

O IMPACTO DA LEI Nº 13.964/2019 NAS MEDIDAS CAUTELARES CRIMINAIS, NA PRISÃO PREVENTIVA E NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Rosângela Gonçalves do Prado Costa¹
Prof. Dr. André de Paiva Bonillo Fernandes²

RESUMO

Diante da recorrente discussão quanto a superlotação carcerária, sobre a violência policial, prisões provisórias e a cultura do encarceramento, demonstra-se de suma importância a busca por alternativas eficazes a fim de que a efetividade do direito humano seja garantida em sua plenitude para todos. Nesta perspectiva, com o fim de agregar no desenvolvimento de um processo penal mais humanizado através da aplicação dos tratados internacionais, se inseriu no ordenamento jurídico a audiência de custódia, a qual versa que toda pessoa presa deverá ser conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial. À luz das diversas comprovações da violação dos direitos fundamentais no tratamento prisional brasileiro, surge a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), invocando a medida de estado de coisa inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para atuar por meio de políticas públicas no controle das condições degradantes dos presos devido à superlotação carcerária. O trabalho analisará as modificações trazidas pela Lei nº 13.964/19 (Lei Anticrime), nos sistemas processual penal e penal brasileiro, especificamente nos temas relativos à prisão preventiva, medidas cautelares penais e audiência de custódia e, de forma contrária, a recente decisão do ministro Luiz Fux, que suspendeu a eficácia do artigo 310, §4, do Código de Processo Penal (CPP), que prevê a liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas. Para atender aos objetivos propostos será realizada uma pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e bases de dados que tratam do tema.

Palavras-chave: audiência de custódia; ADPF 347; estado de coisas inconstitucional; lei nº 13.964

INTRODUÇÃO

No ensejo destes tempos da era democrática, uma evolução e conquista da sociedade brasileira que, por muitos anos viveu sob um sistema rígido, no que diz respeito às garantias e direitos fundamentais da pessoa humana, tem-se desde 1978, um dispositivo ratificado pelo Estado brasileiro em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos - o Pacto de São José da Costa Rica.

Uma das garantias e liberdades fundamentais a ser discutida nesta pesquisa, trata-se do dispositivo encontrado neste documento, que respalda que toda pessoa presa deverá ser apresentada a uma autoridade judiciária para analisar as circunstâncias da prisão e a sua possível

¹ Discente do curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas.

² Professor orientador curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas.

legalidade ou ilegalidade, com o escopo de proteger a pessoa humana do poder estatal, sob o receio de abusos de autoridade, tortura e a tratamento degradante. (Artigo 7, item 5).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, destaca que as garantias fundamentais, visam à proteção ao direito à liberdade dos indivíduos, especificamente, no inciso LVII, que dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), conhecido como princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade.

É sabido que no sistema carcerário brasileiro os presos são obrigados a permanecer em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna, ocasionando uma diminuição acelerada de sua integridade física e moral. Tal violação aos direitos fundamentais dos presos, desencadearam a ADPF 347, que mostrou as estruturas deficitárias que envolvem o sistema prisional do país

Contudo, a decisão do STF, da ADPF 347, tendo como requerente o PSOL, requer que por meio do estado de coisas inconstitucional (ECI), configurado pela violação dos direitos fundamentais em decorrência de atos de diferentes autoridades públicas, que a Suprema Corte intervenha na formulação e implementação de políticas públicas voltadas à superação da superlotação e condições humilhantes dos encarcerados.

A ADPF 347 visa que se reconheça o ECI em relação ao sistema penitenciário brasileiro, e que o STF determine providências para acabar com as graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas de todos os poderes públicos.

Entretanto, ao se analisar as políticas públicas voltadas para o sistema carcerário brasileiro, percebe-se que há a violação dos direitos humanos mínimos e a existência de um estado de coisas inconstitucional. Portanto, o presente trabalho avaliará as modificações trazidas pela Lei nº 13.964/19, nos sistemas processual penal e penal brasileiro, especificamente nos temas relativos à prisão preventiva, medidas cautelares penais e audiência de custódia, buscando conferir tal legislação com o sistema já vigente, bem como com o direito penal, que é a pacificação social.

A Lei nº 13.964/19, trouxe inovações com respeito da prisão cautelar para o contexto penal e processual penal. Entretanto, em recente decisão proferida em janeiro de 2020, o ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia do artigo 310, §4, do Código de Processo Penal (CPP), que prevê a liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas. A alegação do ministro é sobre as dificuldades práticas e logísticas de várias regiões do país decorrentes de operações policiais de considerável porte.

Para tanto, a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, com busca de material em várias bases de dados, como Scielo e sites oficiais em busca da legislação pertinente ao tema. Ademais, será utilizado o método descritivo, conceituando os institutos envolvidos na matéria e também o método explicativo, no que concerne as diferentes opiniões sobre os institutos abordados.

1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

O Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) é originário das disposições do Tribunal Constitucional da Colômbia, em decorrência dos resultados das Decisões SU-559 de 1997. Os juízes constataram falhas nos direitos trabalhistas e previdenciários dos professores, os quais foram recusados pelas autoridades locais. A corte colombiana verificou que o descumprimento da obrigação era total, alcançando número amplo de professores, além dos que instauraram a demanda. E da sentença T-068, que declarou o ECI, devido ao protesto da Caixa Nacional de Previdência, em contestar petições de aposentados e pensionistas com o fim de obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias, determinando aos municípios que se achassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade. (CAMPOS, 2015).

Contudo, essas decisões somente foram firmadas pelo tribunal colombiano na ocasião da Decisão T-153/98, concernente ao quadro de superlotação das penitenciárias do país e as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Medellín. A corte, apoiada em dados e estudos empíricos, averiguou que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia e presente nas demais instituições carcerárias do país. Os juízes ressaltaram que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. (CAMPOS, 2015).

A jurisprudência colombiana definiu que ECI é um dispositivo utilizado com o desígnio de resolver situações de vulnerabilidade aos direitos humanos de natureza geral e atingem várias pessoas e, cujas causas são de natureza estrutural, exigindo assim uma solução conjunta das autoridades (COLÔMBIA, 1998).

Com o objetivo de efetivar a primazia dos direitos humanos em sua constituição, o tribunal colombiano elencou várias medidas a serem tomadas ativamente por diversas entidades estatais referentes a problemas enfrentados no sistema prisional da Colômbia, como, por exemplo:

(1) a comunicação do ECI aos presidentes da Câmara, a República e o Senado, a Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça,

(2) o pedido de um planejamento do Ministério da Justiça em até três meses para a reconstrução do prisões, a fim de dar condições dignas àqueles que ali se encontram sob o olhar do *Defensoria del Pueblo*, entre outros. (COLÔMBIA, 1998).

Nas palavras de Campos (2015), a declaração de ECI está amparada na autonomia processual referente ao objetivo de cessar uma reconhecida violação massiva de direitos fundamentais, decorrentes de omissões ou ações viciadas no plano estrutural, por parte de entidades estatais, através da adoção de comandos judiciais que determinem que os órgãos estatais omissos e com políticas públicas insuficientes e obsoletas promovam a implementação de medidas para solucionar o estado de anormalidade e violações, assim como a extensão dos efeitos da decisão a todos os afetados, independentemente de figurarem como partes no processo judicial.

Assim como na Colômbia, no Brasil tem ocorrido abusos sistemáticos de direitos humanos, notadamente em relação aos direitos de caráter benévolo. De modo recente, o STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro se adapta no conceito de estado de coisas inconstitucional, sendo imperativo a legitimação estrutural de medidas conjuntas do poder público e da sociedade para retroceder essa situação (ADPF-347 de 2015).

Segundo Campos (2015) para identificar o ECI, é necessário haver três categorias:

- [...] - a descoberta de uma estrutura não apenas de proteção deficiente, mas de maciça, violação generalizada e sistemática dos direitos fundamentais, que afeta um grande número de pessoas;
- falta de coordenação entre legislativos, medidas administrativas, orçamentais e mesmo judiciais, genuínas 'estruturais falha do Estado' que gera tanto a violação sistemática de direitos como a perpetuação e agravamento da situação;
- a superação destes as violações de direitos exigem o envio de medicamentos e pedidos endereçados não apenas para um órgão [governamental], mas para uma pluralidade destes - é necessário mudanças estruturais, novas políticas públicas ou adequação do recurso existente alocação etc.

Em vista de tais condições, verifica-se a violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, caracterizando o sistema penitenciário nacional como estado de coisas inconstitucional.

O STF considera a violação dos direitos humanos inegável no sistema prisional brasileiro e também em sua decisão, que assegura esse fato ao demonstrar a decadência do sistema prisional, por causa das políticas públicas ineficientes (ADPF-347, de 2015).

Em vista disso, o STF impediu a utilização das cota do Fundo Penitenciário Nacional e juízes e tribunais, escolhidos para realizar audiências de custódia no prazo de noventa dias,

consentindo que o preso compareça perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados a partir da ocasião da prisão.

Além disso, o STF comunicou às autoridades que adotem as devidas medidas, colocando assim o entendimento de que o sistema prisional brasileiro é de responsabilidade conjunta de diversos órgãos estaduais.

O STF, na ADIn 5.240/2015, julgada em 20.08.2015, considerou constitucional o Provimento-Conjunto 03/2015, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual criou modalidade de ato processual, denominado audiência de custódia. Por outro lado, em 2015, o mesmo STF julgou a ADPF 347, que estabeleceu: “Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” Já o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2015, aprovou a Resolução 213/2015, a qual se propõe a disciplinar, em caráter nacional, a mesma “audiência de custódia”. (VILELA, 2017).

Assim, tais decisões do judiciário tiveram como finalidade de forçar o Brasil a cumprir os dois tratados internacionais - O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Dec. 592/1992) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (DECRETO n. 678/1992). (VILELA, 2017).

Nessa seara, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ajuizou a APPF nº 347, que propõe que o STF interfira diretamente na elaboração e execução de políticas públicas, discussões e deliberações referentes a verbas a serem gastas com o sistema carcerário e na aplicação de institutos processuais penais, objetivando aliviar os problemas da superlotação dos presídios e as condições degradantes do encarceramento. (VILELA, 2017).

Assim, o objetivo da ADPF 347 é o reconhecimento do ECI em relação ao sistema previdenciário brasileiro, com a determinação pelo STF de ações voltadas a recuperar os preceitos fundamentais da Constituição Federal, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, Estados e do Distrito Federal.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em meio as discussões sobre direitos sociais e coletivos acerca de prestações positivas e negativas do Estado, se observa que o campo penal é onde a realidade do indivíduo sofre maior influência, sendo este mais vulnerável, por parte do Estado e sua interação.

Pautando os variados problemas existentes no sistema processual penal brasileiro, como por exemplo, a violência, a superlotação carcerária, as prisões cautelares, entre outros, se faz de suma importância buscar alternativas que visem a garantia efetiva dos direitos da pessoa humana, muitas vezes negligenciados.

Desta forma, com o fito de acrescentar no desenvolvimento de um processo penal mais humanizado, através de uma aplicação mais transparente, tendo como base os tratados internacionais facultativamente aderidos pelo Brasil, foi introduzido no ordenamento jurídico do país o instituto audiência de custódia, a qual estabelece, em resumo, que toda pessoa presa em flagrante deverá ser conduzida dentro de um prazo de 24 horas à presença de um juiz, regra estabelecida pela Resolução nº 213/2015, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. (MAIS, 2015).

Para Yugan Lira (2015), a melhor terminologia seria “audiência de apresentação”, o que remota a ideia do acusado ser apresentado e logo liberado pelo juiz. Tal, fato vai de encontro com o pensamento do Ministro Luiz Fux, o qual já usou deste termo em julgado do Supremo Tribunal Federal.

A audiência de custódia regularizada no ordenamento jurídico, pelo Conselho Nacional de Justiça, é conceituada por este da seguinte maneira:

Trata-se de uma ação do Conselho Nacional de Justiça mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Com base nessa disposição e sobre a visão de Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014), a audiência de custódia versa em um direito sobre o qual todo preso deve ser conduzido à presença de um juiz, no prazo de 24 horas, para que se realize um diálogo democrático acerca do legalismo e da necessidade da prisão. Assim, a audiência de custódia deve ser realizada após a prisão em flagrante, acompanhado de defensor público, dativo ou constituído, com o juiz e com o Ministério Público (LIMA, 2016).

Segundo Lima (2016), a audiência de custódia serve como mecanismo de apuração das infrações e ilegalidades, interrompendo os maus tratos e a tortura, decorrentes do ato de prisão do paciente ao ser apresentado ao juiz, conforme o caso, este poderá relaxar a prisão. É o “meio de controle judicial acerca da licitude das prisões.” (TAVORA, ALENCAR, 2016).

A audiência de custódia tem o grande desígnio também de diminuir o volume de encarceramento que se propaga no país, afligindo cada vez mais a população mais carente e marginalizada, com essa política de encarceramento em massa. Portanto, sendo o detido ouvido,

tanto pelo seu defensor quanto pelo Ministério Público, poderá ter o seu caso melhor avaliado sobre se a possibilidade de existir ou não os requisitos para a manutenção da prisão cautelar, e portanto, uma melhor averiguação sobre a sua situação, permitindo que a decisão que decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade, seja mais humanizada.

Em decorrência desse mecanismo, poderá ser evitado o encarceramento de inocentes e de pessoas que cometeram delitos, mas que podem responder ao processo em liberdade. Destarte, com a diminuição do vultoso volume de encarceramento, faz-se necessário destacar que haverá consequentemente uma diminuição de gastos públicos, haja vista que reduzirá custos derivados da custódia do preso e a falta de vagas no sistema carcerário. Possibilitará ainda ao juiz, evitar que a máquina judiciária seja movimentada desnecessariamente com ações penais e investigações ao verificar eventual nulidade na prisão efetuada.

Outra finalidade apresentada pela audiência de custódia, é o enfrentamento e a prevenção de tortura policial, muitas vezes sofrida pelo detido nas primeiras horas da prisão. É de se levar em conta que haverá uma redução significativa na violência empregada pelos policiais, haja vista que na realização da audiência “[...] os responsáveis pela apreensão/condução do preso terão prévia ciência de que qualquer alegação de tortura poderá ser levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judicial, da defesa (pública ou privada) e do Ministério Público [...]”. (PAIVA, 2017, p. 49).

Outro detalhe é que a audiência de custódia não se atém aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção³, sendo, portanto, exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva.

O indivíduo que é submetido a audiência de custódia preserva seus direitos fundamentais, estando dentre eles, o direito ao silêncio, o direito de ser assistido por algum defensor constituído ou público. Muito distante de ser um procedimento meramente burocrático, é “um instrumento de humanização do processo penal” (MASI, 2015).

Assim, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar, inclusive temporária ou preventiva.

Evita também que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso (na medida em que o interrogatório judicial é o último ato do

³ Conforme o art. 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

procedimento). A audiência de custódia pondera de forma simples e competente a oposição gerada: o preso em flagrante será imediatamente levado à presença do juiz para ser ouvido, ocasião em que o juiz decidirá sobre as medidas previstas no art. 310, do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma prática lícita e corretamente realizável. O mesmo juiz plantonista que hoje recebe a qualquer hora os autos da prisão em flagrante, analisará e fará uma rápida e simples audiência com o detido. (LOPES JÚNIOR, 2017).

Não há como não dizer que existem muitas vantagens na aplicação da audiência de custódia, o que se leva a pensar sobre o porquê de os estados da federação não aplicarem e garantirem aos detentores esse direito de uso. É papel dos Estados Membros garantirem os direitos de seus cidadãos, e principalmente, os direitos fundamentais e humanos deveriam ser prioridade total, mas não é o que acontece no ordenamento jurídico.

Neste sentido, Néfi Cordeiro e Nilton Carlos de Almeida Coutinho (2018, p. 77), afirmam que a audiência de custódia surgiu com o desígnio de abrandar o número de prisões desnecessárias, permitindo àquele que fora preso em flagrante delito tenha o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade. Trata-se assim, de um instrumento processual indispensável para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Entretanto, os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em fevereiro de 2020, a população carcerária do Brasil se aproxima dos 800.000 presos em todos os regimes de prisão. Já os presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detém 758.676 presos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

De acordo com um relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), em 2020, o percentual de presos provisórios (sem uma condenação) manteve-se estável em aproximadamente 33%. São 40% das vagas dos estabelecimentos prisionais ocupadas por pessoas presas provisoriamente, taxa esta que poderia ser mais baixa se houvesse a aplicação adequada da audiência de custódia no ato da prisão.

3 A LEI N. 13.964/2019 NAS MEDIDAS CAUTELARES CRIMINAIS, NA PRISÃO PREVENTIVA E NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Aprovada em dezembro de 2019, a Lei nº 13.964, conhecida como Pacote Anticrime, alterou alguns artigos do Código de Processo Penal (CPP), tendo como desígnio fortalecer o combate ao crime e a regulamentação da audiência de custódia, nos artigos 287 e 310.

Com a nova lei, o juiz não pode decretar de ofício medida cautelar, seja ela qual for, o que inclui a prisão preventiva (arts. 282, §2º, e 311 do Código de Processo Penal, ambos com redação dada pela nova lei). Entretanto, há aparente contradição entre a nova redação dos parágrafos 4º e 5º, do art. 282 do CPP, os quais estão assim dispostos:

§ 4º - No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (LEI Nº 13.964/2019).

Interpretação apta a solucionar o conflito aparente de normas está em se aplicar a regra do §4, em casos de aplicação de sanções no curso da medida cautelar. Nesses casos, há necessidade de provocação do órgão acusador, do seu assistente ou do querelante.

Situação diversa seria a mera adequação da cautelar aplicada, como em relação aos limites impostos para aproximação de vítimas e periodicidade de comparecimento mensal em juízo, isto é, questões relacionadas à forma como é cumprida a medida cautelar. A substituição poderia ocorrer desde que os fatos relacionados ao cumprimento o exigissem, mas não tivessem relação com o descumprimento da medida. Não se trata aqui, portanto, de sanção, mas de adequação. (LOPES JR, 2017).

Por fim, se determinada medida cautelar estivesse em vigor anteriormente – foi revogada pelo juízo (de ofício ou por provocação) – e as circunstâncias demonstrem que há novamente, necessidade dessa medida, ela poderá ser reestabelecida de ofício. E para atuar sem provocação, se deve estar diante de adequação das medidas, e não de sanção.

A audiência de custódia era anteriormente prevista somente em atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, atualmente, está expressamente disciplinada pelo art. 310 do CPP. O prazo para sua realização é de 24 horas após a prisão. A ilegalidade da prisão como consequência da ausência da audiência, entretanto, somente será declarada se transcorridas 48 horas da prisão e não houver motivação idônea para a não realização do ato. (NEWTON, 2020).

O art. 310, §3, do CPP, por sua vez, estabelece que haverá responsabilidade administrativa, civil e penal para a autoridade que, sem motivação idônea, der causa à não realização de audiência de custódia. Ganha especial importância o termo “motivação idônea” presente no dispositivo. Aqui, deve-se ter em mente que o Brasil tem proporções continentais. Há estados da federação em que as comarcas mais próximas distam centenas de quilômetros umas das outras, e não raro apenas um juiz responde por várias comarcas, cujos territórios somados ultrapassam em extensão a área de pequenos países. (NEWTON, 2020).

Nessa perspectiva, para nós, o termo “motivação idônea” deve ser interpretado como toda motivação verdadeira e apta a inviabilizar o ato. Até porque, sendo ato emanado de autoridade pública constitucionalmente constituída, a motivação goza de presunção de legitimidade e veracidade. Portanto, a motivação lançada para justificar a não realização de audiência de custódia somente poderá ser desconstituída se houver prova do interessado de que ela é falsa e/ou era inapta a inviabilizar o ato. Entre as justificativas possíveis, são exemplos: a ausência de efetivo policial ao deslocamento do preso; ausência do juiz na comarca em que ocorreu a prisão, seja por estar atendendo em substituição ou em regime de plantão.

Ainda não há barreiras à realização de audiência por videoconferência. Isso porque houve veto do Presidente da República ao dispositivo que impedia a prática do ato virtualmente. Ademais, há solução adequada para a situação. Realizado o ato por videoconferência, permitida entrevista reservada com defensor, seja por vídeo ou presencialmente, caso haja notícia de agressão, o juiz poderá encaminhar o detento imediatamente para exame médico. Isso porque o juiz não possui conhecimento técnico em medicina legal apto a aferir a natureza de eventuais lesões sofridas no momento da prisão. Se são elas lesões recentes ou antigas, e qual instrumento que as provocou, por exemplo. Dessa forma, realizado o ato por videoconferência, com posterior encaminhamento do detento à atendimento médico, não há qualquer prejuízo na adoção da forma virtual. (PELLEGRINI, 2020).

Quanto à prisão preventiva, houve importantes modificações com a nova lei. O primeiro ponto a se observar é se há possibilidade ou não de sua decretação de ofício. O artigo 311, do CPP foi modificado para excluir a hipótese de decretação de ofício da prisão preventiva durante o processo criminal.

A dúvida, então, surge na fase de recebimento do auto de prisão em flagrante. O art. 310, do Código de Processo Penal estabelece que, após receber o auto de prisão em flagrante, durante a audiência de custódia que deverá contar com presença de defensor e Ministério Público, o juiz deverá:

- I – relaxar a prisão ilegal (incluído pela Lei n. 12.403, de 2011);
- II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (incluído pela Lei n. 12.403, de 2011); ou
- III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (incluído pela Lei n. 12.403, de 2011). (LOPES JR, 2020, p. 686).

Nessa fase, o juiz terá três caminhos a seguir. O inciso II do dispositivo não trata, obviamente, de decretação da prisão preventiva, mas de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Há, sem sombras de dúvidas, diferenças entre os institutos. Tal diferença foi

observada pela nova lei, e isso fica claro, em interpretação sistemática, pela leitura do §4, do art. 310 do CPP. Nesse caso, não cumprido, sem motivação idônea, o prazo para realização da audiência de custódia, a prisão será ilegal. Como consequência, exclui-se a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, mas subsiste a possibilidade de decretação da prisão preventiva. Ou seja, a própria lei traz a diferença entre os institutos da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e da decretação da prisão preventiva (LOPES JR, 2020).

Dessa forma, tem-se que o art. 310, *caput*, do CPP e seus incisos, são normas de aplicação obrigatória pelo juiz. Se o flagrante for ilegal, deverá ser relaxado. Quando estiverem presentes os requisitos previstos no art. 312 e se se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, deverá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Não sendo a hipótese, deverá conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Observe-se que o juiz, neste caso do inciso II, do art. 310 do CPP, não decretará prisão preventiva de ofício. Ele apenas analisará os fatos que lhe foram trazidos com o auto de prisão em flagrante e, presentes os requisitos para prisão preventiva, converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva. Deve-se distinguir, assim, conversão de decretação. (LOPES JR, 2020).

Portanto, nossa posição é de que, presentes os requisitos da prisão preventiva na audiência de custódia, o juiz deverá converter a prisão em flagrante, independentemente de requerimento do Ministério Público, ou mesmo contrariando o parecer do órgão acusador. O que a lei veda, é a decretação da prisão de ofício, e não a conversão de uma prisão que já ocorreu e já foi homologada, com reconhecimento de validade de seus requisitos (art. 302, do CPP).

Caio Paiva (2015) destaca que a primordial e básica finalidade da prática da audiência de custódia no Brasil é regular o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tal argumento implica levar em consideração que “as finalidades da audiência de custódia, ainda que não convençam os seus opositores, não os desobriga de observar o seu cumprimento”. Ademais, escassa ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos, se cada país determinasse uma “margem de limitação” a respeito da serventia dos direitos e garantias vinculadas nos tratados, os quais voluntariamente venham a aderir.

Ademais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe em seu texto, como princípio supremo, a dignidade da pessoa humana, base para o Estado Democrático de direito.

4 A SUSPENSÃO PELO STF DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais constituem exatamente a incorporação constitucional, adensada, dos chamados direitos do homem colocados sob a tutela e a proteção do Estado. É memorável, portanto, que a ideia de direitos fundamentais carrega em seu conteúdo um forte sentido de proteção dos pressupostos humanitários, que historicamente foram se acumulando sob o patrocínio dos assim chamados direitos do homem. (NUNES JÚNIOR, 1997).

Os direitos fundamentais exprimem de imediato a referência aos direitos consagrados nas Constituições, sendo “[...] os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente” (CANOTILHO, 2003, p. 393) ou ainda “[...] seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” (CANOTILHO, 2003, p. 393).

Assim, o exercício dos direitos fundamentais, depende, em primeiro lugar, do direito à liberdade. O homem, sem sua liberdade, perde sua dignidade enquanto ser humano, tornando-se *res* e um mísero elemento da perpetuação e exacerbação do poder estatal. Com efeito, visando à proteção ao direito à liberdade dos indivíduos, destaca-se a garantia fundamentais prevista no art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado da sentença penal condenatória. Em outras palavras, trata-se do princípio da presunção da inocência (estado de inocência).

Deste modo, mesmo que um indivíduo cometa um ato contrário à norma, passível de repressão estatal, essa medida não autoriza a limitação de sua dignidade. Desse princípio derivam diversos outros, quais sejam, a presunção de inocência, a estrita legalidade, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, advindos para garantir a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2002).

Conforme dispõe Guilherme de Souza Nucci (2014), basilar é o básico, o necessário, essencial. Por isso, são fundamentais os direitos e garantias individuais. A sua origem foi justamente para combater os abusos do Estado, reconhecendo-se que o homem possui valores que estão acima e fora do alcance estatal.

Assim, em 20 de janeiro de 2020, o que poderia representar uma nova era do processo penal brasileiro - o juiz de garantias, foi suspenso por seis meses pelo presidente do STF, o então ministro Dias Toffoli. A concretização da nova concepção de desenvolvimento da persecução penal, deixando o julgamento para o plenário. Tal decisão determinou a suspensão de diversos dispositivos da Lei n. 13.964/19 por 180 dias.

Neste cenário, o ministro Luiz Fux também autorizou que prisões sejam feitas sem audiência de custódia em até 24 horas, com a finalidade de evitar “prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direitos das defesas”. Diferindo da redação do artigo 310, §4, introduzido ao CPP pela Lei nº 13.964/19, é ilegal toda prisão em que a pessoa não seja apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas. As audiências são também definidas pela Resolução 213/2015, do CNJ. (VALENTE, 2020).

Com a decisão do ministro Fux, o prazo máximo de 24 horas, que passaria a valer a partir do fim do mês de janeiro/2020 (após a *vacatio legis* da Lei nº 13.964/2019), deixará de ser disciplinado pelo CPP. A Resolução do CNJ será um dos únicos parâmetros para evitar prisões temporalmente dilatadas. Entretanto, o ministro em questão argumenta que essa obrigação desconsidera dificuldades regionais e logísticas. (VALENTE, 2020).

Sem dúvida, é decisão parece duvidosa, pois o STF já havia indicado a natureza da audiência de custódia como sendo um direito subjetivo do preso, caso não gozado no prazo de 48h, poderá, vide o artigo 310, §3º, CPP, ensejar a responsabilização administrativa, civil e penal. Além disso, quando do julgamento da ADPF 347, o ministro Luiz Fux, que agora questiona a consequência para a superação do prazo de 48h para a realização da audiência de custódia, não se opôs ao lapso temporal menor - na verdade, 24h, a contar da prisão. (NEWTON, 2020).

De acordo com Newton (2020), em debates firmados em 3 de setembro de 2015, o ministro Fux, se expressa:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Quando nós votamos a audiência de custódia, aqui, legitimamos aquela audiência pela Convenção do Pacto de São José da Costa Rica, a apresentação se dará 24 horas depois da prisão.

Conforme expôs Newton (2020), por ocasião de seu voto, no dia 9 de setembro de 2015, segue atitude decisória contrária a mais recente que suspendeu o artigo 310, §4, CPP:

Então, observe Vossa Excelência: se nós, em uma ação de preceito fundamental determinarmos que juízes motivem, que apliquem pena alternativas, que cumpram o Pacto de São José da Costa Rica, fazendo a apresentação dos presos, e, se eles não fizerem, estarão cometendo um vício de ilegalidade na decisão.

Para o ministro Luiz Fux, caberá ao plenário decidir sobre a questão, sendo o caso, fornecendo limites interpretativos mais objetivos para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direitos das defesas. O ministro alega que também que a previsão desobedece às cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para

a realização de despesas, além da autonomia financeira dos ministérios públicos, a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva de acrescentar no desenvolvimento de um processo penal mais humanizado, implementou-se a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, a qual deve ser aplicada conforme a Resolução n. 213/2015 (CNJ), que trata do direito de toda pessoa presa ser conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial. Como demonstrou-se, o presente direito encontra-se previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, em especial, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Defronte o atual cenário, onde demonstrou-se que o Brasil possui população carcerária muito grande, dando-se destaque ao número de presos provisórios, a audiência de custódia tornou-se mecanismo valioso, pois uma das suas finalidades, enfrentar a banalização das prisões provisórias, resultando em um desafogamento dos presídios que já não possuem mais vagas, violando muitas vezes, os direitos fundamentais dos presos.

Assim, no julgamento da ADPF 347, o STF reconheceu o ECI em relação à situação deplorável que se encontra o sistema prisional brasileiro e as lesões aos direitos fundamentais dos presos demandando providências em relação aos atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial.

Conclui-se que as modificações trazidas pela Lei nº 13.964/19, nos tópicos relativos às medidas cautelares, prisão preventiva e audiência de custódia, apesar de alterarem vários dispositivos legais, em verdade, impactarão de forma mais severa na fundamentação das decisões e não necessariamente nas hipóteses de aplicação das medidas que já vinham sendo adotadas. Portanto, houve um incremento na exigência de fundamentação por parte do juiz, mas não necessariamente exclusão de hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. F.; ALFLEN, P. R. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>> Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.694, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em 2 set. 2020.

CAMPOS, C. A. A. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 25 set. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. **Sentencia T-153/98**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 10 set. 2020.

COMISSÃO Interamericana dos Direitos Humanos. **Convenção americana sobre direitos humanos**. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 20 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016, p.10. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CORDEIRO, N.; COUTINHO, N. C. A. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 10, n. 1, p. 76-88, abril 2018. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.06>>. Acesso em: 26 set. 2019.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

LIRA, Y. T. F. Audiência de custódia e a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos do Brasil. **Revista do advogado**, v. 3, n. 3, p. 07, 2015.

LOPES JR, A.; PAIVA, C. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 16 set. 2020.

LOPES JR, A.; PAIVA C. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 17, set./dez. 2014. Disponível em:

<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209>. Acesso em 29 set. 2016.

LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo. Saraiva. 2020.

MASI, C. V. O direito a audiência de custódia continua ignorado no Brasil. **Canal Ciências Criminais**, març. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-brasil/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados**. 17 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>> Acesso em: 27 set. 2020.

NEWTON, E. J. Decisão de Fux suspendendo audiência de custódia em 24h foi incorreta. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-25/eduardo-newton-suspensao-audiencias-custodia-foi-incorreta>> Acesso em: 26 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES JUNIOR, V. S. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. Pontos emblemáticos da aplicação da audiência de custódia. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, maio.2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/carlos-pellegrini-pontos-emblematicosaudiencia-custodia>>. Acesso em: 20 set. 2020.

SILVA, V. L. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

VILELA, H. O. T. Audiência de custódia – a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIN 5.240, da ADPF 347MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. **Revista dos Tribunais**. v. 970. p. 195-208, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.970.09.PDF>. Acesso em: 15 set. 2020.