

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA LEI ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019): ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS

*THE BAIL HEARING IN THE ANTICRIME ACT (NO. 13.964/2019):
BETWEEN ADVANCES AND SETBACKS*

Laura Gigante Albuquerque¹
Júlia Tormen Fusinato²

RESUMO

A audiência de custódia foi implantada no Brasil em 2015, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, apenas recentemente, a partir da Lei nº 13.964/2019, ela foi incorporada ao Código de Processo Penal. O presente artigo tem como objetivo retratar o contexto em que esse instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus objetivos e procedimento. Apresentam-se as alterações trazidas pela denominada Lei Anticrime questionando, especialmente, a nova redação prevista no artigo 287 do Código de Processo Penal e a possibilidade de facultar a realização da audiência para alguns tipos de prisão, bem como a (in)constitucionalidade do § 2º do artigo 310 do mesmo diploma, e à impossibilidade de liberdade provisória para alguns casos.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Processo Penal.

ABSTRACT

The bail hearing was implemented in Brazil in 2015, at the initiative of the National Council of Justice. However, only recently, after Act No. 13.964/2019, it was incorporated into the Criminal Procedure Code. This article aims to portray the context in which this instrument was inserted in the Brazilian legal system, as well as its objectives and procedure. The changes brought by the so-called Anticrime Act are presented, questioning, especially, the new writing of article 287 of the Criminal Procedure Code and the possibility of providing the hearing for some types of prison, as well as the (un)constitutionality of § 2 of article 310 of the same diploma, and the impossibility of provisional freedom for some cases.

KEYWORDS: Bail Hearing. Anticrime Act (No. 13.964/2019). Criminal Procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Finalidades da audiência de custódia e processo de implementação no Brasil. 3 Análise crítica das alterações promovidas pela Lei Anticrime. 3.1 A obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todos os tipos de prisões. 3.2 A inconstitucionalidade da denegação compulsória de liberdade provisória no § 2º do art. 310 do CPP. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Mestra em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Curso de Direito da Universidade La Salle (Unilasalle/RS). Advogada criminalista. Contato: lauragigante@gmail.com.

2 Especializanda em Direito Penal Empresarial e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada criminalista. Contato: juliatfusinato@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

No dia 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019, que promoveu diversas alterações no Código de Processo Penal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal, na Lei dos Crimes Hediondos, entre outras legislações penais e processuais penais. A lei é oriunda do “Projeto de Lei Anticrime”, assim denominado pelo seu propositor Sérgio Moro, então Ministro da Justiça e Segurança Pública³. O projeto ou “pacote anticrime”, como ficou conhecido, foi proposto em 04 de fevereiro de 2019, acompanhado de diversas estratégias políticas e discursivas de legitimação, que tornaram possível a sua aprovação por ambas as casas do Congresso Nacional em menos de um ano de tramitação.

Em seu texto original, o projeto de lei buscava “dar uma resposta” à sociedade, centrando-se no endurecimento das leis penais e processuais penais e recorrendo ao discurso de que tais medidas visavam ao combate à corrupção, à criminalidade organizada e aos crimes violentos⁴. Seria ingênuo crer que um projeto de lei apresentado pouco mais de um mês após a posse do novo Presidente eleito tivesse passado por necessários estudos de impacto, reflexões e construções democráticas que uma proposta legislativa da dimensão do “pacote anticrime” precisaria ter. De fato, o resultado do projeto apresentado pelo ex-juiz federal foi um compilado de medidas encarcerantes, mas sem capacidade de fornecer alternativas ao problema da segurança pública.

Apesar do caráter eminentemente punitivista do Projeto de Lei Anticrime, a proposta acabou sofrendo diversas modificações na Câmara dos Deputados, e o resultado final da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, apresentou-se como uma panaceia de alterações legislativas que ora contrariam diretamente garantias fundamentais, ora vão ao encontro de importantes avanços, principalmente na

3 É importante destacar que este foi o nome oficial designado ao projeto de lei pelo seu propositor, pois a sua designação pode causar certa estranheza. Entretanto, a utilização da expressão “anticrime” foi uma opção consciente e muito bem arquitetada pelos seus defensores: de um lado, visa a divulgar o projeto como uma medida que poderia, de alguma forma, combater o crime; de outro, possui a intenção de desqualificar qualquer tipo de oposição ao projeto, pois quem a ele se opusesse, é porque estaria “a favor” do crime.

4 Embora o projeto carecesse de justificativa técnica e bem embasada, esse foi o discurso oficial propagado pelo seu propositor e demais integrantes ou aliados do Governo Federal, que contribuíram para uma verdadeira campanha de publicidade em torno do projeto de lei, como se vislumbra em entrevistas e principalmente em publicações oficiais da época, tais como: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550515355.73>. Acesso em: 06 jun. 2020.

legislação processual penal. Um dos aspectos positivos da “Lei Anticrime” foi a inclusão definitiva da audiência de custódia no Código de Processo Penal.

As audiências de custódia vêm sendo implementadas no Brasil desde o início do ano de 2015, em cumprimento a tratados e convenções internacionais. Caracterizam-se por ser um ato formal de apresentação da pessoa presa a uma autoridade judicial, com a finalidade de possibilitar a fiscalização da legalidade da prisão e a apuração de possíveis atos de tortura ou maus-tratos policiais, além de promover a oralidade no momento de apreciação da prisão em flagrante e decisão sobre a necessidade de custódia cautelar.

Dessa forma, o instituto não foi uma inovação introduzida ao nosso ordenamento jurídico somente a partir da Lei nº 13.964/2019, mas a sua inclusão como procedimento obrigatório previsto pela nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal representa um grande avanço no sentido de efetivação e consolidação dessa garantia no sistema justiça criminal brasileiro. Não obstante, as alterações promovidas pela lei ocasionaram algumas mudanças no procedimento do instituto e trouxeram aspectos questionáveis à disciplina das audiências e do próprio regime de custódia cautelar.

Nesse contexto, o presente artigo busca apresentar uma análise da audiência de custódia sob o ponto de vista teórico-normativo, demonstrando o contexto em que esse novo instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua origem em tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil até sua tardia incorporação ao Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019. Além disso, pretende-se apresentar as alterações promovidas pela Lei Anticrime no procedimento que já estava em execução desde 2015 através da Resolução nº 213 do CNJ, questionando, especialmente, a nova redação atribuída ao artigo 287 do Código de Processo Penal e a possibilidade de facultar a realização da audiência de custódia para alguns tipos de prisão, bem como a (in)constitucionalidade do § 2º do artigo 310 do mesmo diploma, quanto à impossibilidade de liberdade provisória quando o agente é reincidente, integra organização criminosa armada ou milícia, ou quando porta arma de fogo de uso restrito.

A temática é atual e de suma relevância, considerando que, paralelamente à conquista da positivação da audiência de custódia no Código de Processo Penal, sobrevieram possíveis retrocessos que demandam um olhar atento da doutrina e de todos os atores jurídicos comprometidos com os princípios fundamentais do devido

processo legal e do próprio Estado Democrático de Direito. Objetiva-se, com o presente trabalho, contribuir para o debate em torno dos avanços e retrocessos trazidos pela Lei Anticrime e, especialmente, para a formação de uma doutrina crítica sobre o instituto da audiência de custódia.

2 FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

A disposição expressa da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal brasileiro foi uma das várias mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019. Em que pese sua incorporação ao Código de Processo Penal tenha ocorrido apenas em janeiro de 2020, com a entrada em vigor da mencionada lei, o instituto da audiência de custódia está implementado e regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro desde 2015, por meio do Projeto “Audiência de Custódia” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Além disso, debates realizados à época⁵, já revelavam a tardia implantação do instituto em nosso sistema processual, uma vez que a necessidade de apresentação pessoal do preso a uma autoridade judicial já estava prevista em dois importantes tratados sobre direitos humanos assinados pelo Estado brasileiro ainda no século XX: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592/1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, internalizada pelo Decreto nº 678/1992.

Sabe-se que, em que pese seu caráter supralegal, os tratados, pactos e convenções internacionais são frequentemente “esquecidos” pelos legisladores e operadores do direito brasileiros. No entanto, esses instrumentos normativos representam hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional Público⁶, criando verdadeiras obrigações legais aos Estados que se comprometem a respeitá-los. Na lição de Cançado Trindade:

5 GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 67, p. 155-178, 2017; Editorial. Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia. **Boletim IBCCRIM**, v. 23, n. 268, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim268.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020; LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, p. 161-182, 2014; PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

6 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105

no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não cumprimento dessas obrigações.⁷

Assim, os Estados-partes signatários possuem o dever de cumprir com as determinações presentes nesses instrumentos normativos internacionais, adotando todas as medidas necessárias para tanto.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, seguindo as considerações e recomendações consolidadas na Carta das Nações Unidas de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, internalizou o movimento global de proteção dos direitos humanos, determinando a criação de um sistema de garantias da eficácia dos direitos nele presentes. Dentre os direitos e liberdades por ele assegurados (direito à vida, a proibição de tortura e de penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a proibição da escravidão ou da servidão; a igualdade perante a lei; as liberdades de pensamento, consciência, opinião e expressão), o Pacto reconheceu, em seu artigo 9, dois importantes direitos basilares do devido processo penal: os direitos à liberdade e à segurança pessoais.

Essa previsão garante o direito de não ser preso arbitrariamente, o direito de ser informado sobre os motivos da prisão, o direito à duração razoável do processo e a previsão de que a prisão preventiva não deverá constituir a regra, mas sim a exceção. Ainda, é esse o artigo responsável por dispor de forma expressa a necessidade de apresentação, sem demora, da pessoa presa à autoridade judicial, como se observa em seu item 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.

Assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no plano global, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no plano regional de proteção, é de fundamental importância para o instituto em análise. Também

⁷ CANÇADO TRINDADE. **A proteção internacional dos direitos humanos**, 1991 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107

conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978, reconhecendo e assegurando um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo primeiro. Entre eles destaca-se o direito à liberdade pessoal, previsto no artigo 7, o qual dispõe, em seu item 5, especificamente quanto à imprescindibilidade de apresentação, sem demora, da pessoa presa à autoridade judicial, *in verbis*:

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.

A partir da leitura sistemática dos enunciados normativos expressos no artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, percebe-se que houve uma preocupação, em nível internacional e regional, em garantir que toda pessoa detida seja apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente.

Em que pese a ratificação dos pactos via decretos legislativos tenha ocorrido no ano de 1992, a primeira iniciativa de reforma da legislação processual penal, para incluir a previsão de apresentação imediata da pessoa presa no Brasil, veio a ocorrer tão somente em 2009, por meio do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009⁸, que permanece em trâmite na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010)⁹.

Além dessa iniciativa, outras tentativas foram realizadas por parte do Poder Legislativo brasileiro, com o objetivo de internalizar o instituto e estabelecer o procedimento a ser adotado na sua realização¹⁰. No entanto, ante a ausência de aprovação definitiva de legislação, coube ao Conselho Nacional de Justiça regulamentar e implementar definitivamente a audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico.

8 Tramitação disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 11 jun. 2020.

9 Tramitação disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 11 jun. 2020.

10 Além do PLS nº 156/2009, destaca-se também o PLS nº 554/2011, que gerou amplos debates institucionais em torno da obrigatoriedade da audiência de custódia, conforme se verifica na tramitação do referido projeto de lei. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Assim, considerando a situação carcerária brasileira¹¹ e buscando efetivar uma garantia fundamental já prevista em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça lançou o Projeto Audiência de Custódia. De acordo com o CNJ, o projeto:

consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.¹²

Posteriormente regulamentada pela Resolução nº 213 do CNJ¹³, de 15 de dezembro de 2015, a audiência de custódia aparece, portanto, como uma importante ferramenta no controle das prisões arbitrárias e ilegais, bem como de apuração e coibição das práticas de tortura e violência policial.

A ausência de sua regulamentação em lei ordinária fez com que várias organizações questionassem a sua eficácia perante o ordenamento jurídico, sendo apresentadas diversas ações de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal¹⁴. Apesar das objeções que surgiram à época em relação ao projeto do CNJ e à “ausência de previsão legal”, é importante ressaltar que a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial já se encontrava prevista em nosso ordenamento jurídico desde a ratificação dos tratados internacionais mencionados¹⁵. Não há como afastar a normatividade dos diplomas internacionais, na medida em que o devido processo penal se constitui de regras constitucionais, internacionais e infraconstitucionais¹⁶. O que estava em mora era justamente a efetivação prática desse instrumento já previsto em nosso ordenamento. Nada obstante, a inserção da audiência de custódia no Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019 se revela de extrema relevância para a plena efetivação

11 Em 2014, o Brasil possuía a quarta maior população prisional do mundo (622.202 pessoas presas). INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014. p. 14.

12 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 09 jun. 2020.

13 CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

14 Exemplificativamente: ADIn 5.240/SP e ADPF 347.

15 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 29. No mesmo sentido: PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

16 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

desse instrumento tão importante para a manutenção do estado democrático de direito e do devido processo legal.

A audiência de custódia é o momento de comparecimento pessoal do preso (em flagrante ou por mandado judicial) diante da autoridade judicial, deixando de ser apenas um nome na capa do processo, e passando a figurar como sujeito. Nesta audiência, que deve contar com a presença do representante do Ministério Público e da defesa (advogado particular ou defensor público), são apuradas as condições e a legitimidade da prisão efetuada, com a especial finalidade de detectar prisões ilegais ou arbitrárias bem como práticas de abuso pelos agentes estatais. Assim, a audiência de custódia tem como um de seus principais objetivos a realização de um controle imediato e efetivo da atividade policial, especialmente quanto à coibição da prática de maus tratos e tortura¹⁷.

Ainda no âmbito dessa audiência, o magistrado decidirá sobre a necessidade de manutenção da custódia cautelar, isto é, se decretará a prisão preventiva do indivíduo, ou se concederá a ele a liberdade provisória. Dessa forma, o ato também é o momento oportuno para a verificação de condições pessoais do custodiado e de elementos fáticos e normativos que possibilitem uma análise mais qualificada da necessidade (ou não) de prisão cautelar. Considerando a presença do promotor de justiça e da defesa, a audiência de custódia pode – e deve – ser realizada mediante exercício do contraditório, de forma que os atores processuais e o próprio indivíduo preso possam auxiliar na análise das circunstâncias da prisão e da necessidade de custódia cautelar, bem como exercer o direito de influenciar na decisão da autoridade judicial.

A decisão que eventualmente decretar a prisão preventiva do custodiado deverá ser prolatada e fundamentada na própria audiência, de forma oral e também na presença do custodiado, tendo como base a necessidade e adequação da medida extrema, sempre a partir da concepção da prisão cautelar como exceção, e não como regra, conforme determina o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal. Isso significa dizer que o juiz deverá, primeiramente, analisar a possibilidade

17 Cf. entendimento firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020; Corte IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

de conceder a liberdade ao indivíduo e, ainda, verificar a aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão, a depender das circunstâncias pessoais do custodiado que forem debatidas na própria audiência.

Cabe referir que anteriormente à implementação da audiência de custódia no Brasil, o procedimento adotado para análise da prisão em flagrante pelo juiz se dava integralmente de forma escrita e impessoal, seguindo as determinações do artigo 310 do Código de Processo Penal (com redação anterior à Lei nº 13.964/2019). Desse modo, ao analisar a legalidade da prisão em flagrante e decidir sobre a necessidade de prisão cautelar, a autoridade judicial possuía diante de si apenas um nome na capa do expediente, baseando sua decisão quase que exclusivamente na versão policial – ou seja, do agente que realizou a prisão. Essa forma de análise distante da pessoa custodiada e embasada em uma única versão dos fatos pode ser considerada uma das razões da banalização da prisão preventiva – que representavam à época 40% das prisões no Brasil¹⁸ – e do aprofundamento da crise carcerária no país.

Assim, destaca-se mais um dos objetivos pretendidos pela implementação da audiência de custódia: redução do encarceramento em massa, em especial, pela contenção das prisões cautelares. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do CNJ no ano de lançamento do projeto¹⁹:

‘Audiências de custódia’ servem para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, ainda que tenham cometido delitos, não devam permanecer presas durante o processo. Além do mais, já sinalizam ser notórios mecanismos a resguardarem a integridade física e moral dos presos, coibindo práticas de tortura, e que consolidam o direito ao acesso à justiça, ao devido processo e à ampla defesa, desde o momento inicial da persecução penal.

Em vista disso, a realização da audiência de custódia tem o potencial de proporcionar uma maior participação dos atores processuais no espaço público do processo, contribuindo na construção da decisão que mantém a prisão do sujeito ou da que a revoga, no plano horizontal do diálogo processual. Com ela, torna-se

18 Em dezembro de 2014, 40% da população prisional brasileira era composta por presos provisórios. São quase 250 mil pessoas presas antes de serem julgadas em primeiro grau jurisdicional. INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014. p. 15.

19 LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. **Revista ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em: 09 jun. 2020.

possível garantir o contraditório, exercido de forma oral, inclusive com a contribuição direta do sujeito detido, na perspectiva da autodefesa positiva. A análise das condições pessoais do flagrado poderá ser realizada em diálogo direto com ele, podendo-se determinar de forma mais acurada sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Além da verificação da legalidade da prisão e da análise sobre a manutenção ou não da prisão preventiva, uma das principais finalidades da apresentação pessoal do indivíduo preso é possibilitar o controle da atividade policial, a fim de evitar abusos e arbitrariedades por parte de agentes do Estado.

A violência policial permanece sendo um grande problema no Brasil, inclusive sendo reconhecido e denunciado por alguns organismos internacionais. Em 2011 e 2016 o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) da ONU visitou alguns estados brasileiros e demonstrou, em seu relatório final entregue às autoridades brasileiras, sua preocupação com o grande número de relatos de tortura e maus tratos por parte da polícia militar, além disso, denunciou a persistência das violências e abusos por policiais e por agentes penitenciários, dentro do sistema de justiça criminal brasileiro. Ainda, como exemplo da preocupação internacional com a situação da violência policial no Brasil, tem-se o Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, no qual o Estado brasileiro foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violações aos direitos humanos decorrentes de intervenções policiais na comunidade localizada no Rio de Janeiro/RJ.²⁰

Assim, a audiência de custódia surge com a intenção de ser um importante mecanismo de fiscalização e prevenção das práticas de tortura e maus-tratos policiais, ao conferir visibilidade a essas práticas, as quais muitas vezes eram referendadas em meio ao procedimento burocrático de homologação da prisão em flagrante vigente até então. Todavia, em razão de uma série de fatores, mas especialmente, pelo fato de a violência policial encontrar-se normalizada nas instituições de controle e entre os atores jurídicos, a finalidade de coibir e apurar os abusos não teve a efetividade imaginada quando da proposta de sua implementação.²¹

20 Corte IDH. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

Cabe referir que a ausência de efetivação no combate à violência policial não decorre de uma falha do instituto da audiência de custódia, pelo contrário, a Resolução nº 213/2015 do CNJ prevê expressamente os procedimentos que devem ser adotados para atingir esse objetivo, mas sim da forma como o sistema de justiça criminal se revela: como uma insensibilização institucional frente a violações de direitos.²²

Em outra oportunidade, já foi realizada uma análise mais profunda acerca da efetividade da audiência de custódia para o controle da violência policial, de forma que a matéria não será rediscutida no presente trabalho, considerando os seus limites e objetivos²³. Dessa forma, apresentado o contexto em que esse novo instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua origem em tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil até a sua tardia, mas imprescindível, incorporação ao Código de Processo Penal, bem como a sua importância no controle e combate das detenções arbitrárias e ilegais e dos casos de abusos na atividade policial, o presente estudo volta-se para as alterações promovidas pela Lei Anticrime, questionando algumas violações a dispositivos legais e constitucionais e alguns retrocessos em relação à anterior normatização da audiência de custódia.

21 A pesquisa da ONG Conectas revelou que, das audiências observadas, em 60% dos casos em que havia sido relatada violência policial o promotor de justiça intervinha para deslegitimar o relato do preso. Além disso, 22% das intervenções do Ministério Público visavam a justificar a agressão. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura Blindada**: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf). Acesso em: 10 jun. 2020. Anteriormente, o problema também já havia sido apontado pela pesquisa do IDDD: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**. 2016. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020. Com pesquisa etnográfica sobre o instituto, relevantes também as considerações de Carolina Ferreira: FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos?. **Revista Justiça do Direito**, v. 31, n. 2, p. 279-303, 2017. Por fim, destaca-se a mais recente pesquisa promovida pelo IDDD, que reúne o maior estudo realizado no país sobre as audiências de custódia: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **O fim da liberdade**: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

22 Sobre o tema, ver: CARLAN, Fernanda. Segurança pública no Brasil e o desafio da democratização das instituições policiais. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, p. 23-43, jan.-abril de 2019.

23 Ver: ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **A (in)efetividade da audiência de custódia no controle da violência policial**: um estudo sobre teoria e prática no sistema de justiça criminal. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

3 ANÁLISE CRÍTICA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTICRIME

Conforme referido, a audiência de custódia não foi uma inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019, uma vez que o instituto já estava em prática desde 2015, a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. Ainda, os procedimentos da audiência de custódia já se encontravam regulamentados pela Resolução nº 213 do CNJ, que buscou uniformizar a aplicação do novo instrumento em todo o território nacional. Todavia, apenas através dessa legislação, que ficou conhecida como Lei Anticrime, a previsão da audiência de custódia foi incorporada de vez ao Código de Processo Penal.

É importante destacar que a audiência de custódia não estava presente no texto original do “Projeto de Lei Anticrime” apresentado em fevereiro de 2019 pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, o ex-juiz federal Sérgio Moro. O projeto de lei originalmente proposto, que recebeu o número 882/2019 na Câmara dos Deputados, veio acompanhado de um discurso extremamente punitivista, de “combate à criminalidade e à corrupção”. O conteúdo do que ficou conhecido como “pacote anticrime” era um apanhado de medidas que visavam exclusivamente ao endurecimento penal, dispostas de forma pouco técnica e desacompanhadas de justificativa e estudos de impacto.

O “pacote” apresentado pelo Poder Executivo foi apensado a outro projeto de lei semelhante, proposto pelo Ministro Alexandre de Moraes (STF), que já se encontrava em trâmite na Câmara dos Deputados (PL nº 10.372/2018). No curso da tramitação dos referidos projetos²⁴, o “pacote anticrime” sofreu importantes derrotas, sendo excluídas a autorização legal de prisão em segunda instância (execução antecipada de pena), bem como a ampliação das hipóteses de excludente de ilicitude, que visavam a conceder aos agentes da segurança pública uma “licença (ainda maior) para matar”. Além da supressão de alguns retrocessos, o projeto de lei sofreu acréscimos que acabaram por representar a efetivação (tardia, como de costume) de importantes garantias processuais, tais como o reconhecimento do modelo acusatório (artigo 3º-A), a figura do juiz de garantias (artigo 3º-B e seguintes), e a audiência de custódia (artigo 310), objeto central do presente trabalho.

24 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844037&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em 09 jun. 2020.

A positivação do instituto da audiência de custódia no Código de Processo Penal, embora passível de alguns questionamentos pontuais, foi de extrema importância, na medida em que positivou o instrumento processual definitivamente no texto legal. Conforme referido anteriormente, a previsão da apresentação imediata da pessoa presa a uma autoridade judicial já se encontrava no plano normativo pátrio, desde a ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ambos internalizados no ano de 1992). Nada obstante, mesmo com a sua previsão em diplomas normativos de caráter supralegal, a audiência de custódia enfrentou ampla resistência em sua implementação, pois os operadores do direito ainda limitam as suas práticas à literalidade da “lei”²⁵. Assim, a consolidação do instituto na legislação processual penal fortalece ainda mais a incorporação de direitos fundamentais e a tentativa de tornar o processo um instrumento de garantias, e não de violações de direitos.

A partir da alteração conferida pela Lei nº 13.964/2019, o artigo 310 do Código de Processo Penal torna-se o responsável por determinar a obrigatoriedade de apresentação do flagrado, em até 24 horas, à audiência de custódia, bem como estabelecer os procedimentos que devem ser observados para a sua realização. Embora tenha como base as normativas estabelecidas na Resolução nº 213/2015 do CNJ, alguns pontos não foram observados e merecem considerações, como é o caso da necessidade da audiência de custódia para todos os tipos de prisão e da (in)constitucionalidade do § 2º, no que tange à impossibilidade de liberdade provisória quando o agente é reincidente, integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito.

25 Para um aprofundamento sobre a cultura legalista do nosso sistema de justiça criminal, ver Nereu Giacomolli, que assim leciona: “As práticas criminais brasileiras, salvo raras exceções, estão enclausuradas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias”. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 13.

3.1 A obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todos os tipos de prisões

Como visto, não há dúvidas quanto à obrigatoriedade da apresentação do indivíduo preso em flagrante à audiência de custódia, nos termos da nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal. No entanto, a ausência de expressa previsão quanto à realização de audiência de custódia após prisões decorrentes de mandados possibilita questionamentos sobre a necessidade ou obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa nesses casos.

A Lei nº 13.964/2019 também conferiu nova redação ao artigo 287 do Código de Processo Penal, ao prever que “se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”. Em um primeiro momento e, em uma leitura isolada do artigo, pode se ter a percepção (equivocada) de que nos casos em que a prisão decorre de decisão judicial, a única possibilidade de apresentação em audiência de custódia é quando o mandado não for apresentado no momento da prisão. Ainda, o enunciado normativo parece limitar a apresentação do detido aos casos de infrações inafiançáveis.

Ocorre que tal entendimento vai de encontro com os principais objetivos da audiência de custódia – evitar a arbitrariedade e ilegalidade das detenções, bem como possibilitar o controle imediato e efetivo da violência policial, especialmente quanto à coibição da prática de maus tratos e de tortura –, uma vez que tais violações podem ocorrer em qualquer tipo de detenção, mesmo as já autorizadas judicialmente.

As arbitrariedades e, principalmente, abusos por parte de quem está realizando a prisão estão vinculados ao ato da detenção, sendo irrelevante, portanto, se é derivado de um flagrante ou de ordem judicial. Por essa razão, se faz de extrema importância que a audiência de custódia ocorra após toda e qualquer prisão, uma vez que a rápida apresentação da pessoa presa resguarda a sua integridade física e psíquica no momento de vulnerabilidade frente aos agentes policiais.

Ademais, considerando que uma das potencialidades da audiência de custódia seria evitar a banalização da prisão preventiva, percebe-se ainda mais relevância na apresentação da pessoa presa também por mandado judicial. Como

alertado por Jaíse Burtet, o que se percebe é uma ampla gama de decretações de prisão preventiva que se encontram baseadas tão somente na “gravidade do delito”, no “clamor público social”, ou na vagueza da expressão “garantia da ordem pública”, demonstrando a banalização desse tipo de prisão no Brasil²⁶. De fato, a apresentação da pessoa presa perante a autoridade judicial que decretou a prisão preventiva ou temporária, para além de cumprir com a finalidade de fiscalização e coibição de atos de violência policial, pode contribuir para a aferição das condições pessoais do indivíduo e possibilitar a substituição da custódia cautelar por medidas cautelares diversas da prisão.

Não deve haver dúvidas quanto à interpretação ao artigo 287, portanto, no sentido de ser obrigatória a apresentação do indivíduo em prisões decorrentes de mandados judiciais, sobretudo quando rememorada a redação prevista no artigo 13 da Resolução nº 213/2015 do CNJ, *in verbis*:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.²⁷

O artigo deve ser interpretado a partir de uma leitura sistemática com os outros dispositivos legais, em especial, os previstos em normas hierarquicamente superiores ao Código de Processo Penal, como a Constituição Federal e os Pactos Internacionais.

Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto de São José da Costa Rica não restringem a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à prisão em flagrante; pelo contrário: o primeiro refere que “*qualquer* pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal”, enquanto o segundo menciona que “*toda* pessoa presa, detida ou retida” deve ser apresentada, sem

26 BURTET, Jaíse. Audiência de custódia: um olhar sobre o controle de convencionalidade e a cultura punitivista no Brasil. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 18, maio-agosto de 2017, p. 123.

27 CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

demora, a uma autoridade policial, demonstrando, pois, a imprescindibilidade da audiência de custódia em todos os tipos de prisão.

Em que pese a sua determinação expressa nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, o tema está em debate desde a entrada em vigor da Resolução nº 213/2015 do CNJ. Em 2017, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro²⁸ apresentou, no Supremo Tribunal Federal, a Reclamação nº 29.303. A medida foi ajuizada por entender-se que o Tribunal de Justiça daquele estado não observou a decisão proferida pela Suprema Corte na ADPF 347, ao restringir, por meio da Resolução nº 29/2015 TJRJ, as hipóteses de audiência de custódia aos casos de flagrante delito, sendo defendido pela Defensoria Pública que independentemente do título prisional, o preso deve ser apresentado, no prazo, à autoridade judicial. A Reclamação, de relatoria do Ministro Edson Fachin, até o momento não foi incluída em pauta, de forma que o seu julgamento provavelmente levará em consideração as alterações trazidas pela nova lei.

Anteriormente à determinação de encaminhamento para plenário, o Ministro Gilmar Mendes teve a oportunidade de se manifestar nos autos da ação e reforçou que as audiências de custódia têm funções essenciais de controlar abuso de autoridades policiais e devem ser realizadas em qualquer tipo de prisão, tanto em flagrante quanto em cautelares. Espera-se que a maioria da Corte acompanhe esse entendimento, em observância às disposições legais, especialmente aos tratados internacionais.

Por fim, em recente decisão – datada de abril de 2020 –, o Superior Tribunal de Justiça ratificou a necessidade de realização de audiência de custódia para prisões decorrentes de mandados judiciais. Embora a ação versasse sobre conflito de competência (CC n. 168.522/PR), para determinar qual seria o juízo competente para a audiência de custódia quando a prisão ocorrer em local diverso daquele onde

28 Nesse contexto, ressalta-se o papel fundamental da Defensoria Pública na garantia de direitos dos custodiados e na consolidação do instituto da audiência de custódia. Em pesquisa etnográfica realizada junto à Cadeia Pública de Porto Alegre (antigo Presídio Central) e ao Presídio Feminino Madre Pelletier, no ano de 2018, foi constatado que o procedimento seguido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para a realização das audiências era diferente de todos os demais estados, e que nem todas as pessoas presas estavam sendo apresentadas à autoridade judicial, incluindo aquelas que eram soltas em “análise preliminar” (escrita) do auto de prisão em flagrante. Sobre o tema, a Defensoria Pública do estado ajuizou dezenas de Reclamações perante o STF, com o objetivo de ver cumprido o procedimento previsto na Resolução nº 213 do CNJ (exemplificativamente, citam-se as Reclamações nº 28709, 28710, 28712, 28713, 28750, 28803, 28804, 28806, 28807, 28808, 28834, 28856, 28857, 28858, 28859, 28863, 28864, 28867, 28869, 28870, 28871, 28872, 28873, 28877, 28879, 28928, 28929, 28931, 28933, 28934, 28935, 28936, 28937, 28938, 28939, 28976, 28977, 29078, 29079, 29243, 29242, 29241, 29237, 29238, 29239, 29236, 29234, 29445, 29446, 29447, 28834).

o mandado foi expedido, restou claro o entendimento do órgão quanto à obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa preventivamente à autoridade judicial. Nas palavras da Ministra relatora, Laurita Vaz:

Caso haja a constatação de alguma ilegalidade no cumprimento do mandado, cabe à autoridade judicial do local em que ocorreu a prisão tomar as providências necessárias para resguardar a integridade da pessoa presa, bem assim requisitar a investigação dos fatos relatados, apenas comunicando tais dados ao juízo responsável pela instrução do processo.²⁹

Desse modo, sendo inquestionável que é o ato da prisão que gera a vulnerabilidade da pessoa presa e que a rápida apresentação do custodiado tem como uma de suas principais finalidades fiscalizar e coibir os abusos praticados nesse momento de vulnerabilidade, não resta dúvidas quanto à obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todas as espécies de prisão. A redação confusa do novo artigo 287 do Código de Processo Penal não deve ser interpretada de forma a causar retrocessos em relação à garantia de direitos básicos da pessoa presa.

3.2 A inconstitucionalidade da denegação compulsória de liberdade provisória no § 2º do art. 310 do CPP

A Lei nº 13.964/2019 introduziu ao artigo 310 do Código de Processo Penal o §2º³⁰, no qual impõe-se vedação à concessão de liberdade provisória para o preso que for reincidente ou que integre organização criminosa armada ou milícia, ou, ainda, que porte arma de fogo de uso restrito. Ocorre que tal previsão legislativa é manifestamente inconstitucional, contrariando disposições constitucionais, internacionais e o próprio Código de Processo Penal.

A Constituição Federal estabeleceu como garantias fundamentais a presunção de inocência (artigo 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), a excepcionalidade da prisão preventiva (artigo 5º, LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança) e a necessidade de

29 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Audiencia-de-custodia-deve-ser-realizada-no-local-onde-ocorreu-a-prisao.aspx>. Acesso em: 09 jun. 2020.

30 § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#).

fundamentação das decisões (artigo 93, inciso IX)³¹. Assim, ao impor ao juiz o dever de denegar a liberdade provisória em determinados casos, o legislador violou frontalmente as disposições constitucionais.

De fato, não é concedido ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma irrestrita, a liberdade provisória. A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva deve, inequivocamente, ser baseada em um dos motivos estabelecidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal Brasileiro, estando ainda o juiz obrigado a fundamentar a sua decisão em consonância com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e com a nova redação do artigo 312, § 2º do Código de Processo Penal³².

Ainda, o processo penal brasileiro pauta-se na concepção da prisão cautelar como exceção, e não como regra. Além da disposição constitucional, o artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal prevê que a “prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Da mesma forma, o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assegura que: “A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias [...]”.

Assim, o legislador ordinário não pode estabelecer a obrigatoriedade da prisão *ex lege* e em abstrato, sem que essa decisão possa ser submetida ao crivo do magistrado para verificação da necessidade ou não da prisão no caso concreto, sob pena de violação aos referidos princípios constitucionais, em especial, o da presunção de inocência. Na lição de Nereu Giacomolli:

a presunção de inocência situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como a última medida processual a ser adotada [...]. Assim, antes da prisão preventiva, se exige a análise da possibilidade de liberdade provisória e, num segundo momento, a aplicação de outras medidas cautelares previstas em lei. A prisão preventiva representa não mais a primeira alternativa, mas a última [...].³³

31 IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
32 § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

33 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

A imposição da prisão preventiva de forma abstrata e irrestrita a determinados presos viola preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, retomando, inclusive, a ideia de direito penal do autor, uma vez que não se analisam as circunstâncias do fato, nem os requisitos autorizadores da prisão. No mesmo sentido, é a lição de Aury Lopes Jr., que ainda acrescenta que, tratando-se de prisão em flagrante, “é praticamente inviável já se ter uma prova suficiente de que o agente, por exemplo, é membro de uma organização criminosa ou milícia, para aplicar o dispositivo”³⁴.

Salienta-se que, em 2012, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de regra semelhante prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, que vedava a concessão de liberdade provisória a presos acusados de tráfico de drogas, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.339. Tal entendimento foi reafirmado em 2017, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.038.925, com reconhecimento de repercussão geral³⁵.

Dessa forma, não deve ser outro o destino da previsão contida no §2º do artigo 310, com redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, sendo flagrante a sua inconstitucionalidade. A insistência nas tentativas de vedar, de forma obrigatória e antecipada, a concessão da liberdade provisória, revela a manutenção da ideia de recrudescimento da legislação penal e processual penal, bem como da lógica encarcerante como soluções de enfrentamento a criminalidade, mesmo após a constatação de suas ineficiências.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, ganhou visibilidade e apoio de grande parte da população ao ser apresentada como solução para o combate à criminalidade. Lançada como uma estratégia política, a lei trouxe diversos debates para o plano jurídico. Em que pese as várias críticas que possam ter sido feitas, e de forma muito pertinente, em relação ao projeto original e, principalmente, à sua utilização como publicidade política, o texto final da lei acabou por possibilitar a incorporação da audiência de custódia no Código de Processo

34 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, s.p [e-book].

35 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>. Acesso em 15 jun. 2020.

Penal. Assim, entre avanços e retrocessos, o presente artigo buscou analisar criticamente o instituto sob o ponto de vista teórico-normativo, bem como questionar algumas das modificações promovidas pela lei.

Como demonstrado inicialmente, embora se trate de uma aparente novidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a audiência de custódia está prevista em tratados internacionais reconhecidos pelo Estado brasileiro há mais de duas décadas – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José da Costa Rica –, bem como está sendo implementada no Brasil desde 2015, a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça.

Em que pese tardia, a disposição da obrigatoriedade da realização da audiência de custódia no Código de Processo Penal foi de extrema importância para a uniformização do procedimento a ser observado, uma vez que até então, mesmo com a Resolução nº 213/2015 do CNJ, cada Estado da federação emitiu suas próprias normativas e procedimentalização das audiências à sua maneira.³⁶ Além disso, a incorporação do instituto ao Código de Processo Penal, permite uma maior garantia da sua permanência e cumprimento, tendo em vista que uma das maiores objeções à audiência de custódia era a sua “ausência de previsão legal”, eis que a cultura jurídica legalista do nosso sistema de justiça criminal tende a olvidar tratados e convenções internacionais, mesmo que ratificados pelo Brasil.

A audiência de custódia ou de apresentação da pessoa presa tem como um de seus principais objetivos a fiscalização e o controle da legalidade das prisões, uma vez que o contato pessoal e direto com a pessoa presa possibilita que os atores jurídicos possam detectar prisões e atos arbitrários, bem como práticas de violência policial, quando o agente extrapola o uso legítimo da força física necessária para deter o flagrado e conter a situação ou quando emprega técnicas de tortura para punir o suspeito ou extrair dele informações.

Dessa forma, para além da efetivação de um direito previsto nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a implementação da audiência de custódia representou a concretização do próprio princípio da dignidade humana, na tentativa

36 Em pesquisa promovida pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, que contou com a participação das autoras, revelou-se as peculiaridades procedimentais adotadas em cada Estado participante da pesquisa. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **O fim da liberdade:** a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

de tornar-se o processo um instrumento de garantias, e não de violações de direitos. Pode-se dizer, ainda, que a audiência de custódia acaba com o “conforto da decisão imaginada”, pois exige contato humano³⁷ da autoridade judicial com a pessoa presa.

Neste contexto, não resta dúvidas de que a incorporação da audiência de custódia ao Código de Processo Penal, por meio da edição da Lei Anticrime, foi de extrema importância para a consolidação desse instituto no ordenamento jurídico-penal brasileiro, bem como para a efetivação de garantias dos direitos das pessoas presas. Todavia, percebeu-se a necessidade de uma reflexão crítica sobre algumas alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, no âmbito das audiências de custódia, que se mostraram violadoras de direitos.

A primeira alteração apresentada foi a nova redação atribuída ao artigo 287 do Código de Processo Penal, a qual, em uma leitura isolada, pode permitir interpretações equivocadas quanto à necessidade de realização da audiência de custódia para prisões decorrentes de mandados judiciais. Todavia, como buscou-se demonstrar, a apresentação da pessoa presa independe do tipo de prisão, uma vez que é o ato da prisão que gera a vulnerabilidade que a audiência de custódia tem como objetivo fiscalizar e combater. Além disso, deve-se interpretar o referido artigo a partir de uma leitura sistemática com outros dispositivos legais, como os Pactos Internacionais e a Resolução nº 213/2015 do CNJ, que garantem essa obrigatoriedade e sanam quaisquer lacunas e/ou dúvidas quanto à obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todas as espécies de prisão.

Seguindo na reflexão, indicou-se a evidente inconstitucionalidade firmada no § 2º do artigo 310 do Código de Processo Penal, a partir da redação conferida pela Lei nº 13.964/2019. Ao vedar a concessão de liberdade provisória para determinados casos, o legislador contrariou não apenas disposições legais, como constitucionais, violando frontalmente garantias individuais e retomando a ideia de um direito penal do autor. Merece destaque a insistência do legislador em tentar limitar a liberdade provisória para alguns presos, sendo que o tema já foi debatido e declarado inconstitucional em outras oportunidades.

A persistência na centralidade da prisão como resposta revela a manutenção da lógica encarcerante como solução do problema da criminalidade no país, embora a infinidade de debates e trabalhos revelando a sua ineficácia. Nesse sentido,

37 LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. "Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia". **Revista ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-seinao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>. Acesso em: 09 jun. 2020.

compreende-se que é essencial a manutenção de um olhar atento e crítico para a consolidação da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico, sobretudo para evitar retrocessos em relação às práticas que vêm sendo instituídas desde a sua implementação, em 2015, como forma de garantir a correta aplicação deste importante instituto que visa à promoção de direitos básicos como a dignidade e a integridade da pessoa presa.

5 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **A (in)efetividade da audiência de custódia no controle da violência policial: um estudo sobre teoria e prática no sistema de justiça criminal.** Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto no 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BURTET, Jaíse. Audiência de custódia: um olhar sobre o controle de convencionalidade e a cultura punitivista no Brasil. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 18, p. 103-137, maio-agosto de 2017.

CARLAN, Fernanda. Segurança pública no Brasil e o desafio da democratização das instituições policiais. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, p. 23-43, jan.-abril de 2019.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura Blindada:** Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo:

Conectas, 2017. Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf). Acesso em: 10 jun. 2020.

CNJ. **Estudo “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020.

CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

Corte IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

Corte IDH. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentencia de 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

Editorial. Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia. **Boletim IBCCRIM**, v. 23, n. 268, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim268.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos?. **Revista Justiça do Direito**, v. 31, n. 2, p. 279-303, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 67, p. 155-178, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014. 80 p. Disponível em:

http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em 10 jun. 2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**. 2016. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. **Revista ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em: 09 jun. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 [e-book].

LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. "Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia". **Revista ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-seinao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>. Acesso em: 09 jun. 2020.

LOPES JR., Aury; PAIVA; Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, p. 161-182, 2014.

MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA LEI ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019): ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS

*THE BAIL HEARING IN THE ANTICRIME ACT (NO. 13.964/2019):
BETWEEN ADVANCES AND SETBACKS*

Laura Gigante Albuquerque¹
Júlia Tormen Fusinato²

RESUMO

A audiência de custódia foi implantada no Brasil em 2015, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, apenas recentemente, a partir da Lei nº 13.964/2019, ela foi incorporada ao Código de Processo Penal. O presente artigo tem como objetivo retratar o contexto em que esse instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus objetivos e procedimento. Apresentam-se as alterações trazidas pela denominada Lei Anticrime questionando, especialmente, a nova redação prevista no artigo 287 do Código de Processo Penal e a possibilidade de facultar a realização da audiência para alguns tipos de prisão, bem como a (in)constitucionalidade do § 2º do artigo 310 do mesmo diploma, e à impossibilidade de liberdade provisória para alguns casos.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Processo Penal.

ABSTRACT

The bail hearing was implemented in Brazil in 2015, at the initiative of the National Council of Justice. However, only recently, after Act No. 13.964/2019, it was incorporated into the Criminal Procedure Code. This article aims to portray the context in which this instrument was inserted in the Brazilian legal system, as well as its objectives and procedure. The changes brought by the so-called Anticrime Act are presented, questioning, especially, the new writing of article 287 of the Criminal Procedure Code and the possibility of providing the hearing for some types of prison, as well as the (un)constitutionality of § 2 of article 310 of the same diploma, and the impossibility of provisional freedom for some cases.

KEYWORDS: Bail Hearing. Anticrime Act (No. 13.964/2019). Criminal Procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Finalidades da audiência de custódia e processo de implementação no Brasil. 3 Análise crítica das alterações promovidas pela Lei Anticrime. 3.1 A obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todos os tipos de prisões. 3.2 A inconstitucionalidade da denegação compulsória de liberdade provisória no § 2º do art. 310 do CPP. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Mestra em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Curso de Direito da Universidade La Salle (Unilasalle/RS). Advogada criminalista. Contato: lauragigante@gmail.com.

2 Especializanda em Direito Penal Empresarial e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada criminalista. Contato: juliatfusinato@gmail.com.