

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

(ATUALIZADO CONFORME A LEI ANTICRIME E ADI 6.299)

André Epifanio
Promotor de Justiça

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O art. 310 do Código de Processo Penal definitivamente positivou a audiência de custódia no nosso ordenamento jurídico. Determina que o juiz, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão em flagrante, deverá promover o ato, com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o promotor de justiça.

Consigne-se que a audiência de custódia já é uma prática forense, incorporada por meio de uma determinação expressa advinda do Conselho Nacional de Justiça pela Resolução n.º 213, de dezembro de 2015. Fundamentou a Resolução, primeiramente, no Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, item 5), ao dispor que: **“5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz** ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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”.

Assim, o objetivo da audiência de custódia é a de, no momento em que o flagranteado é apresentado ao juiz, **analisar se os seus direitos fundamentais estão sendo respeitados, momento em que o juiz indagará sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, será questionado sobre a ocorrência de tortura e maus tratos, verificará se houve a realização de exame de corpo de delito, dentre outras providências e, ao final, decidirá sobre o relaxamento da prisão em flagrante, pela concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão (devendo esta ser a regra, tendo em vista o princípio da presunção de inocência) e, em último caso, decidirá em audiência pela decretação de prisão preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.** Ao fim da audiência, ainda poderá adotar outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Busca o procedimento, portanto, assegurar a presença física do flagranteado ao juiz, permitindo, desde já, que já seja iniciado o direito ao contraditório, mesmo que reduzido (pois não é o momento de discussão quanto ao mérito da demanda) e, convencido o juiz, poderá o flagranteado, por meio de seus argumentos apresentados, responder imediatamente o processo em liberdade. Sem dúvida, é um instrumento que evita o encarceramento desenfreado (cultura do encarceramento), pois o contato visual com o flagranteado poderá trazer elementos mais seguros

ao juiz para a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, diferentemente de uma mera e fria análise processual sem a presença das partes e sem o exercício da dialética.

Então, conforme dito, consolidando o que já dispunha a Resolução n.º 213/2015, o art. 310 foi reconfigurado para nele fazer constar expressamente o importante instituto, já previsto no Pacto de San Jose (norma supralegal). Antes, o art. 310 era bem sucinto, ao prever que, recebidos os autos de prisão, poderia: Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Agora, **antes que o magistrado tome uma das três medidas, deverá realizar a audiência de custódia (dever jurídico processual).**

Veja:

<p>Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:</p> <p>Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do</p>	<p>Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, (OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA) fundamentadamente:</p> <p>§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código</p>
---	---

<p>caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.</p>	<p>Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.</p> <p style="text-align: center;">ACRÉSCIMOS LEGAIS:</p> <p>§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (EXPLICAÇÃO ABAIXO)</p> <p>RESPONSABILIZAÇÃO PELA NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA</p> <p>§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (EXPLICAÇÃO ABAIXO)</p> <p>ILEGALIDADE DA PRISÃO PELA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA</p> <p>§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a</p>
---	--

	ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.” (EXPLICAÇÃO ABAIXO)
--	---

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

A Lei Anticrime, neste ponto, está determinando que o juiz deverá denegar a liberdade provisória, não havendo margem de escolha, caso verifique que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito. Aqui, há uma forte e embasada crítica ao apontar que o dispositivo citado **criou uma hipótese de prisão obrigatória em face da conduta, sendo que “viola a proporcionalidade conforme diversas decisões do STF, valendo citar a ADIN 3.112.”** (ROSA e LOPES JR)

De fato, na decisão proferida em sede de controle concentrado (ADI 3.112), o Supremo Tribunal Federal consignou que:

EMENTA: (...) V- Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que **o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.** (...) (ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007)

Veja-se, portanto, que o dispositivo cria uma espécie de prisão *ex lege*, ao vedar ao flagranteado é: **a) reincidente; b) integra organização criminosa armada; c) integra milícia; d) porta arma de fogo de uso restrito.** Não há dúvidas que a sua constitucionalidade será discutida no Supremo Tribunal Federal, que analisará se a medida acima está ou não em consonância com a Constituição Federal no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade e à necessidade de individualização das condutas.

De fato, qual seria o sentido da realização da audiência de custódia nesses casos, se ao juiz não há a permissão de nenhuma margem decisória? Justificaria tão somente para

analisar se o flagranteado não foi torturado ou submetido a maus tratos. Em seguida, já deveria o juiz decretar a sua prisão preventiva, caso enquadrado em uma das hipóteses acima (reincidência, organização criminosa armada, milícia ou porte de arma de fogo de uso restrito).

Do exposto, é provável que o Supremo Tribunal Federal nos forneça uma interpretação conforme a Constituição Federal, a permitir, a depender do caso concreto, que o juiz possa deferir a liberdade provisória, caso entenda que o flagranteado não ofereça um grave risco à sociedade, mesmo sendo reincidente, por exemplo.

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

O dispositivo em comento fortalece o instituto da audiência de custódia, ao estabelecer que, se o juiz não realizá-la no prazo estabelecido (24 horas), responderá, em três esferas punitivas, pela omissão. Hoje existe uma positivação da audiência de custódia no Código de Processo Penal. Internalizou-se, assim, o disposto no Pacto de *San Jose* da Costa Rica e na Resolução n.º 213/2014 do Conselho Nacional de Justiça, sendo um direito subjetivo, sendo de observância obrigatória pelo magistrado, que **não poderá furtar-se à realização, sob pena de responder administrativa, civil e penalmente pela omissão.**

Veja que o magistrado só não responderá administrativa, civil e penalmente, caso haja motivação expressa e legítima para que não haja a realização (ex: o preso, detido em flagrante, por conta de troca de tiros com a polícia, encontra-se baleado, em coma no hospital). Os fundamentos pela não realização da audiência deverão estar devidamente registrados, para que a defesa possa contestá-lo, caso assim entenda.

Ademais, **a mera ausência da Defensoria Pública ou do Ministério Público, caso devidamente intimados, não tem o condão, sob a minha ótica, de impedir a realização do referido ato processual obrigatório**, pois trata-se de uma causa de nulidade relativa, que poderá ser apreciada em momento oportuno, caso haja efetivo prejuízo ao réu.

Claro que o ideal é que todos os agentes processuais estejam presentes, mas não há motivo idôneo para o juiz adiar o ato, caso, devidamente intimados, a DPE e o MP não

compareça. Neste caso, caso não haja justificativa plausível para a falta, caberá ao magistrado enviar para os órgãos correicionais dos respectivos órgãos.

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

Mais uma norma com o intuito de fortalecer a audiência de custódia e garantir a sua realização, ao destacar que a não realização do ato, sem motivação idônea, ensejará também na ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. Desta forma, ao lado de todos os outros requisitos constitucionais e legais para se aferir a legalidade de uma prisão em flagrante, a exemplo da nota de culpa e ciência dos direitos, comunicação à família, exame de corpo de delito, entre outros, é condição de legalidade do flagrante a realização da audiência de custódia no prazo estabelecido em lei, **cuj a não ocorrência, sem fundamentos verdadeiramente idôneos, ensejará o imediato relaxamento da prisão**. Não obstante, se, por exemplo, o flagranteado que porventura não teve o seu direito à audiência de custódia cometeu um crime grave, oferecendo riscos à sociedade, neste caso poderá o juiz decretar a prisão preventiva – o que não impede que sejam analisados os motivos pelo qual a audiência de custódia não fora realizada.

MUITO IMPORTANTE

ATENÇÃO: No dia 22 de janeiro de 2020, em decisão cautelar proferida na ADI 6.299, o Min. Luís Fux suspendeu a eficácia do parágrafo quarto supratranscrito, utilizando-se da seguinte fundamentação:

A ilegalidade da prisão como consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona

a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo (...) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material)

Ainda destacou o Ministro que a norma atacada desconsidera as dificuldades práticas locais de várias regiões do país, com destaque para a região Norte, sendo factível a realização de audiências de custódia mesmo após o prazo de 24 horas, desde que devidamente justificadas pelo magistrado. Em resumo, o dispositivo acima está suspenso e, mesmo realizada a audiência de custódia após o prazo, não tem o condão de automaticamente ensejar o relaxamento de prisão.

Avante!

André Epifanio

Promotor de Justiça