

A audiência de custódia na prisão cautelar - Realidade e efeitos práticos

1. INTRODUÇÃO

1.1 O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos¹ de 22/11/69, desde 25/09/92². Naquele mesmo ano fora internalizada sua vigência por meio de decreto³ cujo foi publicado em 06/11/92. Ocorre que somente em 06/02/15 (23 anos) após, por meio de projeto lançado pelo CNJ em São Paulo – cujo resultou na edição da Resolução 213/2015 a audiência de custódia se concretizou e consequentemente o cumprimento das previsões realizadas já há vários anos pelo referido pacto passaram a ser em parte cumpridas.

1.2 O presente artigo terá por finalidade responder questões relativas ao assunto: o que é audiência de custódia? Qual é sua finalidade? Qual efetiva realidade na sua aplicação? Com os efeitos práticos impactam na prisão cautelar?

1.3 Isto posto, esclarece-se que o assunto será abordado em IV capítulos. O primeiro capítulo tratará da audiência de custódia propriamente dita, explicando seus procedimentos teóricos e práticos, bem como seus principais objetivos a partir do instituto e parâmetros legais.

1.4 O segundo fará uma rápida abordagem a prisão cautelar, explicando seus procedimentos e finalidade.

1.5 O terceiro, suscitará a discussão sobre a necessidade da audiência de custódia na prisão cautelar, sua aplicação de acordo com a realidade, segundo a política criminal adotada e qual é a sua efetiva aplicação, trazendo reflexos estatísticos já coletados.

¹ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

² **DECRETO Nº 678 – 6/11/92** - Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74;

³ **DECRETO Nº 678 – 6/11/92** - Art. 3º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação.

1.6 Por fim, no quarto e derradeiro capítulo enfrentará o procedimento e o confrontará com os princípios fundamentais processuais penais, com toda sua função jurídico-social, ao plano da realidade e seus efeitos práticos decorrentes.

2. Audiência de Custódia

2.1 Há quase três décadas o Brasil é consignatário da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (CADH) cujo prevê em seu art. 7, 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.

2.2 No mesmo período e de igual modo tornou-se consignatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que também estabelece que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais vide art. 9º, item 3.

2.3 Após vinte e três anos, mediante projeto encabeçado pelo CNJ que culminou na edição da Resolução 213/2015 a audiência de custódia se concretizou e conseqüentemente passou-se a ser regra que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, fosse 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.

2.4 A palavra Custódia propriamente dita deriva do efeito de proteger, de livrar algo ou alguém do perigo, já a audiência de custódia, ao que se depara com a leitura do texto legal, consiste pura simplesmente na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, visando que suas garantias individuais como um todo sejam preservadas, sem prejuízo de que prossiga o processo.

2.5 Ao que se depara com uma breve leitura ao texto contido nos pactos internacionais, a ideia da audiência de custodia seria garantir o direito a todo cidadão “preso” ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i)

se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.” (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, pag. 15)⁴

2.6 Em outras palavras a audiência de custódia tem como fim a análise, fundamentalmente da legalidade de uma prisão, visa garantir e preservar ao preso todos os procedimentos legais inerentes a sua dignidade - sem excessos por parte da polícia e ainda a necessidade da manutenção da prisão decretada.

2.7 A natureza da audiência de custódia é principalmente, assegurar a validade e a eficácia dos atos produzidos, já que se mostra como meio eficaz de controle dos excessos policiais e carcerários, de modo que assim, tem por incumbência a audiência de custódia, a fiscalização da atividade policial e o dever de garantir o cumprimento dos preceitos norteadores dos Direitos Humanos, bem como que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), seria medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas.

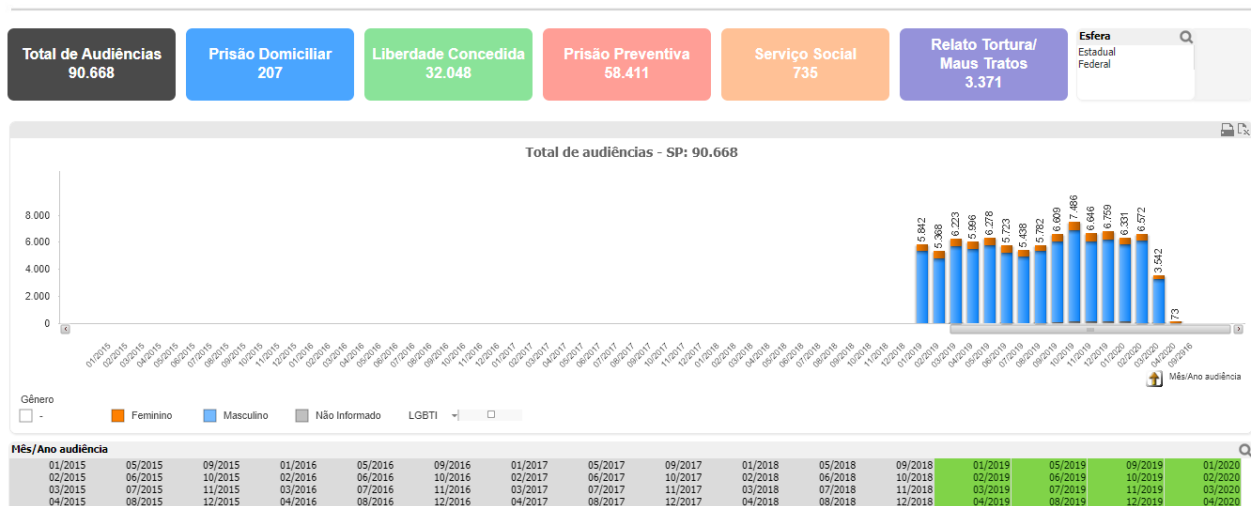
2.8 Em suma, este contato do preso com o juiz nada mais é do que a tentativa de humanizar o ato de prisão. É o momento em que o acusado ganha um rosto, deixa de ser um documento e se materializa, com feições físicas, podendo-se confrontar com esse contato imediato – seu estado de saúde, além de condições físicas e mentais, extraíndo-se daí a ocorrência de eventuais maus tratos, sejam eles físicos ou psicológicos. Essa humanização visa trazer ao julgador mais parâmetros para decidir quanto as medidas cautelares diversas da prisão, como aquelas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

2.9 Segundo o CNJ não tem medido esforços para dar cumprimento à decisão do STF na ADPF 347/2015 e conseqüentemente fortalecer o modelo já por si

⁴ 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.], p. 11-23, set. 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209>.... Acesso em: 06 abril 2020.

difundido. O intuito é sensibilizar os responsáveis pelo sistema de justiça e de segurança pública, representado por juízes, promotores, defensores públicos e policiais, para que venham a substituírem a prisão preventiva por outras ações mais adequadas que conveniente, tais como medidas cautelares e monitoração eletrônica. Aduzem que a medida visa reduzir não só a superlotação de presos provisórios que representa mais de um terço da população do país, mas também evitar a exposição de pessoas não violentas que sequer foram condenadas a presos condenados por crimes mais graves, incluindo integrantes de facções criminosas.

2. 10. Fonte: Estatística sobre audiências de custódia em São Paulo - CNJ



3. Prisão Cautelar

3.1 A prisão dentre vários conceitos é definida por Fernando Capez⁵ como, "(...) a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito(...)".

3.2 A prisão no entendimento de Nucci⁶, é "a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere".

⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

⁶ NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Manual de processo e execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

3.3 Já na definição de Tourinho Filho⁷ é a “*privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria*”. A prisão, em nosso ordenamento, é aplicada de duas formas distintas: a prisão-pena e a prisão cautelar.

3.4 Com isso podemos concluir que a prisão cautelar distingue-se da prisão-pena, em suma (i) por ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, (ii) não ter ao menos no Brasil prazo máximo definido em lei (salvo no caso da prisão temporária) e (iii) por poder ser decretada tanto na fase de investigação preliminar quanto na fase de ação penal – ou seja; tanto do indiciado como do acusado, frise-se, sem trânsito em julgado de decisão condenatória.

3.5 Dentre as modalidades de prisão cautelar⁸ existentes em nosso ordenamento jurídico pátrio, existe ainda a prisão em flagrante, como pré-cautelar antes das três modalidades de prisões cautelares existentes no nosso ordenamento jurídico, quais sejam: preventiva, temporária e domiciliar, sendo esta última dentre as três a única que não requer atenção.

4. Prisão em Flagrante Pré-Cautelar

4.1 A prisão em flagrante tem previsão expressa no texto constitucional em seu art. 5º, LXI, e ainda no artigo 283 do CPP. Tem caráter pre-cautelar visto que não visa o resultado fim do processo, mas tão somente por o preso a disposição do juiz, que por sua vez deverá a teor do que preconiza o art. 310 do Código de Processo Penal – relaxar a prisão ou conceder-lhe a liberdade provisória, fundamentalmente, decidir sobre a necessidade da aplicação de algumas das medidas cautelares – art.319 Código de Processo penal, ou quando previsto os requisitos constantes no art. 312 do mesmo diploma legal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

4.2 Em outras palavras, ninguém no país pode ficar preso em flagrante por mais de 24h, ou por período indeterminado como era comum acontecer no Brasil, onde não raro se tinha relatos de que pessoas ficavam presas em flagrante durante toda uma

⁷ TOURINHO FILHO, FERNANDO DA COSTA. *Manual de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸ art. 283 do CPP,

investigação. Ademais, para o caso da manutenção da restrição da liberdade – prisão em caráter preventivo, a decisão deve ser fundamentada pelo juiz.

4.3 Nas lições de Bonfim⁹ o art. 310, modificado pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, consagrou uma ruptura na forma com que vinha sendo tratada a prisão em flagrante.

5. Prisão Temporária

5.1 A prisão temporária é dentre as modalidades de prisão cautelar a que tem por característica ser uma das mais perigosas, em tese se vale do pretexto de auxiliar a investigação criminal, ela somente ocorre na fase de inquérito policial, e muito embora seja decretada pelo juiz, nunca de ofício – somente mediante provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. A sua aplicação deveria observar se as medidas cautelares trazidas pela lei 12.403 não se mostram mais adequadas e menos gravosas para o fim que se objetiva.

5.2 A prisão temporária tem prazo determinado - 05 dias, prorrogáveis por igual período; 30 dias, prorrogáveis por igual período, em se tratando de crime hediondo. E muito embora em ambos os casos a prorrogação deve ser autorizada apenas em extrema e comprovada necessidade a verdade é que conforme nos ensina Lopes Júnior¹⁰ (2011, p.144-145): “a prisão temporária dá plena autonomia a autoridade policial, inclusive para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia, o que significa dizer que o preso está 24h por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus-tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo “confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba”

5.3 A liberdade é a regra constitucional pátria, de modo que cumpre dizer que prender alguém sob o fundamento de investigá-lo – o que de fato ocorre na prisão temporária, vai de encontro a regra do ordenamento jurídico vigente, com latente

⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do código de processo penal*. 1.ed. (2011, p.75) - São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2.ed. Rio de Janeiro, 2011.

defloramento a Constituição Federal Art. 5º, LVII – ao princípio da presunção de inocência e garantia processual penal que tutela a liberdade pessoal¹¹.

5.4 Da análise do texto legal, conclui-se ainda que a decretação de tal prisão é condicionado a rol taxativo instituído pelo inciso III e imprescindível para a investigação do inquérito policial a teor do que determina os incisos I e II também da lei 7.960/1989¹².

6. Prisão Preventiva

6.1 A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão cautelar que é caracterizada por poder ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que fundamentada, é decretada por juízes ou tribunais e pode ser feita de ofício pelo juiz.

6.2 Não existe prazo para o cumprimento da prisão preventiva, podendo este durar por quanto tempo houver necessidade da custódia e muito embora O artigo 312 do CPP estabeleça os requisitos para a decretação da prisão preventiva: a) como garantia da ordem pública; b) como garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; ou d) para assegurar a aplicação da lei penal quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, segundo Nucci¹³ o legislador não definiu ou detalhou o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva - possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto, ao menos dos mais abrangentes, como no caso da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

6.3 A prisão preventiva em suma, na visão de Delmanto Junior¹⁴ (2001, p.95) “é uma punição antecipada uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como

¹¹ MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007

¹² LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989 - Dispõe sobre prisão temporária

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011 (p.63)

¹⁴ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal (...) fins exclusivos da sanção criminal”

7. Necessidade da Audiência de Custódia na Prisão Cautelar

7.1 A olhos vistos a finalidade da audiência de custódia se materializa com maior rigor nos casos de prisão em flagrante (pré-cautelar), que a bem da verdade embora seja um ato jurídico¹⁵ ele é sacramentado fora dos meandros do Judiciário. Nota-se ainda, que com a reforma efetuada no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, o flagrante deixou de apresentar “cautelaridade em si mesmo”¹⁶, restando abolida a prática até então vigente de manutenção da prisão apenas por meio de sua “homologação”. Pelo que dispõe o art. 310, inc. II, CPP, o juiz deverá converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do mesmo Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

7.2 Ocorre que muito embora esta seja a única modalidade de prisão até os dias de hoje em que se aplica o texto da lei, ou seja, que uma pessoa presa, detida ou retida é conduzida, sem demora (neste caso em 24h), à presença de um juiz, não é a única existente.

¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *A prisão em flagrante: novos enfoques teóricos*. Disponível em <<http://justificando.com/2015/01/29/a-prisao-em-flagrante-novos-enfoques-teoricos/>>. Acesso em 06.04.2020.

¹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 211.

7.3 Não é segredo algum que a audiência de custódia encontra larga resistência desde a sua implantação até os dias de hoje. Ademais, segundo o IDDD¹⁷ lhes fora inclusive relatado por um dos juízes entrevistados no início do projeto¹⁸ que:

“ (...) havia dois principais desafios (...) Primeiro estrutural, a gente sabia que ia ter um desafio grande para o Tribunal na questão de espaço, de funcionário, parte estrutural da própria polícia, de trazer o preso, de ter espaço físico aqui para criar a sala de custódia. Toda essa parte. O outro, um aspecto meio de resistência de alguns órgãos. Por exemplo, Ministério Público, no começo, teve uma certa resistência; juízes tinham resistência: “ah, mas não serve pra nada, pra que ter custódia se a gente pode analisar o flagrante”. (...) É uma coisa que tinha lá atrás, já estava no ordenamento, mas falavam “não teve até agora, porque que vai ter agora”? Porque a gente precisa avançar nesse aspecto de garantia constitucional, e o Brasil está nesse ordenamento jurídico internacional, tem que respeitar tratado. Tem que fazer custódia, a América Latina faz, Brasil acho que era o único país que não fazia custódia.”

7.4 Outrossim, sua vinda e implantação é encarada pelos seus órgãos executores – tanto Tribunal de Justiça quanto Ministério Público, mais como controle populacional carcerário ou mero capricho regulamentador desnecessário, do que como uma ferramenta eficaz para preservação e garantia de direitos individuais - inerentes a dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal amparadas pelos pactos.

¹⁷ O Instituto de Defesa do Direito de Defesa é uma organização da sociedade civil de interesse público, fundada em julho de 2000, que trabalha pelo fortalecimento do Direito de Defesa. Foi responsável pelo relatório que apresentou diagnóstico dos primeiros meses das audiências de custódia na cidade de São Paulo - sistematicamente coletadas ao longo de dez meses.

¹⁸ IDDD – Monitoramento das Audiências de Custodias em São Paulo. Disponível em <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/relatorio-ac-sp.pdf>>. Acesso em 06.04.2020.

7.5 Tem-se, contudo, que ainda é somente o primeiro passo para o fortalecimento e evolução do estado democrático de direito de uma sociedade civilizada.

8. Conclusão

8.1 Deste modo, por tudo que acima exposto e partindo-se do pressuposto que a Audiência de Custódia tem por finalidade essencial o controle da legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, temos que nos casos de prisão cautelar, diga-se de passagem, ainda que expedida pelo próprio magistrado da causa, quem decidiu a respeito da prisão – no caso de prisão preventiva, ou muito pior no caso de prisão temporária, embora um tanto difícil de visualizar a necessidade de uma audiência de custódia - imediatamente 24 horas depois, ainda que pelo próprio juiz - natural do fato, a bem da verdade é que sem a existência da (audiência de custódia) não se alcança a natureza essencial da atribuída pela texto exposto da lei – convenções e tratados internacionais, não se tem conseqüentemente a preservação de direitos e garantias que se buscou proteger.

Referências

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

DECRETO Nº 678 – 6/11/92 - Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74;

DECRETO Nº 678 – 6/11/92 - Art. 3º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação.

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.], p. 11-23, set. 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209>.... Acesso em: 06 abril 2020

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Manual de processo e execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

TOURINHO FILHO, FERNANDO DA COSTA. Manual de Processo Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

art. 283 do CPP,

BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do código de processo penal*. 1.ed. (2011, p.75) - São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2.ed. Rio de Janeiro, 2011.

MORAES; Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007

LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989 - *Dispõe sobre prisão temporária*

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011 (p.63)

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *A prisão em flagrante: novos enfoques teóricos*. Disponível em <<http://justificando.com/2015/01/29/a-prisao-em-flagrante-novos-enfoques-teoricos/>>. Acesso em 06.04.2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 211.

IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa

CNJ – Conselho Nacional de Justiça