**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Uma análise sob o prisma da Resolução 213 do CNJ.**

**Resumo**

O presente trabalho trata da audiência de custódia, nos termos da Resolução 213 do CNJ, e sua implementação no Brasil. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica que vale-se de fontes primárias e secundárias, através da análise de manuais doutrinários, artigos e legislação pertinente ao tema. O trabalho apresentado é uma dissertação acerca da audiência de custódia, seus procedimentos a serem seguidos no intuito de garantir a preservação dos direitos fundamentais da pessoa presa, os participantes que a integram e suas finalidades a serem atingidas com a implementação no território pátrio. A audiência de custódia também buscou adequar o processo penal aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que, por serem normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, referidos pactos têm aplicação imediata no território brasileiro. Finalizado o trabalho, foi possível concluir que a audiência de custódia trouxe avanços significativos no tocante à preservação dos direitos da pessoa presa, em suma, redução da prática de tortura, bem como a diminuição da população carcerária à espera de julgamento.

**Palavras-chave: Audiência de custódia. Resolução 213 do CNJ. Direitos fundamentais. 213. CNJ. Redução da prática de tortura. Diminuição da população carcerária. Tratados.**

**Abstract**

This paper deals with the custody hearing, in accordance with Resolution 213 of the CNJ, and its application in Brazil. The methodology used was a literature review based on primary and secondary sources, through the analysis of doctrine manuals, articles and relevant legislation. The work presented is a dissertation about the custody hearing, procedures to follow in order to guarantee the fundamental rights of the detainee, participants who are part and purposes to be achieved with the implementation in the country of origin. The custody hearing also tried to bring criminal proceedings to international human rights treaties because, when provisions defining fundamental rights and guarantees, these agreements have immediate application in Brazil. Finished work, we conclude that the custody hearing brought significant advances in the preservation of the rights of the detained person ultimately reducing the practice of torture, as well as reducing the population prison awaiting trial.

**Keywords: custody hearing. Resolution 213 of the CNJ. Fundamental rights. 213. CNJ. Reduction of torture. Reduction of the prison population. International treaties.**

1. **INTRODUÇÃO**

Inicialmente, o presente trabalho tem o objetivo de dissertar de maneira simples e objetiva os principais e mais relevantes aspectos da audiência de custódia à luz da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Trabalha-se o conceito e origem jurídica da audiência de custódia, que busca amparo em tratados internacionais, além de explanar acerca da finalidade da referida audiência, seus princípios e aplicabilidade no território pátrio.

Os procedimentos a serem seguidos no curso da audiência de custódia também são tratados, destacando-se a necessidade de apresentação pessoal do custodiado que não poderá ser suprida pela apresentação à autoridade policial e também os protagonistas que compõem o procedimento.

O assunto relativo às providências a serem tomadas pelo juiz no sentido de garantir o respeito aos direitos da pessoa presa também é de grande importância. Dentre as atribuições compelidas à autoridade judiciária, frisa-se que o dever de limitar as perguntas feitas durante a audiência às questões atinentes às circunstâncias em se deram a prisão do custodiado.

Finalmente, o presente trabalho cuidou de discorrer acerca dos requerimentos a serem feitos pelas partes no transcorrer da audiência que vão desde o relaxamento da prisão ilegal, perpassando pela liberdade provisória até, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. Analisados os requerimentos, as decisões proferidas pelo juiz devem ser devidamente fundamentadas, enfrentando, consequentemente, as medidas cautelares diversas da prisão.

1. **DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

O termo *custódia*, em seu conceito jurídico, diz respeito ao ato de se manter algo, ou alguém, conservado sob segurança e vigilância, como medida de preservação, prevenção ou proteção. Desse modo, podemos dizer que a audiência de custódia, conforme a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, se resume na condução, em segurança, da pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, para que seja ouvida acerca das circunstâncias em que se deram sua prisão ou apreensão.

No tocante à legislação internacional, o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas dispõe que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais” (ONU, 1966). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, tendo o Congresso Nacional aprovado o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo n° 226, de 12 de dezembro de 1991. Consequentemente, a Carta de Adesão ao Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 49, § 2. O pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas é regulamentado, no Brasil, pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

No mesmo sentido, o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) determina que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” (CIDH, 1969). O Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992, de modo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro do mesmo ano, o referido diploma foi promulgado através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Ademais, o art. 5º, item 3, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, estabelece que “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 (...)” (CEDH, 1950), ou seja, a apresentação imediata da pessoa presa à autoridade judicial é reconhecida de forma quase que universal no âmbito internacional, o que reforça ainda mais a implementação da Resolução 213 do CNJ no sistema judiciário brasileiro.

No âmbito interno, determina o artigo 5º, §1º, da CR/88, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, não carece de qualquer interposta espécie legislativa.

Importante dizer ainda que as resoluções exaradas pelo Conselho Nacional de Justiça têm a natureza jurídica de *ato normativo primário****[[1]](#footnote-1)***, uma vez que busca seu fundamento diretamente na Constituição Federal, razão pela qual independe de qualquer outra espécie legislativa, seja ela lei federal ou não (art. 103-B, §4º, inciso I, CR/88 c/c art. 102 do Regimento Interno do CNJ). Vejamos:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares**, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Grifamos) (BRASIL, 1988)

Art. 102. O Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante **Resoluções**, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações.

§ 1º A edição de ato normativo ou regulamento poderá ser proposta por Conselheiro ou resultar de decisão do Plenário quando apreciar **qualquer matéria**; ainda, quando o pedido seja considerado improcedente, podendo ser realizada audiência pública ou consulta pública.

§ 2º Decidida pelo Plenário a edição do ato normativo ou da recomendação, a redação do texto respectivo será apreciada em outra sessão plenária, salvo comprovada urgência.

§ 3º A edição de ato normativo poderá, a critério do Plenário ou do Relator, ser precedida de audiência pública ou consulta pública, por prazo não superior a 30 (trinta) dias.

§ 4º Os efeitos do ato serão definidos pelo Plenário.

§ 5º As Resoluções e Enunciados Administrativos terão **força vinculante**, após sua publicação no Diário da Justiça eletrônico e no sítio eletrônico do CNJ.

§ 6º Os Enunciados serão numerados em ordem crescente de referência, com alíneas, quando necessário, seguidas de menção aos dispositivos legais e aos julgados em que se fundamentam.

§ 7º Nos casos em que a proposta de ato normativo ensejar impacto orçamentário aos órgãos ou Tribunais destinatários, receberá prévio parecer técnico do órgão competente no âmbito do CNJ. (Grifamos) (CNJ, 2009).

Portanto, o Brasil, como signatário de tratados internacionais de direitos humanos que prima pela imediata apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária, tem o dever de tornar efetiva a referida recomendação. Neste contexto, a audiência de custódia, regulamentada por meio da Resolução 213 do CNJ, surge para suprir esta lacuna até então existente em nosso ordenamento jurídico.

A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, no intuito de garantir o respeito aos fundamentos legais e as finalidades para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, exige que o magistrado observe, dentre outros, os princípios a seguir expostos na mesma ordem topográfica que se encontram da referida resolução. São eles:

1. **Princípio da Subsidiariedade e intervenção penal mínima (ou da excepcionalidade):** Referido princípio, à luz do que dispõe o Protocolo I, item 2, inciso II, da Resolução 213 do CNJ, preleciona no sentido de que é necessário haver limitação à intervenção penal e ainda garantir que o uso das cautelares seja uma medida de natureza excepcional no âmbito do sistema penal. Assim, percebe-se que a recomendação doutrinária é no sentido de que as medidas cautelares devem se ater às mais graves violações aos direitos humanos e se restringir ao mínimo necessário para fazer cessar a violação, considerando os custos sociais e econômicos envolvidos na aplicação da prisão provisória ou de medidas cautelares que imponham restrições à liberdade;
2. **Princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade:** O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade[[2]](#footnote-2) está prevista expressamente na Constituição de 1988, dispondo como limite do estado de inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De igual forma, temos a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto Lei nº 678/1992), estabelecendo que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º item 2);
3. **Princípio da dignidade e liberdade da pessoa humana:** A audiência de custódia tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, princípio insculpido na Constituição da República de 1988 (art. 1°, inciso III), de modo a assegurar o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5°, inciso XLVIII), a participação ativa das partes na construção das medidas, garantindo a individualização, a reparação, a restauração das relações e a justa medida para todos os envolvidos. Nesse viés, Bernardo Gonçalves Fernandes preleciona no sentido de que o conceito de dignidade da pessoa humana, em sua evolução histórica, superou acepção de divindade como o fato de o ser humano ter sido criado à semelhança de Deus (São Tomás de Aquino), motivo pelo qual era considerado como um ser especial, dotado de capacidade de autonomia, autodeterminação, o que lhe confere vontade própria e, via de consequência, a liberdade por natureza. No iluminismo alemão, Kant dessacraliza a ideia de dignidade da pessoa humana, de modo que, a partir da tese de autonomia moral do sujeito, afirma-se que o indivíduo deve ser visto sempre como “fim maior das relações humanas e nunca um mero meio” (sic) (FERNANDES, 2012). Nestes termos, os teóricos das ciências sociais aplicadas identificam a noção da dignidade da pessoa humana como representação do reconhecimento da existência da singularidade e individualidade de determinada pessoa, motivo pelo qual tal se mostra insubstituível e igualmente importante na sociedade em que se insere.[[3]](#footnote-3) Ainda sobre o tema, o renomado professor nos ensina que Hegel sofisticou ainda mais a dignidade humana, vez que havia concebido tal princípio como fruto de um complexo processo de reconhecimento. Em termos práticos, a ideia de reconhecimento perpassa por um discurso filosófico que tem como ponto de partida o trabalho da dialética, significando dizer que só há “[reconhecimento efetivo quando aquele que reconhece o valor do outro também tem seu próprio valor honrado por ele]”[[4]](#footnote-4). Há, pois, uma relação de reciprocidade cuja condição é essencial nesta dialética. Nestes termos, o princípio em epígrafe dissemina valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, estabelecendo que o ser humano deve receber um tratamento moral condizente e igualitário sempre tratando cada indivíduo como um fim em si mesmo e nunca como meio (objeto) para a satisfação de interesses diversos e alheios, razão pela qual a prisão processual não deve ser utilizada – em hipótese alguma – como forma de resposta ao clamor público por segurança, fazendo com que o ser humano (flagranteado) venha a ser tornar um mero objeto frente aos demais sujeitos e interesses envolvidos;
4. **Princípio da provisoriedade:** O princípio da provisoriedade nas medidas cautelares está relacionado ao fator tempo, devendo ser, portanto, temporária a aplicação de prisão ou de medida diversa, ou seja, em regra, de breve duração. Porém, cabe frisar que em crimes mais complexos a manutenção da prisão cautelar, por exemplo, irá flutuar ao sabor da existência do *periculum libertatis*, podendo, assim, tais medidas se estenderem por um período mais delongado. Como bem pontuado na Resolução 213 do CNJ, considerando o impacto dessocializador que a aplicação de medidas cautelares poderá causar, a imposição e o acompanhamento destas medidas devem se ater à regra da provisoriedade, de modo que sua aplicação de forma alguma possa ultrapassar o período de duração da situação que deu ensejo à sua imposição.
5. **FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Um dos principais objetivos da implementação da audiência de custódia no Brasil é a adequação do processo penal pátrio aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Ao se tornar voluntariamente signatário de um Tratado Internacional, não pode o Brasil, ou nenhum outro país, deixar de cumprir as normas previstas nos referidos diplomas internacionais

Certo é que a implementação da audiência de custódia também tem por finalidade a prevenção contra a tortura policial, de modo a se assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal, física e psíquica das pessoas privadas de sua liberdade. Assim, prevê o art. 5º, inciso III da CF que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (Brasil, CF/1988).

Nesse sentido, a apresentação do preso no prazo de 24 horas à autoridade judiciária mostra-se um instrumento eficaz na redução da prática de atos de tortura, uma vez que a imediata apresentação do preso à autoridade judiciária possibilita a denúncia da prática de tais atos, bem como a identificação visual, por parte do magistrado, da prática de tortura policial contra a pessoa presa.

Não se espera, no entanto, que a audiência de custódia elimine de vez a tortura policial, prática essa que continua a ocorrer inclusive com a aprovação de certa parte da opinião pública, nas quais, apresentadores de telejornais e mesmo representantes eleitos pelo povo, afirmam de maneira categórica que bandido bom é bandido morto. Porém, sua implantação poderá contribuir para a diminuição significativa da ocorrência de tortura policial num momento em que a integridade física do cidadão se vê em iminente risco, ou seja, no momento da prisão em flagrante e nas horas seguintes, nas quais a pessoa presa se encontra fora de custódia e suscetível à (possível) violência policial.

Outro fator ponderável, sem dúvida, refere-se ao fato de que a audiência de custódia também se presta para identificar prisões ilegais, arbitrárias ou até mesmo desnecessárias. Tal prática, por via de consequência, acaba limitando o poder punitivo estatal, vez que o magistrado se diligencia como verdadeiro garantidor dos direitos fundamentais consagrados pela nossa Carta Maior.

Neste sentido, esta última finalidade apresenta-se como um excelente instrumento para a identificação de casos excepcionais que clamam, por exemplo, por uma medida cautelar diversa. A exemplo disso temos a prisão domiciliar nos casos em que o agente ostenta um quadro de saúde extremamente debilitado por motivo de grave doença ou mesmo quando tratar-se de gestante.

Vê-se, portanto, que nestes casos a apresentação pessoal do preso é de primordial importância para evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, além de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos humanos e também para prevenir possíveis práticas de tortura.

Por fim, a audiência de custódia também se apresenta como medida paliativa no intuito de redução da numerosa população carcerária atualmente existente no sistema penitenciário nacional, esta situação faz com que o Brasil ocupe o 3º lugar no ranking dos países com maior população carcerária[[5]](#footnote-5).

1. **DO PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

O procedimento a ser seguido na audiência de custódia foi regulamentado pela resolução 213 do CNJ no ano de 2015. Com base no que diz referida resolução, em seu artigo 1º, observamos que o ponto de partida do procedimento se dá com a prisão em flagrante, ou com o cumprimento de um mandado de prisão, em detrimento de um determinado cidadão e sua imediata apresentação pessoal à autoridade judiciária.

1. **Obrigatoriedade da apresentação pessoal do flagranteado ao juiz**

A Resolução 213 do CNJ busca tornar eficaz a determinação contida no Pacto de São José da Costa Rica que dispõe sobre a apresentação *sem demora* da pessoa presa à autoridade judiciária (artigo 7º, item 5, da CIDH). Desse modo, determina a resolução, em seu artigo 1º, *caput*, que todo indivíduo preso em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentado, no prazo de 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvido sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Anteriormente à instauração da audiência de custódia, a apresentação do preso em flagrante ocorria tão somente perante à autoridade policial (Delegado) que realizava a lavratura do auto de prisão em flagrante e o encaminhava ao juiz, Ministério Público e Defensoria Pública (quando não houvesse defensor constituído).

A autoridade judicial, conforme disposto no artigo 310 do CPP, decidiria sobre o relaxamento da prisão ilegal, conversão da prisão em flagrante em preventiva ou concessão da liberdade provisória, sem que houvesse contato pessoal com a pessoa presa. Nos casos de decretação de prisão preventiva, o juiz somente teria contato pessoal com o preso durante o interrogatório, em regra o último ato da instrução criminal, ou seja, passados meses (ou, conforme o caso, até anos) após a prisão.

Como bem assevera a resolução, o comunicado da prisão em flagrante à autoridade judicial, em regra por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não poderá suprir a apresentação pessoal do preso, conforme determinado no *caput* do artigo 1º da Resolução 213, CNJ.

Nos termos da Resolução, entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, nos casos omissos, aquela definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista. Ainda, em caso de prisão em flagrante delito de pessoa cuja competência originária para julgamento seja de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim. Isto posto, diferentemente do que os defensores da linha contrária à implementação da audiência de custódia argumentam, a regulamentação deixa claro que não há como aceitar a apresentação do preso à autoridade policial em substituição à apresentação à autoridade judicial competente, uma vez que esta é definida pelas leis de organização judiciária.

Nos casos em que a pessoa presa esteja acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância diversa, comprovadamente excepcional, que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo previsto no artigo 1º, *caput*, da Resolução (24 horas), a realização da audiência deverá ocorrer no local em que ela se encontre e, ainda, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução do preso para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação. Ou seja, nestes casos excepcionais, a Resolução busca conciliar a condição de respeito à dignidade e integridade da pessoa presa com o direito à realização da audiência de custódia, sem que isso importe em ônus para sua apresentação à autoridade judicial competente.

Ademais, caso não haja, por qualquer motivo, juiz disponível na comarca até o final do prazo estabelecido no *caput* do artigo 1º da Resolução, a pessoa presa deverá ser levada imediatamente ao substituto legal. Nos demais casos, de prisões ocorridas em Municípios ou sedes regionais em que o juiz competente, ou plantonista, esteja impossibilitado de cumprir o referido prazo, o CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação da pessoa presa à autoridade judicial.

Destarte, a Resolução buscou abranger todos os casos que eventualmente pudessem trazer algum embaraço para a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente, deixando, mais uma vez, patente sua preocupação em tornar eficaz os ditames dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Urge ressaltar também que à pessoa presas em razão de cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva, deve ser assegurado o direito de ser apresentada à autoridade judicial no mesmo prazo, isto é, de 24 horas a partir do seu efetivo cumprimento, devendo ser observados no que couber as disposições da Resolução.

O mandado de prisão necessariamente deve conter, de maneira expressa, a ordem para que a pessoa presa seja *imediatamente*[[6]](#footnote-6) apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia. Se não for possível a apresentação à autoridade que determinou a expedição do mandado, como quando o cumprimento se dá fora da sua jurisdição, o preso deverá ser apresentado à autoridade judicial competente, conforme a lei de organização judiciária local, aponta o parágrafo único do artigo 13 da Resolução 213.

Por fim, insta destacar que às pessoas presas antes da implementação da audiência de custódia e que ainda não tenham comparecido em outra audiência no decorrer do processo, será assegurado, no prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor do referido diploma, o direito a apresentação à autoridade judiciária nos termos da Resolução 213 do CNJ.

1. **Protagonistas da audiência de custódia**

A audiência de custódia deverá ser realizada pela autoridade judicial competente, na presença do Ministério Público, do custodiado e do Defensor por ele constituído, ou da Defensoria Pública, caso não possua defensor no momento da lavratura do flagrante, sendo vedada a presença dos agentes de polícia responsáveis pela investigação ou prisão do custodiado.

Nestes termos, percebe-se que a audiência de custódia é protagonizada pelos seguintes sujeitos processuais:

1. Autoridade judicial competente;
2. Ministério Público;
3. Custodiado;
4. Defensor constituído ou Defensoria Pública.

Nos casos em que a pessoa presa em flagrante delito tenha constituído advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, caberá à autoridade policial notificá-lo, pelos meios usuais, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à audiência de custódia, fazendo constar autos do inquérito.

Visando assegurar a oportunidade de defesa, cabe ao juiz conceder o atendimento prévio e reservado ao custodiado junto a seu defensor em local apropriado que lhes assegure a confidencialidade. É dever ainda do juiz, ou pessoa por ele credenciada, esclarecer os motivos e fundamentos e ritos que versam sobre a audiência de custódia.

Assim, uma vez obedecidas estas formalidades, o juiz irá apreciar as particularidades atinentes à pessoa do conduzido, mormente em relação a presença de sinais de maus tratos ou tortura, bem como a realização imediata do controle de legalidade e da necessidade da prisão, robustecendo ainda mais o respeito às garantias fundamentais do cidadão preso.

1. **Providências a serem tomadas pelo juiz**

O Magistrado, quando da apresentação da pessoa presa em flagrante ou em virtude de cumprimento de mandado, deverá tomar uma série de providências, que vão desde a entrevista pessoal com o preso, para o conhecimento das circunstâncias de sua prisão e esclarecimentos ao custodiado acerca desta, desaguando em seu relaxamento ou na eventual aplicação de medida cautelar. Desta feita, observamos que o juiz tem como sua principal atribuição garantir, de forma preliminar, que sejam respeitados os direitos do preso, evitando, consequentemente, o cometimento de abusos e o encarceramento desnecessário.

No decorrer do procedimento o juiz deverá esclarecer ao custodiado o que é a audiência de custódia, destacando as questões a serem analisadas, bem como alertá-lo sobre seu direito de permanecer em silêncio. Durante a audiência a pessoa presa não deverá permanecer algemada, salvo nos casos de resistência, de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo, nestes casos, a excepcionalidade da medida ser justificada por escrito (Súmula Vinculante n°11). Ou seja, além dos esclarecimentos necessários, eventuais medidas coativas tomadas durante a audiência deverão ocorrer de forma fundamentada pelo juiz.

Na mesma oportunidade, antes de dar início aos trabalhos, a autoridade judiciária deverá questionar ao preso se lhe foi oportunizado o exercício dos direitos constitucionais a ele inerentes, mormente o direito de consultar-se com seu defensor em local reservado, o de ser atendido por um médico caso seja necessário, e o de comunicar-se com seus familiares. Deverá, ainda, indagar ao custodiado acerca de sua prisão ou apreensão, bem como questioná-lo sobre o tratamento que lhe foi dispensado nos locais por onde passou antes da referida audiência, interpelando-o sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando, caso afirmativo, as providências cabíveis.

Ainda, dentre as providências, deverá a autoridade judiciária verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nas seguintes hipóteses:

1. Quando não tiver sido realizado o exame;
2. Quando os registros policiais e médicos se mostrarem insuficientes;
3. Quando a alegação de tortura e maus tratos se refira a momento posterior à realização do exame;
4. Quando o exame tiver sido realizado na presença de agente policial.

Deverá, em todos os casos, ser observada Recomendação n° 49/2014 do CNJ[[7]](#footnote-7) quanto à formulação de quesitos específicos para a identificação de prática de tortura.

Importante ressaltar também que no momento da inquirição do custodiado acerca das circunstâncias em que se deram a prisão, deve o magistrado evitar a formulação de questões com o fim de produzir quaisquer elementos de prova para eventual investigação ou ação penal que digam respeito aos fatos narrados no auto de prisão em flagrante delito. É que, como dito anteriormente, a audiência de custódia se presta, dentre outras finalidades, à análise das questões atinentes as circunstâncias em que se deram a prisão, não podendo ser usada em hipótese alguma para a colheita probatória a ser utilizada na fase pré-processual ou processual.

Por fim, como última providência a ser tomada nesta fase procedimental, caberá ao juiz diligenciar por meio de perguntas e por constatação visual, “hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química” (CNJ, 2015).

Tal averiguação tem por escopo analisar a possibilidade da concessão de liberdade provisória e encaminhamento assistencial, sem ou com a imposição de medida cautelar.

1. **Contraditório restrito às questões de natureza cautelar**

Neste ponto, uma vez ouvido o custodiado, o juiz viabilizará ao Ministério Público e à defesa técnica, respectivamente, a elaboração de novas perguntas compatíveis com a natureza do ato, de sorte que aquelas relativas ao mérito dos fatos que possam vir a servir de base para eventual ação penal deverão ser indeferidas de plano. Ato continuo, será permitido ao Ministério Público e à defesa requerer o relaxamento da prisão em flagrante delito, a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Ressalte-se que o exercício do contraditório nessa fase procedimental delimita-se, como já enfatizado, às questões atinentes às circunstâncias em que se deram a prisão e a necessidade ou não de sua manutenção. Significa dizer que ao tomar ***ciência*** de um eventual pedido de decretação da prisão preventiva formulada pelo membro do Ministério Público, caberá a defesa utilizar seu direito de ***participação*** a fim de impugnar tal pedido mostrando por tais e quais motivos entenda ser incabível a manutenção da custódia cautelar.

De outra banda, arriscamos dizer que não há que se falar em *ampla defesa* nesta fase, eis que a própria delimitação da matéria por si só é um fator determinante para afastar a **ampla** defesa, justamente por não resguardar a livre discussão acerca de todas as matérias processuais. De nossa parte, a partir do contraditório conferido pelo binômio *ciência e participação*, acreditamos que há sim espécie de defesa, ainda que timidamente; pura e simplesmente. Mas, não a ponto de se chegar ao que conhecemos por ampla defesa prevista constitucionalmente no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Portanto, no exercício do contraditório pelas partes na audiência de custódia, cabe ao juiz cuidar para que haja limites nas perguntas a serem feitas ao custodiado durante o procedimento, censurando de imediato quaisquer questionamentos que possam ser utilizados no julgamento do mérito da prática delituosa (art. 8°, §1°, da Resolução 213 do CNJ).

1. ***Obrigatoriedade na fundamentação das decisões judiciais e enfrentamento sobre as medidas cautelares diversas da prisão***

A obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é uma consequência lógica do princípio constitucional cravado no artigo 93, inciso IX, da CF/88, determinando que o magistrado de fato possui seu livre convencimento, mas desde que o faça de maneira motivada, sob pena de nulidade insanável, conforme previsto no referido dispositivo.

No dizer de Nestor Távora (2014), “trata-se de autêntica garantia fundamental, decorrendo da fundamentação da decisão judicial o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao judiciário”.

Com efeito, ao aplicar medida cautelar mais gravosa, a autoridade judiciária deverá enfrentar de maneira efetiva a possibilidade ou não de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. É que, conforme dispões o artigo 282, §6°, do CPP, a prisão preventiva somente será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar prevista no artigo 319 do mesmo diploma legal. Instituiu-se, portanto, o princípio da excepcionalidade que busca respaldo na necessidade e adequação da medida processual a ser aplicada (art. 282, incisos I e II, do CPP). Em verdade, o princípio da excepcionalidade é uma decorrência natural do princípio da proporcionalidade.

Nestes termos, o §3° do artigo 8° da Resolução 213 indica que a fundamentação utilizada pelo magistrado deverá constar, de forma resumida, da ata de audiência e versará sobre a legalidade ou não da manutenção da prisão, bem como sobre o cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

1. **CONCLUSÃO**

Ante o exposto, podemos concluir que a audiência de custódia trouxe grandes avanços no que diz respeito à preservação dos direitos da pessoa presa, principalmente no tocante à prática de tortura e a redução da população carcerária à espera de julgamento.

A audiência de custódia também buscou adequar o processo penal aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que,  por serem normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, referidos pactos têm aplicação imediata no território brasileiro, conforme determina o artigo 5º, §1º, da CR/88, sendo que a Resolução 213 do CNJ apenas regulamentou no âmbito do Judiciário o procedimento a ser seguido, independentemente de lei federal porque tal resolução tem a natureza jurídica de ***ato normativo primário[[8]](#footnote-8)*,**posto que busca seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional sem carecer de interposta espécie legislativa (art. 103-B, §4º, inciso I, CR/88 c/c art. 102 do Regimento Interno do CNJ[[9]](#footnote-9)).

Nesse viés, como dito anteriormente, a apresentação do preso no prazo de 24 horas à autoridade judiciária se afigura como um excelente instrumento de combate (preventivo e repressivo) à prática de atos de tortura, já que tal facilita a identificação pelo magistrado quando da apresentação pessoal da pessoa presa.

Certo é que não temos a ilusão de que a audiência de custódia irá erradicar de uma vez por todas a tortura policial. Porém, sua implantação poderá contribuir para a diminuição significativa da ocorrência de tortura policial num momento em que a integridade física do cidadão se vê em iminente risco, ou seja, no momento da prisão em flagrante e nas horas seguintes, nas quais a pessoa presa se encontra fora de *custódia* e suscetível à (possível) violência policial.

Conforme dissertado neste trabalho, a audiência de custódia também serve para que o Magistrado possa identificar prisões ilegais, arbitrárias ou até mesmo desnecessárias, para, posteriormente, tomar as medidas judiciais cabíveis como determinando o seu relaxamento ou até mesmo a sua conversão em outra medida cautelar, robustecendo sobremaneira o princípio da *ultima ratio* e excepcionalidadedas cautelares.

Limita-se, destarte, o poder punitivo estatal, eis que o juiz atua como verdadeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais da pessoa presa.

De nossa parte, entendemos que a audiência de custódia veio humanizar o processo penal, pois possibilita ao magistrado a identificação de casos excepcionais que clamam, por exemplo, por uma medida cautelar diversa naqueles casos em que o agente ostenta um quadro de saúde extremamente debilitado por motivo de grave doença ou mesmo quando tratar-se de gestante.

Observamos, portanto, que a apresentação pessoal do preso neste caso acima epigrafado é de primordial importância para evitar prisões totalmente desnecessárias e sobretudo desproporcionais.

Por fim, importante ressaltar que não tivemos a intenção de exaurir toda a matéria, mas apenas dissertar sobre este inovador instituto com um viés meramente descritivo e didático.

Resta saber agora se a estrutura do Poder Judiciário vai conseguir suportar as demandas advindas da implementação da audiência de custódia.

1. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, de 5 out. 1988. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 de abr. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 de maio 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 de abr. 2016.

BRASIL. Departamento de Imprensa do Conselho Nacional de Justiça 05 de jun. 2014. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 5 de jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\_de\_pessoas\_presas\_correcao.pdf>. Acesso em 20 de mar. 2016.

BRASIL. Resolução nº 213 de 15 de dez. 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 de dez. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 20 de mar. 2016.

BRASIL. Resolução nº 67 de 3 de mar. 2009. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de mar. 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/regimento-interno-e-regulamentos>. Acesso em: 21 de maio 2016.

BRASIL. Sumula Vinculante nº 11 de 13 de ago. 2011. Dispõe sobre o uso de algemas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 17 de maio 2016.

CAIO, Paiva. **Na Série “Audiência de Custódia”**: conceito, previsão normativa e finalidades. [S.l.]: Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>. Acesso em 20 de mar. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c. convencao\_americana.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.

CUSTÓDIA. In: DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol. com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=cust%F 3dia> Acesso em 10/03/2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constituciona**l. 5ª Ed. Salvador. JusPodivm.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processual Penal** – Introdução Crítica. 1ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia**: Limites à oitiva do preso. [S.l.]: Empório do Direito, 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>. Acesso em: 08 de Mai. 2016.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar. Curso de **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. Salvador. JusPodivm. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

1. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Jus Podivm. Pág. 843. [↑](#footnote-ref-1)
2. O princípio da “presunção de inocência”, “presunção de não-culpabilidade” ou “estado de inocência”, são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina (TÁVORA. 2014). Diz-se, pois, que não há utilidade prática na distinção entre referidas expressões, motivo pela qual as tratamos como única. Ressalte-se que parte da doutrina ainda entende que o princípio da presunção de inocência se limitaria até a instauração do procedimento criminal e, logo após, à vista do lastro probatório mínimo de autoria e materialidade delitiva, passaria a vigorar o princípio da não-culpabilidade, uma vez que ninguém pode ser considerado ***culpado*** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII, CR/88). Entretanto, como afirmado alhures, entendemos que não há pertinência para que se faça distinção entre um e outro. A uma, porque lei alguma faz distinção entre ambos. A duas, porque ao dizer que ninguém pode ser considerado *culpado*, implica dizer que, inexoravelmente, tal indivíduo é, sem dúvida alguma, *inocente*. Logo, podemos afirmar que o princípio de não-culpabilidade e princípio da presunção de inocência merecem ser tratados como sinônimos, pois estão ligados umbilicalmente, sobretudo pelo fato da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelecer que *toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua* ***inocência*** *enquanto não for legalmente provada sua* ***culpa*** (art. 8º, item 2). Grifamos. [↑](#footnote-ref-2)
3. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. JusPodivm. Pag. 296. [↑](#footnote-ref-3)
4. FERNANDES apud ASSY; FERES JÚNIOR, 2012, pag. 297. [↑](#footnote-ref-4)
5. BRASIL. Departamento de Imprensa do Conselho Nacional de Justiça. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Brasília, 5 de jun. 2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. Nesse particular, calha dizer que as disposições do artigo 13 da Resolução 213 do CNJ nos faz entender que existem dois prazos que dizem respeito à prisão em razão do mandado. O primeiro deles refere-se a 24 horas, conforme prevê o *caput.* O segundo, contido no parágrafo único do mesmo dispositivo, indica que a apresentação deverá ocorrer ***imediatamente***, havendo, pois, em nosso entendimento, um concurso aparente de normas que pode ser facilmente resolvido pelo princípio do *favor rei*. Ora, é notório que o termo *imediatamente* nos remete a algo que deva ocorrer sem demora, logo em seguida, instantaneamente, diferentemente do que se abstrai da expressão *24 horas*, a qual traz um sentido temporal de brevidade, contudo não imediato. Portanto, lastreado pelo mencionado princípio, entendemos que, nos casos de prisão decorrente de mandado, o preso deve ser imediatamente apresentado à autoridade judiciária, afastando, assim, o prazo de 24 horas constante no *caput* do referido enunciado, uma vez que milita em favor do preso o imediatismo cravado no parágrafo único. [↑](#footnote-ref-6)
7. A Recomendação nº 49/2014 do CNJ, em suma, dispõe sobre Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas - princípios e regras - do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), que tem o objetivo de subsidiar os examinadores forenses sobre como devem proceder para identificação, caracterização e elucidação do crime de tortura, e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências. [↑](#footnote-ref-7)
8. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Jus Podivm. Pág. 843. [↑](#footnote-ref-8)
9. O Art. 102 Regimento Interno do CNJ dispõe que o Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante **Resoluções**. Nestes termos, a edição de ato normativo ou regulamento poderá ser proposta por Conselheiro ou resultar de decisão do Plenário quando apreciar **qualquer matéria**. Por fim, as Resoluções e Enunciados Administrativos terão **força vinculante**, após sua publicação no Diário da Justiça eletrônico e no sítio eletrônico do CNJ. [↑](#footnote-ref-9)