

O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB UMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO ENTRE O BRASIL E O MUNDO¹

THE CUSTODY HEARING INSTITUTE FROM A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE BETWEEN BRAZIL AND THE WORLD.

Talita de Melo FEITOZA²

Edson Mendonça JUNQUEIRA³

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2020.1138

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a importância do instituto da Audiência de Custódia no Brasil. Ela consiste na apresentação rápida do preso ao juiz para que este analise a existência ou não

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020).

³ Advogado militante na cidade de Franca/SP e região, atuando em todos os graus de jurisdição desde 17.07.1986 (OAB/SP 83.761); graduado em Direito pela Faculdade De Direito De Franca (1982), mestre em Direito Público pela Universidade de Franca (2001), tem especialização em Direito Processual Civil "lato sensu" pela Faculdade De Direito De Franca e MBA em Direito Empresarial, pela FGV/COC. Atualmente é professor titular da Faculdade De Direito De Franca (Prática Jurídica Penal II), tendo sido professor titular da Universidade De Franca (Prática Jurídica Penal e Processo Penal) até jan/2015 e foi professor titular da Fundação Educacional De Ituverava (Processo Penal) até abril/2008. Tem experiência na área de Direito Processual Penal, Processual Civil e Direito Penal e matérias adjacentes.

de violência no momento da prisão e se é possível converter a prisão preventiva em medidas restritivas ou em liberdade provisória. Para melhor entendimento, haverá uma sucinta explicação da origem. Posteriormente será realizada a análise de tal instituto no direito comparado e suas diferenças com o Brasil e por fim, a implementação deste no sistema pátrio brasileiro. Para isto, foi utilizada, predominantemente, a metodologia bibliográfica.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Direito comparado. Finalidades. Devido processo legal. Medida cautelar.

ABSTRACT

The aim of this paper is to demonstrate the importance of the Custody Hearing Institute in Brazil. The audience of custody consists of the presentation of the prisoner as soon as possible to the judge so he can analyze the existence or not of violence at the time of imprisonment and whether it is possible to turn pre-trial detention in restrictive measures or even into provisional release. For a better understanding, in this paper will be an explanation of the origin. After that, the analysis of such institute in comparative law and its differences with Brazil and finally, its implementation in our country system. For this, we used, predominantly, bibliographic methodology.

Keywords: Audience of custody. Comparative law. Purposes. Due legal process. Precautionary measures.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal de um estado constitucional deve ser analisado sob o prisma dos direitos fundamentais do acusado, que estão contemplados em todo o ordenamento jurídico.

Para se ter uma decisão justa, é necessário que se tenha um processo justo, respeitando e aplicando essas garantias e direitos de todos os cidadãos.

Com esse propósito, a Audiência de Custódia foi implantada nos tratados internacionais como uma garantia fundamental de toda pessoa presa. E a partir daí, o direito processual penal de vários países regulamentou-a, visando um processo penal justo ao acusado.

Ela consiste na apresentação do preso, o mais célere possível, à autoridade judicial para que esta analise a legalidade e necessidade da prisão podendo convertê-la em liberdade provisória, medidas restritivas de direitos ou até mesmo decretá-la ilegal. Além disso, visa observar a presença de alguma agressão, violência ou tortura no momento da prisão por parte do agente policial que efetivou a detenção.

A audiência de custódia é considerada uma audiência pré-processual, ou seja, ela acontecerá antes mesmo de se ter uma denúncia de fato. Nela, o magistrado não analisará o mérito, apenas observará as circunstâncias da prisão. O Ministério Público e o advogado da parte não podem fazer qualquer tipo de questionamento sobre o mérito da questão.

Logo, é uma forma de o juiz ter um contato direto para esclarecer os fatos, como a prisão foi efetuada e se há necessidade de manter o agente preso. Antes do Brasil aplicar esse instituto no processo penal, a maioria dos juízes tinham contato com o detido apenas na audiência de instrução e julgamento, que demorava para acontecer.

A audiência de custódia surgiu, além de outras finalidades, como uma forma de prevenir e visualizar todas as agressões cometidas por agentes policiais contra o indivíduo que está sendo detido.

Nas palavras de Caio Paiva⁴, audiência de custódia:

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

É notório que no Brasil a prisão não é adotada em última hipótese, até hoje há a preferência da aplicação de uma medida privativa de direito do que uma medida restritiva de direito. Isso faz com que haja uma superlotação do sistema carcerário brasileiro. Mas, apesar do sistema brasileiro ainda conviver com esse problema, após 2015, com o início da realização da Audiência de Custódia no Brasil, o percentual de presos provisórios foi reduzido, como podemos observar nos gráficos a seguir.

Gráfico 1- Diferença percentual de presos provisórios por ano

⁴ PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 3. ed. rev. atual. e aum. [S.l.]: CEI, 2018. E-book. Edição do Kindle. p. 58.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A integridade física, a liberdade e a vida começaram a ser protegidas através da Lei Romana conhecida como *lex poetelia papiria*, no ano de 326 a.C., onde ela proibia, desde então, que o corpo do indivíduo fosse usado como garantia nas relações privadas e comerciais no território de Roma.

Portanto, sua integridade física, liberdade e sua própria vida estavam, a partir de então, protegidas pela lei, pois os bens, e não o corpo, do devedor que responderiam por suas dívidas. Assim, se vê o primeiro marco histórico da referida audiência de custódia, pois a partir desse momento, os precedentes justificadores desta começaram a surgir e serem amparados por leis locais.

A partir de três pactos foi que houve o reconhecimento dos direitos humanos, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sendo assim o marco inaugural da Audiência de Custódia.

Além de abordarem sobre o instituto, muitos outros pontos foram estipulados, como presunção de inocência, direito de audiência com juiz imparcial, julgamento em tempo razoável, excepcionalidade de prisão preventiva, garantia da liberdade e segurança pessoais, proibição da prisão arbitrária e muitos outros direitos.

A formação mais hodierna da audiência de custódia está explícita no art. 9.º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos⁷:

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.

⁷ BRASIL. Decreto 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Poder Executivo, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

A Convenção Europeia, da mesma forma, recepcionou expressamente o instituto em seu artigo 5.º, item 3⁸:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁹ (CADH) prevê que: (Artigo 7.º, item 5)

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á 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.

Nota-se que a redação dos artigos é semelhante entre si, trazendo o mesmo ponto nevrálgico: a apresentação do preso ao juiz, sem demora.

O Brasil é signatário dos três tratados internacionais supracitados. Adotou integralmente os preceitos do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e da Convenção Americana em 1992, por meio do Decreto n. 592 e Decreto n. 678, respectivamente.

Todavia, o instituto ainda é novato no Brasil. Não foi no momento em que o país se tornou subscritor dos pactos internacionais, em 1992, que a audiência de custódia começou a ser aplicada.

3. OBJETO JURÍDICO

A audiência de custódia se baseia em dois objetos jurídicos: a prisão em flagrante e a celeridade processual.

⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS; CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San José: CIDH, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

No Brasil, a prisão deve ser a *ultima ratio*, isto é, a pessoa só poderá ser presa se estiver em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

O código brasileiro define quando o indivíduo estará cometendo um flagrante delito em seu artigo 302¹⁰:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Desse modo, têm-se três tipos de flagrante delito: o próprio ou perfeito, o impróprio ou imperfeito e o presumido ou ficto.

No presumido ou ficto, o indivíduo não é encontrado no ato da prática criminosa, porém é avistado logo depois da prática do crime portando objetos, papéis, instrumentos que se faz presumir que ele é o autor do crime. Essa espécie está elencada no inciso IV, do artigo acima.

No impróprio ou imperfeito, que está listado no inciso III do mesmo artigo, as circunstâncias em que o indivíduo foi avistado que farão com que se presuma que ele é o autor do crime.

Finalmente, no próprio ou perfeito, especificado nos incisos I e II do referido artigo, o agente é surpreendido no momento em que estiver cometendo a infração ou quando tenha acabado de praticar.

Referente a celeridade processual, a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LXXVII¹¹ concretiza o princípio da celeridade processual, que garante que todos, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, tenham a razoável duração do processo. Todavia, a morosidade, muito

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ. Poder Executivo, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 out. 2019.

presente na prestação jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro, tem ferido este preceito.

É necessário que se tenha uma justiça eficaz, válida e célere, porém a alta demanda de processos no judiciário faz com que isso fique cada vez mais árduo, pois ocasiona o retardamento das soluções dos litígios. Assim, há, cada vez mais, a descrença da sociedade no poder judiciário, pois na maior parte dos processos, até aqueles com um caráter de urgência, o conflito demorará a ser resolvido e com isso, as partes se desgastam por esperar meses ou anos para obter uma solução do judiciário.

Portanto, percebe-se claramente que a morosidade processual é o maior pretexto da incredulidade da população em relação ao sistema judiciário brasileiro.

4. PRINCIPAIS OBJETIVOS

Pode-se dizer que os principais objetivos da Audiência de Custódia são: analisar a legalidade da prisão, observando certas agressões contra o custodiado durante a prisão e a necessidade de manter aquele agente preso, devendo, se não houver necessidade, convertê-la em liberdade provisória ou medidas restritivas de direito.

Quanto a primeira finalidade supracitada, o objetivo é diminuir os casos de maus tratos, agressões e até tortura que os indivíduos sofrem no momento em que estão sendo detidos. Nosso Código de Processo Penal declara que qualquer pessoa poderá prender alguém em flagrante.

Isto quer dizer que, os agentes policiais têm o dever de deter qualquer pessoa que esteja cometendo ou tenha acabado de cometer um crime, porém, além deles, qualquer pessoa do povo poderá prender esse indivíduo.

Todavia, esse foi um ponto importante que o instituto não abordou, as prisões e agressões feitas por pessoas da sociedade. A ênfase maior é apenas nos casos em que houve agressões por parte de policiais.

Apesar de ser um dos objetivos mais importantes da audiência de custódia, que é proteger a integridade física e psíquica do agente, no Brasil não há muita eficácia quanto a amenização dos maus tratos.

Conforme o CNJ, cerca de 730 mil audiências já foram realizadas no Brasil desde sua implantação, dentre essas houve apenas 41 mil casos onde houve relato de tortura ou maus tratos.

Além disso, em uma pesquisa do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), em 25,9% dos casos o custodiado respondeu afirmativamente ao juiz quando este perguntou sobre violência policial, mas em apenas 0,9% houve instauração de inquérito para apurar o caso.¹²

Quanto ao segundo objetivo, análise da necessidade de manutenção da prisão, infelizmente, há uma certa ilusão. Apesar de o Brasil adotar a prisão como a *ultima ratio*, percebe-se que a homologação no flagrante figura como a regra no sistema brasileiro.

Muitas vezes o magistrado leva em conta o tipo de crime e a violência empregada para transformar a prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo que o que deveria ser analisado é a periculosidade daquele indivíduo para a sociedade e os prejuízos que ele poderia causar ao processo e aos atos processuais.

Porém, aos poucos a audiência de custódia vem mostrando resultados, mesmo que em proporções mínimas.

5. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO MUNDO

Apesar de ser um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, a audiência de custódia já está consolidada em vários outros países.

Os países escolhidos para a análise foram: Alemanha, Argentina, Itália, Portugal, França e Chile. Foram estes, principalmente, pelo motivo de estarem todos dentro do mesmo sistema jurídico, *Civil Law*.

Começando pela Alemanha, é o país de origem constitucional da audiência de custódia, ou seja, foi o primeiro país a incluir este instituto em sua Carta Magna.

Os alemães a denominam *Vorfürung* (apresentação) e é aplicada nos casos de detenção ou prisão (*Festnahme e Haft*, respectivamente). Neste país há dois tipos de detenção, a prisão em flagrante e em razão de mandado de prisão. Tanto em caso de flagrante quanto em caso de mandado judicial a audiência será realizada.

¹² INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Pesquisa revela o “fim da liberdade” nas audiências de custódia. IDDD, 2019. Disponível em: <https://iddd.org.br/pesquisa-revela-o-fim-da-liberdade-nas-audiencias-de-custodia/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

O art. 104 n° 3 da Constituição Alemã¹³ revela que toda pessoa detida provisoriamente sob a suspeita de um delito deve ser levada à presença do juiz, o mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de fazer objeções. O juiz tem que decretar imediatamente uma ordem de prisão por escrito, indicando as causas da mesma, ou ordenar a libertação. Diante disso, o detido deve ser conduzido a presença do juiz antes que complete 48h da prisão, ou seja, a apresentação deve ser executada o mais rápido possível. É cabível esse instituto tanto nas prisões investigatórias quanto na detenção provisória.

Neste país, no mesmo ato da audiência de custódia há o interrogatório judicial do acusado e com isso uma possibilidade de se adentrar ao mérito da causa. Portanto, ela não serve meramente para apreciação da regularidade da prisão e da necessidade e sim como um meio de prova, sendo também um elemento adicional para o juiz analisar e decidir sobre a manutenção da prisão.

Sobre o instituto da audiência de custódia na Argentina, o Código Procesal Penal de la Nación Argentina¹⁴ estipula o prazo de 6 horas para a apresentação do preso ao juiz: *“El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente em um plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente”*.

A audiência de custódia será realizada, sem demora, em todos os casos em que os agentes de segurança praticam a prisão do sujeito sem intervenção do juiz, para que este possa avaliá-la. Aqui, também há a possibilidade de haver um interrogatório do acusado durante a realização da audiência.

Na Itália, a Audiência de custódia também está contemplada na Carta Magna no capítulo que trata dos direitos e deveres do cidadão.

A Constituição Italiana, além de definir o prazo e regulamentar o instituto ainda rege sobre a punição da violência física ou moral contra essas pessoas que estão sendo detidas e submetidas a restrições de liberdade.

¹³ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução: Aachen Assis Mendonça. Alemanha, 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹⁴ ARGENTINA. Ley 27.063, de 09 de diciembre de 2014. Código Procesal Penal Federal. Argentina: Congreso de la Nación Argentina, [2014]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>. Acesso em: 07 jan. 2020.

Subsidiariamente, o Código de processo Penal Italiano define o período de 48 horas para que o detido seja apresentado a autoridade judicial.

Nesse país, há três possibilidades distintas. Primeiramente, o Ministério Público poderá aproveitar a audiência de custódia para apresentar já a denúncia e, em alguns casos que há a possibilidade de garantir o contraditório e a ampla defesa, o juiz até sentença na própria audiência. Isto porque priorizam garantir a celeridade processual.

Mas, se o membro do Ministério Público obtiver dúvidas e não for possível a possibilidade citada anteriormente, ele pede diligências e não denuncia nesse próprio ato. Todavia, nesse caso ele terá que se manifestar sobre a manutenção da prisão.

Diferente no sistema jurídico brasileiro, é indispensável o pedido do promotor para que mantenha o acusado preso. O juiz não pode mantê-lo em detenção se não gozar da autorização do Ministério Público.

Falando-se em Portugal, é no Código de Processo Penal Português¹⁵ que está exposto o prazo de 48 horas para que o sujeito seja apresentado ao juiz. Artigo, 254, 1, “a”:

1 - A detenção a que se referem os artigos seguintes é efectuada:

a) Para, no prazo máximo de quarenta e oito horas, o detido ser apresentado a julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção;

A diferença deste com o ordenamento brasileiro é que a audiência de custódia em Portugal é considerada um primeiro interrogatório, onde o juiz irá revelar os motivos da prisão e ouvir as razões do preso sobre sua própria detenção.

Em relação à França, o Código de Processo Penal elucidou o prazo que a Constituição francesa não menciona. Ele decidiu colocar prazos diferenciados que são estipulados em conformidade com a razoabilidade e proporcionalidade de acordo com a gravidade do ato cometido pelo sujeito.

Analisando, Carlos Weis e Nathalie Fragoço concluem que o prazo geral estipulado para a apresentação é de 24 horas. Porém, caso tenha

¹⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78 de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal Português. Lisboa: Poder Legislativo, [2019]. Disponível em: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/Portugal/Penal%20Code%20Portugal%202004.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2020.

autorização do Ministério Público com justificação, pode ser de 48 horas, desde que a pena do crime cometido seja de pelo menos 1 ano de prisão. Em casos excepcionais pode ser prolongado esse prazo para 72 horas, em situação de casos sérios. Quando há suspeita de terrorismo poderá ser de prolongado para 96 a 120 horas.

Por fim, o Chile, em 1998, passou do sistema inquisitorial para o sistema acusatório adversarial, onde predomina a oralidade, paridade de armas, harmonia entre as partes, e além disso, admite a audiência de garantias, ou seja, audiência de custódia.

Nesse sistema há dois tipos de julgador com funções dissemelhantes. O primeiro é conhecido como Juiz das Garantias, ele atua na parte pré-processual, na fase investigatória, portanto é ele quem realizará a audiência de custódia. Ele tem a finalidade de proteger e garantir todos os direitos do sujeito acusado.

Já o segundo, compõe o Tribunal Oral, onde se comprometerá em analisar o mérito, analisar as provas produzidas.

Nessa nação, o juiz não poderá decretar qualquer medida cautelar de ofício, sempre deverá ter a anuência do Ministério Público. Em contrapartida, poderão realizar qualquer ato *bonam partem* de ofício.

A audiência de custódia chilena sempre será realizada, no máximo, 24 horas depois da prisão. Os juízes de garantia estão sempre de plantão, de domingo a domingo, 24 horas por dia, portanto, qualquer hora do dia poderá haver a efetuação do instituto.

Como observou-se, os tratados internacionais que regulamentam a audiência de custódia não estipulam um prazo mínimo ou máximo, por isso, cada país estabeleceu de acordo com suas condições e prioridades.

O Brasil, apesar de ser signatário dos pactos internacionais que regulamentam o instituto, sempre desprezou a existência deste. Apenas em 2015, com o Projeto do CNJ, que o país começou a instituir a audiência de custódia nos Estados brasileiros.

6. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Desde 1992, com a validação do Pacto de São José da Costa Rica, por meio do Decreto 592, o mundo jurídico aguardava a imposição da audiência de custódia como etapa imprescindível no processo penal brasileiro. Isso já era o suficiente para que fosse implantada efetivamente.

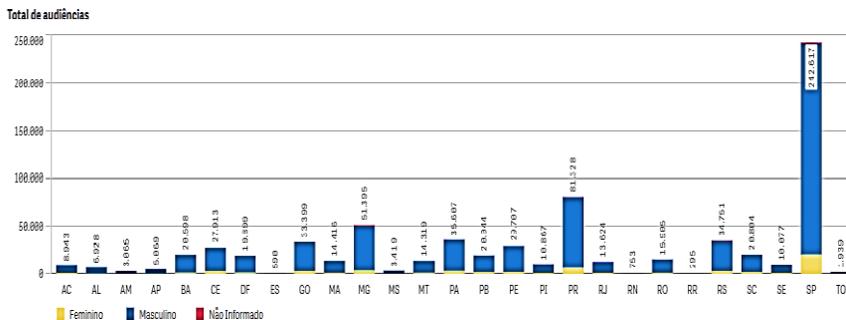
Porém, só no ano de 2015, quase 23 anos depois, começou movimentos para que esta estivesse o seu regulamento em lei.

Em 2011, foi instaurado um Projeto de Lei no Senado 554/2011, com o intuito de alterar o artigo 306, parágrafo 1.º do Código de Processo Penal, regulamentando a audiência de custódia e estabelecendo o prazo de 24 horas para a sua

O projeto de lei foi aprovado pelo Senado Federal e, atualmente, aguarda a análise da Câmara dos Deputados.

O Estado de São Paulo foi que deu início à efetividade da audiência de custódia no Brasil de forma organizada. Em 22 de janeiro de 2015, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou o Provimento Conjunto nº 03 com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Gráfico 3– Total de audiências de custódia em cada estado do Brasil.



Fonte: CNJ, [s.d.].¹⁶

Posteriormente, diante a lentidão para aprovação do PSL 554/2011, o Conselho Nacional de Justiça, representado por seu presidente, Ministro Ricardo Lewandowski deliberou a introdução da audiência de custódia no sistema processual penal por meio de projeto.

O tal projeto foi desenvolvido em fevereiro de 2015 pelo CNJ, tendo confirmada sua legalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 5240 e da ADPF 347, em setembro do mesmo ano. Em seguida, no mês de dezembro, o Conselho Nacional de Justiça publica a Resolução 213

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional. CNJ, [s.d.] Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

de 15 de dezembro de 2015, que entrou em vigor em fevereiro do ano seguinte, dispondo sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas¹⁷.

A maior prioridade do projeto era conferir a aplicabilidade do direito internacional, mesmo que diante de um provimento autônomo, que prevê a apresentação do preso ao juiz sem demora.

Atualmente, em janeiro de 2020 entrou em vigor a Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (conhecida como Pacote Anticrime) e, com ela, felizmente houve a alteração do Código de Processo Penal em seu artigo 310, fazendo com que regulamentasse a audiência de custódia.

Com a sua modificação o artigo referido possui quatro parágrafos, tendo a seguinte estrutura¹⁸:

Art. 310. 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: (Redação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei n.º 12.403, de 2011).

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 (Incluído pela Lei n.º 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei n.º 12.403, de 2011).

§ 1.º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei n.º 13.964, de 2019)

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: Poder Judiciário, [2015]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 06 jan. 2020.

¹⁸ Id. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ. Poder Executivo, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2020.

§ 2.º 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)

§ 3.º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4.º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Sem dúvidas, essa modificação e inclusão da audiência de custódia no ordenamento jurídico do Brasil foi um marco colossal e, além disso, um avanço significativo para o sistema penal, pois como já discutido, desde 1992 espera-se que o legislativo insira essa norma na lei brasileira.

Entretanto, essa foi uma lei que alterou vários artigos do Código de Processo Penal e muitas das modificações foram contestadas através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Um dos temas de questionamento na ADI foi o §4.º do artigo 310 que regulamenta que transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* do artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva¹⁹.

Ou seja, o parágrafo estabelece que o juiz tem que ter um motivo decente para que não seja feita a audiência, caso não tenha a prisão será ilegal devendo ser relaxada. É um parágrafo essencial, onde o legislador impõe, tacitamente, a obrigatoriedade do instituto, salvo em casos excepcionais onde a autoridade competente não conseguiu realiza-lo.

Não obstante, houve indagação sob o ponto de vista da ilegalidade da prisão pela não realização da apresentação do acusado no prazo de 24 horas. Primeiramente, questiona-se a desconsideração do legislador em relação a algumas regiões do Brasil que terá dificuldades logísticas, entre outras, onde não será possível a realização no prazo

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ. Poder Executivo, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2020.

estabelecido. E, para mais, indaga-se sobre o termo “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, por ser altamente abstrato e não fornecer interpretação segura para aplicação do dispositivo.

Com isso, o relator Luiz Fux, ministro, concedeu medida cautelar suspendendo a eficácia do artigo 310, §4.º, do Código de Processo Penal, introduzido pelo Pacote Anticrime²⁰.

Portanto, por esse fato, considera-se que há de prevalecer a presunção de que o detido deve ficar preso temporariamente até que seja julgado ou apresentado à autoridade judicial, contrariando, assim, um dos maiores objetivos desse instituto em questão. Todavia, felizmente, já houve um avanço, pois até hoje não tinha-se nem um artigo sequer que regulamentava essa ideia, apenas tratados internacionais e a Resolução CNJ n.º 213/2015.

7. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Primeiramente, a vantagem mais evidente no instituto é que com ele o preso, com certeza, passou a ter um tratamento mais humano, houve uma inovação em seu tratamento.

Ademais, a inovação não foi só para o agente que foi detido, o magistrado também obteve várias vantagens com a audiência de custódia, pois este que só teria contato com o agente depois de meses após a prisão, talvez apenas na audiência de instrução e julgamento, com o instituto terá em minutos ou, no máximo, hora depois. Isso faz com que o juiz tenha um momento específico para analisar e conhecer melhor o acusado, podendo assim ter uma maior certeza no momento de avaliar se este deverá ou não continuar preso.

Outrossim, no ato da audiência o juiz poderá verificar com mais apreço se aquele indivíduo causa, efetivamente, um risco ao processo. Muitas vezes, sem uma prévia observação, o tipo de crime cometido pelo indivíduo pode fazer com que o juiz suponha que aquele sujeito é perigoso. Mas, a entrevista pessoal logo após a prisão pode permitir que o juiz detecte alguma vulnerabilidade social que fez com que o acusado cometesse o ato infracional, não sendo este perigoso à população e ao trâmite do processo.

²⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

Consoante estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, após a implementação da audiência de custódia, cerca de 40% das prisões preventivas são convertidas em liberdade provisória.²¹ Mas, na maioria dos casos, há decretação de medida cautelar pessoal restritiva.

Além disso, uma das maiores finalidades e vantagens desse instituto é a atenuação de casos de violência injusta ao custodiado no momento da prisão.

Dentre essas “condições adequadas”, a Resolução indica: (I) a retirada das algemas do/a custodiado/a; (II) a presença de advogado/a ou defensor/a público/a, com quem a pessoa possa conversar confidencialmente antes da audiência em espaço reservado; (III) a ausência dos/as agentes de segurança que efetuaram o flagrante; e (IV) a não utilização de armamento letal pelos/as agentes responsáveis pela segurança das audiências de custódia.

Portando, percebe-se a preocupação da resolução em detectar os casos onde ouve agressões/abusos. No entanto, na prática do Brasil observa-se que esse objetivo não é tão priorizado. Em uma pesquisa do IDDD, em 25,9% dos casos o custodiado respondeu afirmativamente ao juiz quando este perguntou sobre violência policial, mas em apenas 0,9% houve instauração de inquérito para apurar o caso.²²

E, por fim, a diminuição de presos provisórios também é uma vantagem do instituto. Como já vimos anteriormente, com base nos dados, após 2015 já obteve-se resultado em relação à população carcerária, apesar de ser crítico o estado em que o Brasil se encontra, com uma superlotação carcerária.

Em relação às desvantagens, são minorias os autores que as aponta.

Consoante Diego Dutra Goulart, tem-se uma audiência de custódia no Brasil para dizer que o juiz brasileiro também ouve o réu preso, como nos outros países, mas não traz nenhum resultado efetivo para o sistema brasileiro.

Para Francisco Sanini Neto a audiência de custódia é inútil em um sistema em que já há a presença do Delegado de Polícia, que já faz,

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional. CNJ, [s.d.] Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

²² INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Pesquisa revela o “fim da liberdade” nas audiências de custódia. IDDD, 2019. Disponível em: <https://iddd.org.br/pesquisa-revela-o-fim-da-liberdade-nas-audiencias-de-custodia/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

desde antes a implementação do instituto no Brasil, o que é realizado na audiência com o juiz competente.

Porém, sabe-se que quem confirma o ato da prisão é o próprio delegado, não tendo o mesmo sentido se ele mesmo fizesse a audiência de custódia. Com certeza, não foi esse o objetivo dos tratados internacionais quando previram a realização das audiências de custódia por uma autoridade judicial.

Além disso, há quem defenda que além das desvantagens já expostas, a realização do instituto faz com que há a oneração do Estado financeiramente e que o prazo de 24h, que é estipulado pela maioria dos países, é módico.

É notório que foi uma grande inovação ao Processo Penal. Então, espera-se que o Estado brasileiro cumpra o seu papel, melhorando e dando às audiências de custódia uma maior efetividade, pois são inestimáveis os seus benefícios, além de que é um avanço demasiado ao direito e principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É no contexto de um processo justo que a audiência de custódia se mostra tão significativa. A partir dela, o magistrado pode ter uma visão mais ampla do custodiado, fazendo uma análise mais profunda e decidindo melhor sobre como o acusado será mantido pelo Estado. É um momento em que a autoridade pode analisar os fatos e analisar se aquele cidadão será um perigo para o processo ou para a sociedade.

Um processo justo significa defender o respeito às regras processuais e constitucionais, e, portanto, a prisão deve ser a *ultima ratio*. Isso não significa que o Estado consente com a impunidade.

É fato que o Estado tem o poder de privar a liberdade do agente, porém, a sua dignidade deverá ser preservada e garantida a todo o momento. Por isso, acima de tudo, o juiz tem o dever de analisar as consequências que o cárcere provocará à pessoa presa.

Outrossim, com a análise do direito comparado, percebe-se que a maioria dos estados democráticos adotam o instituto, cada país com seu prazo e seu modo de aplicação. A maior parte deles, além de usá-lo apenas como uma apresentação onde analisa-se a legalidade da prisão e eventuais violências, usam também como uma forma de “interrogatório”.

No Brasil, não se observa essa finalidade, como já explanado, o juiz não poderá entrar no mérito da questão e não servirá como um meio de prova. Talvez, isso seria uma forma de melhor aproveitamento da audiência, porém, o Brasil pode ser considerado em fase de adaptação ao instituto.

Além disso, um dos problemas brasileiros em relação à audiência de custódia é que a forma em que o prazo for estabelecido faz com que ele seja considerado exíguo.

Isso porque, o Código de Processo Penal estabelece que a autoridade policial, após a prisão em flagrante, tem, no máximo, 24 horas para encaminhar o auto de prisão em flagrante ao juiz. Após o recebimento deste pelo magistrado, este terá o mesmo período para a realização da audiência.

Percebe-se que a autoridade judicial e o delegado têm o mesmo tempo de 24 horas do momento da prisão. Este para encaminhar o auto de prisão e esse para realizar a audiência. O juiz, com isso, pode ficar prejudicado e muitas vezes não terá tempo o suficiente para efetivação do ato.

Com isso, o prazo no ordenamento jurídico brasileiro é equivocado e uma solução seria estipular o período de 24 horas do recebimento do auto de prisão em flagrante, respeitando, ainda assim, o termo “sem demora” dos tratados internacionais que fundamentam o instituto.

Outra falha pertinente na forma que o sistema brasileiro realiza a audiência de custódia é a não observância e o descaso do Estado com os casos em que o cidadão sofre algum tipo de violência ou tortura. Muitas vezes, apesar de o magistrado indagar sobre a questão, o indivíduo não se sente confortável em declarar o abuso que houve no momento da prisão. Isso porque, muitas vezes, há presença de agentes policiais no momento da audiência de custódia.

À vista disso, com o presente estudo, tem-se como solução para essas problemáticas, a necessidade do legislador inserir no Código de Processo Penal um capítulo especialmente para regulamentar o instituto da audiência de custódia preenchendo essa lacuna do direito brasileiro, revendo qual seria o melhor prazo, as possíveis consequências da sua não realização, forma de condução do acusado até o magistrado e até regulamentando a possível realização dessa por vídeo conferência e suas regras específicas, devendo, nesse caso, estipular até utilização de câmeras

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Altera o § 1.º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília, DF: Poder Legislativo, [2011]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/102115>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San José: CIDH, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS; CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. Audiência de custódia: desafios de sua implantação no Brasil. Curitiba: Juruá, 2020.

GOULART, Diego Dutra. Audiência de custódia para inglês ver. Revista Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38322/audiencia-de-custodia-para-ingles-ver>. Acesso em: 08 jul. 2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Pesquisa revela o “fim da liberdade” nas audiências de custódia. IDDD, 2019. Disponível em: <https://iddd.org.br/pesquisa-revela-o-fim-da-liberdade-nas-audiencias-de-custodia/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. Constituição da República Italiana. Tradução: Servizio degli Affari Internazionali; Senado da República; Paula Queiroz. Senato della Repubblica: Itália, [2018]. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 6 jan. 2020.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, [s.l.], n. 17, p. 11-23, 2014. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 3. ed. rev. atual. e aum. [S.l.]: CEI, 2018. E-book. Edição do Kindle.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78 de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal Português. Lisboa: Poder Legislativo, [2019]. Disponível em: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/Portugal/ Penal%20Code%20Portugal%202004.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2020.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição Especial: Jurisprudência sobre Audiência de Custódia. Rede Justiça Criminal, n. 07, ano 04, 2014. Disponível em:

http://br62.teste.website/~redejust/wp-content/uploads/2016/10/Boletim-n%C2%BA7-Jurisprud%C3%AAncia_aud.custodia_RJC-2014.pdf. Acesso em: 01 jul. 2020.

SANINI NETO, Francisco. Audiência de custódia e o “jeitinho brasileiro”. Revista Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39583/a-audiencia-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro>. Acesso em: 08 jul. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento Conjunto nº 03/2015. São Paulo: Presidência do Tribunal De Justiça e Corregedoria Geral da Justiça, [2015]. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Duração Razoável do processo. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 52. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2.

WEIS, Carlos; FRAGOSO, Nathalie. Apresentação do preso em juízo: Estudo de direito comparado para subsidiar o PLS 554/2011. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Núcleo Especializado de Direitos Humanos, 2012. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/238983174/1-Apresentacao-Do-Priso-Em-Juizo-Estudo-de-Direito-Comparado-Para-Subsidiar-o-PLS-554-2011>. Acesso em: 18 jul. 2020.