



**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

**THE CUSTODY HEARING IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL
SYSTEM**

Renata Isabela Ribeiro¹

Pedro Luís Piedade Novaes²

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto analisar os mais relevantes aspectos que circundam a audiência de custódia, a qual consiste na apresentação, sem demora, da pessoa presa em flagrante à autoridade judiciária, que será responsável por apreciar a legalidade da prisão, bem como a necessidade de sua conversão em preventiva ou de eventual concessão de liberdade provisória, impondo ou não medidas cautelares diversas. Apesar das discussões que surgiram em razão do instrumento pelo qual a audiência de custódia recebeu sua regulamentação, o guardião da Constituição já decidiu pela sua constitucionalidade e entendeu que é obrigatória a sua realização em todo o território nacional. No desenvolvimento deste trabalho foram utilizadas diversas fontes bibliográficas, tais como doutrinas, legislações, artigos científicos e revistas.

Palavras-Chave: Audiência; Custódia; Processual; Penal.

ABSTRACT: This work to analyze the most relevant aspects that surround the custody hearing, which consists of the presentation, without delay, of the person arrested in flagrante to the competent authority, who will be responsible to appreciate the legality of the imprisonment, as well as the need of its conversion into preventive or on parole liberty,

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP (UNITOLEDO).

² Professor Universitário pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP (UNITOLEDO) e Juiz Federal.

imposing or not precautionary diverse measures. Despite the discussions that arose because of the instrument by which the custody hearing received its regulations, the guardian of the Constitution has already decided for its constitutionality and understood that it is mandatory to be held throughout the national territory. In the development of the work, several bibliographical sources were used, that allowed a greater clarification on the subject, such as doctrines, legislations, scientific articles and magazines.

Keywords: Hearing; Custody; Procedural; Criminal.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o controle judicial da legalidade da prisão em flagrante é realizado em uma audiência, denominada audiência de custódia, oportunidade em que a autoridade judiciária competente poderá, conforme previsão do artigo 310 do Código de Processo Penal: relaxar a prisão em flagrante ilegal; convertê-la, se legal, em prisão preventiva; ou, por fim, conceder liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Anteriormente à inserção desse procedimento no sistema processual penal brasileiro, o controle da legalidade da prisão era realizado pela autoridade judiciária somente com base no auto da prisão em flagrante. Agora, referido controle é realizado pelo magistrado em uma audiência de custódia em que há a participação física do preso, do representante do Ministério Público e de um Defensor Público ou advogado constituído.

Na verdade, a audiência de custódia estava inserida no ordenamento jurídico brasileiro desde 06 de novembro de 1992, quando o Brasil internalizou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por meio do Decreto nº. 678, isso porque, este tratado internacional prevê, em seu artigo 7º, item 5, a condução, sem demora, da pessoa presa à autoridade judiciária competente. Ressalte-se ainda que, além do referido tratado internacional, o Brasil também é país signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, documento em que também há a previsão da audiência de custódia.

Inicialmente, muito se discutiu sobre a possibilidade de um instituto como a audiência de custódia, que altera o procedimento previsto no Código de Processo Penal (lei ordinária), ter sido criado por uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça, órgão

totalmente avulso do Poder Legislativo da União, a quem compete, privativamente, legislar sobre direito processual penal. Por esta razão, será discutida no presente trabalho, entre outros pontos, a (in)constitucionalidade da Resolução 213/15, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.

Diante do exposto, verifica-se que o tema foi escolhido em virtude de sua atualidade e relevância no âmbito jurídico, que é indiscutível, pois o referido instrumento processual penal visa assegurar à pessoa presa os direitos fundamentais que lhe são conferidos, possibilitando, assim, o impedimento ou cessação de atos de tortura ou de maus tratos no momento da efetivação da prisão. Assim, a audiência de custódia é mais um instrumento que está diretamente ligado a um dos mais importantes direitos fundamentais do homem, a liberdade, que exige especial atenção do Estado para que não seja tolhida injustamente.

1. CONCEITO E PREVISÃO NORMATIVA

Primeiramente, cumpre esclarecer que a audiência de custódia foi a expressão atribuída ao ato de apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judiciária competente, no prazo de 24 horas, para a realização do controle judicial da prisão, o qual consiste na análise da legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, além da constatação de eventuais atos de tortura ou maus tratos perpetrados na efetivação da prisão (PAIVA, 2015, s/p/).

Analisando o conceito acima, pode-se concluir que a audiência de custódia possui duas finalidades precípua, quais sejam a proteção da integridade física e psíquica do conduzido e a análise da legalidade da prisão, bem como da necessidade de manutenção da segregação cautelar.

A título de conhecimento, faz-se importante mencionar que na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, o relator Ministro Luiz Fux entendeu que a nomenclatura mais adequada ao instrumento denominado audiência de custódia é, na verdade, audiência de apresentação, “[...] porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.”.

O instrumento que se convencionou chamar de audiência de custódia inicialmente estava previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratados internacionais internalizados no Brasil, respectivamente, em 06 de julho de 1992 por meio do Decreto nº. 592 e em 06 de novembro de 1992 mediante o Decreto nº. 678.

O artigo 7º, que trata do direito à liberdade pessoal, em seu item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, prevê que:

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

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. (OEA, 1969).

De igual forma, o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas também dispõe que toda a pessoa presa deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

Muito embora a audiência de custódia, portanto, integrasse o ordenamento jurídico brasileiro desde a internalização dos tratados internacionais acima mencionados, a sistemática adotada para o controle da legalidade da prisão pela autoridade judicial consistia no simples encaminhamento do auto de prisão em flagrante, oportunidade em que o juiz analisava, burocraticamente, a sua legalidade e a necessidade de manutenção da custódia cautelar, sem nenhum contato pessoal com o preso.

Assim, é possível concluir que a legislação interna brasileira prevê um procedimento bem afastado daquele celebrado nos acordos internacionais, configurando a inobservância das determinações impostas pelos tratados cujas cláusulas o Brasil se obrigou e, portanto, deve observância ao seu cumprimento.

Com efeito, passados mais de 20 anos, o Conselho Nacional de Justiça decidiu regulamentar o disposto nos tratados internacionais e, para tanto, editou a Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, a qual entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016, nos termos do seu artigo 17.

Por essa razão, pode-se dizer que a audiência de custódia, assim como nos tratados internacionais, encontra previsão no artigo 1º da Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, que resolve:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (BRASIL, CNJ, 2015).

De outra parte, cumpre informar que em que pese o destaque que se deu à audiência de custódia e sua realização em virtude da prisão em flagrante, é importante mencionar que a Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, determina que também deverá ser conduzido à presença da autoridade judicial o preso por mandado de prisão cautelar ou definitiva, o que significa dizer que a audiência de custódia também deverá ser realizada em razão da prisão penal, preventiva ou temporária.

Responsável por essa previsão, o artigo 13 da Resolução 213/15 dispõe que “a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.” (BRASIL, CNJ, 2015).

Por esse motivo, Renato Brasileiro, no que toca ao conceito da audiência de custódia, ensina:

Grosso modo, a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência *sem demora* após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público. (2017, p. 922-923).

No entanto, em relação às demais prisões, que não a prisão em flagrante, aparentemente a audiência de custódia não atingirá a sua dupla finalidade já mencionada, mas somente aquela consistente em proteger a integridade física e psíquica do custodiado. Isso porque, em regra, o magistrado não verificará a legalidade ou necessidade das prisões ordenadas por mandado.

Nesse sentido, Masson et al explica:

[...] Diversamente, a resolução não é explícita sobre a(s) finalidade(s) da audiência de custódia do preso por mandado de prisão temporária, preventiva ou mesmo definitiva (por condenação criminal transitada em julgado). Contudo, em nossa ótica, por via de regra, em tais casos o ato terá como finalidade única (protetiva) a preservação da integridade física do preso, sendo inconcebível ingresse o magistrado da audiência no mérito da necessidade da prisão por mandado, a fim de revogá-la. (2016, s/p/).

Analisando esse contexto, apresenta-se ilógico cogitar que o magistrado responsável por decretar a prisão temporária ou preventiva, considerando o perigo de liberdade do agente, ao realizar a audiência de custódia revogará a sua própria decisão. Ademais, ainda que o ato seja realizado por um magistrado diverso do que decretou a prisão, não parece razoável que aquele revogue a decisão do outro, visto que sequer terá conhecimento do caso concreto. Aliás, ressalte-se que os magistrados, neste caso, encontram-se no mesmo plano hierárquico, sendo, portanto, incompetente para revisar a referida decisão. Por fim, mostra-se ainda mais inconcebível que, na hipótese do cumprimento de mandado de prisão em virtude de uma condenação criminal definitiva, o juiz responsável pela audiência de custódia rescinda a coisa julgada e conceda liberdade ao conduzido (MASSON, 2016, s/p/).

Por todo exposto, pode-se dizer que a audiência de custódia é a garantia de o preso ser apresentado pessoalmente à autoridade judiciária, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para que seja realizado o controle judicial da prisão em flagrante, bem como a proteção à integridade física do conduzido, sendo esta a única finalidade que se pode alcançar nas hipóteses de prisões ordenadas por mandado.

2. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Após a edição e publicação da Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, muito se questionou sobre a possibilidade de a audiência de custódia ter sido regulamentada por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, que consiste em um ato administrativo e, como se não bastasse, editado por um órgão

totalmente alheio ao Poder Legislativo da União, a quem a Constituição Federal atribuiu competência privativa para legislar sobre direito processual (artigo 22, inciso I).

Nesse ponto, destaca-se que, quanto à Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, especificamente, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5448, pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), porém o relator Ministro Dias Toffoli negou seguimento à ação por ausência de legitimidade ativa, visto que a referida associação representa apenas uma parte da categoria profissional – pois é estadual –, e o ato impugnado causa repercussão na magistratura nacional (BRASIL, STF, 2016).

No entanto, ressalte-se que, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) questionou a constitucionalidade do Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da audiência de custódia sob o fundamento de que ela já estava prevista no ordenamento jurídico brasileiro por força dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e o provimento somente a regulamentou, não inovando, portanto, na ordem jurídica (BRASIL, STF, 2015).

Posto isto, pode-se concluir que o guardião da Constituição, se questionado, certamente, invocando as mesmas razões, decidirá pela constitucionalidade da Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça.

Aproveitando o ensejo, saliente-se, ainda, que no ano de 2015 o Partido Socialista e Liberdade ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 requerendo que a Suprema Corte reconhecesse que o sistema penitenciário brasileiro, da maneira em que se encontra, viola preceitos fundamentais da Constituição Cidadã, sobretudo os direitos fundamentais dos presos.

Na referida ação, o autor requereu, entre as medidas a serem tomadas, que o Pretório Excelso ordenasse a realização da audiência de custódia em todos os estados da federação. Por essa razão, ao julgar a providência cautelar requerida na mencionada ação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a observância obrigatória da audiência de custódia em todo o território nacional, determinando que os juízes e tribunais brasileiros, no prazo

máximo de 90 dias, passassem a realizar o instrumento que permite a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas (BRASIL, STF, 2015).

Por fim, nessa oportunidade, cabe ressaltar que há dois projetos de lei que visam regulamentar a realização das audiências de custódia, sendo um oriundo do Senado Federal (Projeto de lei nº. 554, de 2011) e outro da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº. 7,871, de 2014).

Pelo exposto, conclui-se pela constitucionalidade e obrigatoriedade da audiência de custódia em todo o território nacional, visto que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à possibilidade de um ato interno e, portanto, administrativo, regulamentar uma norma existente em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e internalizados na ordem jurídica brasileira, sem que se caracterize usurpação da competência de legislar sobre direito processual conferida pela Constituição Federal ao Congresso Nacional.

3. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Considerando que a audiência de custódia teve como nascedouro os tratados internacionais, sobretudo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), mostra-se interessante realizar uma breve abordagem sobre alguns aspectos concernentes à referida convenção, o que tornará possível entender o motivo pelo qual o Brasil está obrigado a realizar a audiência de custódia.

Inicialmente, cumpre destacar que a Convenção de Viena, responsável por tratar do direito dos tratados, em seu artigo 26, estabelece “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” (1969).

Dessa forma, é certo que os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa fé regem as relações do Direito Internacional Público, razão pela qual o Estado que celebrou o tratado fica obrigado àquilo que foi pactuado e deve, por conseguinte, cumpri-lo de boa fé.

Considerando a referida previsão constante na Convenção de Viena de 1969, a qual, a propósito, também foi ratificada pelo Brasil e internalizada no sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, surge o questionamento de como

o país deixou de cumprir uma cláusula constante em um tratado internacional que foi ratificado e internalizado há mais de duas décadas.

Nesse ponto, é prudente informar que a única maneira possível de o país signatário de um tratado deixar de cumprir alguma de suas cláusulas é no caso de ter sido realizada alguma reserva àquela. Para melhor compreensão, consoante dispõe o artigo 2º, § 1º, alínea “d”, da Convenção de Viena, a reserva consiste em:

[...] uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

Assim, quanto ao instituto da reserva, Mazzuoli explica:

É dizer, o intento do Estado contratante quando faz reservas ao tratado, constitui-se em uma proposta de modificação das relações deste Estado com os outros Estados-partes, no que toca ao conteúdo objeto da reserva, de maneira que, nas relações entre o Estado reservante e os demais, as disposições das reservas são como se não existissem. (2014, p. 258).

Diante disso, conclui-se que a reserva é o mecanismo que possibilita ao Estado celebrar um tratado internacional e não ficar obrigado a cumprir a disposição reservada, sem sofrer qualquer responsabilização internacional por isso.

Assim, é certo que o Brasil somente poderia ter deixado de cumprir o previsto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se tivesse realizado reserva a essa disposição, o que, no entanto, não ocorreu.

Outro ponto interessante constante na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que legitima ainda mais a Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça é a disposição do artigo 2º:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (OEA, 1969).

Analisando o dispositivo transcrito, conclui-se que, objetivando a efetivação dos direitos humanos consagrados na Convenção, o Estado-parte deverá adotar as medidas necessárias para tanto, sejam elas legislativas ou de outra natureza.

Nessa esteira, Mazzuoli et al destaca que essa norma estabelece que a proteção da pessoa é o objetivo da Convenção, de modo que não importa se os direitos nela previstos sejam protegidos por meio de lei ou de qualquer outra medida, a exemplo de atos do Poder Executivo ou do Judiciário (2013, p. 33).

Considerando que a Convenção possibilita que os sujeitos internacionais signatários ajustem seus ordenamentos jurídicos internos após a ratificação, pontua-se que:

Nesse sentido, trata-se de obrigação inescusável dos Estados, a partir do momento em que se tornam partes na Convenção Americana, a de adotar, no âmbito do seu direito interno, todas as medidas necessárias para garantir os direitos e liberdades nela consagrados. Em outras palavras, os Estados-partes na Convenção têm o dever jurídico de *adequar* todo o seu direito interno às disposições convencionais que aceitaram quando da ratificação da Convenção. (MAZZUOLI et al, 2013, p. 33-34).

Como se não bastasse o conteúdo exposto até o momento, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos integra o ordenamento jurídico brasileiro e possui *status* de norma supralegal, conforme a entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal quando provocado a se manifestar sobre a possibilidade da prisão civil do depositário infiel.

Portanto, pode-se concluir que o referido tratado internacional, hierarquicamente, encontra-se abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis ordinárias e complementares.

Destarte, considerando que o Pacto de São José da Costa Rica possui *status* de norma supralegal, as disposições da legislação interna que lhe forem contrárias devem ser revogadas para que sejam efetivados os direitos humanos que ele busca resguardar. Dessa forma, resta claro que o procedimento consistente no puro e simples encaminhamento do auto de prisão em flagrante para que o juiz realize o controle judicial da prisão, adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, mostra-se totalmente oposto ao pretendido pela Convenção, que, como visto, determina a apresentação, sem demora, da pessoa presa à autoridade judiciária competente.

Nota-se, ainda, que à época em que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi internalizada no Brasil ainda não havia a previsão do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual foi incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, que possibilita que um tratado internacional sobre direitos humanos integre a ordem jurídica brasileira com força de uma emenda à Constituição, se preenchidos os requisitos de votação previstos na referida norma constitucional. No entanto, nada impede que o referido tratado internacional seja submetido a este procedimento.

4. DA (IM)POSSIBILIDADE DE INICIAR A ATIVIDADE PROBATÓRIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Infere-se da determinação constante no artigo 1º, *caput*, da Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, que na audiência de custódia a autoridade judiciária, assim como o representante do Ministério Público e a defesa técnica, somente poderá perquirir sobre questões relacionadas à prisão, sem qualquer alusão ao mérito dos fatos.

Nesse sentido, tem-se também a disposição do § 1º, do artigo 8º, da mencionada resolução:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, **devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação**, permitindo-lhes, em seguida, requerer: [...] (BRASIL, CNJ, 2015). (Grifos apostos).

Na mesma linha é a previsão proposta para o § 7º do artigo 306 do Código de Processo Penal, criada no projeto de lei do Senado nº. 554/11:

§ 7º A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado (BRASIL, Senado Federal, 2011).

Considerando o comando das disposições acima descritas, Rosa et al leciona que:

Essa entrevista não deve se prestar para análise do objeto da imputação (leia-se, autoria, materialidade e culpabilidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do artigo 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, a fiança. (2015, s/p/).

No entanto, não se apresenta razoável estabelecer esse limite cognitivo para a realização das audiências de custódia, visto que a possibilidade de se iniciar a discussão do mérito não geraria qualquer prejuízo ao conduzido.

Nesse sentido, deve-se ter presente que a audiência de custódia somente será realizada na presença do representante do Ministério Público e do responsável pela defesa técnica (advogado constituído ou Defensor Público), instalando, assim, o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionalmente asseguradas.

Ademais, é certo que, como no interrogatório realizado atualmente, o magistrado proferiria a advertência ao investigado sobre a possibilidade de permanecer em silêncio, nos termos do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, pois, a propósito, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Um dos maiores estudiosos do tema, Caio Paiva, após defender a posição contrária, chegou à conclusão de que as audiências de custódia deveriam, sim, permitir a atividade probatória. O ilustre professor atentou-se ao fato de que os tratados internacionais discutidos ao longo desse trabalho, bem como as legislações e as doutrinas processuais penais dos demais países, não fixam nenhum limite cognitivo na audiência de custódia (2016, s/p/).

Aqueles que se posicionam contrariamente à discussão do mérito na audiência de custódia invocam que seria um retrocesso se o interrogatório, que recentemente passou a ser o último ato da instrução criminal, voltasse a ser o primeiro.

No entanto, tal tese não merece prosperar, visto que o interrogatório e as manifestações das testemunhas e da vítima serão provisórias em virtude da situação de flagrância, o que permite a ratificação ou retificação em juízo em momento posterior. Ademais, há de se ter presente que o investigado, quando interrogado em solo policial, pode dar sua versão sobre os fatos mesmo que esteja somente na presença da autoridade

policial, motivo pelo qual, com muita mais razão, deve-se admitir que o investigado, caso queira, discorra sobre o mérito dos fatos, pois estará na presença da autoridade judicial, do representante do Ministério Público e de seu advogado (PAIVA, 2016, s/p/).

Outro argumento utilizado por quem é contrário a essa possibilidade é a ausência de contraditório na fase investigativa. No entanto, como já foi ressaltado, na ocasião da audiência de custódia não resta dúvida de que se instala o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, Caio Paiva defende:

[...] embora realizada como regra na fase investigativa, a audiência de custódia não pode ser considerada ato ou instrumento de investigação, pois a partir do momento em que o auto de prisão em flagrante é judicializado, a prisão imediatamente adquire a natureza de ato processual, incidindo normalmente as garantias da ampla defesa e do contraditório. (2016, s/p/).

Ante o exposto, considerando todos os esforços empreendidos para a condução do preso à autoridade judiciária competente, deveria ser admitida a utilização da audiência de custódia para que, além de atingir a sua dupla finalidade, o juiz pudesse iniciar a instrução criminal, visto que, obrigatoriamente, o conduzido estará assistido pela defesa técnica e, conseqüentemente, acobertado pelo manto do contraditório e da ampla defesa.

5. DA (IM)POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA

O texto inicial do projeto de lei do Senado nº. 554, de 2011, sofreu algumas emendas substitutivas e, entre elas, está a previsão da realização da audiência de custódia por meio de sistema de videoconferência.

Com efeito, foi proposta a inclusão do § 11 no artigo 306 do Código de Processo Penal, que passará a ter a seguinte redação em caso de aprovação do referido projeto de lei:

§ 11. Excepcionalmente, por decisão fundamentada do juiz competente e ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio de sistema de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de som e imagem em tempo real, respeitado o prazo estipulado no § 10. (BRASIL, Senado Federal, 2011).

A possibilidade de realizar a audiência de custódia por sistema de videoconferência dividiu os estudiosos do tema e, portanto, uns entendem perfeitamente possível enquanto outros criticam a medida e se posicionam contrariamente.

Há doutrinadores que defendem a inviabilidade de se realizar a audiência de custódia por intermédio de videoconferência, invocando o fundamento de que essa prática causaria a desumanização do processo penal, o que vai de encontro com o objetivo desse instrumento processual, além de ser praticamente impossível que o magistrado detecte eventuais práticas de maus tratos ou de tortura. Nesse diapasão:

Acrescentando-se a distância e a “assepsia” geradas pela virtualidade, corremos o risco de ver a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Estaremos potencializando o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do eu, impedindo o avanço e evolução que se deseja com a mudança legislativa. A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura, em seu art. 7.5, que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, *à presença de um juiz*. Por mais esforço que se faça, existe um limite semântico que não permite uma interpretação tal que equipare *presença* com *ausência*... (LOPES JR. et al, 2014, p. 22).

Em contrapartida, os defensores da possibilidade da realização da audiência de custódia por meio de sistema videoconferência sustentam que, se presentes os requisitos constantes no § 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal, nada impede a utilização do instrumento tecnológico, considerando que ocorrerá somente em caso de excepcionalidade e com fundamentação do magistrado competente. Nesse sentido, o ilustre doutrinador Renato Brasileiro ensina:

A nosso juízo, se presente uma das hipóteses listadas nos diversos incisos do § 2º do art. 185 do CPP, é perfeitamente possível que esta apresentação ocorra por meio de sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que seja possível constatar a plena observância dos direitos fundamentais do preso. Nesse caso, o preso e a autoridade judiciária deverão estar, preferencial e simultaneamente, em estabelecimentos sob administração do Poder Judiciário, assegurando-se a presença, na localidade onde se encontrar o preso, de defensor constituído, público ou dativo, à semelhança do que ocorre no interrogatório judicial por videoconferência (CPP, art. 185, § 5º). (2017, p. 925).

Ademais, há de se ter presente que, segundo Rosa et al, a audiência de custódia nos estados americanos é realizada por videoconferência. Assim, considerando a possibilidade do responsável pela defesa técnica (advogado constituído ou Defensor Público) estar na

sala da audiência de custódia e também participar do ato, podendo inclusive ter um no mesmo lugar em que o conduzido se encontra e outro na sala da audiência ao lado do magistrado e do *Parquet*, apresenta-se factível a audiência de custódia por videoconferência como exceção, desde que asseguradas as devidas garantias (2015, s/p/).

Embora o projeto de lei do Senado ainda não tenha sido aprovado e, por isso, não tenha força de lei, já é possível detectar a divergência de entendimentos dos tribunais brasileiros. Isso porque, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região manifestou-se contrariamente à utilização da videoconferência como forma de realizar a audiência, enquanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já realizou audiência de custódia utilizando-se do mencionado sistema. Nesse ponto, é interessante realizar a análise dos argumentos utilizados nas distintas manifestações dos tribunais.

Em acesso à notícia veiculada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tornou-se possível entender que, segundo um dos magistrados responsáveis pela presidência da audiência de custódia acima referida:

O texto 554/2011, aprovado pelo plenário do Senado, prevê a realização da audiência de custódia por videoconferência em casos em que o deslocamento de presos ocasiona transtornos para o Estado. Nesta terça, 2 de maio, nove ônibus e dois caminhões foram incendiados em uma guerra entre traficantes que bloqueou a Avenida Brasil e a Rodovia Washington Luiz, duas das principais vias de acesso à cidade. Diante de tal situação, e com anuência do Ministério Público e das defesas, foi convencionada a realização da audiência de custódia através de videoconferência (BRASIL, TJRJ, 2017).

Contrário a esse posicionamento, o desembargador federal Paulo Fontes, no julgamento do *habeas corpus* nº. 0010089-04.2016.4.03.0000/SP, relaxou a prisão, considerada ilegal, de dois indivíduos presos em flagrante por terem, em tese, praticado o delito de moeda falsa, em razão de a audiência de custódia ter sido realizada por sistema de videoconferência.

O respeitável desembargador decidiu pelo relaxamento da prisão fundamentando que não há previsão na Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, de realização da audiência de custódia utilizando-se do meio tecnológico consistente em videoconferência, o que acabaria por distorcer o sentido do ato, uma vez que impede o contato pessoal entre o preso e o juiz, o que possibilita uma melhor análise sobre a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção.

Entretanto, analisando ambas as posições, a conclusão a que se chega é de que se apresenta plausível a utilização do sistema de videoconferência para realização da audiência de custódia, uma vez que o instrumento tecnológico não será a regra, mas tão somente a exceção, visto que será utilizada quando presente uma das situações catalogadas no artigo 185, § 2º, do Código de Processo Penal. Sendo assim, será utilizado em casos de extrema necessidade e por decisão devidamente fundamentada pelo juiz, sem gerar qualquer prejuízo ao preso.

É evidente que a utilização do sistema de videoconferência é extremamente necessária em casos de agentes delituosos que representam um alto grau de periculosidade para a sociedade, de forma a impedir que eles transitem no meio social, ainda que escoltados por funcionários da segurança pública ou da administração penitenciária.

Ademais, ao mesmo tempo, a videoconferência poderá servir também como proteção à integridade física do preso nas situações de crimes que causam comoção social, o que, na grande maioria das vezes, ocasiona linchamentos e agressões por parte dos populares.

Além disso, a audiência de custódia por videoconferência evitaria transtornos causados pela insuficiência de viaturas para realizar o transporte e a escolta do preso até o fórum local, assim como representaria redução de gastos do poder público.

É nítido que a insuficiência de viaturas, ou até mesmo de servidores da Secretaria da Administração Penitenciária ou da Secretaria da Segurança Pública para a escolta do preso, poderá acarretar prejuízos a este nos casos em que não for possível conduzi-lo à presença do juiz dentro do exíguo prazo estipulado na Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça.

Diante disso, é certo que a melhor opção, sem sombra de dúvidas, é o preso ter o contato com juiz, ainda que por sistema de videoconferência, do que não ser possível a sua apresentação.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, pode-se concluir que a audiência de custódia, cuja importância nesse trabalho se destacou, representa um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no campo de Direitos Humanos, pois, entre seus principais objetivos,

busca-se a amenização e erradicação dos casos de tortura e maus tratos eventualmente cometidos no momento da efetivação da prisão.

Aproveitando a oportunidade, destaca-se que o estudo realizado neste trabalho permitiu concluir que, embora regulamentada pela Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia revela-se constitucional, visto que integra o ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1992, quando o Brasil internalizou a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional que possui *status* de norma supralegal.

Desta feita, não há que se falar em inconstitucionalidade da audiência de custódia ao considerar que este instituto já estava previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é país signatário e foi apenas regulamentada pela resolução.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da providência cautelar requerida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, reconheceu a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, enquanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, promovida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) contra o Provimento Conjunto 03/2015, o Pretório Excelso manifestou-se favoravelmente à constitucionalidade do referido instituto por ter o Provimento tão somente disciplinado a norma que já constava nos tratados internacionais cujas cláusulas o Brasil se obrigou, não tendo, portanto, inovado na ordem jurídica.

Frise-se que essas decisões foram, inclusive, utilizadas como fundamento para a edição da Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, o que leva a crer que o Pretório Excelso decidiria no mesmo sentido em eventual questionamento da constitucionalidade da referida resolução.

No mais, o presente trabalho mostrou ainda que não há nenhum óbice à realização da atividade probatória na ocasião da audiência de custódia. Isso porque, buscando a máxima eficiência dos processos judiciais e desafogar o Poder Judiciário, na audiência de custódia o magistrado poderia, além de realizar o controle de legalidade da prisão, adiantar o mérito da causa, tudo sob o manto dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além do direito do suposto infrator de permanecer em silêncio.

Além disso, há diversas decisões previstas no Código de Processo Penal que, para serem tomadas pelo magistrado, exigem a sua manifestação sobre o mérito da causa, a

exemplo da decretação da prisão preventiva – que, segundo o comando do artigo 312, *caput, in fine*, somente será possível diante da existência de prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria – e da aplicação de medida cautelar diversa da prisão, que, nos termos do artigo 282, inciso II, necessita do conhecimento sobre as circunstâncias do fato para que se verifique a adequabilidade da medida.

Por fim, conclui-se, também, que é perfeitamente possível a realização da audiência de custódia por sistema de videoconferência, desde que, diante da presença dos requisitos constantes no § 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal, haja decisão devidamente fundamentada pelo magistrado da custódia.

Diante de todos os pontos expostos no presente trabalho, conclui-se pela obrigatoriedade da realização das audiências de custódia em todo o território nacional, sendo necessário, todavia, os ajustes sugeridos nessa oportunidade para que se torne um instrumento processual eficaz e adequado à realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

_____, Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Promulga a Convenção de Viena sobre direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em 17 jul. 2017.

_____, Senado Federal. *Projeto de lei do senado nº 554, de 2011*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº. 5240/SP*. Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Negado seguimento a ADI que questionava regulamentação de audiências de custódia*. Brasília, 05 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309427>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário*. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385&caixaBusca=N>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Tribunal realiza audiência de custódia de 40 presos na Cidade Alta*. 03 de maio de 2017. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/ca/cluster/-/noticias/visualizar/44523>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

_____, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Habeas corpus n.º. 0010089-04.2016.4.03.0000/SP*. Relator: Desembargador Federal PAULO FONTES, Quinta Turma, julgado em 31/08/16. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5429167>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: Revista Liberdades, nº 17, p. 11-23, setembro/dezembro de 2014.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?* 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OEA, Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 4 jul. 2017.

PAIVA, Caio. *Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória*. 16 de agosto de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

_____, Caio. *Na série “audiência de custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades*. 3 de março de 2015. Disponível em: < <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JR, Aury. *O difícil caminho da audiência de custódia*. 09 de maio de 2015. Disponível em: < <http://emporiiodireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lopes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.