utilizado no procedimento judicial em curso.

Com base em uma leitura da Resolução acima, poder-se-ia chegar à conclusão de que o procedimento é simples. Porém, há algumas celeumas geradas pela audiência de custódia, a exemplo da eventual mácula ao sistema acusatório e da possibilidade de utilização da prova produzida no ato.

2.1 Da não violação ao Sistema acusatório

As diferenças entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo são diversas. Pode-se citar como características do sistema acusatório: a distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, cada uma delas exercida por pessoas diversas; o direito ao contraditório; a publicidade do processo, com apenas exceções legais; a paridade de armas; dentre outros direitos não reconhecidos pelo sistema inquisitivo.

Segundo o doutrinador Avena (2015, p. 9-10):

> Sistema acusatório. Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se acusatório porque, à luz desse sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas características.
> Asseguram-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Como decorrência destes postulados, garante-se à defesa o direito de manifestar-se apenas depois da acusação, exceto quando quiser e abrir mão desse direito.
> […]
> Quanto à produção probatória, é de incumbência das partes, descabendo ao juiz substituir-se a elas no intento de buscar a comprovação de fatos que, apesar de articulados, não tenham sido demonstrados pelos interessados.
> Sistema inquisitivo: Típico de sistemas ditatoriais, contempla um processo judicial em que podem estar reunidas na pessoa do juiz as funções de acusar, defender e julgar. No sistema inquisitivo, não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal ex officio. Nesta mesma linha, faculta-se ao magistrado substituir-se às partes e, no lugar delas, determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar os fatos.
> O acusado, praticamente, não possui garantias no decorrer no processo criminal (ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc.), o que dá margem a excessos processuais. Exatamente por isso, o processo pode não ser público, sendo facultado ao juiz atribuir-lhe caráter sigiloso por ato discricionário seu e à margem de

fundamentação adequada. (AVENA, 2015, p. 9-10)

Considerando que a audiência de custódia ocorre em uma fase pré-processual, em que alguns direitos do sistema acusatório não são reconhecidos, alguns doutrinadores passaram a entender, de forma equivocada, que o ato se amolda ao sistema inquisitivo.

Porém, o fato de o juiz participar dessa fase pré-processual em nada interfere na sua parcialidade, pois o julgador se restringirá, no ato da custódia, a realizar indagações a respeito da prisão em si, não adentrando no mérito do suposto crime cometido, o que já evidencia que não haverá mácula à imparcialidade em sede processual.

Ademais, é válido destacar que, no ato, há a presença de defensor, do Ministério Público e do juiz, todos com funções diversas e bem definidas, de modo que o julgador não fará o papel de inquisidor. Quer dizer, exercerá apenas as funções que já lhe são acometidas pela Constituição Federal vigente.

Aliás, as prerrogativas típicas do sistema acusatório estão bem definidas na Resolução do CNJ, já que há expressa menção aos atos do juiz, a necessidade de observância às garantias constitucionais, o direito ao silêncio, a desnecessidade de algemas, cuidando-se, assim, de todas as prerrogativas do custodiado.

Na verdade, o juiz, no ato da custódia, não invade a competência do órgão defensivo ou acusatório – os quais, consiga-se, estão presentes -, até mesmo porque o ato fica restrito à validade da prisão.

Ou seja, a audiência de custódia revela que o CNJ deu prevalência, sim, ao sistema acusatório. O fato de o juiz participar do ato, pré-processual, em nada interfere na convicção posterior, sobretudo porque sua imparcialidade não restou maculada e todos os atores do cenário judicial estarão presentes.

2.2. Da possibilidade de utilização da prova produzida na audiência de custódia

Muito se discute na doutrina se será possível a utilização, na ação penal em curso, da prova colhida durante a audiência de custódia, o que se analisa a seguir.

Em que pese o ato tenha o objetivo de averiguar somente a legalidade da prisão, não há nada que impeça o flagrado de prestar seu depoimento, contando sobre o fato, e abdicando do direito ao silêncio. Essa prova, então, poderá ser utilizada no âmbito processual?

Como já se viu, não é possível a realização do ato sem a presença do Ministério Público e do Defensor Público. Aliás, a Resolução nº 213 traz expressamente, em seu artigo 8º, § 1º, a

possibilidade de o Ministério Público e o Defensor fazerem perguntas e apresentarem requerimentos ao juiz presidente do ato, assim como prevê parágrafo primeiro do artigo acima referido:

> § 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:
> I - o relaxamento da prisão em flagrante;
> II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
> III - a decretação de prisão preventiva;
> IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

O que ocorre, na verdade, é que o flagrado estará em frente ao juiz, ao defensor e ao Ministério Público, respondendo perguntas e dando, se assim quiser, a sua versão dos fatos. Ou seja, o sujeito privado de liberdade estará com todas as suas garantias respeitadas, prestando os esclarecimentos que julgar convenientes à sua defesa.

Portanto, o que se percebe é que o ato de custódia está revestido de todas as garantias processuais, especialmente do contraditório e da ampla defesa, permitindo-se, assim, a utilização da prova ali produzida. Esclarecedoras são as lições dos autores Andrade e Alflen (2016, p.161-162) sobre o tema:

> Por ser um ato judicial e com a incidência de todas as garantias constitucionais, tal como a do contraditório, o que o leva, como já visto, a ter natureza processual -, não há como negar que os requisitos previstos no art. 155, do CPP ali estão perfeitamente presentes. A um só tempo, essa constatação nos permite: a) classificar aquele depoimento como sendo prova, em seu sentido legal; b) entender que, por se tratar de prova, sua inserção no processo de conhecimento somente poderá se dar a título de prova emprestada, sendo essa sua real natureza jurídica; c) utilizar esse depoimento de forma válida no futuro processo de conhecimento, mas não com o intuito condenatório, visto se tratar de prova repetível nos termos do art. 155 do CPP e; d) afastar o grave equívoco em buscar vincular a utilização do material produzido na audiência de custódia ao sistema inquisitivo.
> […]
> Feita essa observação, não há como qualificar de ilícito o conteúdo do depoimento ou o próprio ato que seguiu todas as diretrizes descritas, passo a passo, naquela resolução. Ainda que se diga que a regulamentação publicada pelo CNJ seja inconstitucional – como pretende um desatualizado setor da magistratura nacional, mesmo assim restaria a situação em que, mesmo sem o juiz lhe dirigir qualquer pergunta, o sujeito preso ou detido entenda por bem narrar, e detalhadamente, o fato a ele atribuído, a fim de obter algum benefício processual ou penal em razão disso (o que, em realidade, é despiciendo, visto se tratar de prova repetível).

Diante disso, não se evidencia qualquer mácula ou ilegalidade na utilização, na fase judicial, de eventual prova colhida na audiência de custódia.

2.3. Do benefício da audiência de custódia

Na audiência de custódia deverão ser analisadas, fundamentalmente, duas questões. A primeira diz respeito à legalidade da prisão, ou seja, se foram respeitados todos os procedimentos legais, a dignidade do preso e se houve excesso por parte da polícia. A segunda questão trata da necessidade de manutenção da prisão decretada, convertendo-se a prisão em flagrante em prisão preventiva ou concedendo a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Conforme previsão no ordenamento jurídico, o auto de prisão em flagrante chega ao juiz após o delegado e o promotor de justiça apresentarem seus argumentos quanto à segregação, o que, não raras vezes, é no sentido da prisão do acusado.

Quer dizer, 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 Flagrante (APF) para o magistrado, a decisão jurisdicional acaba sendo influenciada pela opinião da autoridade policial e do órgão de acusação, sem qualquer contato do juiz com o acusado.

Assim, com a realização da audiência de custódia, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, analisará, também, as circunstâncias da prisão em flagrante de uma maneira mais fidedigna e poderá indagar ao cidadão conduzido se os seus direitos e garantias foram assegurados.

O autor Avena (2015, p. 23) dispõe sobre o tema, esclarecendo que a inobservância do devido processo legal poderá acarretar, inclusive, a nulidade de atos processuais. Tratando-se de regra genérica e, portanto, de abrangência ampla, o devido processo legal tem sido utilizado com frequência pelos tribunais visando à nulificação de atos processuais em inúmeras situações.

Outrossim, nesse mesmo ato, será possível conceder a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, já tendo tido o primeiro contato com o réu, o que, salienta-se, é de suma importância para a convicção do julgador.

Para Badaró (2019), na prisão em flagrante, o juízo a ser realizado no procedimento da audiência de custódia deverá ser considerado como “complexo” ou “bifronte”:

> “Não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar”. (BADARÓ, 2019).

O juiz passa a ter contato imediato com o preso, podendo averiguar com seus próprios olhos questões que, talvez, não cheguem ao papel, a exemplo de eventuais escoriações ou pancadas que o réu possa ter recebido em sua prisão. Também poderá ser notado pelo julgador sinais de transtorno mental, o que implicará em mudanças no rito a ser seguido.

Nesse sentido, esse primeiro contato do julgador é de suma importância, seja para os direitos do preso, seja para a sua própria decisão referente à prisão, a qual será mais fiel e segura após o ato da custódia.

3. DAS DIFICULDADES APRESENTADAS NA IMPLEMENTAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIAS

Em que pese as benesses advindas da audiência de custódia, necessário pontuar algumas dificuldades e alguns problemas que existem para sua implementação, sobretudo no que diz com a falta de estrutura para realização do ato.

Conforme já referido, com intuito de solucionar o problema de superlotação nos presídios, o Conselho Nacional de Justiça acabou repassando ao poder judiciário a difícil tarefa de cumprir a audiência de custódia, já que, em muitas comarcas, o ato é praticamente inviável. Na verdade, a ineficiência do executivo para resolver o problema carcerário acabou repassando ao judiciário o ônus de resolvê-lo, mesmo sem lhe dar meios para tanto.

Desse modo, segundo Cruz (2019), a audiência de custódia objetiva o combate à superlotação carcerária, já que a apresentação imediata da pessoa detida ao juiz possibilita a apreciação da legalidade da prisão, minimizando portanto, a possibilidade de prisões manifestamente ilegais, bem como a repressão de práticas de tortura no momento em que ela é realizada. Assim, assegura àqueles submetidos à custódia estatal o direito à integridade física e psicológica.

A não observância da realização da audiência de custódia na esfera nacional, conforme Badaró (2019), torna a prisão ilegal, sendo digna de relaxamento. “A realização da chamada audiência de custódia é etapa procedimental essencial para a legalidade da prisão. [...] A ilegalidade da prisão que não observe tal regra é evidente e a mesma deverá ser imediatamente relaxada”.

O fato é que, embora a audiência de custódia venha colaborando com o descarceramento, não se pode negar a atual realidade brasileira. Os autores Andrade e Alflen (2016, p. 60) relatam sobre os argumentos da polícia:

> Forte crítica à necessidade dessa apresentação pessoal, no entanto, é encabeçada pelas entidades representativas da polícia judiciária. Segundo elas, os órgãos de segurança pública não dispõem de recursos financeiros, humanos e estruturais para dar conta da nova demanda. Mais claramente, sustenta-se a ausência de pessoal, viaturas e até de combustíveis para dar conta dos constantes deslocamentos a serem realizados em cidades de médio e grande porte, que ocorrerão pela manhã, tarde, noite e madrugada, a fim de que seja oportunizado o contato pessoal. (ANDRADE E ALFLEN, 2016, p. 60)

Em Comarcas interioranas, a delegacia chega a contar com apenas dois policiais: um para atendimento na delegacia, outro para eventuais diligências necessárias à elucidação de crimes. Há uma grande dificuldade no transporte e na escolta do custodiado, já que o efetivo policial é escasso, os recursos destinados a tais fins são restritos, e os riscos (não apenas de fuga, mas como de se colocar a própria sociedade em perigo) são elevados.

E não é só isso: os fóruns, que contam com dois ou três guardas, são comumente fechados nos sábados, domingos e feriados. Nesse diapasão, para abri-los, será necessário convocar, no mínimo, um dos guardas para fazer a segurança no local, o que implicará a regulamentação de folga em dias de semanas – nos quais ocorreram diversas audiências por dia.

A título de exemplo, cita-se a Comarca de Tupanciretã, do interior do Rio Grande do Sul. Atualmente, a aludida Comarca conta com aproximadamente vinte e dois mil habitantes, conforme dados do município (2019). Na delegacia de polícia, existem apenas 05 (cinco) policiais civis. No fórum, apenas três guardas.

Para efetivação da audiência de custódia em finais de semanas ou feriados, haveria a necessidade de deixar o flagrado, mesmo que por poucas horas, dentro da delegacia, a qual não conta com qualquer estrutura para tanto.

Não bastasse isso, seria ainda necessário que houvesse a condução do flagrado até o fórum por, no mínimo, um policial, o que deixaria a delegacia totalmente desamparada para atender a novas ocorrências e não faria a segurança efetiva do ato.

Além do mais, para abrir o fórum e fazer a segurança, logicamente seria necessário convocar um guarda (dos apenas 3 existentes). Havendo a convocação de um guarda para o ato, isso implicaria a folga deste mesmo servidor em um dia de semana. Nesse sentido, verifica-se que em dias rotineiros, em que há diversas audiências com réus presos, teriam apenas dois guardas para fazer a segurança de todo o fórum.

Não é diversa a situação de outras Comarcas do interior do Rio Grande do Sul. Cita-se como exemplo: Cacequi, Júlio de Castilhos, Piratini, Porto Xavier, São Sepé, Agudo,

Restinga Seca, dentre outras, que enfrentam essas dificuldades de implementação de audiências de custódias.

A maioria da doutrina questiona se não seria possível realizar o ato por meio de videoconferência. Sucede que, mesmo nessa situação, o problema persiste. Afinal, as delegacias não estão, até o presente momento, equipadas com o dispositivo de videoconferência. Outrossim, para utilização do equipamento, também é necessária a segurança do fórum.

Sabe-se que em Comarcas maiores, com estrutura, as audiências de custódia têm sido realizadas com êxito, pois dispõem de servidores específicos e destinados à implementação do ato. Cita-se a Capital Gaúcha, Porto Alegre, em que os plantões são organizados, havendo escala de servidores e policiais destinados à escolta e ao transporte de presos, sem prejuízos dos guardas do fórum que já possuem escala para as custódias, computados os dias normais de serviço.

Não se está a defender a desnecessidade da custódia. Ao contrário, a medida revela-se salutar e de grande relevância. Contudo, é necessário que haja estrutura para sua implementação, com empenho de todos os poderes que integram a República Federativa.

Não basta que somente o judiciário e os órgãos de polícia se empenhem na resolução do problema. É necessário que o executivo e o legislativo envidem esforços para implementação das custódias, especialmente em locais que a falta de servidores impedem sua realização.

CONCLUSÃO

A audiência de custódia tem o objetivo claro e evidente de contribuir para uma persecução penal mais protetiva, com atuação judicial efetiva e proteção aos direitos do preso. O Conselho Nacional de Justiça, ao regulamentar a apresentação do preso o mais breve possível à autoridade judicial, teve por escopo tutelar os direitos dos flagrados, permitindo, assim, uma decisão mais justa quanto à segregação.

É sabido que são muitas as controvérsias doutrinárias quanto ao tema, sobretudo pela atuação do magistrado na fase pré-processual. Porém, a Resolução que disciplina o tema cuidou de trazer garantias para a defesa da imparcialidade, sempre deixando claro a necessidade de observância do contraditório e a presença de acusação e defesa.

Do mesmo modo, a Resolução que trata da matéria deixou assente os direitos do preso, preservando-se, assim, os ditames da Carta Magna. Aliás, estando preservados os direitos constitucionais, nada impende a utilização, na fase judicial, dos elementos colhidos no ato.

Apesar de todas as benesses, e a medida ser importante e de grande relevância, ainda se tem encontrado entraves na implementação da audiência de custódia. E o entrave se dá pelo motivo de falta de verbas, de falta de segurança, de falta de escolta. Quer dizer, pela deficiência do Estado em implementar direitos já consagrados.

Espera-se que, estando demonstrados os benefícios da audiência de custódia, o Poder Executivo e todas as esferas da Federação envidem esforços para, cada vez mais, implementar o ato de custódia, ato que vem a dar efetividade aos ditames da Constituição Federal e dos tratados internacionais.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigues & Andrade, Mauro Fonseca**. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (org.). **Audiência de Custódia:** Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. **ADPF nº 347, ajuizada pelo PSOL.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf. Acesso em 10 março 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 5º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%AAncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em: 23 de março de 2019.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.240**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333 Acesso em: 15 março 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 19 março 2019.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 de nov. 1969. Disponível em:. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Decreto n° 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília. 1978.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em: 19 março 2019.

BRASIL. **Decreto n° 592. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Brasília. 1992.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Dispõe sobre o Código de Processo Penal.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 10 março 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia. Acesso em 05 março 2019.

CRUZ, Rafael Valente Odia de Lacerda. **Efeitos e aplicação da audiência de custodia no Brasil.** Disponível no site: https://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/05/EFEITOS-E-APLICACAO-DA-AUDIENCIA-DE-CUSTODIA-NO-BRASIL.pdf. Acesso 05 abril 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Revista das Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 7, setembro/dezembro de 2014.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gisele Souza de. **Audiência de Custódia**: Dignidade Humana, Controle de Convencionalidade, Prisão Cautelar e Outras Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PREFEITURA MUNICIPAL DE TUPANCIRETÃ. **Dados do Município**. Disponível em: https://www.tupancireta.rs.gov.br/site/home/pagina/id/63/?Dados-do-Municipio.html. Acesso 05 março 2019.

RESOLUÇÃO DE nº 213 de 2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059. Acesso em 10 março 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 554, de 2011**. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115. Acesso em 10 março 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220. Acesso em 11 março 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário. Disponível em:** http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385&caixaBusca=N. Acesso 02 abril 2019.