

Audiência de Custódia e as Consequências de sua Não Realização*

Mauro Fonseca Andrade

Promotor de Justiça/RS

Dia desses, o Centro de Apoio Operacional Criminal da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, em sua atenta atuação, enviou um e-mail a todos os membros do Ministério Público gaúcho, dando conta das “chamadas audiências de custódia” e do destaque que elas vêm recebendo em diversos sites jurídicos (E-mail Circular 03/2015/CAOCRIM). Na mesma correspondência eletrônica, aquele Centro também enviou o resultado de um estudo preliminar, fruto de consulta a ele encaminhada.

Alguns colegas foram tomados de surpresa com a existência do referido instituto – *audiência de custódia* – e com a forma díspar como ele vem sendo tratado por vários Tribunais de nosso país. No material fornecido pelo CAOCRIM, a confusão jurisprudencial saltava aos olhos: ao passo que o acórdão de um Tribunal de Justiça entendia pela desnecessidade de realização daquela audiência, um segundo acórdão, de outro Tribunal de Justiça, assumiu posição diametralmente oposta, chegando ao ponto de relaxar a prisão preventiva decretada na fase de investigação, sob o fundamento de que aquele mesmo ato seria imprescindível nas hipóteses em que houvesse prisão em flagrante. Mas, afinal, que instituto é esse, e quais as consequências de sua não realização na fase de investigação?

Não há como negar que a audiência de custódia era uma ilustre desconhecida em nosso país, ao menos até o ano de 2011, quando foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº 554. E, outra vez, a exemplo do que ocorreu com a reforma do Código de Processo Penal operada também em 2011, fomos todos pegos de surpresa, pondo em evidência a fragilidade de nossa instituição no acompanhamento de temas legislativos de interesse de quem tem o dever constitucional de representar a sociedade em matéria criminal.

Pois bem; o instituto chamado *audiência de custódia* está previsto – mas não com este nome – em diversos tratados e convenções internacionais, tais como, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da

* Artigo publicado na intranet do site da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 10 de fevereiro de 2015.

Costa Rica (1969). Em termos simples, esta audiência diz respeito à obrigação, assumida pelos países signatários dos tratados e convenções onde ela se faz presente, de conduzirem toda pessoa presa ou detida, sem demora, a um juiz ou outra autoridade que exerça funções judiciais¹. Seu objetivo é permitir que, logo após a prisão ou detenção, sejam analisados os motivos e a legalidade da privação de liberdade realizada, a ocorrência de tortura ou maus-tratos pelas autoridades responsáveis pela prisão/detenção e a (des)necessidade de manutenção da privação da liberdade.

O Brasil ratificou os dois últimos pactos no ano de 1992, mas, contraditoriamente, pouco ou nenhum esforço houve para que a obrigatoriedade daquela apresentação fosse, de fato, internalizada em nossa prática processual penal. Quiçá o primeiro intento haja sido uma tímida iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sua Corregedoria-Geral de Justiça expedido o Ofício-Circular nº 033/03-CGJ, de 02 de abril de 2003, *lembrando* – isso mesmo, uma comunicação oficial para *lembrar* ... – os magistrados do Rio Grande do Sul sobre o conteúdo do artigo 7,5 do Pacto de San José da Costa Rica². Resultado disso foi que alguns juízes do Serviço Judicial Permanente do Plantão da Comarca de Porto Alegre passaram a exigir que a autoridade policial apresentasse os sujeitos presos em flagrante juntamente com os respectivos autos, mas essa prática não durou por muito tempo, fruto dos justificados reclames vindos da polícia judiciária, apontando a falta de estrutura material e de pessoal para a realização das constantes idas e vindas que essa apresentação exigia.

Apesar desse ato isolado, o tema *audiência de custódia* passou a ser verdadeiramente debatido a partir da proposição daquele projeto de lei, que foi resultado da confluência de esforços do Ministério da Justiça e de diversas instituições ligada à proteção dos direitos humanos. Entretanto, o tema passou a *fervilhar* a partir de 2014, com o aparecimento de diversas decisões nos mais diversos Tribunais Estaduais e Federais do país, fruto de uma atuação contundente das Defensorias Públicas do Estado de São Paulo e da União. A tal ponto chegou esse debate, que a Defensoria Pública da União, com atuação na Seção Judiciária do Amazonas, ajuizou ação civil pública, como forma de obrigar a União a realizar aquela audiência em todo o país³. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Maranhão emitiu nada menos que dois provimentos para regular aquela audiência na capital de seu Estado⁴, mas recuou

¹ Artigo 5,3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; artigo 9,3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e artigo 7,5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

² Publicado no Diário Oficial da Justiça, em data de 08 de abril de 2003.

³ Processo nº 8837-91.2014.4.01.3200, 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas.

⁴ Provimento nº 23/2014, publicado em 19 de novembro de 2014; e Provimento nº 21/2014, publicado em 24 de novembro de 2014.

posteriormente, revogando a regulamentação proposta, sob a justificativa de que estaria “ultimando os estudos para melhor disciplinamento da matéria ali tratada”⁵.

Provavelmente buscando evitar que, enquanto não fosse aprovado o PLS nº 554, de 2011, cada Tribunal do país regulamentasse – de forma individual – o rito a ser implantado para a audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, deram início, em 06 de fevereiro de 2015, a um projeto de implantação gradual daquele ato em todas as comarcas e juízos criminais daquele Estado⁶.

Como se vê, muita gente já *se mexeu* em relação a este tema, e só nós é que ficamos parados, apesar de já havermos feito o alerta há mais de ano. Pior que isso, pedidos de nulidade já começam a bater às portas dos juízos de 1º e 2º grau, mas, em nível nacional, a desinformação do Ministério Público sobre o tema é nada menos que constrangedora.

E aí surge uma importante questão: se, até agora, sequer sabíamos do que se tratava essa *tal audiência*, como ficam os processos em que ela não ocorreu, e com base em que vamos nos manifestar nos pedidos que versem sobre ela?

Para começar a encontrar alguma luz nessa discussão, é preciso que relembremos quais são os objetivos da audiência de custódia, referidos não só nas decisões dos tribunais internacionais, mas também, na própria justificativa apresentada no PLS nº 554. Lá veremos que esta apresentação da pessoa presa ou detida se presta a resguardar sua integridade física e psíquica, a analisar a legalidade da prisão e de sua formalização, bem como, a averiguar a (des)necessidade de decreto de alguma medida cautelar pessoal.

Por outro lado, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos tem se posicionado de forma uníssona pela incidência do princípio da imediação/imediatividade nesse ato (contato pessoal do juiz com quem irá prestar depoimento)⁷, com isso deixando claro que, para se alcançar o respeito a este princípio, não basta a simples comunicação da prisão ao juiz ou a remessa do auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário, tal como ocorre no direito brasileiro⁸. Ou seja, a apresentação é pessoal

⁵ Provimento nº 23/2014, publicado em 04 de dezembro de 2014.

⁶ Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral de Justiça, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 27 de janeiro de 2015.

⁷ CIDH, Caso Tibi vs. Equador, § 118, Sentença de 07 de setembro de 2004. CIDH, Caso Acosta Calderón vs. Equador, § 78, Sentença de 24 de junho de 2005.

⁸ CIDH, Caso Tibi vs. Equador, § 118, Sentença de 07 de setembro de 2004. No mesmo sentido: CIDH, Caso Acosta Calderón vs. Equador, § 77, Sentença de 24 de julho de 2005. CIDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, § 221, Sentença de 22 de novembro de 2005.

mesmo, o que faz a jurisprudência das Cortes internacionais ser muito clara ao se posicionar sobre as implicações advindas da não realização da audiência de custódia.

Tanto para a Corte Interamericana dos Direitos Humanos como para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a não apresentação do sujeito preso ou detido ao juiz acarretaria **somente** duas consequências, que são: a) ou se procede à sua apresentação imediata ao juiz, esteja a investigação ou o processo na fase em que estiver; e b) ou se procede à pronta colocação em liberdade daquele sujeito⁹. Contudo, não nos parece acertada a *importação*, pura e simples, de ambas as consequências ao direito brasileiro, sem não antes analisar cada caso em concreto.

Na nossa forma de ver, o ponto primeiro a ser observado diz respeito à identificação do momento em que se encontra a persecução penal: se na fase de investigação ou já na fase processual.

Se ela ainda estiver na fase de investigação, a diretriz dada pelas Cortes internacionais pode ser aplicada de imediato, com a determinação de pronta apresentação do sujeito preso ao juiz ou sua rápida soltura. Em outros termos, a soltura não é a primeira nem a única medida a ser tomada, caso a discussão seja levada ao juízo *ad quem*, com a impetração de *habeas corpus*. Ao contrário, a prioridade é que se faça respeitar o conteúdo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dando o Tribunal prioridade para a apresentação do sujeito preso ao juiz. Somente em não havendo essa possibilidade é que a soltura deverá ser a medida tomada em sequência.

Caso já se tenha ingressado na fase processual – portanto, após o oferecimento da acusação –, nunca é demais lembrar que a validade dos atos praticados ao longo da persecução penal está atrelada à satisfação de um requisito básico da teoria geral das nulidades, qual seja, a existência de prejuízo. Consequentemente, deve-se observar se o sujeito passivo da persecução penal já obteve sua liberdade sem o atrelamento a cautelares diversas da prisão.

Se esta condição houver se verificado – obtenção da liberdade sem restrições –, nenhum prejuízo haveria atingido as pretensões defensivas, visto ter sido alcançado um dos objetivos da audiência de custódia, que é a análise da necessidade, ou não, de manutenção da prisão do sujeito passivo. Note-se que os reflexos da não realização da audiência de custódia estão todos direcionados ao *status libertatis* do sujeito, nenhuma mácula sendo apontada pelas Cortes internacionais quanto à

⁹ CIDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, § 84, Sentença de 07 de junho de 2003. CIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, § 129, Sentença de 18 de setembro de 2003. CIDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, § 73, Sentença de 27 de novembro de 2003. CIDH, Caso Los Hermanos Paquiyauri vs. Peru, § 95, Sentença de 07 de julho de 2004. CIDH, Caso Tibi vs. Equador, § 118, Sentença de 07 de setembro de 2004. CIDH, Caso Acosta Calderón vs. Equador, § 77, Sentença de 24 de junho de 2005. CIDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, § 219, Sentença de 22 de novembro de 2005. TEDH, Caso Kurt vs. Turquia, § 122-124, Sentença de 25 de maio de 1988. TEDH, Caso Brogan e outros vs. Inglaterra, § 58-59, 61-62, Sentença de 29 de novembro de 1988.

validade dos atos praticados na fase de investigação ou na fase processual, em virtude da ausência daquela audiência.

Em havendo sido decretada a prisão preventiva do sujeito preso em flagrante ou mesmo decretada alguma cautelar diversa da prisão, nova divisão deve ser feita nos processos onde for invocada a nulidade por não haver ocorrido aquela audiência. Nesta fase da persecução penal, entendemos que o *ponto de corte* deve ser feito entre os processos em que já houve o interrogatório do acusado, e aqueles em que este ato ainda não foi realizado.

A verificação da ocorrência do interrogatório é de fundamental importância, pois a audiência de custódia presta-se, entre outras finalidades, a permitir o contato direto do sujeito preso ou detido com o juiz, para que, a partir do aludido contato pessoal (princípio da imediação/imediatidade), possa ser tomada a melhor decisão possível (princípio da identidade física do juiz) sobre a manutenção da privação da liberdade ou imediata colocação em liberdade daquele sujeito.

Se o interrogatório ainda não ocorreu, sem maiores problemas poderá a audiência de custódia ser realizada, seja qual for a fase procedimental em que o processo se encontre. Lembremos, mais uma vez, que as Cortes internacionais não fazem qualquer restrição ao momento em que poderá ser suprida a ausência inicial da apresentação do preso ao juiz. Basta que essa apresentação ocorra, antes do término do processo, em lugar de tomar uma medida mais radical e simplista, que é a determinação da soltura¹⁰.

Se já houve este contato, com a superação da audiência de interrogatório, igualmente não há que se falar em nulidade da prisão preventiva em vigor, muito menos da investigação ou do próprio processo. No contato pessoal mantido com o juiz, o réu teve toda a oportunidade de manifestar não só sua versão sobre o fato pelo qual é acusado, senão também, sobre a desnecessidade de manutenção de sua privação de liberdade e eventuais maus-tratos ou tortura que sofrera quando de sua prisão em flagrante¹¹. Além do mais, não nos esqueçamos de que o juiz pode determinar a realização de novo interrogatório (artigo 196 CPP), caso entenda que os objetivos da audiência de custódia não foram plenamente atingidos no interrogatório primeiro.

Indo mais adiante, se, além do interrogatório, também a fase decisória foi superada no processo – com a prolação da sentença –, da mesma forma entendemos não haver a necessidade da anulação da prisão cautelar decretada, ante a não ocorrência da audiência de custódia. Nunca é demais lembrar que

¹⁰ TJRJ, *Habeas Corpus* nº 0064910-46.2014.8.19.0000, 6ª Câmara Criminal, rel. Des. Luiz Noronha Dantas, decisão liminar de 25-01-2015.

nossas Cortes podem, muito bem, realizar esta audiência, ainda que o processo esteja em grau de apelação. Que o diga o artigo 616 do CPP, que autoriza os Tribunais a realizarem novo interrogatório do acusado, caso assim o desejarem. Estar-se-ia, desta forma, acolhendo, justamente, uma das alternativas propostas pela CIDH e pelo TEDH, que é a imediata apresentação do preso a um juiz.

Essa soma de fatores não nos permite ver, como possível, o acolhimento de eventual alegação de nulidade de uma prisão cautelar e, muito menos, de uma investigação ou mesmo de um processo, sob o fundamento da não realização da audiência de custódia. Em realidade, o que se deve priorizar é a colocação do sujeito passivo da persecução penal o mais rápido possível na presença de um juiz. Se, por ventura, esse contato pessoal já ocorreu em algum momento do processo, em pleno vazio cai a sustentação de ocorrência de nulidade, seja em razão da ausência de prejuízo, seja por observância da diretriz jurisprudencial traçada pelas Cortes internacionais que vêm construindo a aplicabilidade e respeito a este direito.

O questionamento que se poderia fazer é: mas, então, quando é que se pode dar a imediata colocação em liberdade do sujeito passivo da persecução penal, tal como também autorizam as Cortes internacionais?

Na nossa forma de ver, a concessão de liberdade somente teria incidência quando verificada, de pronto, a inviabilidade da apresentação imediata ao juiz. Isso ocorreria naquelas situações em que a vara criminal onde tramita o processo ou investigação criminal estiver desprovida de juiz titular, e o acesso a ela, por parte do juiz substituto, não puder ocorrer em prazo igual ou inferior a 24 horas. O mesmo ocorreria quando o sujeito preso preventivamente estiver em comarca distante daquela onde tramita seu processo, e não há como ele ser colocado à frente do juiz neste mesmo prazo.

Não estamos, aqui, propondo a admissão do prazo de 24 horas como o correto para a realização da audiência de custódia como um todo. Ao contrário, já tivemos oportunidade de nos manifestarmos contrários a ele, nos termos como propostos pelo PSL nº 554, de 2011, bem como, pelas resoluções e decisões judiciais que estão a surgir pelo país.

A indicação daquele prazo figura simplesmente a título sugestivo, e para esta situação específica de não realização da audiência de custódia em seu momento próprio. Ou seja, em razão da concessão, como bem apontam as Cortes internacionais, de um segundo momento para a apresentação do preso ao juiz, é que esse prazo poderá ser mais reduzido – se comparado àquele primeiramente estabelecido –, justamente por se revestir de uma situação de urgência mais significativa, se comparada à primeira.

¹¹ TJRJ, *Habeas Corpus* nº 0065351-27.2014.8.19.0000, 7ª Câmara Criminal, rela. Des. Maria Angélica Guimarães G. Guedes, julgado em 03-02-2015.

Obras Consultadas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário ao Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2009.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo *et alli*. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

RUSSO, Carlo; QUIAN, Paolo. *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la Giurisprudenza della Corte di Strasburgo*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006.