

Audiência de Custódia



A audiência de custódia consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defensoria Pública ou advogado do preso, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da continuidade da prisão em flagrante ou concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.

Sua previsão advém do artigo 5º, item 7, do Pacto de San José da Costa Rica, também chamada de Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado em 22 de novembro de 1969, cujo texto diz que *“toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”*. Referida convenção foi aprovada pelo Brasil através do Decreto n. 678/1992, ou seja, encontra-se em vigor há mais de 23 anos.

Apesar de existirem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, inserindo a audiência de custódia no Código de Processo Penal, o certo é que a mesma ainda não foi regulamentada por lei no Brasil. Isso significa que não existe uma lei estabelecendo o procedimento a ser adotado para a realização dessa audiência.

Diante desse cenário, e a fim de dar concretude à previsão da CADH, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 213/2015, determinando que todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais implantassem a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.

Ao editar a referida resolução, o Conselho Nacional de Justiça, que integra o Poder Judiciário (art. 92, inciso I-A, da CF/88), invadiu a competência legislativa do Congresso Nacional, uma vez que compete privativamente à União legislar sobre matéria processual penal (art. 22, I, da CF/88).

Com base no argumento acima, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES, ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, em face da patente incompetência do CNJ em legislar em matéria processual penal.

Segundo o Presidente da ANAMAGES, Desembargador MagidNauefLáuar, em artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo” em 3/10/2015 (<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/10/1689729-preso-deve-ser-apresentado-a-juiz-em-ate-24-horas-apos-flagrante-nao.shtml>) tais audiências foram criadas durante a Ditadura Militar, um momento histórico muito distinto do vivido hoje, ocasião em que as audiências serviam para coibir as práticas de torturas e execuções realizadas pelas forças armadas.

A seguir, um trecho do referido artigo, sobre a desnecessidade das audiências de custódia:

“Tal providência legislativa foi uma maneira de comprometer os ditadores a respeitarem os direitos humanos e, ainda, de impedir o assassinato e a tortura.

Assim, é preciso salientar que naquela época, no Brasil, grande parcela dos Delegados de Polícia não era concursada. Ou seja, não tinha formação acadêmica e nem comprovação de mérito. Daí tínhamos que a regra era o completo desrespeito dos direitos humanos.

Hoje, mais de 45 anos depois, há uma mudança completa nas situações política e jurídica no país. Temos Delegados de Polícia preparadíssimos, Ministério Público atuante e uma defensoria pública digna de todos os elogios.”

Ocorre que, da simples leitura do Pacto de São José da Costa Rica, verificamos que a pessoa detida deverá ser de ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Analisando o conceito sob a ótica do ordenamento jurídico vigente, depreende-se que o Delegado de Polícia é a autoridade autorizada e habilitada pela Constituição Federal e por diversas leis federais a exercer funções tipicamente judiciais, por exemplo, quando arbitra fiança como condição para concessão da liberdade do preso em flagrante, quando apreende um bem relacionado ao crime, quando homologa a prisão em flagrante e determina o recolhimento do conduzido à prisão ou quando promove o indiciamento, ato que se reveste das mesmas características de decisão judicial, nos termos do § 6º, do art. 2º, da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, *verbis*:

“O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

A Lei nº 12.830/2013 também estabelece regras que garantem a autonomia do Delegado de Polícia em sua atividade, tais como a exigência de despacho fundamentado com base no interesse público ou descumprimento de normas regulamentares para que o inquérito possa ser avocado (art. 2º, § 4º); a necessidade de fundamentação para que o Delegado possa ser removido de sua lotação (art. 2º, § 5º); além de lhe ser deferido o mesmo tratamento protocolar dispensado a magistrados, promotores e advogados (art. 2º, § 7º).

No mesmo sentido, várias Constituições Estaduais ratificam a natureza jurídica do cargo de Delegado de Polícia e lhe conferem independência funcional necessária ao exercício imparcial de suas funções, a exemplo do art. 44 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, alterado em 14 de agosto de 2012, que incluiu a carreira de Delegado de Polícia como sendo, para todos os fins, carreira jurídica de Estado.

O cargo de Delegado de Polícia está previsto no § 4º do art. 144 da Constituição Federal, ao qual incumbe a direção das Polícias Cíveis, sendo, portanto, o titular das funções de Polícia Judiciária e de apuração de infrações penais.

Em razão de suas funções, definidas por lei como de natureza jurídica e privativas de bacharel em Direito, o Delegado de Polícia goza de estabilidade funcional decorrentes do exercício de cargo público integrante de carreira essencial e exclusiva de Estado, sendo-lhe deferidas garantias que lhe conferem segurança jurídica e independência para atuar com imparcialidade e autonomia.

Uma das vozes pensantes a se levantar contra a audiência de custódia é o professor Guilherme de Souza Nucci, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Para ele, esse modelo “é um modismo”.

De acordo com Nucci, não há necessidade de o preso em flagrante ser apresentado a um Juiz. O Delegado de Polícia pode fazê-lo, conforme já manda o Código de Processo Penal, segundo o Desembargador. “O Delegado de Polícia, no sistema adotado pelo Brasil, é um bacharel em Direito, concursado, que conhece muito bem o Direito Penal e o Processo Penal. Para essa autoridade, segundo o CPP, deve ser o preso imediatamente apresentado”, escreveu Nucci em seu site (<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>).

Corroborando esse entendimento, o inciso LXII do art. 5º da Carta Magna estabelece que "*a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada*", não impondo, pois a apresentação imediata do preso ao juiz, que deve ser *comunicado* imediatamente.

Portanto, desde a vigência da CF/88 e do Código de Processo de Penal, toda pessoa presa em flagrante tem sua prisão comunicada e analisada pelo Poder Judiciário, logo após a análise do Delegado de Polícia e da respectiva elaboração do auto de prisão em flagrante delito, sendo assegurados todos os direitos dos presos previstos em convenções e tratados internacionais.

Da mesma forma, o inciso LXIV do art. 5º da Constituição dispõe que "*o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial*".

Percebe-se que a Constituição Federal serve ao mesmo tempo de autorização constitucional para que o Delegado de Polícia seja o primeiro a decidir sobre a prisão e garantia do preso para que tenha ciência sobre a identidade de quem o prendeu e da autoridade de polícia judiciária responsável pela análise da legalidade do ato que restringiu sua liberdade.

Também necessário salientar a recente alteração do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), alterada pela Lei 13.245 de 12/01/2016, que prevê o direito do advogado de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração apresentar razões e quesitos. Portanto, dada a importância do Inquérito Policial na persecução penal, a lei trouxe mais uma garantia ao cidadão investigado, e consequente credibilidade do procedimento policial, trazendo a efetiva participação do advogado na fase pré-processual.

Portanto, é mais racional, lógico e menos oneroso em vários sentidos ampliar as possibilidades de o Delegado de Polícia conceder fiança e até mesmo aplicar algumas medidas cautelares não sujeitas à reserva de jurisdição, logo após a prisão em flagrante. A legalidade da prisão em flagrante e demais medidas alternativas à prisão continuarão sob análise do Juiz de Direito, bem como a respectiva conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva.

Ademais, em função do princípio acusatório, é necessário um distanciamento seguro entre o julgador e os fatos incipientes da investigação, pois meras conjecturas iniciais não contrastadas com outros elementos oriundos da investigação de seguimento não raramente conduzem até a pessoa mais cautelosa a equívocos.

Adotando-se um modelo de audiência de custódia, é inevitável que o julgador cristalice um juízo acerca da conduta do preso com base exclusivamente naqueles elementos colhidos no auto de prisão em flagrante delito, sem contraponto ou cotejo com outros que confirmem ou não as conjecturas iniciais da prisão, gerando um convencimento embasado em indícios de autoria e materialidade muitas vezes iniciais, que inevitavelmente acompanharão o magistrado até a sentença.

Esse juízo de valor sobre os fatos brutos por parte do Juiz representa um retrocesso grave em termos de garantias individuais e mácula sobre os pressupostos de isenção e imparcialidade do julgador, valores inexoráveis do sistema acusatório, ao lado da separação das funções de investigar, acusar e julgar.

Daí a importância da função do Delegado de Polícia, que se assemelha àquela exercida pelo Juiz de instrução, visto que evita essa "contaminação" do Juiz julgador.

Nesse diapasão, quem conhece a sistemática procedimental da prisão em flagrante, sabe que o Delegado de Polícia não é mero homologador de prisões, porquanto faz a análise da situação sob os aspectos fáticos e jurídicos, não estando obrigado a homologar prisões ilegais ou que não estejam em situação flagrancial.

Por outro lado, uma lei obrigando a apresentação de todos os presos perante o Poder Judiciário exigiria a organização de volumosas pautas de audiência com Juiz, Ministério Público e Defensoria Pública diariamente, e não apenas nos dias úteis durante o horário de expediente, sob pena de marcante incoerência.

Se pensarmos nos milhares de municípios existentes no Brasil, a proposta de audiência de custódia se mostra totalmente impraticável, visto que em sua grande maioria conta apenas com um Delegado de Polícia, sendo esta muitas vezes a única autoridade a menos de 200 km de distância que, por dever de ofício, vai até onde se encontra o cidadão detido para analisar a legalidade de sua prisão, postura que dificilmente se verá por parte de uma comissão de audiência de custódia, visto que hoje nem mesmo um Defensor Público é disponibilizado para acompanhar um auto de prisão em flagrante.

Não é preciso grande esforço para perceber que uma lei (ou uma resolução do CNJ como ocorre hoje) com tais imposições não seria observada, criando mais uma causa de nulidade processual da prisão, que resultaria inevitavelmente no relaxamento de prisões em massa, trazendo intranquilidade social e depreciação à imagem do Poder Judiciário.

Não se olvida, ainda, que a audiência de custódia vem aumentando os gastos públicos na área de Segurança Pública, onde os recursos são escassos, exigindo a contratação de grandes efetivos policiais ou, o que é pior, o desvio dos policiais para atividades alheias às suas funções investigativas, como o transporte e a custódia de presos.

Para os Magistrados e auxiliares da Justiça não seriam insignificantes os riscos pessoais, porquanto se veriam em meio a inúmeros presos, fazendo de Fóruns verdadeiras cadeias transitórias, diante do tráfego de presos para realização de audiências de custódia, podendo ensejar tentativas de resgates violentos, notadamente em casos de integrantes de organizações criminosas, o que, por consequência, exigiria mais segurança, mais recursos e contratações, onerando ainda mais os contribuintes.

No tocante à afirmativa de que as audiências de custódia servem para apurar eventuais notícias de tortura policial, temos que o Delegado de Polícia, no momento do interrogatório, ao entrevistar o autuado, sempre o questionou acerca de possíveis abusos, dando os devidos encaminhamentos para apuração dos fatos.

Também necessário pontuar que após os primeiros meses da implantação das audiências de custódia no Estado de Mato Grosso do Sul, mais especificamente em Campo Grande, conforme informação do TJMS, nenhum auto de prisão em flagrante delito foi relaxado por ilegalidade, sendo todos homologados pelo Poder Judiciário, o que demonstra a qualidade e profissionalismo dos trabalhos da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul.

Por tudo isso, o Delegado de Polícia, titular das funções de Polícia Judiciária e de apuração de infrações penais, está inserido no conceito amplo de autoridade previsto nos tratados de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, razão pela qual se conclui que o sistema processual brasileiro não só está de acordo com os tratados internacionais como vai além e estabelece um duplo controle de legalidade da prisão em flagrante, realizado, a priori, pelo Delegado de Polícia, e a posterior, pelo Juiz de Direito.

Sobre o autor: O Dr. João Eduardo Santana Davanço é Delegado de Polícia Civil e Professor da Acadepol - PCMS. Pós-Graduado em Investigação Criminal, Ciências Penais e Direito Constitucional.