

VIABILIDADE E EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

CARLOS FLORIDO MIGLIOLI

Mestrando pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto -
FAMERP

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de
Direito Prof. Damásio de Jesus (2014).

Graduado em Direito pela Universidade de Araraquara (2008).

NATÁLIA PINHEL REPIZO SABATIN

Graduada em Direito pela União das Faculdades dos Grandes La-
gos - UNILAGO

Resumo:

As audiências de custódia apontaram no cenário processual penal brasileiro como mecanismo crucial para assegurar a aplicação das regras de direitos humanos à pessoa presa. Como fundamento geral, há de se falar muito na necessidade de apresentação imediata do preso, para que a autoridade judicial analise se realmente é necessária a manutenção da prisão ou se é possível sua conversão em medidas alternativas ou ainda determinar o relaxamento da mesma, caso verifique alguma ilegalidade. Tal instituto foi positivado por meio da Lei nº 13.964/19, mas já era regulamentado pela Resolução 213/2015 do CNJ e principiava no ordenamento jurídico brasileiro com os Acordos e Tratados Internacionais. Apesar das audiências de custódia causarem polêmicas, discussões, sensação de impunidade e vulnerabilidade por parte da população, estes aspectos negativos são superados quando contrapostos aos benefícios, homenageando os direitos humanos e princípios constitucionais, como ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Direitos humanos. Sistema carcerário.

1. Introdução

O Brasil padece de mazelas sociais, políticas e econômicas. Como reflexo da desídia estatal, o sistema carcerário também se apresenta como um assunto alarmante, sendo necessária a busca por meios de novos recursos e/ou métodos para saná-lo.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347, entendeu que a situação prisional no país é de “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, devido à omissão do poder público.

Nesse cenário surge a audiência de custódia, que, de forma didática e objetiva, apresenta três finalidades essenciais:

a) adequar o ordenamento jurídico às determinações de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como são os casos da Convenção Americana de Direitos Humanos¹ que dispõe em seu art. 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)” e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos² que prevê em seu art. 9º, item 3, que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou

¹ BRASIL. Convenção Interamericana de Direito Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2020

² BRASIL. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2020

de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...);

b) proporcionar mecanismos de aprimoramento, a fim de melhorar as condições da apresentação do preso ao juiz e possibilitar melhor análise fática para tomada de decisão, seja na conversão da prisão em flagrante em preventiva; seja no relaxamento da prisão ilegal ou, ainda, na concessão da liberdade provisória cumulada (ou não) com as medidas cautelares; e

c) fiscalizar a atuação da conduta dos policiais após a captura dos indivíduos a serem colocados na posição de custodiados.

2. Origem do instituto

Como mencionado, alguns tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário preveem o direito de a pessoa custodiada ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

Ante a omissão legislativa, em 2015, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213 que regulamentou a audiência de custódia e, em seu art. 1º estabeleceu “que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.”

Anos depois, a Lei nº 13.964/19, também conhecida por “Pacote Anticrime”, dentre várias inovações, alterou a redação do

caput do artigo 310, do Código de Processo Penal e passou a dispor que “após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”

Referida lei também modificou o artigo 287, do CPP, para determinar 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.”

Com a leitura do dispositivo em comento, constata-se que a audiência de custódia não se limita à prisão em flagrante, estando presente, também, em outros tipos de prisões cautelares. Nesse sentido, inclusive, o Min. Edson Fachin, no julgamento do AgRg na Rcl. 29.303³, decidiu de forma monocrática que as audiências de custódia devem ser realizadas em todas as modalidades de prisão penal (temporárias, preventivas e definitivas) e não apenas na prisão em flagrante.

³ Rcl 29303 AgR-Extn-terceira / RJ - RIO DE JANEIRO, TERCEIRA EXTENSÃO NO AG.REG. NA RECLAMAÇÃO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 15/12/2020

3. Do Prazo

Antes da nova redação do Código de Processo Penal, o artigo 306, previa que:

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O desembargador Guilherme de Souza Nucci⁴, em sua obra, atenta aos prazos da prisão fixados em lei, ressaltando que necessitam ser integralmente acatados, vez que o não cumprimento está

sob pena de se configurar constrangimento ilegal, com a consequente soltura do preso. Por isso, a nota de culpa precisa estar em mãos do indiciado até 24 horas depois da efetivação da sua detenção. Tal prazo não é contado a partir do término da lavratura do auto, pois ampliaria muito o tempo para o indiciado ficar sabendo, formalmente, o teor da acusação que o mantém preso. Não o fazendo, além de poder configurar abuso de autoridade, implica a possibilidade de relaxamento do flagrante pelo juiz.

No mais, complementa seus ensinamentos apontando que

em suma, adaptando-se a nova redação do art. 306 à realidade, teremos: a) assim que chegar ao

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1124.

distrito policial ou outro lugar destinado à lavratura do auto de prisão em flagrante, deve a autoridade providenciar a comunicação à família ou à pessoa indicada pelo detido; b) finda a formalização da prisão, em 24 horas, enviará cópia ao juiz competente para análise da legalidade do ato; o mesmo fará em relação ao Ministério Público; c) se o preso tiver advogado – ou a família ou terceiro já lhe tenha providenciado um, assim que ciente do ocorrido – aguarda-se a manifestação do causídico em relação à prisão; d) se o preso não tiver advogado, nem for um causídico providenciado pela família ou terceiro, deve a autoridade remeter, igualmente, em 24 horas, cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública. (NUCCI, 2020, p. 1114).

Assim, à luz da nova redação do artigo 310, *caput* do CPP, bem como da decisão proferida na ADPF 347, que possui força vinculante e efeito “erga omnes”, o preso possui direito de comparecer perante a autoridade judicial no prazo de 24 horas, contado do momento da prisão. Trata-se de respeito aos direitos fundamentais do custodiado.

4. Da (im)possibilidade da audiência de custódia por videoconferência

Inicialmente vale esclarecer que o parágrafo 1º do artigo 3º-B do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/19 e cuja eficácia encontra-se suspensa em razão da medida cautelar proferida pelo Min. Luiz Fux, veda expressamente a realização de audiência de custódia por videoconferência.

Em reunião do CNJ realizada em 10 de julho de 2020 que aprovou resolução que regulamenta e estabelece critérios para a realização da audiência de custódia e outros atos processuais por meio de videoconferência, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que “audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão, estandarte, por sinal, bem definido por esse próprio Conselho Nacional de Justiça quando fez aplicar em todo o país as disposições do Pacto de São José da Costa Rica” e concluiu que “o sistema de videoconferência vai de encontro à essência do instituto da audiência de custódia, que tem por objetivo não apenas aferir a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, mas também verificar a ocorrência de tortura e maus tratos”.

Todavia, devido a situação de anormalidade vivenciada durante a pandemia Coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça aprovou resolução para autorizar a prática de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

Logo a nova redação dada ao art. 19, da Resolução CNJ n. 329/2020 assim dispõe:

Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

Assim, excepcionalmente, durante a pandemia COVID-19 a realização de audiências de custódia por meio virtual é admitida.

5. Legitimidade

A Lei 13.964/19 pôs fim a um questionamento a respeito de quem seria a autoridade habilitada a exercer funções judiciárias.

Rogério Sanches Cunha⁵, ao analisar um caso hipotético de um preso que sofreu alguma violência perpetrada por agentes policiais, fez uma ilustração em que fica evidente que não pode ser o Delegado de Polícia a autoridade habilitada a realizar tal ato. “A apresentação do conduzido ao delegado de polícia certamente frustraria o objetivo da norma”, visto que ele seria responsável pelo exame de corpo de delito, como medida de apuração de possíveis abusos por parte de agentes policiais.

Sendo assim, ao final da audiência de custódia, o juiz poderá relaxar a prisão, converter o flagrante em prisão preventiva ou até mesmo conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Desta forma, a realização da audiência de custódia por um magistrado é ato que se impõe em nosso ordenamento, sendo de caráter excepcional a sua não realização, hipótese em que o juiz deve apresentar motivação idônea para tal excepcionalidade, podendo acarretar na ilegalidade da prisão e na responsabilização administrativa, civil e penal da autoridade omissa.

⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: lei 13.964/2019. 1. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2020. p. 240.

Por fim, vale mencionar que a Lei nº 13.964/19 passou a prever que a audiência de custódia deverá ser presidida pelo juiz das garantias (artigo 3º-B, incisos I a III, do CPP), entretanto referido dispositivo encontra-se com a eficácia suspensa em virtude da decisão cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

6. A dualidade da audiência de custódia

A audiência de custódia desenvolveu-se em cenário com polos antagônicos. Em um extremo há a sociedade que nutre, infelizmente, insegurança jurídica, que não é de todo infundada, com inúmeros casos de omissão estatal. Em contrapartida, do outro lado, encontra-se a pessoa do preso que, muitas vezes, não possui acesso à proteção que lhe é assegurada pela Constituição Federal.

Nessa seara, há quem se mantenha incrédulo em relação à eficácia da audiência de custódia por acreditar que aumentaria o sentimento de impunidade da população.

Esta parcela contrária aponta e defende alguns fatores que impediriam a implementação do instrumento de maneira idônea, tais como:

- A escassez de efetivo policial, deixando a população em intensificado estado de perigo;
- Colocaria à prova a idoneidade de policiais militares e civis, baseado nas primícias de que tais autoridades atuam conforme a lei, agindo em obediência a suas obrigações.

- Não haveria real diminuição no número de presos provisórios no Brasil.

Por outro lado, mesmo na existência de questionamentos que apontam para fatores contrários à audiência de custódia, os argumentos favoráveis ganham força, notadamente pela positividade, sendo eles:

- Assegurar a proteção dos Direitos Humanos, evitando situações de abuso de poder por parte do agente policial.
- Promover a celeridade com tal instrumento, evitando a judicialização do conflito.
- Contribuir com a instituição de práticas restaurativas, resolvendo conflitos pacificamente, até mesmo desafogando o judiciário de forma prudente.
- Combater a superlotação carcerária, pois permite que a autoridade judicial analise a legalidade e necessidade da prisão.

É altamente positivo para o Brasil, como Estado Democrático, procurar medidas que visam contemplar os Direitos Humanos, pois estabelecem convivência harmônica e pacífica, tão necessárias para o equilíbrio do convívio da coletividade.

De certa forma, gera maior controle à atuação estatal, configurando mecanismo de proteção da dignidade do indivíduo.

7. A redução de presos provisórios

De acordo com dados fornecidos no site do Conselho Nacional⁶ de Justiça, até fevereiro de 2021, mais de 750 mil audiências de custódia foram realizadas no Brasil.

Após 6 anos da implementação do instituto 250 mil pessoas foram liberadas nas audiências de custódia, taxa que equivale a 31% do total de audiências realizadas.

Isso ocorre, devido ao fato de os juízes ouvirem presencialmente os acusados, o que lhes fornece mais informações sobre as circunstâncias em que se deu a prisão (em especial o flagrante). Afinal, até 2015 os magistrados analisavam documentos em papel para determinar se o custodiado deveria aguardar ao julgamento preso ou em liberdade.

8. Considerações finais

A garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

Antes da Lei 13.964/19, muitos eram os debates e discussões sobre a legalidade e necessidade da audiência de custódia, em especial pela ausência de previsão legal.

⁶ Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-completa-seis-anos-com-reducao-de-10-de-presos-provisorios/>> Acesso em: 20 de setembro de 2021

Contudo, a audiência de custódia já era prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) - Pacto de San Jose da Costa Rica, promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92, e também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York, promulgada no Brasil pelo Decreto 592/92.

O auge do desígnio da audiência de custódia é, sem dúvida, garantir os direitos fundamentais do preso, por meio do exercício do contraditório prévio, de modo que sejam calculadas todas as possibilidades, como a conversão da prisão em flagrante em preventiva, o relaxamento da prisão ilegal, da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, e até a substituição desta por prisão domiciliar.

Muitas preleções são extraídas de Foucault⁷ sobre esta evolução a ser realizada no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquamatiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: **Nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 39. Ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 79.

A audiência de custódia contempla a questão da contemporaneidade, sendo benéfica à tomada de decisão do magistrado, como muito bem aclarado por Toscano Júnior⁸:

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a facticidade.”

De sobremaneira, a obrigatoriedade da audiência de custódia é fator sublime em favor dos direitos humanos a ser destacado na lei nº 13.964/19.

Ante o exposto, é necessária atenção para o risco de processos que tardariam um período de tempo demasiadamente extenso até que o agente delitivo tivesse contato com a autoridade judicial, o que seria feito somente na audiência de instrução e julgamento. Sendo assim, o investigado estaria privado de sua liberdade, alavancando ainda mais os índices de encarcerados e agravando a situação das unidades prisionais.

⁸ TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. **Muito mais que uma audiência de custódia.** de maio 20 Disponível em: <<http://rosivaldotoscano.blogspot.com/2015/05/muito-mais-que-uma-audiencia-de.html>> Acesso em: 05 julho. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: lei 13.964/2019. 1. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2020

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: **Nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 39. Ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. **Muito mais que uma audiência de custódia.** de maio 20 Disponível em: <<http://rosivaldotoscano.blogspot.com/2015/05/muito-mais-que-uma-audiencia-de.html>> Acesso em: 05 julho. 2020.

Rcl 29303 AgR-Extn-terceira / RJ - RIO DE JANEIRO, TERCEIRA EXTENSÃO NO AG.REG. NA RECLAMAÇÃO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 15/12/2020

Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-completa-seis-anos-com-reducao-de-10-de-presos-provisorios/>> Acesso em: 20 de setembro de 2021

BRASIL. Código Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08 junho. 2020.

BRASIL. Convenção Interamericana de Direito Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2020

BRASIL. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2020