

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

MARCELO VALDIR MONTEIRO¹

SUMÁRIO: 1. Origem histórica da audiência de custódia no Brasil e sua evolução. 2. Superlotação do sistema prisional brasileiro. 3. Cultura do encarceramento e finalidade da pena. 4. Regras para realização das audiências de custódia. 4.1 Normas gerais. 4.2 Normas específicas. 4.2.1 Foro privilegiado. 4.2.2 Deslocamento do magistrado até o local do preso. 4.2.3 Deslocamento do preso e do magistrado se mostre inviável 5 Das formalidades da prisão cautelar. 4.2.2 Deslocamento do magistrado até o local do preso. 5.1 Da Prisão em flagrante. 5.2 Da Prisão preventiva. 5.3 Da Prisão temporária. 6 Da ausência de audiência de custódia para manutenção da prisão: mera irregularidade ou violação a direito fundamental? Conclusão. Bibliografia.

1. Origem histórica e sua evolução

Audiência de *custódia* é um ato judicial que assegura o direito fundamental que todo cidadão preso tem em face do Estado de ser apresentado *pessoalmente e com rapidez* à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro a depender de eventual prerrogativa de foro) competente para a aferição da legalidade de sua prisão (*Princípio do controle judicial imediato*). (MASI, 2017:1)

As audiências de custódia têm sua origem remota no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, adotado na sessão de 16/12/1966 (previsto no art. 9º, 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.*) e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 592 de 06/07/1992 e também foi prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, item 5: *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*) da Organização dos Estados Americanos, assinado na conferência de 22/11/1969 e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678/1992. (grifo nosso)

Em 2010, o Ministério Público Federal propõe uma Ação Civil Pública para que seja observado o disposto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica que já estavam incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro desde 1992.

¹ Advogado. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba e de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Mestre em Direito Penal pela USP e sócio do escritório Monteiro e Godoy Advogados Associados, e-mail: profmarcelovaldir@gmail.com.

Em setembro de 2011, é apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei 554/2011 para alterar os arts. 304 e 306, Código de Processo Penal. Este projeto de lei já foi aprovado pelo Senado no final de 2016 e está aguardando votação na Câmara dos Deputados.

Em abril de 2014, o Estado do Maranhão regulamenta a audiência de custódia, com apresentação do preso em até 48 horas e em novembro de 2014 é implementada audiência de custódia em São Luiz/MA.

Em Dezembro de 2014, a Comissão Nacional da Verdade recomenda instalação da audiência de custódia (*recomendação nº 25: Introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal*).

Em Janeiro de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo regulamenta audiência de custódia pelo Provimento Conjunto nº 3, que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 5240) proposta pela Associação dos Delegados de Polícia, mas que, em agosto de 2015 foi julgada improcedente pelo STF.

Em maio de 2015, é proposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao STF ante o caos do sistema prisional brasileiro (ADPF 347) e em setembro de 2015 é concedida liminar pelo STF nesta ADPF para realização das audiências de custódia.

Em Fevereiro de 2015, é apresentado projeto da audiência de custódia ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ); em dezembro do mesmo ano é editada a Resolução 213, CNJ e finalmente, em maio de 2016 são implementadas as audiências de custódia, nos moldes da Resolução do CNJ, em todo Brasil.

2. Superlotação do sistema prisional brasileiro

O sistema prisional brasileiro está superlotado, conforme amplamente divulgado pela mídia e dados estatísticos extraídos do Departamento Penitenciário vinculado ao Ministério da Justiça (PIMENTA, 2016:10). Conforme verificado, no ano de 2006 o Estado de São Paulo possuía uma população carcerária de 144.430 presos, sendo que havia apenas 95.353 vagas no sistema penitenciário paulista. Em 2007, esta situação se agrava com uma população carcerária de 153.056 presos com 95.585 vagas e assim a situação vai piorando a cada ano.

No comparativo nacional, a situação não é menos dramática. Em 2014 havia uma população prisional total de 607.731 presos no Brasil para 376.669 vagas, sendo 41% preso provisoriamente.

Em resumo, pode-se afirmar que:

Quem vive a realidade da Justiça brasileira não nega que, no Brasil, existe uma verdadeira cultura do encarceramento. Apesar das inúmeras garantias e direitos individuais fundamentais previstos na CRFB, os quais assegurariam ao indiciado ou acusado a liberdade durante o curso da investigação e do próprio processo, o que se observa é a prisão como regra.

No Brasil, a prisão provisória tem sido usada como verdadeira antecipação de pena ou com finalidade diversa da que a legitimaria sob a ótica da cautelaridade.

Por conta dessa cultura do encarceramento, o número de presos provisórios no país é na média de 40% da população carcerária. (COSTA; TURIEL, 2017:5).

3. Cultura do encarceramento e finalidade da pena.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê como regra no art. 32, do Código Penal o início do cumprimento da pena em regime fechado, quando o réu é condenado a uma pena superior a 8 anos; em regime semi-aberto quando a pena é superior a 4 e não excede 8 anos e regime aberto quando a pena aplicada pelo magistrado na sentença é igual ou inferior a quatro anos, desde que o réu não seja reincidente.

No entanto, a mídia usa sistematicamente o Direito Penal como se fosse sinônimo de prisão em regime fechado e boa parte da população fica com sentimento de impunidade se não há um decreto prisional durante o processo.

Isto acaba por influenciar decretos prisionais por delitos pequenos, que o Direito Penal não deveria prender, mas sim aplicar outras medidas alternativas a prisão. Estas prisões provisórias somadas a morosidade da Justiça pelo excesso de processos, falta de estrutura material e humana muitas vezes fazem com que o preso provisório cumpra uma pena maior que a sentença condenatória fixará ou em regime mais severo.

A superpopulação do sistema prisional, falta de infraestrutura das penitenciárias e CDP's e o alto custo do preso são outros fatores que aniquilam a finalidade da pena (retributiva e preventiva) prevista no art. 59, CP.

Várias alterações legislativas foram feitas na tentativa de se reduzir a superlotação dos presídios e melhorar o cumprimento da finalidade da pena, como a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98), Lei das Medidas Cautelares (Lei 12.403/11) e agora a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça que uniformiza as audiências de custódia no Brasil.

4 Regras para realização das audiências de custódia

4.1 Normas gerais

Nos termos da Resolução 213, CNJ, para a realização da audiência de custódia, que deve ser feita em até 24 horas após a comunicação da prisão, deve haver a presença obrigatória do magistrado, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do defensor constituído e com a AUSÊNCIA OBRIGATÓRIA dos agentes policiais responsáveis pela prisão e dos agentes responsáveis pela investigação.

Na prática, no entanto, há problemas na observação deste dispositivo extremamente útil num estado democrático onde vigora a presunção de inocência e o princípio da legalidade, conforme constatado em Relatório do Ministério da Justiça:

Vedada expressamente pela Resolução CNJ n. 213/2015, em seus arts. 4º e 6º, a presença de policiais seja durante o atendimento do preso pelo seu defensor, seja durante a realização da audiência de custódia, esta prática é regra em todos os lugares onde as audiências de custódia estão acontecendo. Com o pretexto de garantir a segurança dos presentes ou de evitar eventuais fugas, a polícia não só acompanha o preso como, às vezes, mantém uma proximidade bastante ostensiva que acaba interferindo tanto nas declarações do preso em relação à prisão quanto na narrativa de eventuais casos de tortura, mesmo

quando o preso está conversando com seu defensor. Também cabe ao magistrado, conforme art. 8º da Res. 213/2015, “[...] assegurar que a pessoas presa não esteja algemada, salvo nos casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito”. Entretanto, há locais em que esta excepcionalidade não é verificada caso a caso e já existe um texto padrão incorporado à ata da audiência determinando a manutenção das algemas nos presos. Sobre essa conduta, não há nenhum questionamento por nenhuma das partes, defesa ou acusação. Como forma paliativa, o preso é orientado a manter as mãos embaixo da mesa ou, então, seus braços são algemados na parte de trás do corpo. O preso chega a assinar a ata da audiência ainda algemado (PIMENTEL, 2016:46).

O defensor constituído **deve ser notificado pelo delegado da data da audiência de custódia** (e-mail, tel. ou mensagem de texto) — *art. 5º, Res. 213* — sendo-lhe assegurado **atendimento prévio e reservado** por advogado, sem a presença de agentes policiais, em local apropriado visando a garantia da confidencialidade (*art. 6º, Res. 213*).

Funcionário do juízo esclarece ao preso os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia e efetua o cadastro da audiência no SISTAC (*Sistema de Audiência de Custódia*);

Durante a audiência de custódia o juiz deve entrevistar o preso esclarecendo o que é a audiência de custódia; assegurar, como regra, que o preso não esteja algemado; cientificá-lo do direito de permanecer em silêncio; questionar se lhe foi assegurado o direito de consultar com advogado; atendido por médico e comunicar-se com seus familiares; indagar sobre as circunstâncias da prisão; perguntar sobre o tratamento recebido e eventual ocorrência de tortura e maus tratos; verificar se houve realização de exame de corpo de delito; abster-se de fazer perguntas visando produzir prova para a investigação ou ação penal; adotar providências para sanar irregularidades; averiguar hipóteses de gravidez, filhos ou dependentes, doença grave, transtornos mentais e dependência química.

Reperguntas podem ser feitas pelo MP e pela defesa técnica e, finalmente, o juiz profere sua decisão que pode ser: relaxamento do flagrante; liberdade provisória, sem ou com medida cautelar; decretação da prisão preventiva; outras medidas necessárias à preservação de direitos (*providências no caso de tortura, maus tratos, internação etc.*).

Relaxado o flagrante ou concedida liberdade provisória, prontamente será colocado o preso em liberdade, mediante expedição do alvará de soltura.

Deve-se ter cuidado para a “mecanização” do Poder Judiciário, adotando-se condutas meramente formais na realização do “rito” da audiência de custódia faça com que ela perca sua finalidade. Relatório do Ministério da Justiça já constatou a existência deste problema:

Todos os parceiros que fizeram o acompanhamento presencial das audiências relataram e todas as audiências presenciadas por esta consultoria confirmaram o relato de que as audiências ocorrem muito mais voltadas ao cumprimento do ritual que lhes foi imposto do que para averiguar a real necessidade de manutenção da prisão e as reais circunstâncias da prisão (PIMENTA, 2016: 44).

Concedida Liberdade Provisória com aplicação medida cautelar serão estipulados prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção.

O art. 319, CPP prevê várias possibilidades de medidas cautelares: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; Proibição de manter contato com pessoa determinada; Proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar no período noturno; suspensão do exercício de função pública; internação provisória; fiança; monitoração eletrônica; proibição de ausentar-se do país.

A **Monitoração eletrônica** é excepcional, sua reavaliação periódica e somente é cabível em crime doloso com pena máxima superior a 4 anos, ou reincidente, ou violência doméstica, quando não couber outra medida menos gravosa (*art. 10, Res. 213, CNJ*)

Averiguada necessidade de medida de proteção ao preso deve ser assegurada prioridade na manutenção da integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou os abusos e de seus familiares (*art. 11, Res. 213*)

Verifica-se, portanto, que um dos objetivos principais da audiência de custódia é verificar como se deu a detenção e se houve tortura ou maus tratos quando da prisão. Agora, para realização da audiência de custódia, como uma das perguntas obrigatórias que o juiz deve fazer ao preso é se houve tortura ou maus tratos e, para assegurar a lisura e sinceridade na apuração deste fato, a resolução proíbe taxativamente a presença de quem efetuou a prisão na audiência.

No caso **Prisão cautelar ou definitiva** também é assegurada audiência de custódia (*art. 13, Res. 213*) e **todos os mandados de prisão** devem constar expressamente a determinação para apresentação à audiência de custódia.

Neste sentido reforça a doutrina:

A importância protetiva do ato, porém, estende-se a qualquer espécie de prisão de natureza cautelar (preventiva, temporária, para fins de extradição, etc.) e até mesmo após o cumprimento do mandado de prisão definitiva. Isso porque os tratados, internacionais que tratam da matéria não fazem tal distinção, devendo ser interpretados sempre de forma ampliativa (princípio da proteção suprema do ser humano, ou *pro homine*), em favor da máxima efetividade dos direitos humanos e da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. (MASSI, 2017:3).

4.2 Normas específicas

4.2.1 Foro privilegiado

No Brasil ainda há muitas pessoas com foro privilegiado, também chamado de foro especial por prerrogativa de função, como por exemplo, deputados federais, senadores de república, governadores de Estado, Prefeitos Municipais, magistrados e membros do Ministério Público.

Nestes casos, como a Constituição Federal determina o julgamento pelo juiz natural, se estas autoridades forem presas, devem ser apresentadas ao Tribunal competente para o julgamento. No entanto, a Resolução 213/15, CNJ prevê no art. 1º, §3º, a possibilidade do Tribunal designar um juiz para o fim específico de realizar a audiência de custódia, justamente para que seja dado cumprimento ao prazo de 24 hs. para apresentação do preso.

4.2.2 Deslocamento do magistrado até o local do preso

Caso o preso não possa se deslocar até o fórum competente, a Resolução prevê no art. 1º, § 4º a possibilidade do magistrado se deslocar até o local do preso para realização da audiência de custódia nos casos de grave enfermidade ou qualquer outra impossibilidade de apresentação do preso ao juiz no prazo de 24 horas.

4.2.3 Deslocamento do preso e do magistrado se mostre inviável

O Brasil é um país de dimensões continentais e demograficamente muito desproporcional, com regiões superpopulosas e, outras, não.

Como o Código de Processo Penal é nacional, assim como a Resolução do CNJ podem surgir casos onde o deslocamento do preso e do magistrado se mostrem inviáveis. Neste caso excepcional, a Resolução 213, CNJ prevê que o preso deve ser apresentado imediatamente após restabelecida a condição de saúde ou de apresentação (art. 1º, §4º).

5. Das formalidades da prisão cautelar

A prisão cautelar é exceção, tendo em vista o princípio da presunção de inocência e alguém só pode ser preso cautelarmente nos casos expressos de flagrante, preventiva ou temporária. Como são formas excepcionais de prisão devem ser interpretadas restritivamente e há expressa previsão na Constituição Federal que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente.

Neste sentido, temos que:

A liberdade, como dito anteriormente, é um dos mais poderosos bens que o homem carrega consigo, e somente poderá ser relativizada visando apenas, e não mais do que isso, a preservação da liberdade de todos, dentro de uma organização social, de forma justificada e desde que não haja outra maneira de acautelar o bem social pretendido.

Uma intervenção estatal acima do necessário leva a uma situação ditatorial, o que não interessa a uma sociedade, mas somente a um grupo determinado, sendo certo que uma decisão judicial, ainda que interlocutória, que determine a restrição da liberdade do indivíduo sem garantir-lhe a aplicação de normas que lhes são favoráveis, será ilegal, abusiva e arbitrária, especialmente se sua fundamentação for genérica e sem qualquer lastro probatório. (BARROS, 2015:1)

Assim, necessário para a prisão cautelar que todos os requisitos formais para manutenção da prisão estejam preenchidos e que seja necessária a segregação cautelar, justificando-se o porquê do não cabimento de outras medidas cautelares, sob pena de ilegalidade da prisão.

A audiência de custódia nas prisões cautelares serve também para humanizar a atuação judicial, pois:

Assim, no grande exemplo do interrogatório judicial, a audiência de custódia, na presença do juiz e do réu num mesmo ambiente, num mesmo ato, a troca de fala entre ambos, potencializa a humanização da prisão preventiva, que, sem sombra de dúvidas, culmina em maiores chances de liberdade e menos

5.1 Da prisão em flagrante

As modalidades de prisão em flagrante estão descritas no art. 302, CPP, que considera em flagrante quem está cometendo a infração penal, acabou de cometê-la, é perseguido logo após a infração penal ou é encontrado com instrumentos ou objetos que façam presumir ser ele o autor da infração penal.

Não há necessidade de mandado de prisão para prender em flagrante, mas justamente por isso suas formalidades devem ser seguidas rigorosamente como previstas na legislação, sob pena de relaxamento da prisão.

Assim, o delegado de polícia ao lavrar o auto de prisão em flagrante deve ouvir primeiro o condutor, depois as testemunhas e por último interrogar o preso. Serão comunicados imediatamente o juiz competente, o MP e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

O auto de prisão em flagrante deve ser distribuído pela polícia civil no fórum local e, então, em 24 horas, o preso encaminhado para realização da audiência de custódia, onde o magistrado terá três opções: relaxar o flagrante, pois a prisão foi ilegal; conceder liberdade provisória com ou sem medidas cautelares, pois não estão presentes os requisitos da preventiva; decretar a prisão preventiva.

5.2 Da prisão preventiva

Para o magistrado decretar a prisão preventiva é necessário fundamentar em uma das hipóteses do art. 312, CPP (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal; assegurar aplicação da lei penal), desde que presentes uma das condições do art. 313, CPP (crime doloso, punido com pena maior que 4 anos, reincidente condenado por crime doloso, infração prevista na Lei de Violência Doméstica, dúvida sobre a identidade do acusado) e que haja indícios suficientes de autoria e prova da existência do delito.

Agora, com a exigência da realização da audiência de custódia para todos os mandados de prisão cumpridos, se faz necessário também a formalidade da realização da audiência de custódia, sob pena de vício na prisão, com sua consequente revogação por violação a direito fundamental.

5.3 Da prisão temporária

A prisão temporária somente pode ser decretada no curso da investigação criminal, nas hipóteses restritas da lei 7.960/89 pelo prazo de 5 dias, prorrogável uma única vez por mais 5 dias, com exceção dos crimes hediondos ou assemelhados que tem o prazo de prisão temporária de 30 dias, prorrogável uma vez por mais 30 dias, desde que imprescindível para as investigações do Inquérito Policial ou se o indiciado não tiver residência fixa ou não esclarecer sua identidade para os crimes arrolados no inciso III, do art. 1º da referida lei.

Como há expedição do mandado de prisão, também se faz necessária a realização da audiência de custódia para validar a prisão temporária e garantir direitos fundamentais do investigado. Sua ausência, assim como no caso do flagrante e da preventiva, caracteriza nulidade da prisão.

6 Da ausência de audiência de custódia para manutenção da prisão: mera irregularidade ou violação a direito fundamental?

A audiência de custódia busca efetivar direitos fundamentais da pessoa presa e atua como “instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais que fortalece a visão do juiz como fiador desses mesmos direitos perante a sociedade e as instituições policiais hoje fragilizadas pela desconfiança de que são protagonistas de abusos e torturas por ocasião da realização de prisões em flagrante.”

Apesar deste entendimento da audiência de custódia como meio de efetivação dos direitos fundamentais, muitas decisões de Tribunais Superiores entendem que a não realização da audiência de custódia trata-se de mera irregularidade, caso haja conversão do flagrante em preventiva. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONTUMÁCIA DELITIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I - Não se vislumbra ilegalidade passível de concessão da ordem de ofício quando não realizada a audiência de custódia, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que eventual nulidade do flagrante fica superada com a superveniência do decreto de prisão preventiva (precedentes). Processo RHC 85101 / MG, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2017/0127723-4
Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 15/08/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 21/08/2017.
PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDAMENTADA. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Apresentada fundamentação válida para a custódia cautelar, consistente na vivência delitiva do paciente, não há que falar em constrangimento ilegal passível de habeas corpus. 2. O entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que a não realização de audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restando então superado o exame desse tema (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016; RHC 76.906/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016; RHC 63632/PR, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016). 3. Habeas corpus denegado. Processo HC 403590 / RS, HABEAS CORPUS 2017/0141478-2 Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO (1159) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 15/08/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 28/08/2017.

Estes acórdãos do STJ fundamentam que a decretação da prisão preventiva seria suficiente para sanar a ausência da audiência de custódia da prisão em flagrante.

Ocorre que este entendimento da ausência da audiência de custódia ser mera irregularidade parece partir de uma premissa errada. Antigamente, realmente se houvesse nulidade ou irregularidade no flagrante, a prisão deveria ser relaxada, mas se estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva o juiz decretava a preventiva e isto era suficiente para manter a prisão. No mesmo despacho o juiz relaxava o flagrante e já decretava a preventiva. Mas hoje a audiência de custódia é necessária tanto para o flagrante quanto para a preventiva! O juiz pode até relaxar a prisão e converter o flagrante em preventiva, mas sempre com a realização da audiência de custódia, pois caso contrário, não é mais o flagrante que está irregular, mas sim a própria prisão preventiva.

Não se pode olvidar que se a audiência de custódia foi criada justamente para efetivação dos direitos fundamentais e a Constituição Federal prevê que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente, a ausência da audiência de custódia se torna requisito essencial para validação da prisão e não mera irregularidade. Neste sentido já se manifestaram os tribunais:

Nos termos do decidido liminarmente na ADPF 347/DF (Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9-9-2015), por força do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e como decorrência da cláusula do devido processo legal, a realização de audiência de apresentação é de observância obrigatória. *Descabe, nessa ótica, a dispensa de referido ato sob a justificativa de que o convencimento do julgador quanto às providências do art. 310 do CPP encontra-se previamente consolidado. A conversão da prisão em flagrante em preventiva não traduz, por si, a superação da flagrante irregularidade, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato construtivo (STF, HC 133.992/DF, 1ª T., rel. Min. Edson Fachin, j. 11-10-2016, DJe 257, de 2-12-2016).* (grifo nosso)

Habeas Corpus - tráfico de drogas - denúncia pelo artigo 33, caput da lei nº 11.343/06 - prisão em flagrante convertida em preventiva - audiência de custódia

- previsão em pactos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil - controle de convencionalidade - efetivação dos direitos humanos previstos na ordem internacional - requisitos da prisão - fundamentação com base na quantia considerável de drogas - ausência de melhor técnica - falta de conexão lógica - quantidade concretamente apreendida que não se revela expressiva - ausência de perigo concreto - medidas cautelares alternativas - circunstâncias do caso que indicam a necessidade e adequação de sua aplicação - artigo 282 do código de processo penal - ordem conhecida e concedida por unanimidade. (HC nº 1.358.323-2, TJ-PR, Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto, j. 23/04/15).

Habeas Corpus - ausência de audiência de custódia (grifo nosso)

Em terceiro lugar e que também não pode ser chancelada está a mais do que absurda linha argumentativa, desenvolvida pelo Juízo de piso, segundo a qual “o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa” (?!?!?!). Ora, o descumprimento de um primado afeto à garantia dos direitos humanos, contido em acordo internacional e cujo teor foi ratificado pelo Brasil, repise-se, ostenta hierarquia equivalente àquela concernente aos princípios constitucionais, parecendo incabível ingenuidade crer-se que o seu descumprimento restará impune e sem gerar consequências processuais imediatas. (TJ-RJ, Sexta Câmara Criminal, Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000 Relator: Des. LUIZ NORONHA DANTAS. J. 25/01/15). (grifo nosso)

Habeas Corpus. Roubo. Audiência de Custódia. Obrigatoriedade. Ordem parcialmente concedida. A audiência de custódia consiste na apresentação do preso à autoridade judiciária para que sejam analisadas a legalidade e necessidade da prisão, ocasião em que também serão avaliadas eventuais ocorrências de tortura e/ou maus tratos, além de outras irregularidades. *A audiência de custódia não é uma faculdade do magistrado, de modo que se não houver qualquer fundamentação para rechaçar a sua necessidade, a ordem deve ser concedida para essa finalidade.* (HC 00096401920158220000 RO 0009640- 19.2015.822.0000, 2ª Câmara Criminal, TJ-RO, publicado no Diário Oficial em 18/01/2016, julgado em 13 de Janeiro de 2016, Relator Desembargador Miguel Monico Neto Relator p/o acórdão: Desembargador Valdeci Castellar Citon (Art. 31, inc. I, do RITJRO) (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. VIDEOCONFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENTREVISTA RESERVADA COM DEFENSOR. PREJUÍZO DEMONSTRADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RELAXAMENTO DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA. 1. Prisão em flagrante. Crime de moeda falsa. Apreendidas 3 cédulas falsas de R\$ 100,00 com cada paciente. 2. Prisão em flagrante dos pacientes foi convertida em prisão preventiva, em sede de plantão judiciário, sem que fosse realizada a audiência de custódia. (HC 0010089-04.2016. 4.03. 0000/SP, TRF 3ª R., Relator: Desembargador Federal PAULO FONTES, D.E. Publicado em 31/08/2016) (grifo nosso)

Assim, a ausência de audiência de custódia deve ser entendida como grave violação aos direitos do preso e à legislação e, como consequência, a prisão imediatamente revogada por afronta a direito fundamental previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido a lição de Renato Marcão:

Seja como for, para que não ocorra constrangimento ilegal, a audiência sempre deverá ser realizada, inclusive nos dias de plantão judiciário (sábados, domingos e feriados) e durante o período de recesso forense, não servindo de justificativa para sua não realização, ademais, a afirmação no sentido de que a prisão se encontra revestida de legalidade ou que a convicção do juízo fora satisfatoriamente formada com a apreciação dos documentos enviados com a comunicação da prisão. (MARCÃO, 2017:1). (grifo nosso)

Segundo CHOUKR, Fauzi Hassan, ao analisar a presença de agentes policiais na audiência de custódia “[...] a violação do quanto disposto no presente artigo traduz o que se denomina de *nulidade absoluta*, insanável e projetada exclusivamente para as consequências cautelares discutidas na audiência de custódia.” (ANDRADE, 2017: 64) E, por analogia, mais grave ainda se faz a ausência da realização da audiência de custódia.

Reforçando este entendimento, MELO, Raphael, leciona que “[...] deve-se deixar claro que o descumprimento do prazo previsto para a realização da audiência de custódia caracteriza ilegalidade. O lapso temporal para sua realização, no caso de prisão em flagrante, coincide como o prazo máximo de duração dessa prisão (48 horas) (MELO, 2016:156).”

No mesmo sentido pode-se afirmar que:

“O objetivo maior da audiência de custódia é estabelecer a condução do preso à presença da autoridade judiciária, fisicamente, logo após a prisão em flagrante, sendo que o mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial não cumpre com a função dessa garantia” (TÓPOR, 2015:57).

Assim, como trata-se de direito fundamental, previsto em norma supralegal (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e Pacto Internacional de San Jose da Costa Rica), julgada pelo STF (ADIN 5240 e ADPF 347) e regulamentada pelo CNJ (Resolução 213), a ausência da realização da audiência de custódia acarreta nulidade absoluta da prisão, devendo ser imediatamente expedido alvará de soltura, em cumprimento a legislação penal.

Conclusão

Assim, uma vez prevista a audiência de custódia em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, e regulamentada pela resolução 213, CNJ e pela liminar concedida da ADPF 347, a não realização da audiência de custódia caracteriza afronta aos direitos fundamentais do preso e não mera irregularidade como pretende as atuais decisões do STJ, pois, em prevalecendo este entendimento, se faz letra morta todo esforço histórico, recomendações e finalidade da audiência de custódia, além de se negar efetividade a direito fundamental.

Importante salientar que não é só na prisão em flagrante que se exige a realização da audiência de custódia, mas também quando se decreta a prisão preventiva o que aniquila o argumento de que a conversão do flagrante em preventiva afasta a necessidade da audiência de custódia.

Portanto, como se exige a realização da audiência de custódia em todas as modalidades de prisão a sua ausência caracteriza a afronta a direito fundamental previsto em tratado internacional e gera nulidade de prisão, devendo ser expedido alvará de soltura, dando-se, desta forma, efetividade ao disposto pelo CNJ e STF.

Bibliografia

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). **Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 2. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2017.

BARROS, Tiago P. **A ilegalidade da prisão preventiva sem a prévia oitiva do acusado pela autoridade judicial**. 2015. Disponível em: <<https://tiagopbarros.jusbrasil.com.br/artigos/192924234/a-ilegalidade-da-prisao-preventiva-sem-a-previa-oitiva-do-acusado-pela-autoridade-judicial>>. Acesso em 30 ago. 2017.

COSTA, César Ramos da. TURIEL, Plínio de Freitas. **A audiência de custódia como medida de proteção de direitos humanos**. IPDD (Instituto Paraense do Direito de Defesa). Disponível em: <http://www.ipdd.org.br/conteudo_284_a-audiencia-de-custodia-como-medida-de-protecao-de-direitos-humanos.html>. Acesso em: 09 ago. 2017.

GARBIN, Aphonso Vinicius. **Audiência de custódia, juiz e réu: a humanização da prisão preventiva - a liberdade após o interrogatório judicial**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-juiz-e-reu/>>. Acesso em: 08 mai. 2016, 30 ago. 2017.

MARCÃO, Renato. **Audiência de apresentação/custodia (resolução CNJ 213/15)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252023,31047-Audiencia+de+apresentacaocustodiaResolucao+CNJ+21315>>. Acesso em: 18 jan. 2017; 09 ago. 2017.

MASI, Carlo Velho. **O direito à audiência de custódia continua ignorado no Brasil**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-brasil/>>. Acesso em: 07 mar. 2017; 09 ago. 2017.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte, MG: Editora D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (lei 12.403/11)**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2017.

PIMENTA, Victor Martins; CARVALHO, Diogo Machado de. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Departamento Penitenciário Nacional, Diretoria de Políticas Penitenciárias, Coordenação-Geral de Alternativas Penais. 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-revisado.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015.