

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

DA BOA INTENÇÃO À BOA TÉCNICA

**MAURO FONSECA ANDRADE
PABLO RODRIGO ALFLEN**

ORGANIZADORES



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: **DA BOA INTENÇÃO À BOA TÉCNICA**



CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva - Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli - Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto - Secretário

Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardellotto

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

**MAURO FONSECA ANDRADE
PABLO RODRIGO ALFLEN**
ORGANIZADORES

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DA BOA INTENÇÃO À BOA TÉCNICA

FMP
Porto Alegre, 2016

© FMP 2016

CAPA

Joni Marcos Fagundes da Silva

DIAGRAMAÇÃO

Evangraf

REVISÃO DE TEXTO

Evangraf

RESPONSABILIDADE TÉCNICA

Patricia B. Moura Santos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação CIP-Brasil. Catalogação na fonte

A911 Audiência de custódia : da boa intenção à boa técnica [recurso eletrônico] / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2016.

261 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes>>
ISBN 978-85-69568-02-5

1. Processo Penal. 2. Audiência de Custódia. 3. Garantias Fundamentais. I. Andrade, Mauro Fonseca. II. Alflen, Pablo Rodrigo. III. Título.

CDU: 343.1

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre - RS- CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Web site: www.fmp.edu.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

APRESENTAÇÃO

Atenta à grande discussão que vem ocorrendo no meio acadêmico, a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) realizou, em 29 de outubro de 2015, o painel intitulado “Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica”. A intenção foi não só apresentar o tema aos acadêmicos de sua Faculdade de Direito, mas também, e principalmente, permitir a realização de um debate construído a partir de seus primeiros resultados e da visão crítica de conhecidas e importantes personalidades com larga história no trato do direito processual penal.

Fizeram parte daquele painel os professores Mateus Marques, Maurício Martins Reis, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, bem como o juiz de direito Vanderlei Deolindo, cujas exposições estão materializadas na presente obra, que foi pensada para servir de importante fonte de consulta ao mundo acadêmico e legislativo.

Somando forças à empreitada encabeçada pela FMP, nomes de envergadura nacional também vieram a contribuir com suas pesquisas envolvendo a audiência de custódia, ora abordando a realidade verificada no Estado de origem de cada um daqueles estudiosos, ora abordando temas altamente controvertidos também atinentes àquele instituto. São eles, Fauzi Hassan Choukr, Gustavo Noronha de Ávila, Marcellus Polastri Lima, Rodrigo da Silva Brandalise e Rômulo de Andrade Moreira.

Por fim, a visão dos alunos da Faculdade de Direito da FMP também se faz presente na obra, demonstrando que seu corpo discente está por demais atento às inovações que vêm atingindo nosso direito processual penal, e que a qualidade de sua produção acadêmica está à altura de, já agora, figurar entre os grandes nomes nacionais desse ramo do direito.

Esperamos que, com iniciativas como estas e com as contribuições ora oferecidas, o instituto da audiência de custódia possa receber um melhor trato por parte das regulamentações criadas pelas mais variadas Cortes de nosso país, mas também por parte do Conselho Nacional de Justiça. De igual modo, que sirva de fonte de consulta ao legislador nacional, a fim de que, de uma vez por todas, ele crie uma norma que permita a aplicação daquele instituto não só como uma manifestação de *boa intenção* aos olhos de alguns, mas que passe a ser aplicado, principalmente, visando à *boa técnica* para o júbilo de todos.

Mauro Fonseca Andrade

Pablo Rodrigo Alflen

Organizadores

SUMÁRIO

1 Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível	
Mateus Marques.....	9
2 A audiência de custódia como exemplo privilegiado da bipolaridade da justiça constitucional brasileira: entre a afirmação normativa e a denegação pragmática de direitos fundamentais	
Mauricio Martins Reis	23
3 Apresentação (<i>Vorführung</i>) ou audiência de custódia no processo penal alemão	
Pablo Rodrigo Alflen	47
4 Sobre o aproveitamento das declarações autoincriminatórias do flagrado em audiência de custódia	
Rodrigo da Silva Brandalise.....	69
5 Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas	
Fauzi Hassan Choukr	105
6 Audiência de custódia e a infeliz Resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro	
Marcellus Polastri Lima	127

7 A audiência de custódia e ilegalismo: reflexões iniciais sobre as práticas em Maringá (PR)

Gustavo Noronha de Ávila 145

8 A audiência de custódia e sua implantação no Estado da Bahia

Rômulo de Andrade Moreira 157

9 Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica

Vanderlei Deolindo 195

10 A audiência de custódia na concepção da Justiça gaúcha: análise da Resolução nº 1087/2015 e das práticas estabelecidas

Mauro Fonseca Andrade 221

11 Audiência de custódia: um estudo sobre a implantação do projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça

Darlan Lima Leitão, Milena Fischer 247

SOBRE A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA MULTINÍVEL

MATEUS MARQUES*

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Sobre o sistema de proteção multinível e a aplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica no ordenamento brasileiro. 3. Aspectos importantes sobre a audiência de custódia e sua indispensabilidade como garantia fundamental. 3.1. Presunção de inocência. 3.2. A defesa ampla e o contraditório. 4. Algumas conclusões. 5. Referências.

Resumo: O vertente ensaio tem como objetivo dialogar a respeito de um direito processual penal crítico, humanitário e ético, com verdadeira função limitadora do poder punitivo. Nesse sentido, e diante do atual cenário, busca tratar sobre as novas implicações referentes à implementação da “audiência de custódia” no sistema de justiça criminal brasileiro e a sua aplicabilidade no âmbito de uma justiça constitucional multinível.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Sistemas de Proteção Multinível. Garantias Fundamentais. Processo Penal.

* Advogado criminalista. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul. Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal Econômico e Empresarial pela Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo/Espanha). Professor-pesquisador do Departamento de Direito Penal da Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo/Espanha). Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, o Brasil ostenta o título de quarta maior população carcerária do mundo (aproximadamente 607.731 presos), ficando atrás apenas de Rússia (673.818), China (1,6 milhão) e Estados Unidos (2,2 milhões). Entre os anos de 2004 e 2014, a população carcerária brasileira aumentou 80%, saindo de 36.400 presos para 607.731 encarcerados. Diante dessa atual realidade, a taxa de encarceramento é de 299,7 presos para cada 100 mil habitantes. No entanto, e para os propósitos deste trabalho, merece importante destaque o atual número de presos em situação provisória. De acordo com os números do Ministério da Justiça, 41% (em torno de 250.213) são presos provisórios (sem condenação em primeira instância, ou seja, que ainda podem ser presumidos inocentes).¹

Muito embora as mudanças ocorridas com o advento da Lei nº 12.403/2011 (que alterou sistematicamente a prisão cautelar, oferecendo ao magistrado medidas cautelares alternativas à prisão provisória, e que tem o objetivo de evitar a prisão do acusado antes do julgamento), a prisão provisória no Brasil, longe de ser uma exceção, figura como regra de *prima ratio*, constituindo uma verdadeira antecipação da pena, afrontando a garantia constitucional da presunção de inocência.

Diante desse aspecto, e com o objetivo de combater a cultura do encarceramento em massa existente no Brasil, é que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) juntamente com o Ministério da Justiça (MJ), desde janeiro de 2015, lançaram o projeto denominado “Audiência de Custódia”. O referido projeto tem como objeto garantir o contato pessoal da pessoa presa com um juiz após sua prisão em flagrante.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, a audiência de custódia tem como objetivo:

1 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2015.

não apenas [a] averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus-tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.²

Ainda, a implantação do referido projeto, que tem respaldo em normas e tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, é assegurar a integridade física, evitar (possíveis) abusos e violações aos direitos humanos dos presos, bem como desafogar o sistema prisional, além de garantir o efetivo controle judicial de prisões e reforçar a utilização de medidas alternativas ao encarceramento provisório.

Diante dessa situação, é importante destacar a existência de uma proteção multinível de direitos humanos, no âmbito nacional representada pela Constituição Federal e no internacional outorgada pelo Pacto de San José da Costa Rica e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tema que visitaremos mais adiante.

Por fim, tramita atualmente no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011³, que propõe a alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal, “para determinar o prazo máximo de vinte e quatro horas para apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante”.⁴ Importante destacar que o referido projeto, além de estabelecer o prazo de 24 horas para a realização da audiência de custódia, institui o devido procedimento para sua efetivação.

2 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 927.

3 Apesar de o PLS nº 554/2011 não haver sido a primeira iniciativa voltada à implantação da audiência de custódia no Brasil, não há como negar que ele foi o propulsor de uma enorme discussão que tomou conta do nosso país. Merece destaque o amplo conhecimento dos autores sobre o tema. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

4 Maiores informações acerca da tramitação do referido projeto podem ser encontradas no site do Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 05 set. 2015.

2. SOBRE O SISTEMA DE PROTEÇÃO MULTINÍVEL E A APLICABILIDADE DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COTA RICA AO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O denominado Sistema de Proteção Multinível tem origem nos debates sobre a integração europeia nos primeiros anos da década de 1990.⁵ Em geral, a ideia surgiu como uma reação ao paradigma dominante até esse momento, segundo o qual o processo de integração parecia criar certos espaços nos quais o mesmo assunto estava sujeito, ao mesmo tempo, à regulação adotada por instituições do âmbito subnacional (como uma província ou um município), nacional (como um ministério) e até mesmo supranacional (por exemplo, Comissão Europeia).⁶

Assim, uma primeira maneira de compreender a interação entre direito nacional e internacional é apelar à ideia de uma Constituição Interamericana, inspirada pela noção de uma “Constituição global”. A partir dessa perspectiva, o objetivo é limitar o poder de instituições globais, Estados e indivíduos através da adoção de valores, como normas jurídicas internacionais, que sirvam como uma defesa contra os abusos de poder, onde quer que estes ocorram, de forma análoga a como uma Constituição nacional limita o exercício da autoridade no cenário nacional.

Nesse contexto, o Conselho da Europa, a partir dos ditames presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, criou a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades (CEDH), em 04 de novembro de 1950, estabelecendo a necessidade da condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada para desempenhar tais funções.

Já em 22 de novembro de 1969, em San José da Costa Rica, os delegados dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, na

5 PIATTONI, S. Multi-level governance: a historical and conceptual analysis. *Journal of European Integration*, v. 31, n. 2, 2009.

6 Para uma introdução a esse argumento, ver MARKS, G.; HOOGHE, L.; BLANK, K. European integration since the 1980's: state-centric versus multi-level governance. *Journal of Common Market Studies*, v. 34, n. 3, p. 341-378, 1996.

Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, aprovaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). A referida convenção passou a vigor somente em 18 de julho de 1978, sendo ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 09 de julho de 1992, reproduzindo a necessidade de apresentação rápida da pessoa presa a um juiz ou outra autoridade, situação que no Brasil, conforme sustenta Mauro Andrade, acabou por ser conhecida como audiência de custódia.⁷

Atualmente o Brasil encontra-se num paradoxo em relação à aplicabilidade do instituto da audiência de custódia em seu regramento, pois, mesmo após 23 anos de ter se tornado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda caminha a passos lentos para que o sujeito preso tenha rápido contato pessoal com uma autoridade judicial ou com poderes judiciais⁸ para (re)ver os motivos da prisão efetuada.

A falta de comprometimento do Brasil com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos já produz reflexos nas decisões proferidas pelos seus tribunais, tendo em vista que, ao denegar a ordem de *habeas corpus*, o magistrado relator assim entendeu:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. PRISÃO MANTIDA. 1. A Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê a audiência de custódia, está, segundo o STF, hierarquicamente subordinada às normas constitucionais. A Constituição Federal exige que a prisão seja comunicada ao juiz em 24 horas, direito garantido, também, pelo artigo 306 do Código de Processo Penal, o que foi assegurado à paciente no momento do flagrante. Assim, em que pese a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça, que originaram o “Projeto Audiência de Custódia”, e o Projeto de Lei nº 554/2011, que tramita no Congresso Nacional, não há, por ora, flagrante ilegalidade na não realização da solenidade, medida que se beneficiará de efetiva regularização procedimental, a considerar a atual praxe forense. Ademais, a medida tem como objetivo

7 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 18.

8 Nesse sentido, utilizamos como exemplo o juiz das garantias, presente no PLS 156/2009, em trâmite junto à Câmara dos Deputados.

prevenir e combater a tortura, bem como implementar o efetivo controle das prisões cautelares. No caso, no entanto, não foi alegado abuso por parte dos agentes, inexistindo, portanto, a ilegalidade suscitada. ORDEM DENEGADA.⁹

É importante e positivo que as discussões produzidas quando o tema relacionado é a audiência de custódia mudem a postura do Poder Legislativo, que necessita de maior agilidade, regulamentando de vez o instituto da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico.

Diante desse aspecto, a proteção multinível dos direitos humanos implica uma redistribuição do poder institucional, no contexto nacional que deve ser considerado. O modelo de proteção discutido aqui dá mais poder aos tribunais, e especialmente aos juízes, em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, é possível concordar que a proteção multinível dos direitos humanos, por estar baseada num discurso estritamente jurídico, parece tentar “limpar” da política conflitos sociais que são, na realidade, políticos por antonomásia.

3. ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INDISPENSABILIDADE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O ato jurídico popularmente conhecido como audiência de custódia consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, após a realização de um contraditório entre acusação e defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, além de verificar questões relativas à pessoa do conduzido, em relação a maus-tratos e tortura.

Sobre esse aspecto, a audiência de custódia assegura a integridade física e os direitos humanos dos presos¹⁰, consolidando ainda o direito de

9 Habeas Corpus nº 70065554859, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Jayme Weingartner Neto. Julgado em 12/08/2015.

10 Em depoimento gravado no 103º Distrito Policial em Itaquera/SP, suspeito afirma que sofreu choques e ameaças com “faca do Rambo” ao ser torturado por PMs. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/10/video-mostra-depoimento-de-suspeito-que-teria-sido-torturado-por-pm-em-sp.html>>. Acesso em: 24 out. 2015.

acesso à justiça do preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial de persecução penal. Trata-se, portanto, de uma garantia do cidadão contra o Estado, condizente com a presunção de inocência.

Essa prática tem previsão legal nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica. O Pacto de San José estabelece em seu artigo 7.5 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 e tem o direito de ser julgada em um 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.

A audiência de custódia, conforme leciona Caio Paiva, “surge justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal – e da jurisdição – como instrumento de proteção dos direitos humanos e dos princípios processuais”.¹¹

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a apresentação imediata ao juiz “é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, advertindo que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente”.¹²

Dessa forma, em caso envolvendo a morte de um menino por policiais do Rio de Janeiro em 1992, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos censurou o Brasil por não garantir a audiência de custódia à vítima, concluindo que esta foi privada de sua liberdade de forma ilegal,

11 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 29.

12 CORTE IDH. Caso Acosta Calderón vs. Equador. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, §78. In: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 35.

sem que houvesse qualquer motivo para sua detenção ou de qualquer situação flagrante. Não foi apresentado imediatamente ao juiz. Não teve o direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade da sua detenção ou ordenasse sua liberdade, uma vez que foi morto logo após a sua prisão. O único propósito da sua detenção arbitrária e ilegal foi matá-lo.¹³

Assim, a audiência de custódia corrige de forma simples e eficiente a dicotomia gerada: o preso em flagrante será imediatamente conduzido à presença de um juiz para ser ouvido, momento em que o magistrado decidirá sobre as medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP).¹⁴ Nesse sentido, estamos diante de um procedimento indispensável quando analisamos o processo penal através de um viés constitucional, pois estão inseridos nesse ato valorosos princípios processuais, como presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, os quais passaremos a analisar sucintamente.

3.1. Da presunção de inocência

O direito à presunção de inocência constitui o princípio inspirador e dirigente por excelência, pois os excessos em sua aplicação cotidiana levam ao questionamento sobre a eventual redução desse princípio à categoria de mito, apesar de a presunção de inocência constituir uma salvaguarda processual dirigida às autoridades para que os inocentes sejam tratados como tal e devam, em princípio, aguardar seu julgamento em liberdade.

13 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil (Caso 11.634). Informe de mérito do dia 11/03/2004, §59. In: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 35-36.

14 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou 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; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. 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 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.

A presunção de inocência está presente ao longo de todas as fases do processo penal em todas as instâncias. Sobre isso, Vicente Gimeno Sendra leciona:

*la diferencia del proceso penal inquisitivo del Antiguo Régimen en el que una mra denuncia, adverada por los testigos libres, daba lugar a una mala fama en el inquirido que permitía al juez inquisidor adoptar la prisión preveniva e incluso, en la confesión con cargos, el uso de la tortura, una de las conquistas esenciales del movimiento liberal consistió en elevar a rango constitucional el derecho de todo ciudadano sometido a un proceso penal a ser presumido inocente.*¹⁵

Assim, Cesare Beccaria qualificou de tirânica a prática de condenar o imputado sem haver cumprido com a “carga” de demonstrar com certeza sua culpabilidade, sustentando que “ainda nos delitos de difícil comprovação, que são recebidos pelos princípios admitem hipóteses tirânicas, as quase evidências, as semiprovas (como se um homem pudesse ser semi-inocente ou semiculpado e sendo, ser semipuniável, ou semiabsolvido)”.¹⁶

Ainda, segundo o referido autor,

um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?

Em suma, o princípio em estudo exerce função relevantíssima ao exigir que toda privação da liberdade, antes do trânsito em julgado, deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada.

15 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Thomson Reuters, 2012. p. 634.

16 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995. p. 50.

3.2. A defesa ampla e o contraditório

A Constituição da República consagra, em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ainda, a Convenção Americana sobre os Direitos humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, garante o contraditório e a ampla defesa em seu art. 8º.

O princípio do contraditório consiste na garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final desejado. É preciso salientar que o contraditório é, sobretudo por ocasião das abordagens relativas às provas, um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.

Para Pedro Aragoneses Alonso,

o dever de imparcialidade do órgão decisor exige inteirar-se da controvérsia, o que supõe audiência de ambas as partes, que não confere audiência a ambas as partes por este só fato já há cometido uma imparcialidade, porque não há investigado se não a metade do que tinha que indagar.¹⁷

A doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, com a finalidade de incluir na mesma seara o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, buscando assim uma efetiva igualdade processual. Assim, deixaria o contraditório de ser apenas o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) e ambos – vistos, assim, como garantia de participação –, mas exigindo a garantia de participação em simétrica paridade.

17 ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal*: introducción. 2. ed. Madrid: EDR, 1997. p. 130.

Nesse sentido, o ato jurídico que garante a audiência de custódia possibilita ao conduzido seu primeiro contato com o poder judiciário, além da possibilidade real e efetiva de realizar o contraditório, quando ouvido em audiência, relatando os fatos conforme seu ponto de vista, ou mesmo negando-se a falar, sem que o silêncio ali mantido traga qualquer prejuízo em sua soltura ou mesmo na manutenção da prisão, quando for o caso.

Assim, e conforme leciona Antonio Scarance Fernandes,

no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.¹⁸

Em resumida síntese, o contraditório, juntamente com a ampla defesa, instituiu-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal, pois é cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal.

De outra sorte, o ato criminoso por si só representa algo ruim, maléfico e que traz dor e sofrimento para a vítima e também para o autor. Jamais nos lembraremos de um sujeito acusado de um fato criminoso como alguém doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si todos os atributos do mal. Tal conduta humana cria o chamado efeito *priming*, ou seja, conforme lecionam Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Junior,

[o] efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido.¹⁹

18 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 61.

19 LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Processo penal no limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 17.

Diante dessa análise, é possível acreditar que a apresentação pessoal do conduzido a um magistrado faça com que o mesmo analise de forma mais “humana” tal situação, pois não se trata de mais um caso, de um callhamaço de documentos, que por vezes retratam situações completamente diferentes da realidade. Estará à presença do juiz o acusado, um sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos naquela solenidade. Merece destaque ainda que as decisões poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, conduta e motivação²⁰, dando maior solidez nas decisões tomadas pelo magistrado na audiência de custódia.

Nesse sentido, e para além de uma mudança meramente legislativa, a audiência de custódia é elemento extremamente necessário para o aperfeiçoamento de um devido processo penal brasileiro e o melhor desempenho da justiça efetivamente humanitária em respeito aos direitos do preso em situação cautelar.²¹

4. CONCLUSÕES

Diante do estudo realizado é possível perceber que não basta o Brasil ter ratificado, no longínquo ano de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica, se não houver comprometimento em relação à (necessária) alteração legislativa que altere o disposto no artigo 306 do CPP determinando a apresentação do conduzido em até 24 horas após sua prisão à presença de um juiz ou alguém com poderes para representar. Nesse sentido, e em respeito aos deveres de proteção assumidos pelo Estado brasileiro, essa lacuna só poderá ser devidamente ajustada quando houver comprometimento legislativo nesse sentido.

Diante dos números apresentados no início deste trabalho sobre o encarceramento provisório e ainda o aumento dos casos relacionados a

²⁰ Ibidem, p. 17.

²¹ PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições Preliminares acerca da audiência e custódia no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 93, p. 29, ago.-set. 2015.

tortura/abuso policial, que só aumentam, a audiência de custódia mostra-se imprescindível, principalmente no que se refere ao fortalecimento das garantias fundamentais, humanizando o processo penal brasileiro e padronizando o modelo no país.

5. REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal: introducción*. 2. ed. Madrid: EDR, 1997.

AMARAL, Claudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. *Boletim do IBCCRIM*, ano 23, n. 269, abr. 2015. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 25 set. 2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDREUS GAMA, Alexis; NORONHA DE ÁVILA, Gustavo. A resistência à audiência de custódia no Brasil: sintoma de ilegalismo. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 93, ago.-set. 2015.

BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Proteção multinível dos direitos humanos: manual*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014. Disponível em: <www.upf.edu/dhes-alfa/es>. Acesso em: 13 set. 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

COUTINHO, Jacinto Teles. Audiência de custódia: garantia do direito internacional público. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 93, ago.-set. 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Thomson Reuters, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Processo penal no limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, set./dez. 2014. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 23 set. 2015.

MARCONDES MACHADO, Leonardo. Resistência crítica e poder punitivo: diálogos em torno da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 93, ago.-set. 2015.

MARKS, G.; HOOGHE, L.; BLANK, K. European integration since the 1980's: state-centric versus multi-level governance. *Journal of Common Market Studies*, v. 34, n. 3, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção Direito e Ciências Afins, 4).

MINAGÉ, Tiago M.; SAMPAIO JR., Alberto. A questão político-criminal da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 93, ago.-set. 2015.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIATTONI, S. Multi-level governance: a historical and conceptual analysis. *Journal of European Integration*, v. 31, n. 2, 2009.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições preliminares acerca da audiência e custódia no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 93, ago.-set. 2015.

URUEÑA, René. Proteção multinível dos direitos humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos. In: BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Proteção multinível dos direitos humanos: manual*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014. Disponível em: <www.upf.edu/dhes-alfa/es>. Acesso em: 13 set. 2015.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO DA BIPOLARIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: entre a afirmação normativa e a denegação pragmática de direitos fundamentais

MAURICIO MARTINS REIS*

I. PRINCÍPIO DE CONTEXTO

A audiência de custódia foi proclamada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240/SP, cujo acórdão foi publicado em 31 de agosto de 2015. O processo constitucional foi instaurado pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) para impugnar a constitucionalidade do Provimento Conjunto n. 3, de 22 de janeiro de 2015, de autoria da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo teor celebrara – com qualidade de ato normativo – a necessidade de apresentação da pessoa presa em flagrante delito, até

* Doutor e Mestre em Direito (UNISINOS). Licenciado em Filosofia (UNISINOS). Doutorando em Filosofia (PUCRS). Professor universitário (Fundação Escola Superior do Ministério Público, FMP-RS) e advogado.

o limite de 24 horas após a prisão, para participar de audiência de custódia perante juiz de direito. O próprio dispositivo inaugural daquele diploma descreve que os seus comandos decorrem do cumprimento do artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica¹, de modo a lhe confortar concretização em sede de garantias ao autuado.

Uma vez internalizada a norma jurídica de direitos humanos em 1992, tornada, pois, superveniente norma jurídica de direito fundamental, instalou-se sobre ela a configuração de ato normativo exigível em termos de sua eficácia, já reconhecidamente afim e complementar ao perfil protetivo de direitos e garantias proveniente de nossa Constituição, na esteira do artigo 5º, §2º, originário de seu texto promulgado em 1988. Como se não bastasse, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, erigiu-se novo comando ao artigo 5º, quando o inédito §3º veio a estabelecer a possibilidade de os tratados e as convenções sobre direitos humanos alcançarem – mediante o crivo legislativo análogo ao exercício do poder constituinte derivado reformador (de acordo com as regras de aprovação, portanto, de emenda constitucional) – um patamar normativo com equivalência constitucional. Em paradigmática decisão do STF cerca de cinco anos depois daquele acréscimo ao texto da Constituição², engendrou-se caráter supralegal (com prevalência aos ditames legais do corpo legislativo interno), embora com posição hierárquico-normativa abaixo do Texto Maior, às normas internalizadas pelo Brasil com ascendência em tratados internacionais de direitos humanos.

Em outro feito com pronúncia de constitucionalidade, porém em sede preliminar ainda não confirmada em mérito, o Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 9 de setembro de 2015, concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pede providências para a crise prisional do país, a fim de determinar

1 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi internalizada no Direito nacional através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Preceito semelhante se encontra no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, igualmente agasalhado pelo Brasil por intermédio do Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

2 Recurso Extraordinário 349.703/RS, Relator Min. Carlos Britto. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes, 3/12/2008, maioria, DJe 104, 4/6/2009.

aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.³

Isso posto, normativamente reconhecida e reivindicada a obrigatoriedade de sua adoção pela Corte Suprema de nosso país, podemos afirmar que a audiência de custódia hoje efetivamente consiste em direito fundamental do preso e do detido? Infelizmente não. Como lidar com essa antinomia a cindir o direito da realidade social, apesar da normatividade daquele apontar inevitavelmente para a transformação desta? A percepção aqui desenvolvida da audiência de custódia será demarcada com tintas normativas sob o olhar da jurisdição constitucional, especialmente em se tratando da necessidade de o discurso argumentativo angariar uma razoável, coerente e vinculante interpretação para todo o sistema nacional⁴, eis que se trata de um tema com exigível repercussão uníssona, especialmente se levada em consideração a nota de pertinência com os direitos fundamentais.

II. QUESTIONAMENTO HERMENÊUTICO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EM NOME DE UM CRITÉRIO UNÍSSONO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O que se pode dizer de um direito fundamental sabotado em sua prática concretizadora? É dizer, frustrado numa dimensão performática de

3 Conforme <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>, acesso em 26 de setembro de 2015.

4 Sabe-se que um tema juridicamente complexo poderá demandar mais de uma interpretação do ponto de vista acadêmico, todas elas com arrazoados nada desprezíveis; de se ilustrar com o painel de debates do jornal *Folha de São Paulo*, em 3 de outubro de 2015, ao indagar se o preso deve ser apresentado a juiz em até 24 horas após flagrante (pelo sim, com o título “Acreditar é a receita”, expressou-se José Renato Nalini, em contrapartida à posição negativa de Magid Nauéf Láuar, cujo título assinalou “Medida inócua”, página A3). Nada obstante essa louvável e democrática disputa argumentativa, ela não pode ser perpetuada em vista da jurisdição, especialmente em se tratando de um direito fundamental, cujo estilhaçamento, a partir do qual múltiplas vozes ora aplicam, ora denegam uma garantia às custas do livre convencimento do magistrado, viola um dos princípios mais caros de nossa Constituição, a saber, o da igualdade. A bipolaridade jurisdicional, nesses casos, mais do que ativista, mostra-se totalitária, eis que descomprometida com a resolução de coerência atrelado ao problema do critério normativo na teoria da decisão.

realização fática ou existencial a despeito do seu prévio reconhecimento normativo? A audiência de custódia consumou-se precedente e, pois, reivindicável, do ponto de vista normativo da interpretação jurídica. No entanto, ela ainda padece deste déficit – talvez o mais proeminente – de efetividade. Qual a verdade da interpretação jurídica que a realidade – também interpretativa – teima em consagrar eficaz na verdade inevitável do acontecimento sensível que nos interpela? A moldura interpretativa do mundo⁵, se de fato deteriora a outrora segurança imperativa do conhecimento da metafísica (um legado da modernidade cartesiana), acomete em contrapartida a responsabilidade por um tempo histórico hermenêutico onde a última palavra depende da própria humanidade e de suas instituições, ou seja, cuja lupa aponta para a metafísica do conhecimento⁶.

O que se propõe aqui é a resposta da hermenêutica filosófica para a crise atual do fundamento, substituindo-se ao método do monólogo soberano (como o *cogito* de Descartes) de paradigmas absolutos e refratários à historicidade; trata-se de a hermenêutica se propor, “embora ainda sob a forma epistemológica, como o lugar de uma necessária reavaliação da

5 Num feliz jogo de termos, Juremir Machado da Silva, ao abordar a moldura de uma época, dissecou em poucas perguntas a agrura do pensamento hermenêutico: “Cada época cria o seu imaginário? Cada imaginário produz a sua época? Ou cada época cria o imaginário que a produz?” (Correio do Povo: 120 anos de aventura diária. *Correio do Povo*, 26 set. 2015. Caderno de Sábado).

6 A era da metafísica do conhecimento se identifica com o tempo da pós-modernidade, onde proliferam visões de mundo interpretativas, numa complexidade ecoante de múltiplas vozes. No entanto, reivindicando uma plataforma de racionalidade infensa ao relativismo agudo perturbador, Umberto Eco, em criativas palavras direcionadas contra a intensa repercussão provocada pelos autores contemporâneos que preconizam o denominado “pensamento fraco”, cuja filosofia descende do lema nietzscheano “fatos não há, apenas interpretações”, desfere a seguinte crítica: “uma curiosa qualidade dos fatos é a de mostrar-se resistentes às interpretações que eles não legitimam” (O pensamento fraco versus os limites da interpretação. In: *Da árvore ao labirinto: estudos históricos sobre o signo e a interpretação*. Traduzido por Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 548). E prossegue: “se os fatos são sempre conhecidos e comunicáveis por meio de interpretações, eles de algum modo se erigem como parâmetro de nossas interpretações” (Ibidem, p. 549). Nas linhas de Marilena Chauí, esse deslocamento do conhecimento da metafísica para a metafísica do conhecimento coincide com a passagem da realidade sem mistérios para o mistério do mundo, com a mudança “do foco sobre o qual a luz natural incide: vai paulatinamente deixando de iluminar a realidade para mergulhar no lusco-fusco do mundo” (*Da realidade sem mistérios ao mistério do mundo*: Espinosa, Voltaire Merleau-Ponty. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 8).

racionalidade”.⁷ A tônica desse diálogo remete à consumação⁸ transitiva – como filosofia – da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer: esse atributo de transitividade consumativa característica da universalidade hermenêutica consiste em nota essencial de um programa de pensamento capaz de ser intitulado – globalmente – filosófico.⁹ E para que a hermenêutica alcance êxito no programa de uma filosofia universal, resulta indispensável reivindicar os traços de uma fundamentação última não metafísica, a qual, apesar de apontar para a necessidade de resoluções determinadas (consumação) na escala do milenar combate da sabedoria frente ao relativismo cético, sempre regressa (ou jamais se esgota) como um projeto inacabado de novas e melhores razões (transitividade).

A crítica (interpretativa) de Luis Fernando Barzotto sobre a hermenêutica contemporânea merece aqui um ligeiro contraponto interpretativo (crítico). Para ele, a atual “moda” de entender o direito como interpretação, inflacionando o fenômeno interpretativo a tal ponto de impossibilitar o juízo comensurável entre boas e más interpretações de um objeto (por

-
- 7 PORTOCARRERO, Maria Luísa. Hermenêutica: questão de método ou filosofia prática? In: *Método e métodos do pensamento filosófico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007. p. 184.
- 8 A palavra consumação, para se referir à hermenêutica filosófica, foi retirada de artigo da lavra de Ernildo Stein (Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011). Esse atributo, nos termos aqui propostos, define bem a necessidade de a hermenêutica consumir um ponto de vista – argumentativamente sustentável e historicamente situado – frente a perspectivas diversas, como que numa aposta ou investida de uma posição correta na filosofia. Frise-se, contudo, a premissa, registrada por Gadamer como mola propulsora de seu pensamento, de inexistir um modelo ou método para o alcance do desiderato clássico em torno da verdade. É de se dizer que o desabono da verdade como o alcance de fundamentos definitivos – pressuposto trivial da hermenêutica filosófica – não impõe à hermenêutica refugiar-se na cátedra da mera contemplação do universo, de modo a se contentar com o estatuto da prévia compreensão incidente em todo o interpretar dos sujeitos. Assim se recai no relativismo de indiferença (ou no niilismo de incapacidade crítica frente ao abismo entre sujeito e mundo, ou ainda no construtivismo multiforme de imersão no projeto do compreender frente a qualquer modo de acesso à realidade). É necessário que a hermenêutica esgrima argumentos em prol de uma posição – histórica e nunca encerrada – tida como a mais adequada em dado contexto de tempo e lugar.
- 9 De acordo com Ernildo Stein, a hermenêutica filosófica de Gadamer assume “o compromisso de atingir, por algum lado, o todo do comportamento hermenêutico na filosofia”, ascendendo “a soberania da historicidade como elemento central da tarefa de *Verdade e Método* [obra magna gadameriana]” (*Hermenêutica e dialética*. In: *Hermenêutica e dialética: entre Gadamer e Platão*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 163).

exemplo, na interpretação jurídica, de uma regra), consiste num dos mais flagrantes equívocos dessa concepção filosófica, na medida em que se promove a identificação entre a lei e a sua interpretação, incapacitando-nos, por exemplo, de distinguir objetivamente o cumprimento de uma regra e de sua respectiva violação.¹⁰ Para o autor, a hermenêutica incorreria numa espécie de solipsismo imunizador de qualquer interpretação, suportada pelo escafandro de quem interpreta o direito desta ou daquela maneira. Se a hermenêutica filosófica propusesse esse tal relativismo desenfreado – o que não o faz, pelo menos na perspectiva desta hermenêutica filosófica de matriz gadameriana em que se ampara o presente lugar de fala –, haveríamos de concordar com as consequências do silogismo ora preconizado.

Contudo, há um problema numa das premissas (indevidamente) inferidas como incontestes na gramática da hermenêutica filosófica: a interpretação, longe de ignorar o seu objeto, como se o diluísse num valeduto egoístico dependente da vontade soberana do intérprete, com ele se relaciona hermeneuticamente, pois o objeto não se mostra problematizável e, isto posto, resolúvel em boas ou más implementações de sentido, sem o atuar interpretativo!¹¹ Daí porque também não convence tampouco a salvaguarda de conteúdos ou sentidos mínimos dos dispositivos legais, na esteira do posicionamento de Humberto Ávila em sua concordância com Barzotto, para quem “a atividade interpretativa não é nem totalmente construtiva, nem integralmente descritiva, mas reconstrutiva e situacional

10 *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130-132.

11 Em arremate inconfundível, a pena de Castanheira Neves: “O teor verbal das leis, na sua função prático-comunicativa e de índole normativa, de que está excluído o carácter puramente formal de uma linguagem simbólica, é necessariamente de uma ‘textura aberta’: à significação ou ao conteúdo significativo das palavras e expressões legais é própria uma irredutível abertura semântica (*semantische Spielraum*), pois que são tanto intencionalmente como extencionalmente indeterminadas, e já por isso não é susceptível essa significação ou esse sentido de ser abstracta e absolutamente definido (i. é, único, certo e fixo), sendo antes sempre função pragmática do seu variável ‘uso’ problemático-intencionalmente concreto. Quer dizer, terá de excluir-se um sentido essencial a essas palavras e expressões linguísticas, ou uma qualquer significação que lhe correspondesse absoluta e necessariamente, pois o seu sentido é sempre o resultado de uma determinação funcional numa indeterminação – determinação que poderá ser imediatamente ‘compreensão’, mas que explicitamente é ‘interpretação’ (HEIDEGGER, RICOEUR)” (*Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 117).

de sentidos mínimos”¹², porquanto aqui se autoriza, mesmo excepcionalmente, a extrapolação discursiva na via contrária, a saber, em direção ao minimalismo ou deflação objetual capaz de fazer desaparecer a própria interpretação, ressuscitando-se o brocardo *in claris non fit interpretativo, interpretativo cessat in claris*¹³.

A diferença entre a interpretação da Bíblia, de um livro de culinária e da Constituição, para responder a Barzotto¹⁴, consiste no aspecto objetivo (tão reivindicado) de cada interpretação dizer respeito a objetos diferentes, a saber: a interpretação bíblica remonta ao texto sagrado, a interpretação gastronômica, ao tomo culinário, e a interpretação jurídica, à Carta fundamental. A melhor interpretação de um texto normativo, destarte, não resulta inviabilizada por se supor que inevitavelmente se acede ao objeto mediante a interpretação¹⁵; por outro lado, demarcar a legitimidade interpretativa tão só pelo objeto por igual desabona a possibilidade de se perscrutar pela mais adequada interpretação de um texto, eis que ele próprio já se apregoa como a própria (pois única) interpretação (cujo fenômeno outra coisa não desempenha senão um evento declaratório às custas da exegese genética lexical ou tributária do poder soberano de quem erigiu as palavras da lei). Por fim, a própria experiência do direito jurisprudencial, institucionalizado cada vez mais como fonte do direito em nosso país, por si já responde ao autor no tocante à impossibilidade de alguém ser condenado não em face de Y, mas da interpretação de Y.¹⁶

12 Conforme *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 329

13 Expressão originária retirada de NEVES, António Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 14. Para Carlos Maximiliano, o brocardo vem vertido mais sucintamente, *In claris cessat interpretatio*, a significar que as “(d)isposições claras não comportam interpretação”, que “(l)ei clara não carece de interpretação”, que “(e)m sendo claro o texto, não se admite pesquisa de vontade” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33).

14 *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130-131.

15 O que não implica contestar as linhas de resistência ofertadas já pelo mundo circundante que é o próprio objeto de nossa experiência interpretativa, algo que “já está dado e que não é posto por nós” (ECO, Umberto. *O pensamento fraco versus os limites da interpretação*. In: *Da árvore ao labirinto: estudos históricos sobre o signo e a interpretação*. Traduzido por Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 564).

16 *Ibidem*, p. 132.

III. PRUMO METODOLOGICAMENTE JURÍDICO: AS INCONSTITUCIONALIDADES EVIDENCIADAS NO TEMA

Retomando-se o pano de fundo teleológico a endereçar o escopo dessa intencionalidade hermenêutica, nossas linhas remetem com ênfase, na outra face (jurídica) do discurso pressuposto (filosoficamente), à dupla omissão de inconstitucionalidade que se pode evidenciar no tratamento judicativo – de orientação jurisprudencial – da audiência de custódia. Eis aqui um ativismo judicial às avessas, isto é, uma autocontenção cínica que ignora a própria condição de possibilidade do texto normativo.¹⁷ A jurisdição constitucional brasileira nesse ponto padece de uma flagrante bipolaridade judicativa, na medida em que os juízos interpretativos de constitucionalidade e de inconstitucionalidade flutuam alheios a uma sistemática hermenêutica orientada pelo prumo da argumentação jurídica coerente a se condizer com o pressuposto da segurança jurídica mais elementar e com o anseio da justiça mais eloquente. Ao assim proceder, nossa prática jurídica se aproveita de um discurso geneticamente hermenêutico, fincado em bases concretas, para lhe adjudicar a suspensão de uma nota estética a flutuar ao sabor dos ventos.

A dupla omissão de inconstitucionalidade¹⁸ no tema da audiência

17 Tomado aqui o pressuposto do texto como critério regulativo do sentido constitutivo-hermenêutico do Direito, e não como limite intransponível de índole lexical a se absorver num silogismo de subsunção. A propósito, eis uma lição inestimável: “O fracasso da consideração do teor verbal da lei enquanto critério delimitativo da interpretação como que liberta o pensamento jurídico para a tese [...], por um lado, de que os limites da interpretação não são definíveis por um *a priori* formal, antes só se encontram *a posteriori* no próprio processo metodológico da sua realização concreta, por outro lado, de que devendo ser a interpretação regulativamente orientada, quaisquer que sejam os vários factores hermenêuticos que convoque, pelo ‘sentido e fim’ da norma, também só no sentido e fim da norma teria ela afinal a sua definição determinativa” (NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 448).

18 Poderíamos enveredar por uma terceira faceta de inconstitucionalidade, aqui não abordada, porém não menos importante, qual seja, aquela que se evidencia como desdobramento da negligência pretérita decorrente da omissão em se deixar de concretizar um direito fundamental, vertente observável na seguinte indagação: “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?” (ANDRADE, Mauro. Au-

de custódia se dá seja pelo fastio do tempo e da vulgarização dos direitos normativamente reconhecidos, embora assumidos com eficácia nula (quando desde 2009 a norma do direito convencional tornada com supremacia supralegal jamais deixou o seu estado de inércia, ou seja, apenhou-se tímida em seu potencial interpretativo de concretização¹⁹), seja

diência de custódia e as consequências de sua não realização. *Páginas de Processo Penal*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2015, também em conjunto com Pablo Rodrigo Alflen, *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 89-94). Os efeitos dessa inconstitucionalidade – o que se poderia denominar de direito intertemporal da jurisprudência no trato da audiência de custódia (AC) – podem ser descritos dessa forma: “se a Convenção vale – como norma supralegal – em Pindorama desde 1992 e só agora será cumprida, não seria bom fazer uma lei regulamentando a AC, inclusive com modulação de efeitos, para evitar uma enxurrada de ações exigindo anulação de todas as ações penais em que a Convenção não foi cumprida? Ou indenizações? Não esqueçamos que os EUA pensavam que uma nulidade decorrente de inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, até que veio a primeira anulação de uma lei... penal. Ai se deram conta de que, nestes casos, tinham que dar efeito *ex nunc*. As razões eram óbvias. Por aqui o CNJ pensou nisso? Já que estão pensando em análise econômica, indenizações poderiam/poderão ser um tiro no pé da Viúva” (STRECK, Lenio Luiz. Desde 1992, a falta de audiência de custódia pode anular condenações antigas? *Conjur*, 23 de julho de 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 28 set. 2015).

- 19 Poder-se-ia reivindicar um tempo de paralisia ainda maior, a remontar desde 1992, com a internalização das normas de direitos humanos em sede legislativa, levando-se em consideração a tese doutrinária segundo a qual tais normas dos tratados internacionais se incorporariam com valência constitucional em vista do disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição brasileira: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim se pronuncia a interpretação de Flávia Piovesan, ao registrar sua anuência em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais dos quais o Brasil se tornou parte: “os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais” (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58). Veja-se, por igual, o magistério de Valerio de Oliveira Mazzuoli, para quem a cláusula aberta conferida por aquele dispositivo constitucional “sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa” (*Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 900). Em arremate exemplificativo, eis a posição de Ingo Wolfgang Sarlet em sua consagrada obra dedicada aos direitos fundamentais: “verifica-se que a tese da equiparação entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo,

pela demanda burocrática – no caso, desnecessária – de suplementos legislativos secundários para dar à luz a reivindicada efetividade de um direito fundamental, os quais, como se não bastasse mais esse disparate, vêm surgindo através de espasmódicos impulsos dos entes estaduais, como se a prerrogativa fosse um consectário do programa de discricionariedade encampado pela prioridade regional. O desenvolvimento de meios a serem empregados rumo à concretização de um direito fundamental – no caso, o direito à audiência de custódia ou, renomeada pelo Supremo Tribunal Federal, audiência de apresentação²⁰ – não pode ser desrespeitado a tamanho ponto.

Tampouco o recente concerto²¹ de manifestações, protocolos e ini-

ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais” (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 124).

- 20 Conforme Caio Paiva, melhor seria a peculiaridade do nome “audiência de custódia”, em virtude da imprescindibilidade da figura do magistrado em sua condução, em franca oposição ao instituto da “audiência de apresentação”, já cogitada em alguns diplomas legais, na qual o preso não necessariamente se coloca perante um representante do Poder Judiciário: nas suas precisas palavras, no comparativo, por exemplo, com a audiência de apresentação prevista no artigo 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), “não se confunde com a audiência de custódia por duas razões: primeiro, não é realizado [tal ato] na presença de autoridade judicial, mas perante o Ministério Público, e, segundo, a atividade do MP neste procedimento se revela incapaz de, *sozinha*, reparar qualquer tipo de ilegalidade na apreensão do adolescente ou fazer cessá-la ante sua desnecessidade, ou ainda, de *custodiar* o adolescente vítima de eventual violência ou maus tratos” (*Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 33). Noutra posição incidem Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, os quais prestigiam o cumprimento dos critérios estabelecidos nas diretivas internacionais para a condução da audiência de custódia (independência e imparcialidade), cujo protagonismo poderia transcender a figura do juiz, como o membro do Ministério Público em algumas circunstâncias (apesar de os autores reconhecerem que essa tese não possui agasalho no direito internacional) (*Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 74-80).
- 21 Até o término da confecção deste texto, em setembro de 2015, o Estado do Rio de Janeiro fora o último a consolidar o número de 20 unidades federativas estaduais que aderiram ao Projeto Audiência de Custódia, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça. Além do Rio de Janeiro, já aderiram ao Projeto os Estados de São Paulo, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Paraná, Amazonas, Tocantins, Goiás, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Ceará, Santa Catarina, Bahia, Roraima, Acre e Rondônia. De acordo

ciativas regulamentares em benefício da salvaguarda do acusado para o desvencilhar fundamentado de uma prisão indevida, a ser conflagrada nessa oportunidade em audiência com um magistrado, um representante do Ministério Público e um defensor (público ou privado), poderá ofuscar o tempo já perdido e igualmente debelar a omissão de inconstitucionalidade vertida nessa tendência atomística e refratária ao princípio republicano das causas comuns a assimilarem um genuíno federalismo nacional integrado.²² Vamos nos ater a essa última inconstitucionalidade omissiva em nosso

com a Resolução TJ/OE/RJ 29/15, em seu artigo 2º, caput, o preso será apresentado “sem demora” ao juiz. Consoante levantamento de Gustavo Badaró, dentre todos os tribunais que disciplinaram administrativamente a audiência de custódia, o Rio de Janeiro “foi o único que não adotou um prazo cronologicamente definido, limitando-se a repetir os termos do artigo 7.5 da CADH”, sendo que “todos os demais tribunais que disciplinaram a audiência de custódia adotaram o prazo de 24 horas”, conforme métrica do prazo previsto no PLS 554/2011, com a ressalva do Tribunal de Justiça do Maranhão, cujo ato normativo definiu-se pelo prazo de 48 horas (Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes, *Conjur*, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 set. 2015). O Projeto de Lei do Senado 554/2011 ainda se encontra pendente de apreciação, pelo que, em face da inércia na regulamentação do assunto, “os Estados começaram a agir pela implementação da audiência de custódia em seus territórios, havendo, ainda, judicialização (coletiva) do tema provocada pela Defensoria Pública da União” (PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 66). Em evento de lançamento do Projeto Audiência de Custódia no Rio de Janeiro, realizado dia 18 de setembro de 2015, o ministro Ricardo Lewandowski anunciou que a iniciativa abrangerá todos os Estados da Federação até o início do mês de outubro de 2015 (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80470-audiencia-de-custodia-evita-mais-de-6-mil-prisoes-desnecessarias>, acesso em 18 de setembro de 2015). Nada obstante essa desejável integração, o implemento das audiências de custódia nos Estados mais populosos (como São Paulo e Rio de Janeiro) ocorrerá progressivamente por etapas.

- 22 O relato – compreensivelmente – estupefato de um operador do Direito, integrante do Ministério Público do Rio Grande do Sul, bem corrobora o cenário de bipolaridade (quicá esquizofrenia) decisória de nosso Poder Judiciário: “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**

estudo, a saber, aquela que apequena o desiderato da Constituição (como se não bastassem as normas constitucionais especificadoras supervenientes a relevarem o conteúdo semântico ainda sonogado) numa vulgata concessiva mediante módicas prestações burocráticas, a despeito, conforme dito acima, de duas solares decisões do Supremo Tribunal Federal, uma definindo-se pela constitucionalidade normativa da medida processual tornada obrigatória de modo a se conduzir imediatamente, em prazo razoavelmente curto, toda pessoa presa ou detida a um magistrado ou autoridade que exerça funções judiciais, outra deliberando pela necessidade prática de os Estados se ajustarem à concessão uniforme desse direito fundamental.

Como se sabe, há dispositivo constitucional específico que, situado onde está em ambiente intencionalmente sistemático a lhe guarnecer uma posição de parâmetro normativo da organização político-administrativa do Brasil, funciona como embasamento hermenêutico de vetor principiológico para promover em específico a tutela da igualdade no horizonte da adotada República federativa, orientando duplamente as relações entre as unidades federativas. Por um lado, o artigo 19, inciso III, do texto constitucional em vigor, ao vedar às entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e municípios) o estabelecimento de distinções entre brasileiros, proscreeve o favorecimento ou prejuízo de brasileiros pelo fato de serem naturais de determinado local ou região, ou ainda em virtude de possuírem algum tipo de vínculo com qualquer unidade federativa.²³ Em segundo lugar, o dispositivo em comento proíbe a criação de preferências entre os próprios entes federativos, num inequívoco mandamento constitucional derivado do princípio da isonomia, aqui delineado nos moldes do arranjo integrado

ato seria imprescindível nas hipóteses em que houvesse prisão em flagrante [grifo nosso]. Mas, afinal, que instituto é esse, e quais as consequências de sua não realização na fase de investigação?" (ANDRADE, Mauro. Audiência de custódia e as consequências de sua não realização. *Páginas de Processo Penal*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2015).

- 23 Mister indicar a atuação hermenêutica concomitante do princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, caput, da Constituição de 1988, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

de nosso federalismo republicano.²⁴ Também se poderia identificar aqui o conseqüência da simetria federativa no horizonte de um Estado nacional organizado a partir de eixos jurídicos homogêneos, voltados para evitar a ocorrência de injustificáveis discrepâncias e contrastes com supedâneo em arbitrárias considerações com eco na realidade local de destino.²⁵

- 24 Acerca do preceito constitucional indicado, em especial nessa segunda parte, Jayme Weingartner Neto comenta o seu desiderato teleológico em espancar, por exemplo, o ímpeto das guerras fiscais entre Estados e municípios que assolam o nosso país desde há muito, motivo por que se anseia de longa data com grande expectativa a denominada reforma tributária (Comentários ao artigo 19 da Constituição. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 712).
- 25 O princípio da simetria federativa, tido por implícito para alguns doutrinadores, pode ser facilmente retirado de outras duas normas constitucionais: o artigo 22, que define a competência privativa da União em legislar sobre determinados assuntos, com notória eficácia uniforme em caráter nacional (sem ignorar que o parágrafo único desse dispositivo autoriza lei complementar federal a delegar competência legislativa decorrente para todas as unidades estaduais regulamentarem “questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”) e o artigo 24, que define a competência legislativa concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e municípios, competindo ao ente federal a competência de editar sobre as normas gerais atinentes às matérias daquele preceito constitucional. Em apelo ao artigo 22, inciso I, da Constituição, militam igualmente Mauro Andrade e Pablo Alflen (*Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 98). A propósito, existem julgamentos do Supremo Tribunal Federal que se apegam ao princípio da simetria federativa com o condão de robustecer, a partir de casos concretos, o irrestrito e generalizado respeito às garantias e aos direitos fundamentais de todas as pessoas, a outra face da moeda do princípio da supremacia da Constituição, também abrangente e direcionado uniformemente a todas as unidades federativas (HC 89.837/DF e 85.419/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 20/11/2009 e 27/11/2009, respectivamente). Frise-se que não se mostra objeto deste trabalho averiguar a natureza jurídica do postulado da simetria (tampouco acerca da controvérsia sobre sua efetiva existência, que a pressupomos), aqui denominado de princípio em virtude de sua potencialidade interpretativa tendente a casuisticamente ponderar, a partir do conjunto sistemático de normas constitucionais, uma estruturação equilibrada, coerente e sintonizada com a complexa teia de relações característica de um modelo federativo de Estado. Trata-se de, por intermédio da simetria, conduzir-se a uma prudente consolidação de parâmetros normativos nacionais válidos de maneira uniforme em todo o território nacional, e não de promover maniqueísmos exacerbados, seja em prol de uma verticalização excessiva magnetizada pelo poder federal, seja em benefício de disparates quaisquer camuflados pelo endosso nebuloso em torno dos interesses locais e regionais. Conforme preceitua Pontes de Miranda, no concernente ao tema da taxatividade dos princípios constitucionais, em especial na matéria relativa ao elastério normativo das diretrizes principiológicas cuja ofensa seria passível de intervenção federal nos Estados, “não havia, nem há, cânones *a priori*, para a determinação de tais princípios” (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 196). Noutra banda, ao interpretar a violação de direitos e garantias fundamentais, causa para a intervenção federal nas Constituições de 1891, com a redação dada pela Revisão

A desintegração sistêmica do modelo caleidoscópico e incongruente da audiência de custódia ostenta uma ramificação dúplice oriunda dessa inconstitucionalidade tópica. A uma, porque brasileiros na mesma situação jurídica serão passíveis de um tratamento injustificadamente diferenciado a depender de onde se encontram (afronta à primeira proibição, correlata à primeira parte do artigo 19, III). A duas, porque as próprias unidades federativas estaduais promovem – apesar de capitaneadas por força de um movimento nacional encampado pelo Conselho Nacional de Justiça, ao menos enquanto pende de deliberação legislativa o projeto de lei nacional acerca do assunto – preferências entre si, na medida em que a regulamentação discricionária da audiência de custódia (discricionariedade em adotar esse instituto ou não, ou em adotá-lo com padrões normativos diferenciados), ao não possuir qualquer pertinência com reivindicada autonomia a se suportar em vista de fatores regionais, destrona um princípio republicano e federativo comum a nortear por igual todas as unidades regionais do Estado brasileiro.

de 1925-1926, e de 1937 (somente depois reiterada como causa interventiva da União no texto constitucional de 1988, artigo 34, inciso VII, “b”, num outro argumento oriundo da Constituição vigente em torno da plausibilidade da tese em benefício da uniformização de preceitos ou institutos que assegurem simetricamente os direitos da pessoa humana em todo o país), Pontes de Miranda assevera o acerto da Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1 de 1969) de evitar a menção a tais direitos como princípios constitucionais, eis que se mostram “*eficácia de princípios, e não princípios*” (Ibidem): a exclusão desses direitos sob a técnica legislativa antecipada na literalidade do dispositivo constitucional não sepulta, contudo, sua tônica hermenêutica na demanda interpretativa pela respectiva eficácia em situações concretas de ameaça ou lesão. Frise-se que a demanda normativa por respeito aos direitos individuais, pioneiramente incorporada na Constituição de 1891 pela Ato Revisional de 1925-1926, procedeu de manifesto parlamentar de Borges de Medeiros nos Anais daquela reforma constituinte, de modo a incluir “as franquias individuais entre as prerogativas do *systema republicano*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Commentários à Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929. p. 185). Sobre a Constituição em vigor, em se tratando da intervenção federal nos Estados atrelada à não observância dos direitos da pessoa humana – a se mostrar um efeito incontroverso da simetria federativa a exigir o fiel e homogêneo acatamento da audiência de custódia por todas as unidades estaduais –, Ricardo Lewandowski ensina que o devido respeito a certos princípios comuns na organização interna de todos os entes federativos mostra-se como fator essencial responsável por consolidar uma genuína Federação, motivo pelo qual se justifica a intervenção no caso de serem violados direitos e liberdades fundamentais por parte dos Estados e do Distrito Federal (Comentários aos artigos 34 a 36 da Constituição. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013. p. 810-811).

IV. A VIA DIFUSAMENTE INTERPRETATIVA DE COMBATE POR INTERMÉDIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO: PONTO DE PARTIDA DIFUSO, PONTO DE CHEGADA GERAL NUM CRITÉRIO UNIFORME

Por incompreensível que seja, a via jurisdicional de tutela dos direitos fundamentais por intermédio da atuação interpretativa uniforme de comandos da Constituição já resultou concretamente obstaculizada pelo entendimento – retrógrado e incompatível com o Texto Maior – da própria jurisdição. A Defensoria Pública da União resolveu intentar uma ação civil pública perante a Justiça Federal de Manaus (Estado do Amazonas) com o pedido de nacionalizar o procedimento da audiência de custódia em todo o território nacional²⁶, uma iniciativa que bem demonstra a viabilidade de se reivindicar a atuação interpretativa dos preceitos constitucionais e diplomas internacionais de direitos humanos, mormente revestidos por cânones axiológicos protetivos da dignidade da pessoa humana. O processo resultou extinto sem resolução de mérito pelo magistrado de primeira instância mediante um vaticínio irredutivelmente dogmático, tornado em enigma na impossibilidade de seu desvelar de compreensão: “não se justifica a atuação aleatória das Defensorias Públicas, de forma ampla e irrestrita, em defesa daqueles que não são considerados hipossuficientes, isto é, [que] não se enquadram na condição de necessitados”.²⁷

26 Caio Paiva, defensor público da União e um dos signatários dessa ação civil pública, assevera que o objetivo da postulação consistiu em implementar a realização da audiência de custódia “em todo o âmbito da Justiça Federal” (*Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 84). Como a Constituição estabelece que aos juízes federais compete processar e julgar “as causas fundadas em tratado da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional” (artigo 109, II), quer-se interpretar “todo o âmbito da Justiça Federal”, nesse específico caso, como “todo o âmbito nacional”, considerada a jurisdição em sua unidade vinculada ao dever de cumprir a Constituição e, doravante, realizar a audiência de custódia, na medida em que se está diante de violação a direitos fundamentais e humanos, cuja reprimenda se faz em bloco, jamais por medidas setoriais.

27 A sentença pode ser encontrada em <http://s.conjur.com.br/dl/defensoria-mover-acao-civil-publica>, acesso em 18 de setembro de 2015 (trecho encontrável à lauda 4, seguida, até o final do documento, por basicamente trechos de outros precedentes). A decisão foi objeto de recurso para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ainda não julgado.

Muito pior do que rechaçar a intervenção axiológica dos ditames constitucionais, em meio ao debate conteudístico do papel da justiça constitucional difusa na concretização dos direitos fundamentais, encontra-se o tergiversar da jurisdição, evadindo-se do nó górdio que assola o complexo tema pelo fácil caminho da extinção do processo sem o enfrentamento do mérito. Sabe-se que o tema da jurisdição constitucional efetuada por todos os juízes e tribunais do país, especialmente em se tratando de decisões interpretativas capazes de densificar argumentativamente a escolta normativa da Constituição (e do direito convencional aliado a instrumentos de tutela aos direitos humanos)²⁸, tanto pode englobar o reconhecimento normativo de novos direitos e garantias (interpretação conforme) quanto a própria efetivação deles no campo da tutela material de sua efetivação prática (interpretação de acordo).²⁹ E o exemplo da extinção do processo num caso como esse, em especial com a potencialidade de a audiência de custódia poder ser generalizada via jurisdição como prática constitucionalmente adequada em todo o país, sem o enfrentamento sequer da contenda teórica, mostra uma triste sina corporificada pelo próprio Poder Judiciário na contramão do reconhecimento dos direitos amalgamados pelo elástico axiológico de nossa Carta Magna.

28 Frisem-se a esse respeito os comentários de Caio Paiva e Aury Lopes Júnior: “Parece-nos possível identificar, na superação deste *enclausuramento normativo* que somente tem olhar para o ordenamento jurídico interno, o surgimento, talvez, de uma nova política criminal, orientada a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo a partir do diálogo (inclusivo) dos direitos humanos. É imprescindível que exista uma mudança cultural, não só para que a Constituição efetivamente constitua-a-ação, mas também para que se ordinarize o controle judicial de convencionalidade. Esse controle pode se dar pela via difusa ou concentrada, merecendo especial atenção a via difusa, pois exigível de qualquer juiz ou tribunal” (Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, set./dez. 2014, publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 14. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015).

29 Luiz Guilherme Marinoni bem delimita a diferença entre a interpretação conforme à Constituição, instrumento de controle de constitucionalidade de atos normativos, e a interpretação de acordo com a Constituição, método interpretativo a partir do qual o magistrado provê técnicas processuais concretas para uma adequada e efetiva satisfação (ou proteção) de direitos fundamentais em face das necessidades tópicas de direito material envolvidas na casuística de aplicação do direito (*Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 229-234).

O mote de nossa investigação indica, ao contrário de inações anestesias pela técnica da fria estampa processual, o delineamento da interpretação conforme à Constituição para o fito de dar primazia axiológica aos ditames legislativos ordinários ainda literalmente refratários aos princípios constitucionais. Sem esquecer que ao dever ético de se interpretar as normas jurídicas infraconstitucionais em consonância ao Texto Maior redundava a equivalente imposição ética de interpretar a Constituição diretamente, retirando-lhe eficácia à revelia de eventual omissão legislativa.³⁰ A interpretação conforme consiste em mecanismo da justiça constitucional em sede de decisões interpretativas difusas – a cargo de qualquer magistrado em sua atuação cotidiana – com a finalidade de concretizar fundamentos, objetivos e valores tutelados na perspectiva dialeticamente viva do

30 Frise-se que o ponto dogmático acerca da interpretação conforme resulta problematizável em pelo menos dois aspectos: as relações entre Constituição e regulamentação legislativa (princípio da interpretação de leis existentes e válidas conforme à Constituição *versus* princípio da interpretação da Constituição conforme as leis democraticamente aprovadas em sua regulamentação) e as relações entre Constituição e a inércia superveniente do poder público (em específico no trato legiferante), quando vem à tona a natureza das normas constitucionais em termos de sua eficácia normativa, com especial complexidade no caso das normas constitucionais de eficácia limitada, mais detidamente na difícil encruzilhada da inconstitucionalidade por omissão que redunde no sacrifício (mais ainda, diferido no tempo) de direitos fundamentais. Uma amostra desse complexo relacionamento entre o direito ordinário concretizado em ato normativo – que já constitui uma ponderação antecipadamente interpretativa das normas constitucionais envolvidas pelo próprio legislador – e a Constituição se pode ver nos termos de crítica ao processo de constitucionalização do direito, o qual acarretaria o denominado totalitarismo ou colonialismo do direito constitucional sobre os demais ramos do direito: “não é tanto o juiz, enquanto juiz, que existe para servir os legisladores; antes, as legislações é que existem para ajudarem o juiz a fazer justiça no caso concreto” (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário*. In: *20 Anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 372). Nessa toada, Alexandre Santos de Aragão defende a deferência hermenêutica na aplicação do direito aos enunciados normativos aprovados pelo legislador, porquanto “a ponderação já foi realizada quando da edição da norma” (Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 63, set./dez. 2014). Noutra banda, há de se constatar no presente uma notável tendência, percebida empiricamente, da jurisdição constitucional em rumar para o “abandono da tradicional postura de autorrestrrição na manipulação do sentido literal de textos normativos a partir de princípios constitucionais abstratos” (BRANDÃO, Rodrigo. *Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do “legislador negativo”*. In: *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, versão em e-book).

direito constitucional.³¹ A dialética a que se refere a cronologia histórica constitucional após o advento da Carta democrática tende para a absorção inclusiva ao longo do tempo de direitos e garantias em benefício da cidadania, seja no aspecto de quantidade ou qualidade, senão ao menos no desforço de impedir retrocessos nocivos ao núcleo básico dessas proteções jurídicas.

No específico caso em tela, evidencia-se a necessidade de angariar um único e coerente discurso legislativo para todas as unidades federativas estaduais em consideração à prática – constitucionalmente adequada e, portanto, exigível – da audiência de custódia. Trata-se de aproveitar o movimento legislativo secundário dos Estados, embora supérfluo pelo filtro de sua indispensabilidade em tornar um programa simbólico constitucional em normatividade eficaz, de modo a selecionar, dentre as plataformas regulamentares, aquela que melhor se enfeixa na consumação concreta e factível de prover o discurso constitucional de garantias ao indivíduo. A interpretação conforme, como rito hermenêutico padrão, adjudica sentidos constitucionalmente admissíveis a preceitos normativos desviantes ou mesmo colmata lacunas injustificadas em face do desiderato insculpido em preceitos substantivos da Constituição, uma vez suscetível esse programa interpretativo de elaborar um discurso legitimado do ponto de vista analítico mediante cânones razoáveis de fundamentação intersubjetivamente

31 Sem ignorar que a interpretação conforme se comporta como uma contenção interpretativa para a salvaguarda do texto normativo em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira a se evitar, tanto quanto possível, a pronúncia de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado perante a Suprema Corte brasileira. Por isso é que se verifica em literatura específica acerca do tema a distinção inclusive terminológica das múltiplas facetas da interpretação conforme, especialmente no que se refere a diferenciar um campo difuso de “interpretação generalizadora orientada pela Constituição” e um âmbito estrito de fiscalização de constitucionalidade, pela “interpretação conforme à Constituição”, através do Tribunal Constitucional: “poderá afirmar-se que se no quadro da interpretação orientadora nos situamos ainda no campo de uma ‘interpretação jurídica’, no caso da interpretação conforme, para além de uma actividade interpretativa, depara-se-nos ainda uma específica actividade de controle de normas” (QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio da interpretação conforme a Constituição: questões e perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, ano VII, p. 313-314, 2011). As duas facetas da interpretação conforme poderiam ser utilizadas, alternativamente ou em conjunto, no tratamento adequado e uniforme de adoção da audiência de custódia em todo o território nacional.

válida. A interpretação conforme já poderia ter sido utilizada, pois, desde 1992³², para colmatar uma omissão ou desvio de inconstitucionalidade. Quase um quarto de século mais tarde, a interpretação conforme poderá ao menos engendrar uma linha de raciocínio uniforme e vinculante em abrangência nacional com o propósito de reivindicar apenas um – e o mais exemplar – dentre os múltiplos procedimentos inconstitucionalmente segregados em sua delimitação administrativa estadual (inclusive em se levando em conta a ausência de parametrização em algumas unidades estaduais privadas desses diplomas³³) numa crassa afronta ao parâmetro normativo

32 É importante registrar, com Ingo Sarlet, um louvável movimento de interpretação, ocorrido no Rio Grande do Sul, para efetivar a audiência de custódia nesse primeiro momento de sua internalização pela via do decreto: “Embora a audiência de custódia, na forma regulamentada que ora tem sido gradualmente assumida pelo Poder Judiciário, induzido pelo Conselho Nacional de Justiça, seja algo recente, cumpre noticiar que magistrados gaúchos, já na década de 1990 (portanto na sequência da ratificação dos tratados acima referidos), buscaram organizar um sistema de apresentação imediata dos presos em flagrante ao plantão judiciário, o que deu azo a uma orientação da Corregedoria-Geral de Justiça do RS recomendando tal providência a todos os juízes criminais do RS. Ainda que a iniciativa tenha, como já se era de imaginar, esbarrado em resistências de toda ordem, inclusive no seio da própria magistratura, a referência que aqui se faz tem o intuito de render justa e merecida homenagem aos que (e não apenas no RS, é claro) desde cedo tomaram ciência e consciência do caráter imperativo da providência e da necessidade de harmonizar o nosso em parte vetusto processo penal com as diretrizes dos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 e do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (O caso das audiências de custódia mostra resistência ao direito internacional. *Conjur*, 7 ago. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 set. 2015). Para Mauro Andrade e Pablo Alflen, o acontecimento “de o Brasil haver firmado a CADH há mais de vinte anos já seria suficiente para que a *audiência de custódia* estivesse plenamente incorporada ao nosso cotidiano forense” (*Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29).

33 A respeito do caos de desigualdade em nosso país na regulamentação do tema: “Embora estejamos tratando de um mesmo ato processual, o provimento a ser aplicado pelo Poder Judiciário de São Paulo, em certas situações, posicionou-se de forma diametralmente oposta à forma como a audiência de custódia foi regulamentada pelo Poder Judiciário do Maranhão. A título de exemplo, rechaçou-se a realização da audiência de custódia por meio de sistema de teleaudiência, bem como, a realização daquele ato durante o horário de plantão ordinário e nos finais de semana. Da mesma forma, a existência desse projeto encabeçado pelo CNJ, Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo em nada obstaculiza que outros Tribunais ou juízes de 1º grau venham a se manifestar de forma dissonante às disposições previstas naquele provimento, já que a ele não estão vinculados, seja em relação à forma como essa audiência deveria se realizar ou, até mesmo, se ela deve se realizar. Aliás, essa é a realidade que vem se verificando: de um lado, há Tribunais que não demonstraram qualquer intenção em aderir a tal projeto-piloto em seus Estados; de outro, os Tribunais que aderiram ao projeto-piloto do CNJ, e já implantaram a audiência de custódia em seus

da isonomia, um dos mais caros para o alicerce de um Estado Democrático de Direito.

V. CONSIDERAÇÕES REFLEXIVAS FINAIS

Evidencia-se, assim, que a fiscalização de constitucionalidade, no contexto do Estado Democrático de Direito, não mais se compraz com o comparativo abstrato entre textos normativos ordinários e a Constituição. Seja porque o escrutínio se faz na própria aplicação concreta de dispositivos normativos para situações particulares do mundo da vida, levando-se em conta as modulações interpretativas nem sempre redutíveis a um juízo objetivo atrelado ao texto normativo impugnado, seja em virtude da impenhência hodierna do poder jurisdicional “controlar a falta de lei quando esta é imprescindível à tutela de um direito fundamental”³⁴. No caso da audiência de custódia, nem se trataria de uma lacuna a ser qualificada em omissão de inconstitucionalidade, eis que o ordenamento jurídico nacional agasalhou normativamente as diretrizes de direito internacional acerca de referido instituto, quando muito de uma omissão legislativa de caráter complementar no tocante à padronização eficaz dessa garantia fundamental.

Porém, nos últimos tempos incidiu nesse vácuo normativo uma proliferação de expedientes administrativos responsáveis por transformar uma inação inconstitucional abrangente (atinentes ao sistema nacional como um todo diante da paralisia de se aplicar a audiência em questão) numa multifacetada e dispersiva regulamentação com igual mácula de contraste frente ao Texto Maior, mormente em vista dos preceitos invocados ao longo desse trabalho. Daí porque se defendeu a noção de os juízes harmonizarem o direito posto com a Constituição e com as normativas internacionais

Estados [...] acabaram por regulamentar a audiência de custódia também por ato administrativo, mas apresentando pequenas modificações [...]” (ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 28). O desacordo normativo é depois retomado em páginas subsequentes (por exemplo, *ibidem*, p. 56-57).

34 MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.036.

de direitos humanos acatadas pelo Brasil mediante o abrigo das decisões interpretativas, mormente através da interpretação conforme, a qual, nos limites dessa investigação, deve ser tratada como um expediente largo e abrangente do controle concreto (hermenêutico) de constitucionalidade, sem descer, portanto, às especificidades de técnicas minuciosamente detalhadas pela doutrina especializada em jurisdição constitucional.³⁵

Não se ignore para a potencialidade de a interpretação conforme instrumentalizar um meio para a elaboração de discursos congruentes de aplicação jurisdicional. Sem inovar³⁶, o novo Código de Processo Civil, por exemplo, situa essa capacidade hermenêutica em seu artigo 927, ao estipular que juízes e tribunais devem observar as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado (ações de constitucionalidade) e difuso (recursos extraordinários), do Superior Tribunal de Justiça (demandas repetitivas e recursos especiais) e dos órgãos plenários (ou especiais) dos tribunais locais.

Em caráter de síntese conclusiva, sugere-se, pois, que a interpretação conforme seja um meio de prevenir ou, no limite, remediar a ocorrência de bipolaridades injustificadas no âmbito da jurisdição. Trata-se de considerar esse instrumento, pela sua valência casuística e argumentativa, como um mecanismo para legitimar um direito fundamental de índole processual e material (audiência de custódia), dissuadindo a ocorrência de controvérsias infundadas violadoras do princípio da igualdade.

35 Por exemplo, BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014; REIS, Mauricio Martins. *A legitimação do estado democrático de direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito*. Passo Fundo: IMED Editora, 2012; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

36 O novo CPC não inova no tema dos precedentes obrigatórios, eis que o sistema constitucional de 1988 já estabelece o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado e difuso, sem esquecer a vigência das leis 9.868/99 e 9.882/99 no trato da jurisdição constitucional (inclusive a interpretação conforme), tampouco sem olvidar o incidente de uniformização de jurisprudência sempre acatado em nosso regime processual em vigor (artigos 479 e 480 do atual Código de Processo Civil). Registre-se que o tema da jurisdição constitucional e do caráter congruente das decisões interpretativas remonta a uma dimensão geral do direito, diríamos propedeuticamente hermenêutica, insuscetível, pois, de contemporizações tópicas (capazes de relativizar os seus postulados teóricos) nessa ou naquela área jurídica.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro. Audiência de custódia e as consequências de sua não realização. *Páginas de Processo Penal*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2015.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BADARÓ, Gustavo. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *Conjur*, 9 set. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 set. 2015.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRANDÃO, Rodrigo. Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do “legislador negativo”. In: *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CHAUÍ, Marilena. *Da realidade sem mistérios ao mistério do mundo*: Espinosa, Voltaire Merleau-Ponty. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- ECO, Umberto. O pensamento fraco versus os limites da interpretação. In: *Da árvore ao labirinto: estudos históricos sobre o signo e a interpretação*. Traduzido por Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Comentários aos artigos 34 a 36 da Constituição. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, António Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAIVA, Caio; LOPES JR., Aury. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*: publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 17, p. 14, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PORTOCARRERO, Maria Luísa. Hermenêutica: questão de método ou filosofia prática? In: *Método e métodos do pensamento filosófico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007.

QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio da interpretação conforme a Constituição: questões e perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, ano VII, volume especial, 2011.

REIS, Mauricio Martins Reis. *A legitimação do estado democrático de direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito*. Passo Fundo: IMED Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. O caso das audiências de custódia mostra resistência ao direito internacional. *Conjur*, 7 ago. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 set. 2015.

SILVA, Juremir Machado da. *Correio do Povo: 120 anos de aventura diária*. *Correio do Povo*, 26 set. 2015. Caderno de Sábado.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário*. In: *20 Anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEIN, Ernildo. *Hermenêutica e dialética*. In: *Hermenêutica e dialética: entre Gadamer e Platão*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Desde 1992, a falta de audiência de custódia pode anular condenações antigas? *Conjur*, 23 jul. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 28 set. 2015.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Comentários ao artigo 19 da Constituição*. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

APRESENTAÇÃO (*VORFÜHRUNG*) OU AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

PABLO RODRIGO ALFLEN*

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O direito processual penal alemão contemporâneo é fruto da reforma desencadeada no início do século XIX, para a qual foram essenciais as contribuições, principalmente, de Feuerbach, Mittermaier, Abegg, Zachariae, Köstlin e outros.¹ Tal reforma se deu em oposição ao modelo processual inquisitivo instituído no período da Idade Média e que havia sido introduzido no contexto alemão por meio da “*Constitutio Criminalis Carolina*” – o Ordenamento Judicial Penal do Imperador Carlos V –, com a recepção do direito romano desenvolvido na Itália pelos glosadores e pós-glosadores (entre 1100-1450).²

* Doutor em Ciências Criminais (PUCRS), com estágio pós-doutoral pela Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Professor do Departamento de Ciências Penais e do Curso de Especialização em Direito Penal e Política Criminal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

- 1 Cfe. SCHMIDT, Eberhardt. *Deutsches Strafprozessrecht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. p. 22; com uma análise profunda e detalhe a respeito SCHMIDT, Eberhardt. *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*. 3. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965. p. 327-352.
- 2 Cfe. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. 4. Aufl., München: C.H.Beck, 2007. p. 16 e ss.; com maiores detalhes sobre a “Carolina”, compare SCHROEDER, Friedrich-Christian (Hrsg.). *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V*. Stuttgart: Reclam, 2000. p. 131 e ss.

Um marco decisivo nesse movimento, no entanto, foi o ano de 1849 e a Constituição de *Paulskirche*, a qual passou a clamar pela instauração de um processo acusatório.³ Tal Constituição dispôs expressamente no § 179 do art. X do capítulo VI – intitulado “os direitos fundamentais do povo alemão” – que “nas causas penais vige o processo acusatório” (“*In Strafsachen gilt der Anklageprozeß*”). A construção desse modelo, ademais, encontrou importante aporte na criação do Ministério Público *como órgão independente*.⁴ Isso porque a participação do Ministério Público⁵ no processo penal alemão possibilitou a sua estruturação inicial em duas etapas fundamentalmente distintas: o procedimento preliminar (*Vorverfahren*) e o procedimento principal (*Hauptverfahren*).⁶ O desenvolvimento ulterior do processo, no entanto, conduziu à criação de uma terceira etapa, a qual interliga as duas primeiras, denominada procedimento intermediário (*Zwischenverfahren*) e, ainda, à criação de uma quarta etapa, chamada de procedimento recursal (*Rechtsmittelverfahren*).⁷ Essas quatro etapas integram o processo de conhecimento no âmbito do direito processual penal alemão,

-
- 3 Nesse sentido AMBOS, Kai. O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica. In: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.
- 4 Sobre a importância do Ministério Público nesse contexto, compare VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Aufl., Heidelberg: Springer, 2011. p. 92 e ss. Há divergência na doutrina alemã a respeito do surgimento do Ministério Público na Alemanha; compare KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. 8. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2010. p. 96-97, o qual refere que, na Prússia, a instituição surgiu em 1843, porém, em Hamburgo já havia surgido em 1841. Veja-se, ainda, com críticas aos fundamentos da criação do Ministério Público, AMBOS, Kai. op. cit., p. 32.
- 5 O Ministério Público alemão, como refere Volk, “não é absolutamente independente, como o juiz, e somente subordinado à lei”, pois constitui “órgão organizado hierarquicamente (burocraticamente)”. Nessa estrutura verifica-se que os membros do Ministério Público em primeira instância (*Staatsanwälte*) estão subordinados ao chefe superior do Ministério Público (*Leitender Oberstaatsanwalt*), e ambos se subordinam ao Procurador-Geral (*Generalstaatsanwalt*), no entanto todos se subordinam ao Ministro da Justiça (*Justizminister*); compare VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. 2. Aufl., München: Verlag C.H.Beck, 2001. p. 15-16.
- 6 Cfe. SCHMIDT, Eberhardt. *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. Teil I. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952. p. 56; no mesmo sentido VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. p. 95 e ss.
- 7 Com um panorama esquemático e sintético compare OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 60 e ss.

o qual é sucedido pelo procedimento de execução.⁸

Porém, somente após a reunificação do direito processual penal, com o Código de Processo Penal de 1877 (StPO), que o ordenamento processual penal alemão foi sendo adaptado ao modelo processual acusatório, o que se fez por meio das inúmeras reformas legais que lhe sucederam. Apesar de tais reformas, a estrutura básica do processo penal, instituída pelo StPO em 1877, permaneceu a mesma: um processo acusatório com princípio de investigação, segundo o qual o juiz somente pode atuar em face de uma acusação que, como regra⁹, é promovida pelo Ministério Público.¹⁰

De qualquer modo, a fim de possibilitar o assecuramento seja do procedimento seja da prova¹¹, o Código de Processo Penal alemão – de modo semelhante ao Código de Processo Penal brasileiro – prevê uma variedade de medidas cautelares, chamadas de medidas coercitivas (*Zwangsmaßnahmen*) ou meios de coerção (*Zwangsmittel*). Dentre essas medidas encontram-se a prisão investigatória (*Untersuchungshaft*) e a detenção provisória (*vorläufige Festnahme*), as quais, justamente por constituírem as formas de intervenção judicial mais gravosas nos direitos do cidadão acusado, foram objeto de veemente crítica por parte de Hassemer ao defini-las como forma de “subtração da liberdade de um inocente”.¹²

O direito processual penal alemão, no entanto, não possui uma “audiência de custódia”, com o mesmo *nomen juris* que se atribui a tal instituto no

8 Cfe. OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 60; compare, ademais, KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 39.

9 Como regra, porque o processo penal alemão possui, também, casos em que a ação penal é promovida pelo particular, como nos chamados delitos de ação privada (*Privatklagedelikt*), compare ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl., München: Beck, 2014. p. 322 e 509 e ss.

10 Cfe. PETERS, Karl. *Strafprozeß*. 3. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1981. p. 151-152; ademais, ROXIN, Claus. Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán. Trad. de Esteban González Jiménez e Revisão de John Zuluaga. In: PEDROZA, Andrés F. Duque. *Perspectivas y retos del proceso penal*. 2015. p. 366.

11 Cfe. KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. 2. Aufl., München: Vahlen, 2013. p. 59 e ss., 73 e ss.; com um panorama interessante sobre tais medidas e seus fundamentos, veja SCHROEDER, Friedrich-Christian. Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel. *JZ*, ano 40, n. 22, p. 1028 e ss., 1985.

12 HASSEMER, Winfried. Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, *StV*, p. 38-40, 1984.

âmbito brasileiro.¹³ Todavia, o StPO, adequando-se ao disposto nos arts. 5.1, “c”, e 5.3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, prevê, nos §§ 115, 115a, 128 e 129, um instituto correlato, denominado *Vorführung* (“Apresentação”). Antes de analisar os aspectos legais e dogmáticos atinentes ao instituto da apresentação (*Vorführung*), faz-se imprescindível tecer algumas considerações prévias sobre o processo penal alemão, as quais possibilitarão uma melhor compreensão do instituto e sua forma de aplicação. Assim, em primeiro lugar, proceder-se-á a uma análise sintética acerca das fases do procedimento no direito processual penal alemão, para, em segundo lugar, tratar das prisões cautelares previstas no StPO, e, por fim, adentrar no instituto da apresentação (audiência de custódia) e observar os seus principais aspectos.

2. AS PRINCIPAIS FASES DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

O exame de alguns aspectos atinentes às primeiras etapas do processo penal alemão é fundamental para possibilitar uma melhor compreensão do instituto da apresentação (audiência de custódia), no contexto alemão, tanto no que diz respeito à modalidade de prisão quanto em relação ao momento processual em que é cabível. Assim, proceder-se-á a breves considerações relativas aos procedimentos preliminar, intermediário e principal, para, posteriormente, analisar as modalidades de prisões e, posteriormente, adentrar no instituto da apresentação.

No *procedimento preliminar*, também chamado de procedimento investigatório (*Ermittlungsverfahren*) ou preparatório (*vorbereitendes Verfahren*)¹⁴, são esclarecidas as circunstâncias relacionadas ao caso penal, que permitirão ao Ministério Público decidir se existe “razão suficiente”¹⁵ para

13 Sobre isso, compare ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 18.

14 Cfe. KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 39.

15 Compare ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 322, referindo que por “razão suficiente” deve-se compreender a existência de *indício* suficiente para a promoção da ação penal; ademais, KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 379 e ss., o qual refere que a “verificação do indício abarca, positivamente, a existência de uma conduta punível, bem como da antijuridicidade e culpabilidade, bem como, negativamente, a falta

promover uma acusação (§ 170, 1, StPO).

Nessa fase, como esclarece Volk, não vigem os princípios da oralidade, da publicidade, da imediatidade, do *in dubio pro reo* e da livre valoração judicial da prova.¹⁶ Porém, por força do princípio da legalidade, o Ministério Público está obrigado a instaurar o procedimento investigatório sempre que existirem indícios realmente suficientes.¹⁷ O domínio dessa etapa está, portanto, nas mãos do Ministério Público, o qual poderá investigar os fatos por si mesmo ou por meio da polícia.¹⁸ Porém, há duas possibilidades de instauração desta fase:

a) Instauração do procedimento por meio de comunicação (*Strafanzeige*) ou requerimento (*Strafantrag*): qualquer cidadão pode – *não deve* – *comunicar* às autoridades incumbidas da persecução penal a ocorrência de um fato delitivo. Tal comunicação pode ser realizada de forma oral (inclusive, por telefone) ou escrita ao Ministério Público, à Polícia ou ao juiz (§ 158, 1, StPO). Além disso, qualquer cidadão pode oferecer *requerimento*, nos casos em que a lei o admite (nos chamados delitos que dependem de requerimento).¹⁹ Tal requerimento compreende, além da comunicação da ocorrência do fato delitivo, a manifestação de interesse da vítima no prosseguimento do processo ou na punição (chamados, respectivamente, de requerimento em sentido amplo e em sentido estrito). Tal requerimento pode ser formulado perante o juiz ou Ministério Público (§ 158, 2, StPO).²⁰

b) Instauração do procedimento de ofício: em muitos casos as autoridades incumbidas da promover a investigação tomam conhecimento direto da ocorrência do fato delitivo, de modo que podem dar prosseguimento formal de ofício a sua instauração.

de impedimentos para a persecução penal, tais como excludentes da culpabilidade, causas de extinção e isenção da punibilidade”.

16 Cfe. VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. p. 6 e p. 140-141.

17 Cfe. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 12. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2012. p. 207.

18 Cfe. KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 39-40; bem como BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 55; também SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. p. 71.

19 Cfe. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 207.

20 Cfe. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 207; com detalhes, veja ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. Aufl., München: Beck, 2014. p. 312 e ss.; também KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 46-47.

O pressuposto material para a instauração do procedimento de investigação, em qualquer um dos casos, é a existência de uma suspeita inicial (*Anfangsverdacht*), a qual corresponde a um ponto de partida material que, conforme Beulke, de acordo “com experiências criminalísticas”, permite considerar como possível a participação do envolvido em uma conduta punível, não sendo suficientes meras presunções.²¹

Nesse contexto procede-se à produção do depoimento do investigado, da vítima, de testemunhas, de peritos – os quais são obrigados a comparecer em face da notificação do Ministério Público –, à inspeção do lugar do fato, à averiguação dos instrumentos utilizados na prática do crime, leitura e análise de documentos, requerimento de medidas coercitivas (*Zwangmaßnahmen*), tais como busca e apreensão (§§ 102 e ss. e §§ 94 e ss., do StPO) e a prisão investigatória (*Untersuchungshaft*) (§§ 112 e ss. StPO).²²

A figura do juiz da investigação (*Emittlungsrichter*), porém, surge nesta fase por duas razões: a) no caso de decretação de medidas coercitivas, tais como o exame de DNA, §§ 81 e seguintes do StPO; mandado de busca e apreensão; interceptação das comunicações telefônicas; informações sobre registro de ligações telefônicas, retenção provisória de carteira de habilitação e prisão investigatória; b) no caso de asseguramento da prova (como o depoimento testemunhal, pericial ou do acusado).²³

Fator peculiar consiste em que o Ministério Público, nesta fase, poderá, no caso de perigo iminente, ordenar *por si mesmo* a busca e apreensão (§ 98, I, 1 do StPO) e a interceptação telefônica, as quais necessitam, após, ser confirmadas judicialmente.²⁴

O procedimento de investigação termina com o oferecimento da peça acusatória ou por meio de arquivamento. Esta última hipótese ocorre quando o Ministério Público verificar: a) não haver suspeita suficientemen-

21 Cfe. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 208; com um vasto panorama acerca da problemática da definição de suspeita inicial veja KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 209-217.

22 Cfe. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. p. 73.

23 Cfe. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 211; SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. p. 77 e ss.

24 Cfe. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 55.

te fundada do fato; *b*) a atipicidade do fato ou a incidência de causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade; *c*) não haver suspeita fundada contra um investigado; *d*) por razões de oportunidade.²⁵

Como esclarece Kühne, o lapso temporal entre o oferecimento da acusação ao órgão julgador e a decisão sobre a abertura do procedimento principal é caracterizado como procedimento intermediário (*Zwischenverfahren*).²⁶ Existindo suspeita fundada, o Ministério Público deve promover a acusação, de modo que o fato é levado a juízo. O Ministério Público não pode, por si mesmo, conduzir a sua acusação diretamente a uma audiência principal (*Hauptverhandlung*) – a terceira fase do processo – perante o órgão julgador, pois este é que deve decidir se a etapa da audiência principal (a instrução) será aberta ou não.

O procedimento intermediário, como adverte Kühne, é a fase na qual é exercida a “função de controle no interesse do acusado”, pois o “simples fato de se ver publicamente acusado na audiência principal, de um delito, representa uma gravíssima intervenção sobre o indivíduo”. Logo, o procedimento intermediário deve assegurar, por meio de um juiz independente, que ninguém pode ser obrigado com base somente na acusação do Ministério Público a ser levado a juízo.²⁷

Daí a fase intermediária, a qual, no entanto, encerra com a decisão do julgador de abertura do procedimento principal, a rejeição da abertura com fundamento na inexistência de indício suficiente ou na falta de pressupostos processuais.²⁸

No *procedimento principal* (*Hauptverfahren*) é preparada (§§ 231-225a do StPO) e realizada (§§ 226-275 do StPO) a audiência principal. O acusado presta depoimento (se quiser), são colhidos os depoimentos das testemunhas, ouvidos peritos – sendo *inadmissível* o uso de gravação audiovisual, salvo para fins internos pelo órgão jurisdicional –, lidos documentos, admitidos os meios de prova. Após a admissão e produção das

25 Cfe. VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. p. 6 e p. 213-214.

26 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 379.

27 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 385.

28 Cfe. VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. p. 242.

provas o Ministério Público e a defesa debatem, o acusado tem a última palavra e o juízo, após deliberação, profere sua decisão.²⁹

3. A PRISÃO INVESTIGATÓRIA E A DETENÇÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, estabeleceu em seu art. 5, 3, que “toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, letra ‘c’, do presente artigo deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra pessoa habilitada por lei para exercer poderes judiciais [...]”.³⁰ Ao tratar, portanto, do instituto da apresentação, a Convenção fez menção à pessoa *presa* ou *detida*, e, com isso, conduziu à necessária diferenciação entre ambas.³¹ Adaptando-se a essa exigência, o Código de Processo Penal alemão (StPO), ao regular a chamada prisão investigatória (*Untersuchungshaft*) e a detenção provisória (*vorläufige Festnahme*) no Capítulo 9, nos §§ 112 a 130, reconheceu ambas as modalidades.³² Naturalmente, por se tratar de uma medida coercitiva extremamente rigorosa, o legislador alemão, além de prever ambas as modalidades, formulou-as com bastante cautela, condicionando-as ao preenchimento de muitos pressupostos.³³ Nesse sentido, cumpre analisá-las individualmente, a fim de identificar as diferenças apontadas pelo legislador alemão.

A detenção provisória (*vorläufige Festnahme*) está prevista no § 127, 1, do StPO. O dispositivo prevê as situações que permitem a detenção de uma forma muito peculiar, de modo que não é possível simplesmente estabelecer a detenção provisória como um correlato da prisão em flagrante prevista no processo penal brasileiro.

29 Cfe. VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. p. 6.

30 Na versão original em inglês: “Article 5, (3) Everyone arrested or detained in accordance with the provision of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial”. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf>.

31 Cfe. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. p. 18.

32 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 282.

33 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 262.

Estabelece o § 127, 1, do StPO, que “se alguém se encontra em situação de flagrante-delito (*auf frischer Tat*) ou é perseguido, havendo suspeita de fuga (*Fluchtverdacht*) ou não sendo possível a sua imediata identificação, qualquer pessoa está autorizada a detê-la, mesmo sem ordem judicial”. Segundo a doutrina alemã, a chamada situação de flagrante delito ocorre somente quando o autor é encontrado na execução do fato típico (podendo ocorrer, portanto, na etapa de tentativa) ou após a consumação do fato delitivo.³⁴ Logo, a hipótese prevista no § 127, 1, do StPO, referida como *perseguição*, não é tratada como situação de flagrante propriamente dito, embora se enquadre em situação que admite a detenção provisória. Por outro lado, ao condicionar a detenção, alternativamente, à impossibilidade de identificação imediata da pessoa perseguida ou em situação de flagrante, o legislador alemão criou uma hipótese que corresponderia a uma fusão das chamadas prisão flagrante (arts. 301 e ss. do CPP) e prisão temporária (art. 1º da Lei nº 7.960/1989) previstas no ordenamento brasileiro. Entretanto, o legislador alemão autoriza a efetivação da detenção por qualquer cidadão, o que, no entanto, corresponde unicamente à prisão em flagrante prevista no ordenamento brasileiro, uma vez que a prisão temporária, na sistemática brasileira, depende de decretação judicial (art. 2º da Lei nº 7.960/1989).

A doutrina alemã esclarece, ainda, que a “suspeita de fuga”, prevista no § 127 do StPO, jamais pode ser verificada faticamente de forma precisa, devendo ser identificada com base na capacidade de discernimento limitada de forma situacional, ou seja, pela constatação da incapacidade de fuga do autor por razões físicas ou psíquicas.

A detenção pode ocorrer, ainda, no caso de perigo iminente, desde que estejam presentes os pressupostos da ordem de prisão (§ 127, 2, StPO). Porém, nesse caso, a detenção somente pode ser efetivada pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. Em tais hipóteses, no entanto, a detenção somente pode ser mantida até o dia imediatamente posterior a sua efetivação e, após isso, o detido deve ser solto ou permanecer preso com

34 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 283; no mesmo sentido, compare ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 252.

base em uma ordem judicial de decretação da prisão.³⁵

Tal modalidade, evidentemente, ocorre em etapa anterior ao *procedimento preliminar* (*Vorverfahren*) e compreende sempre a necessidade de apresentação do detido.

A prisão investigatória (*Untersuchungshaft*³⁶), por sua vez, serve principalmente para o asseguramento do processo³⁷, e, como ressalta Roxin, por se tratar, dentre todas medidas cautelares legalmente previstas, da intervenção mais incisiva na liberdade pessoal do indivíduo, é que “os princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade devem delimitar ao máximo possível a sua medida e seus limites”.³⁸ Tal modalidade corresponde à prisão preventiva prevista nos arts. 312 e ss. do Código de Processo Penal brasileiro.

A ordem de prisão investigatória é admissível nos casos em que, conforme dispõe o § 112, I, do StPO, estiverem presentes os dois pressupostos legalmente exigidos, quais sejam: a) a existência de forte suspeita da prática do fato delitivo, ou seja, quando se verificar um alto grau de probabilidade de que o acusado tenha cometido o fato delitivo e estiverem presentes todos os pressupostos da punibilidade e para a persecução penal³⁹; e b) a existência de fundamento legal para a prisão, ou seja,

35 Cfe. OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 139; refere KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 284, que “a pessoa não pode permanecer sob custódia por mais tempo do que até o final do dia seguinte após a detenção, ou seja, por no máximo por 48 horas”.

36 Schroeder afirma ser incorreta a denominação alemã de “prisão investigatória” (*Untersuchungshaft*), uma vez que tal prisão é admissível até a formação da coisa julgada e, portanto, deveria ser utilizada a expressão “prisão para persecução penal” (*Strafverfolgungshaft*). Ademais, adverte que a regulamentação da prisão investigatória, prevista no StPO, é fragmentária e que, portanto, é necessária a criação de uma lei de execução da prisão investigatória (*Untersuchungshaftvollzugsgesetz*); compare SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. p. 99-100.

37 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 262; no mesmo sentido ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 237; cfe. KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 59; semelhante BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 139; OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 141; do mesmo modo KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 119.

38 Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 238.

39 Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 239; divergindo, KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 262, o qual acrescenta um terceiro elemento, a saber: “a prisão investigatória não pode estar fora da relação de significado para com o fato e para com a pena ou medida de segurança esperada”; neste mesmo sentido KLESCZEWSKI,

quando ocorrer uma ou mais das hipóteses previstas no § 112 do StPO, a saber:

- Quando houver *fuga* ou *perigo de fuga*, conforme prevê o § 112, (2), 1 e 2 do StPO. Em tais casos deve-se verificar se o acusado fugiu ou se existe perigo de fuga, de modo que ele se subtraia ao processo penal. Porém, como advertem Roxin e Schünemann, não se admite aqui mero juízo de presunção ou considerações abstratas.⁴⁰
- Ocorrer *perigo de ocultação*, conforme prevê o § 112, (2), 3, do StPO, ou seja, quando houver fundada suspeita de que o acusado eliminará, modificará, livrar-se-á, omitirá ou falsificará meios de prova; manipulará ilicitamente outros acusados, testemunhas ou peritos, ou induzirá outrem à prática de tais condutas.⁴¹
- Quando houver fundada suspeita da prática de delitos graves referidos no § 112, (3), do StPO. Trata-se, na hipótese, dos delitos previstos no Código Penal Internacional alemão⁴², bem como dos delitos previstos no § 129a, 1 e 2 (formação *de* e colaboração *com* organização terrorista), § 129b, 1 (organização terrorista e organização criminosa no estrangeiro), nos §§ 211, 212, 226 (assassinato, homicídio e lesão corporal grave), e nos §§ 306b e 306c (incêndio gravíssimo e incêndio com resultado morte), do StGB, bem como dos demais delitos em que houver perigo para a vida ou integridade de outrem. O disposto no § 112, (3), do StPO dá a entender que, para a decretação da prisão investigatória, seria suficiente a prática de um dos delitos nele mencionados, sem que fosse necessário observar demais pressupostos para a decretação da prisão.⁴³ Todavia,

Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 62.

40 Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 239; do mesmo modo KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 263, também KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 60; ainda BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 140.

41 Nesse sentido BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 141; igualmente KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 123-124.

42 Sobre isso veja ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005. p. 34 e ss.

43 Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 240.

o Tribunal Constitucional Federal alemão procedeu à interpretação conforme à Constituição do respectivo dispositivo e determinou que, para a decretação da prisão nesses casos, além da verificação da espécie de delito praticado, é imprescindível demonstrar um fundamento para a prisão, o qual pode consistir no perigo de fuga ou de ocultação.⁴⁴

- Ocorrer perigo de reiteração, conforme prevê o § 112a do StPO. Nesse caso, tem-se entendido que a prisão não representa necessariamente um meio de asseguramento do processo, mas sim uma medida preventiva para proteção da comunidade jurídica (medida de prevenção criminal).⁴⁵

A ordem de prisão é considerada pressuposto imprescindível para a efetivação da prisão investigatória e somente pode ser proferida por um juiz, conforme preceitua o § 114, I, do StPO, sendo que, no *procedimento preliminar*, competente é o juiz da investigação (*Ermittlungsrichter*) e, após oferecida a acusação, ou seja, no *procedimento intermediário*, competente é o juiz incumbido de presidir o feito.⁴⁶

Vê-se, portanto, que a prisão investigatória, conforme o ordenamento alemão, poderá ser decretada a qualquer momento, após cessada a atividade delitiva, e, por conseguinte, tanto no procedimento preliminar quanto no intermediário e de audiência principal. De qualquer forma, como adverte Ostendorf, deve ser assegurado o acompanhamento por um defensor ao respectivo preso ou detido, e caso este não o tenha escolhido, deverá o Estado nomear algum para assegurar o direito de defesa.⁴⁷

4. A APRESENTAÇÃO (VORFÜHRUNG) OU AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O direito processual penal alemão possui três referenciais norma-

44 BVerfGE 19, 342, 350, nesse sentido também decidiram o OLG Köln, NStZ 1996, 403, o OLG Rostock, BeckRS 2003, 18141 e o OLG Karlsruhe StV 2010, 30.

45 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 263.

46 KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 63.

47 Cfe. OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 147.

tivos fundamentais no que diz respeito ao instituto da apresentação, ou, ainda, *audiência de custódia*, a saber: a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a Lei Fundamental alemã (GG) e o Código de Processo Penal alemão (StPO). Ao passo que a CEDH estabeleceu em seu art. 5º, (3), ser necessária a apresentação à autoridade judicial ou com poderes judiciais, nos casos de *prisão (Haft)* ou *detenção (Festnahme)*⁴⁸, a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) estabeleceu diversas diretrizes já no seu art. 104, (3), dispondo expressamente que:

Art. 104

(3) Todo aquele que for detido provisoriamente (*vorläufig Festgenommene*) em razão da suspeita da prática de uma conduta punível deve ser apresentado, o mais tardar no dia posterior à detenção (*Festnahme*), ao juiz (*Richter*), que lhe comunicará acerca das razões da detenção, lhe ouvirá e lhe dará a oportunidade de apresentar objeções. O juiz, sem demora, deverá ou expedir a ordem de prisão expressa com as razões ou ordenar a soltura.

Do preceito constitucional verifica-se que houve a especificação de três aspectos fundamentais: em primeiro lugar, o dispositivo estabelece que o órgão competente para a apresentação é exclusivamente a autoridade judicial; em segundo lugar, ao abordar o prazo para realização da apresentação, o dispositivo estabelece o referencial “o dia posterior à detenção”; e, em terceiro lugar, estabelece a finalidade da apresentação, a saber, comunicar as razões da detenção, ouvir o detido e oportunizar a impugnação. Porém, algo no mínimo curioso diz respeito ao fato de o constituinte ter se restringido à hipótese de *detenção* e, com isso, não ter tratado da apresentação no caso de *prisão investigatória*.

O StPO, diferentemente, emprega o conceito de “apresentação” com dois significados distintos. Nesse sentido, utiliza-se a expressão para caracterizar, de forma ampla, toda e qualquer transferência de uma pessoa perante uma autoridade e, de forma mais estrita, por um lado, para descrever o “emprego coercitivo de uma exigência oficial de manifestação”, a qual pode ser

48 Compare, *supra*, nota de rodapé 30.

dirigida tanto ao acusado quanto às testemunhas que devem prestar depoimento⁴⁹ (como, por exemplo, nos casos de apresentação para depoimento do acusado, prevista nos §§ 133 a 135 do StPO, ou, ainda, de apresentação do depoimento testemunhal gravado audiovisualmente, previsto no § 255a do StPO), e, por outro lado, para a apresentação perante autoridade judicial em face de prisão ou detenção. A primeira hipótese de apresentação, portanto, não se confunde com o instituto da audiência de custódia.

O instituto da apresentação, enquanto correlato da audiência de custódia, é admissível tanto no caso de detenção provisória (*vorläufige Festnahme*) quanto no de prisão investigatória (*Untersuchungshaft*), conforme dispõem os §§ 115, 115a e 128.

No caso de prisão investigatória, após a sua efetivação com base na ordem de prisão, deverá o preso ser apresentado, sem demora (*unverzüglich*), a um juiz, conforme prevê o § 115 do StPO, o qual preceitua, *in verbis*:

§ 115 Apresentação perante o juiz competente

- (1) Se o acusado é recolhido com base em uma ordem de prisão, deve ser apresentado, sem demora, ao juízo competente.
- (2) Após a apresentação, o juiz deverá ouvir o acusado acerca do objeto da acusação, sem demora, o mais tardar no dia seguinte.
- (3) Na ocasião do depoimento o acusado será informado das circunstâncias que lhe incriminam e do seu direito de se manifestar sobre a acusação ou de nada declarar sobre o fato. Ser-lhe-á dada a oportunidade de contestar as razões da suspeita e da prisão, e de reivindicar os fatos que se pronunciem a seu favor.
- (4) Se a prisão for mantida, o acusado será informado sobre o seu direito de recorrer e as demais medidas jurídicas cabíveis (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2, § 119 Abs. 5, § 119a Abs. 1). O § 304, 4 e 5 permanecem inalterados.⁵⁰

Já no caso de detenção provisória, dispôs o legislador alemão, no § 128, *in verbis*:

49 Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 258.

50 Tradução livre do autor.

§ 128 Apresentação no caso de detenção provisória

(1) Caso não seja novamente colocado em liberdade, o detido deverá ser apresentado, sem demora, o mais tardar no dia seguinte após a detenção, ao juiz de primeira instância da região na qual foi recolhido. O juiz ouvirá o detido em conformidade com o § 115, (3).

(2) Se o juiz considerar que a detenção não foi lícita ou inválidos seus fundamentos, ordenará a soltura do detido. Não sendo este o caso, havendo requerimento do Ministério Público ou, na hipótese de não ter sido este alcançado, de ofício, decretará a ordem de prisão ou de hospitalização. Aplica-se igualmente o § 115, (4).⁵¹

O exame comparativo dos dois preceitos permite concluir que a apresentação neles referida consiste no mesmo instituto da apresentação (ou seja, o correlato da audiência de custódia prevista no âmbito brasileiro e que teve por referencial o Pacto de San José da Costa Rica⁵²). Cumpre verificar alguns fatores principais, a saber: a autoridade competente para presidir a audiência de custódia e perante a qual deva ser apresentada a pessoa *presa* ou *detida* (a); a finalidade da apresentação (b); quem deve estar presente (c); quanto tempo após a prisão deverá ser realizada a apresentação (d); qual o efeito do atraso na realização da apresentação (e).

a) A autoridade competente para presidir o ato

Tanto o § 115, em relação à prisão investigatória, quanto o § 128 do StPO, no que diz respeito à detenção, fazem referência à apresentação à autoridade judicial. O primeiro faz menção ao “juiz competente” e o segundo ao “juiz de primeira instância”. Embora a CEDH tenha estabelecido diretriz no sentido de ser possível realizar a apresentação perante *autoridade judicial* ou *autoridade com poderes judiciais*, observa-se que o legislador alemão não identificou no ordenamento interno autoridade com tais poderes judiciais e que não fosse propriamente autoridade judicial, de

51 Tradução livre do autor.

52 Sobre isso compare ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. p. 18.

modo a ser considerada competente para presidir o ato de apresentação somente a autoridade judicial.⁵³ Aliás, a própria Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), em seu § 104, (3), no tocante à detenção, estabeleceu orientação quanto a isso ao fazer menção ao “juiz” (*Richter*).

Inclusive, a doutrina alemã tem entendido que a apresentação não pode ser efetuada *nem mesmo ao juiz da investigação (Ermittlungsrichter)*, mas sim ao juiz de primeira instância que exerce a jurisdição sobre a localidade na qual foi praticado o fato.⁵⁴ Com efeito, não haveria respaldo legal para tal atuação, uma vez que o juiz da investigação, no processo penal alemão, tem suas funções devidamente discriminadas no § 162 do StPO, dentre as quais não se identifica o ato de presidir a apresentação. Ademais, se a prisão for efetivada após o recebimento da acusação, competente será o julgador da instância superior, conforme prevê o § 115a do StPO (“se o acusado não pode ser apresentado perante a autoridade judicial competente, o mais tardar no dia posterior à captura, então, deverá ser apresentado, sem demora, o mais tardar no dia seguinte à captura, perante o órgão judicial de instância superior”).⁵⁵

É oportuno salientar que, embora o StPO não tenha designado o instituto da mesma forma que o direito processual penal brasileiro – audiência de custódia –, o legislador alemão ressaltou que o ato será realizado na forma de “audiência oral” (*mündliche Verhandlung*) e determinou, no § 118a do StPO, que “o Ministério Público, o acusado e o seu defensor serão comunicados do local e do horário da audiência oral”.

b) Finalidade da apresentação

53 Nesse sentido KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 272; igualmente KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 128; ademais KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 68; também BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 144 e 158.

54 Divergindo dessa posição VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. p. 48, o qual afirma que “competente para a decretação é sempre somente um juiz [...]. No procedimento investigatório o Ministério Público requer a decretação da ordem de prisão é o juiz da investigação. [...] Por conseguinte, ele deve ser apresentado, sem demora, ao juiz que decretou a ordem de prisão”.

55 ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 244.

A questão relativa aos fins que se atribui ao ato de apresentação não é pacífica na doutrina alemã. De modo geral, seguindo o disposto no § 115 III, 2, do StPO, entende-se que a apresentação visa oportunizar ao acusado em diálogo (depoimento) com o juiz enfraquecer ou invalidar as razões da suspeita e da prisão e tornar válidos os fatos que falam a seu favor.⁵⁶ Ademais, o legislador alemão pretendeu, com essa regra, evitar de todas as formas que a supressão da liberdade tenha se dado mediante manifesto abuso de autoridade.

Volk refere que o juiz que presidir o ato deve, além de comunicar ao acusado a ordem de prisão, informar o acusado sobre o conteúdo da acusação e, principalmente, colher seu depoimento e, somente após isso, decidir se a prisão será mantida ou revogada.⁵⁷ Em sentido semelhante ressaltava Peters, que “o depoimento não pode ser um mero processo formal. O acusado tem direito à prestação jurisdicional e à ampla defesa. Ele deve ser informado das circunstâncias que pairam sobre ele. Ao mesmo tempo deve lhe ser dada a oportunidade de se desonerar destas circunstâncias”.⁵⁸

Considerando tais fatores, vê-se que a apresentação (audiência de custódia) no processo penal alemão é realizada muito mais com o propósito de assegurar as garantias processuais.

c) Direito a assistência por um defensor técnico

Conforme preceitua o § 118, 1 e 2, do StPO, deve ser assegurado à pessoa presa ou detida o direito ao acompanhamento por um defensor na audiência oral. Tal dispositivo preceitua ainda que tanto o defensor quanto o acusado, assim como o Ministério Público, serão comunicados do local e horário em que ocorrerá o ato. Sobretudo, porque, como adverte Volk, é na apresentação que o acusado será comunicado da ordem de prisão,

56 Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 272; igualmente OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 147; também KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 68; ademais, KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 128-129.

57 VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*, p. 50; no mesmo sentido SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. p. 101.

58 PETERS, Karl. *Strafprozeß*. 3. Aufl., München: Duncker & Humblot, 1981. p. 403.

notificado do direito de ser acompanhado por um parente ou pessoa de confiança, inclusive, se este renuncie a tal direito.⁵⁹

d) Prazo para apresentação

De forma peculiar, a Lei Fundamental alemã não estabeleceu um prazo fixo em horas, mas, sim, determinou que o preso fosse apresentado ao juiz, “o mais tardar no dia seguinte após a sua captura” (artigo 104, alíneas 2 e 3).⁶⁰ Além disso, o ordenamento processual penal alemão impôs a apresentação, em qualquer caso, da pessoa capturada, seja ela presa (prisão preventiva) ou detida (detenção provisória), à autoridade judiciária.⁶¹

Assim, em unissonância com a determinação constitucional, o StPO dispôs, no § 115a, ⁶², que, se a *prisão* for determinada por ordem judicial (prisão preventiva) e a pessoa presa não puder ser levada sem demora (*unverzüglich*) ao tribunal competente (que emitiu a ordem de prisão), ela deve ser apresentada o mais tardar no dia seguinte à captura ao juiz de primeira instância mais próximo. Em se tratando de *detenção*, dispôs o § 128 do StPO que a pessoa detida deve ser apresentada sem demora (*unverzüglich*), o mais tardar no dia seguinte à detenção, ao juiz de primeira instância (*Amtsgericht*) da região na qual a pessoa foi detida.⁶³ A doutrina

59 VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. p. 50.

60 Assim dispõe o citado artigo da GG: art. 104 [...] “(2) Somente o juiz pode decidir sobre a admissibilidade e a duração de uma privação da liberdade. Em qualquer caso de privação da liberdade não baseada em ordem judicial, deve-se proferir imediatamente uma decisão judicial. Por iniciativa própria a polícia não pode manter ninguém sob sua custódia por período maior do que até o final do dia posterior à captura. (3) Toda pessoa detida provisoriamente sob suspeita da prática de uma conduta punível deve ser apresentada, o mais tardar no dia seguinte após ser detida, ao juiz, o qual deve comunicá-la das razões da detenção, ouvi-la e dar-lhe oportunidade de fazer objeções”.

61 ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 244; expressamente também BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 145; no mesmo sentido KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*, p. 159.

62 Expressamente: § 115a, (1), do StPO dispõe que: “Se o acusado não puder ser apresentado ao tribunal competente [*zuständigen Gericht*] o mais tardar no dia seguinte à sua captura, então ele deve ser apresentado sem demora, o mais tardar no dia seguinte à sua captura, ao julgador de primeira instância mais próximo [*Amtsgericht*].”

63 ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 256. Ademais, KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren*. 7. Aufl., Stutt-

alemã esclarece, no entanto, que a expressão “sem demora” (*unverzüglich*) não deve ser equiparada a “imediatamente” (*sofort*), senão significa somente sem atrasos injustificados”.⁶⁴ Logo, a pessoa detida deve ser apresentada ao juiz competente o mais tardar no dia seguinte após a sua captura, sem atrasos injustificados, e sem possibilidade de ampliação desse prazo.⁶⁵

Segundo Kühne, a expressão “*unverzüglich*” – a qual, traduzida ao nosso vernáculo, significa “sem demora” – deve ser entendida no sentido de que a apresentação deve ser realizada “o mais tardar no dia seguinte após a captura”, porém adverte que, na região de Hessen, o prazo máximo é de 24 horas após a captura. De qualquer modo, ressalta o penalista alemão que o fundamento da celeridade radica na garantia da prestação jurisdicional em tempo razoavelmente aceitável.

Nesse sentido, argumentos fáticos somente podem servir como elementos de ponderação e, portanto, quanto a isso, o exemplo alemão fornece um importante aporte. Ao estabelecer “o mais tardar no dia seguinte

gart: Kohlhammer, 2009. p. 64; BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 145; no mesmo sentido KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*, p. 159.

64 KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*. p. 64. Quanto a isso, já decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) que: “Por ‘sem demora’ deve-se compreender que a decisão judicial deve ser proferida sem qualquer atraso que não possa ser justificado por razões práticas. São inevitáveis, por exemplo, os atrasos que estão condicionados pela distância do trajeto, dificuldades no transporte, registro necessário e lavratura, por uma conduta renitente do preso ou circunstâncias equivalentes” (BVerfG 2 BvR 2292/00, de 15.05.2002). O Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) decidiu a respeito que: “O § 115 do StPO diz respeito ao caso de prisão com base em uma ordem de um funcionário público que não tem conhecimento do fato e não tem competência para a decisão. Ele deve apresentar o preso ‘sem demora’ ao juiz. [...] Somente o juiz é competente para decidir sobre a manutenção ou a revogação da ordem de prisão, e ele tem o prazo (máximo) de até um dia após a prisão para proferir esta decisão. [...] As disposições do § 127, al. 2 e § 128, 1 do StPO regulam em primeira linha o procedimento da autoridade incumbida do esclarecimento dos fatos. [...] De acordo com isso, o § 128, al. 1 do StPO concede ao Ministério Público e aos funcionários do serviço de Polícia o prazo (máximo) correspondente ao decurso do dia seguinte à detenção para apresentação da pessoa detida ao juiz” (BGH 2 StR 418/89, de 17.11.1989; no mesmo sentido, BGH 5 StR 547/94, de 09.02.1995; veja, ainda, mais recentemente BGH 5 StR 176/14, de 20.10.2014). Tal decisão, inclusive, apoia-se, em parte, na clássica doutrina de Eberhard Schmidt, o qual refere que “é, ao mesmo tempo, jurídica e psicologicamente importante que a pessoa presa obtenha o mais rapidamente possível a oportunidade de ser ouvida por um juiz, para expor tudo o que possa dizer contra os pressupostos da prisão e inclusive contra a acusação nela presente (‘forte suspeita’)” (SCHMIDT, Eberhard. *Deutsches Strafprozessrecht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. p. 121).

65 KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 285.

após a sua captura”, no artigo 104, 2 e 3, a Lei Fundamental alemã estabeleceu uma diretriz que não representa um parâmetro rígido de prazo, mas, sim, um referencial máximo, sendo que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Federal alemães ressaltam ser “o prazo (máximo) correspondente ao decurso do dia seguinte à detenção para apresentação da pessoa detida ao juiz” (BGH 2 StR 418/89, de 17.11.1989; também BGH 5 StR 547/94, de 09.02.1995; mais recentemente BGH 5 StR 176/14, de 20.10.2014). Ademais, o Tribunal Constitucional Federal adverte que a apresentação deve ser efetuada sem demora, e “por ‘sem demora’ deve-se compreender que a decisão judicial deve ser proferida sem qualquer atraso que não possa ser justificado por razões práticas”. Inclusive, esclarece que “são inevitáveis, por exemplo, os atrasos que estão condicionados pela distância do trajeto, dificuldades no transporte, registro necessário e lavratura, por uma conduta renitente do preso ou circunstâncias equivalentes”.⁶⁶ Trata-se, portanto, de um prazo obrigatoriamente *inferior* a 48 horas.

e) Não apresentação do acusado no prazo

Uma problemática suscitada pela doutrina alemã diz respeito à não apresentação da pessoa *presa* ou *detida* perante a autoridade judicial competente e seus efeitos. A ultrapassagem do prazo fixado pelo ordenamento alemão não está regulada legalmente e, por isso, entende Meyer-Goßner que a ultrapassagem do prazo não é nenhuma causa de soltura. Kühne, no entanto, considera incorreta a posição, pois isso degradaria a própria ideia de um prazo para a apresentação. Já Ostendorf entende que, no caso de a pessoa presa ou detida não ser apresentada à autoridade competente no prazo, dever-se-á encaminhá-la ao órgão jurisdicional de instância superior, nos termos do disposto no § 115a, 1, do StPO. A posição de Kühne parece ganhar maior receptividade, pois ressalta que os prazos estabelecidos nos §§ 115 e 115a não diferem em nada da ideia de limites à eficácia justificante do mandado de prisão.⁶⁷

66 Cfe. BVerfG 2 BvR 2292/00, decisão de 15.05.2002. Na doutrina, compare: KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*. p. 64.

67 KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 273.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo processual penal alemão, sem dúvida, fornece um importante aporte à compreensão sistemática do instituto da apresentação (audiência de custódia). De modo geral, questões mais complexas, tais como a autoridade competente, decorrente da orientação normativa supralegal, no caso da CEDH, foram especificadas já no plano constitucional e infraconstitucional, restringindo a autoridade competente à figura do juiz. Da mesma forma, a problemática relativa ao prazo foi claramente resolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Porém, aspecto duvidoso diz respeito à finalidade que se atribui ao ato, a saber o encaminhamento da pessoa presa ou detida perante a autoridade judicial, a fim de se proceder ao depoimento do acusado. Uma vez que a apresentação foi instituída em diversos tratados internacionais (no âmbito europeu a CEDH, no âmbito global o PIDCP, e no contexto latino-americano a CADH) protetivos de direitos humanos, por certo que a preocupação com o asseguramento da incolumidade da pessoa presa ou detida deveria ser apontada como a principal finalidade a se estabelecer à apresentação.

REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). *Tribunal penal internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005.
- AMBOS, Kai. O princípio acusatório e o processo acusatório: uma tentativa de compreensão de seu significado atual, a partir de uma perspectiva histórica. In: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 12. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2012.
- HASSEMER, Winfried. Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft. *StV*, p. 38-40, 1984.

- KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2013.
- KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. 2. Aufl., München: Vahlen, 2013.
- KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren*. 7. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2009.
- KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. 8. Aufl., Heidelberg: C. F.Müller, 2010.
- OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2012.
- PETERS, Karl. *Strafprozeß*. 3. Aufl., München: Duncker & Humblot, 1981.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. Aufl., München: Beck, 2014.
- ROXIN, Claus. Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán. Trad. de Esteban González Jiménez e Revisão de John Zuluaga. In: PEDROZA, Andrés F. Duque. *Perspectivas y retos del proceso penal*. 2015. p. 360-376.
- SCHMIDT, Eberhardt. *Deutsches Strafprozessrecht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- _____. *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*. 3. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.
- _____. *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. Teil I. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel. *JZ*, ano 40, n. 22, 1985.
- _____. *Strafprozessrecht*. 4. Aufl., München: C.H.Beck, 2007.
- _____. *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V*. Stuttgart: Reclam, 2000.
- VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. 2. Aufl., München: Verlag C.H.Beck, 2001.
- VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Aufl., Heidelberg: Springer, 2011.

SOBRE O APROVEITAMENTO DAS DECLARAÇÕES AUTOINCRIMINATÓRIAS DO FLAGRADO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AS ORIGENS DO PROBLEMA PROPOSTO. 3 O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. 3.1 O acusatório e o inquisitório (uma discussão atual – e rotineira – dentro do processo penal brasileiro) e sua importância dentro da audiência de custódia. 3.2 O “meio proibido de prova” e a voluntariedade na declaração. 3.3 As garantias da liberdade de manifestação: a visão do tema sob a ótica de princípios processuais. 3.3.1 O contraditório. 3.3.2 A ampla defesa, a imediação e a oralidade. 3.3.3 A apreciação motivada da prova. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

I INTRODUÇÃO

O cenário processual penal brasileiro começa a conhecer uma nova realidade. Decorrente de diplomas internacionais, e já com aplicabilidade em outros ordenamentos, esse novel instituto foi aqui batizado de “audiência de custódia”.

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Ciências Jurídico-Criminais pela PUCRS. Promotor de Justiça em Pelotas, RS. Endereço eletrônico: rsbrandalise@gmail.com.

Essa audiência destina-se à oitiva do preso em flagrante para exame da legalidade da prisão, da ocorrência de tortura física e/ou psicológica contra ele e da necessidade da conversão da prisão em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas dela.¹ Para sua realização, além do flagrado (por razões evidentes), estarão presentes um juiz, um representante do Ministério Público e um defensor (indicado pelo flagrado, público ou nomeado pelo juízo).

Como se pode perceber, é uma forma de interrogatório que é feita antes do oferecimento da denúncia que principia o processo penal de conhecimento.

Por certo, há boas intenções que motivam essa primeira audiência e essa primeira oitiva. Entretanto, por não estar prevista em lei de âmbito nacional (apenas há um projeto de lei sobre ela, e cada Tribunal de Justiça está criando seu próprio regramento, tanto que o do Estado do Rio Grande do Sul define-o como “projeto-piloto”), existem diversos pontos a ela relacionados que alvoroçam a comunidade acadêmica e jurídica.

Como o presente trabalho não comporta uma ampla análise dos assuntos decorrentes dela, escolhe-se um que, certamente, trará fortes consequências práticas e calorosos embates jurídicos: é possível o aproveitamento das declarações prestadas pelo flagrado na audiência de custódia, especialmente as autoincriminatórias?

Sinteticamente, resolver tal pergunta e expor suas justificativas formam o objetivo do presente trabalho, que abordará algumas das disciplinas estabelecidas até o momento², bem como os temas que se mostrarem adequados para tanto.

-
- 1 Referência retirada do artigo 1º e incisos do Provimento nº 24/2014 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão. Sem prejuízo de outras, a título de complementação, previsão semelhante consta no artigo 1º do Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, e no artigo 1º da Resolução nº 1087/2015 do Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul.
 - 2 Até o momento da redação do presente trabalho, eram 14 os Estados brasileiros que aderiram ao projeto de implementação da audiência de custódia em território nacional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Projeto audiência de custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298296>>. Acesso em: 14 set. 2015).

2 AS ORIGENS DO PROBLEMA PROPOSTO

Para melhor entender a questão que se apresenta, é importante saber sua origem. E dois documentos são relevantes a tanto.

O primeiro consiste no Projeto de Lei do Senado de nº 554/2011, originalmente apresentado pelo senador Antônio Carlos Valadares³, que visa(va) alterar o § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, com o fito de determinar o prazo de 24 horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

Em sua redação original, referido projeto não fazia menção alguma quanto ao tratamento a ser dado às declarações prestadas pelo flagrado. Entretanto, após substitutivos nas Comissões daquela Casa legislativa, foi apresentada uma proposta de redação final de § 7º ao mesmo artigo, e, por ela, fica expressamente consignado que a oitiva em audiência de custódia será registrada em autos apartados e não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente.⁴

De ser registrado que o parágrafo em questão também indica que a oitiva versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão⁵, sobre a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e sobre os direitos assegurados ao preso e ao acusado.⁶

A Associação Nacional dos Defensores Públicos manifestou concordância com a perspectiva disposta no projeto de lei, em nota técnica.⁷

3 BRASIL. 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: 15 set. 2015.

4 Conforme consulta realizada no andamento do aludido projeto de lei do Senado, para fins do presente estudo, foi possível verificar que continua ele em tramitação com a manutenção do conteúdo que ora nos interessa, que teria sido “amplamente discutido e acordado com entidades de direitos humanos e defensorias públicas” (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011*. Parecer Relator Senador Humberto Costa. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 18 set. 2015).

5 Traz consigo a exigência de que as limitações aos direitos fundamentais devem ser precedidas de avaliação por órgão judicial competente, de maneira motivada, tanto quanto aos fatos como quanto o direito a serem aplicados. Dessa forma, demonstrar-se-á se a medida é idônea ao fim pretendido (LIMA, 2014, p. 93).

6 Como nossa Constituição Federal expressa, o respeito à integridade física e moral é assegurado aos presos (artigo 5º, inciso XLIX).

7 Consoante nela consta: “A esse respeito, não custa assinalar que a oitiva do preso pelo juiz

Também em nota técnica sobre o mesmo projeto, o Ministério Público do Estado de São Paulo posicionou-se de forma contrária à restrição anteriormente exposta, seja porque a confissão é uma opção dos acusados em geral, seja porque impossibilita eventual apuração de delito de denúncia caluniosa, caso falsamente imputada a prática de tortura a algum agente de Estado.⁸

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público igualmente mostrou-se contrária aos termos propostos.⁹

Ou seja, a controvérsia está posta e é imprescindível analisá-la.

Além do projeto, e por ser oportuno, cita-se o artigo 6º, inciso VI, do Provimento nº 21/2014¹⁰ da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, que dizia, textualmente, que a Secretaria Judicial competente para a audiência de custódia deveria manter lacrado, e em autos separados, o depoimento do flagrado para que não pudesse servir de prova contra ele.

(e não por delegado de polícia) é curial para afastar a produção de ‘prova’ que, não raro, macula toda a possibilidade de defesa técnica efetiva ao longo do processo penal e, quiçá, seja responsável hoje por um sem-número de condenações indevidas. Bem por isso, caminhou bem o projeto de lei ao prever que as evidências e declarações colhidas na audiência de custódia jamais podem contaminar o processo penal de conhecimento” (BRASIL. Associação Nacional dos Defensores Públicos. *Nota Técnica*. A Respeito do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Disponível em: <www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/21299/Nota_T_cnica.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015).

- 8 BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Nota Técnica nº 14/2014*. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/.../notas_tecnicas/DIV-142795-14_06-10-14.doc>. Acesso em: 15 set. 2015.
- 9 BRASIL. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. *Nota Técnica nº 04/2014/CONAMP*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=162199&tp=1>>. Acesso em: 15 set. 2015.
- 10 Importante notar que o Provimento nº 21/2014 foi revogado pelo Provimento nº 23/2014, de 02 de dezembro de 2014, da mesma Corregedoria-Geral, conforme seu artigo 1º. Na atual regulamentação, estabelecida pelo Provimento nº 24/2014 da citada Corregedoria-Geral, não há dispositivo semelhante, no que é acompanhado pela Resolução nº 1087/2015 do Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, pela Resolução nº 796/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e pelo Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo (em todos os casos, há expressa disposição de que o depoimento será devidamente registrado e acompanhará o auto de prisão em flagrante).

3 O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO

No tópico anterior, fez-se questão de inserir a divergência técnica apresentada entre representações do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o fito de demonstrar o quão candente é o assunto, pois há forte interesse entre aqueles que representam ou que acabam por representar os interesses dos dois polos opostos em um processo penal.

Porém, o enfrentamento da questão deve ser feito de forma dogmática, sem partidarismos, dado o firme propósito de que o material que ora se apresenta sirva de adequada forma para se aperfeiçoar o sistema.

3.1 O acusatório e o inquisitório (uma discussão atual – e rotineira – dentro do processo penal brasileiro) e sua importância dentro da audiência de custódia

Como cediço, o objetivo do processo penal é o direito de punir, que pertence à jurisdição, não às partes.¹¹ Já o direito à jurisdição é conferido às pessoas em geral, ao passo que o dever de prestação jurisdicional somente é efetivado pelo Poder Judiciário.¹² Assim, a ação penal corresponde ao exercício da jurisdição criminal para solução do conflito, e independe do crime.¹³ Isso resulta na necessidade de busca da *conformidade ao direito*, com a correta aplicação da lei aos fatos¹⁴, já que tratamos de um Estado de Direito, no qual se busca o equilíbrio entre interesses estatais e individuais.¹⁵

Essa compreensão de estarmos em um Estado de Direito também traz à tona a discussão sobre sistemas processuais penais, especialmente a dicotomia entre os sistemas acusatório e inquisitório.

11 TUCCI, 2002, p. 49.

12 TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 13-14.

13 TUCCI, 2002, p. 80 e 85.

14 O processo persegue a existência de uma situação juridicamente relevante – a verdade é o substrato básico da legalidade da decisão (TARUFFO, 2012, p. 139-140).

15 Não se está diante de Estados-polícia (exemplo das ditaduras, onde o criminoso deixa de ser o indivíduo para ser o próprio Estado) nem de Estados-observadores (de papel mais passivo, com a predominância da noção de imposição do direito pelo mais forte) (GÖSSEL, 2004, p. 64-65).

O sistema acusatório caracteriza-se pela separação entre o julgador e o acusador, com o intuito de garantir a imparcialidade do primeiro, que funciona como um mediador dos demais sujeitos processuais, que se confrontam em igualdade de armas¹⁶ e formam, assim, o contraditório e o livre convencimento judicial.¹⁷ Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da dialética dentre aqueles que possuem interesses contrapostos nos processos.¹⁸

Como se pode visualizar dos apontamentos doutrinários, no chamado sistema acusatório, a acusação e a defesa atuam em igualdade, com evidente separação de funções entre quem acusa, quem julga e quem defende (o chamado *actum trium personarum*). Está ele atrelado a considerações que decorrem do contraditório, da oralidade e da publicidade.¹⁹

Já o sistema inquisitivo tem, como nota maior, a possibilidade de ocorrência do chamado *processo de ofício*²⁰, quando, na ausência de um responsável pela acusação, o juiz concentra a investigação, a acusação e o julgamento.²¹ Nele, há a compreensão de que a verdade é adequadamente construída a partir da autoridade, que acumula todas as funções processuais, até mesmo a de defensor do acusado.²² A principal crítica reside no fato de que, quando o processo é iniciado de ofício, o juiz possui um maior vínculo psicológico com o seu resultado.²³

Cumprir observar que nossa Constituição não estabeleceu o sistema processual penal que deveria ser adotado no Brasil, apesar de prever um sistema de garantias processuais²⁴ – tanto assim é que o projeto de lei

16 ANDRADE, 2013, p. 111.

17 SOUSA MENDES, 2013, p. 26-27.

18 TONINI; CONTI, 2014, p. 13.

19 BADARÓ, 2013, p. 26.

20 Ato processual que poderia acontecer, inclusive, com base na voz corrente, como se dava em Portugal (ANDRADE, 2013, p. 321).

21 Por todos, Andrade (2006, p. 101, instruções de Valdés) e Eymerich (1993, p. 106).

22 TONINI; CONTI, 2014, p. 11.

23 BADARÓ, 2013, p. 29. A doutrina assevera que não se pode falar em processo quando o julgador e o acusador venham a se confundir na mesma pessoa, pelo que a expressão “processo inquisitorial” é uma contradição em seus próprios termos (MONTERO AROCA, 2014, p. 60-61).

24 ANDRADE, 2009, p. 169-170.

proposto para alterar o Código de Processo Penal vigente no país, em seu artigo 4º, estabelece que nosso processo passará a ter estrutura acusatória.²⁵

Porém, a Carta Magna confere a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, nos termos do seu artigo 129, inciso I (a doutrina aponta que, como consequência, os nossos tribunais interpretam e definem haver um sistema acusatório²⁶).

Assim, o problema começa a se apresentar. No projeto de lei do Senado Federal sobre a audiência de custódia, como visto, consta que a oitiva versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura física e/ou psicológica ao preso e a necessidade da conversão da prisão em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas dela.²⁷

Pois bem. Conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal, são exigências das prisões preventivas a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; nos termos do artigo 282, inciso II, do mesmo diploma, as medidas cautelares diversas da prisão exigem a adequação dela à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado.

Noutros termos, é evidente que a legalidade da prisão passa pelo exame da participação daquele que é ouvido em audiência de custódia, o que pode, inclusive, ser confessado! Assim, incompreensível que não possa ser ela aproveitada como prova, especialmente quando se sabe que o objetivo da audiência de custódia é aproximar o acusado do juiz para que não seja levado, desnecessariamente, a recolhimento prisional.²⁸

Se é certo que o juízo deve respeitar a obrigatoriedade da ação pe-

25 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156 de 2009*. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 15 set. 2015.

26 ANDRADE, 2010b, p. 2.

27 Redação assemelhada consta, por exemplo, no artigo 4º da Resolução nº 1087/2015 – Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo.

28 Afinal, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (base primeira da existência da audiência de custódia no Brasil) expressa ao tratar da liberdade individual: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz [...]”, conforme seu artigo 7º, número 5.

nal que vige em nosso país, o que justifica a adoção de providências quando tomar conhecimento de eventual tortura ou abuso de poder²⁹, também é certo que essa mesma obrigatoriedade convive com a chamada comunhão da prova³⁰, pois o que se busca é a realização da justiça³¹, pelo que seu conteúdo não pode ser valorado por metade.

Consoante se vislumbra, é de se estranhar ser o depoimento do flagrado tratado como meio proibido de prova, apesar de coletado em decorrência de um ato judicial legitimamente determinado por tratado internacional incorporado em nosso ordenamento jurídico. Afinal, nele estão presentes o Tribunal, o Ministério Público e a Defesa, no mais claro desenho do sistema acusatório (a separação definitiva das funções de julgar, acusar e defender).

A propósito, ao determinar que o juiz tome providências investigativas³², sem o afastamento do meio proibido de prova, aproxima a figura judicial ao antigo Inquisidor, o que é repudiado por quem prega a imparcialidade judicial moldada na gestão da prova – como se lê da Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 156 do Senado Federal.

Cabe, ainda aqui, um comentário interessante: a audiência de custódia surge, como visto, para que o juiz faça profunda análise sobre a necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Não obstante, o Inquisidor era orientado a adotar as cautelas devidas quando fosse preventivamente segregar alguém.³³

29 De ser visto o que dispõe o artigo 40 do nosso Código: “quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

30 Como ensina Aranha (1999, p. 32): “No campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça.”

31 Como exposto no artigo 35 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.*

32 P. ex., deve ele **requisitar** o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas como **apurar** possível abuso cometido durante o flagrante (Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, artigo 7º, inciso I).

33 “E também que os inquisidores tenham tento no prender: e não prendam nenhum sem ter suficiente prova para isso [...]” (ANDRADE, 2006, p. 53, instruções de Torquemada).

Diz-se isso, também, porque a ressalva de o juízo produzir prova em prol da defesa³⁴ somente existiu no processo ao tempo da Inquisição!³⁵ Ou seja, a imagem do juiz que atua em prol do acusado está fundada em uma percepção totalmente diversa daquilo que se entende como vigente em nosso sistema – e da própria intenção do projeto que pretende reformar nosso processo penal.³⁶

Pelo que se pode dizer que a audiência de custódia, estranhamente, está a caminhar em sentido oposto ao sistema acusatório.

Em suma: a preferência por um sistema acusatório, por si só, já demonstra a falta de fundamento à vedação probatória que se quer impor.³⁷

3.2 O “meio proibido de prova” e a voluntariedade na declaração

Importante observar que outra nota entre os sistemas inquisitório e acusatório está no fato de que, no primeiro, a regulamentação sobre as provas é feita de maneira menos minuciosa, pois moldada pelo princípio da autoridade (quanto maior o poder que ela detém, mais próximo da verdade chegar-se-á). Doutra banda, o sistema acusatório forjou-se na dialética, com a eficácia vinculada à distribuição de funções entre os sujeitos

34 Situação que também é prevista no projeto de alteração de nosso Código de Processo Penal em seu artigo 4º, já mencionado.

35 Em um clássico da Inquisição, por todos: “[...] Cumpre porém ao Juiz, por força do cargo, inquirir sobre qualquer inimizade pessoal manifestada ou sentida pelas testemunhas para com a prisioneira: e tais não poderão ser admitidas ou levadas em conta, como demonstraremos adiante. E quando as testemunhas prestam um depoimento confuso por alguma coisa que dependa de sua consciência, o Juiz poderá submetê-la a um segundo interrogatório. Porque quanto menor a oportunidade que a prisioneira tem de se defender, com maior diligência e critério há de conduzir o Juiz o julgamento” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 401).

36 ANDRADE, 2009, p. 175-176.

37 A corroborar tal conclusão, importante citar o novo Código de Processo Penal argentino, promulgado em dezembro de 2014. Por conta dele, no processo penal argentino, vigorará o princípio acusatório, com aplicação do princípio do contraditório, da oralidade e da imediação (dentre outros, conforme seu artigo 2º), com expressa proibição de produção de qualquer prova pelo juízo (artigo 128, letra “c”), e, ainda assim, as declarações prestadas ante o Ministério Público ou ante o juiz interveniente, na presença de seu defensor, terão valor probatório (artigo 69).

que estão com interesses opostos no processo penal, em contraditório (os poderes de investigação, admissão, produção e valoração da prova estão distribuídos entre todos, inclusive o juiz, o que exige a regulamentação sobre eles).³⁸

Diz-se isso porque, no acusatório, os resultados que caberão ao órgão acusador e à defesa decorrem daquilo que optam, já que podem deixar de exercer direitos que lhes são inerentes no âmbito processual, com o desiderato final de alcançar um resultado de cunho satisfatório para seus interesses.³⁹

É certo que, quando são imputadas práticas criminosas a um indivíduo, devem ser concedidos direitos e garantias processuais que confirmam ao acusado a possibilidade suficiente de se defender perante os órgãos estatais responsáveis pela persecução e pelo julgamento – afinal, no processo penal, refletem-se os verdadeiros interesses de uma comunidade, representados que são por todos os sujeitos que nele atuam.⁴⁰

Mas não se pode desconsiderar que os acusados, quando se encontram em juízo, objetivam proteger sua situação da melhor forma que lhes aprouver, e, assim, consideram refutar questões teóricas e principiológicas que podem, apesar de sua relevância intelectual e acadêmica, redundar em prejuízo maior nos casos de prisão e de condenação.⁴¹ Tudo porque o indivíduo é dotado de objetivos de vida e, para tanto, faz deles parte o exercício consciente de autonomia a ele concedida.⁴²

Por tal razão, há de ser ressaltado que os ordenamentos jurídicos ocidentais conferem aos indivíduos a possibilidade de se defenderem dos ataques contra si praticados, bem como possibilitam que haja a apresentação de uma vontade que adira ao que fora apresentado pela acusação⁴³, como nos casos de confissão e demais formas de colaboração processual.

38 TONINI, 2002, p. 16-17.

39 RAPOZA, 2013, p. 212.

40 TORRÃO, 2000, p. 58, 69-70.

41 Não nesses termos, mas em tal linha, Rapoza (2013, p. 217).

42 SOUSA MENDES, 2013, p. 82.

43 TORRÃO, 2000, p. 69-70.

Portanto, compete ser definido que a titularidade de um direito ou das posições que o envolvem confere ao sujeito os poderes de oportunidade acerca do momento de seu exercício, como uma consequência indelével da dignidade da pessoa humana⁴⁴ e as agregadas autonomia e autodeterminação do ser humano, como exercício de seu direito de forma livre e voluntária. O poder de dispor sobre os direitos fundamentais, pois, é inerente ao próprio exercício deles.⁴⁵ Afinal, trata-se de direitos e, como tais, podem não ser utilizados por seu titular, o que ganha legitimação a partir do respeito à autonomia da vontade do acusado.⁴⁶ O sujeito é titular prévio de uma determinada posição jurídica estabelecida por norma expressada em direito fundamental e, com seu não exercício, fortalece o Estado naquela relação que surge, já que este terá ampliado seu espectro de atuação com isso.⁴⁷

Assim, a divulgação de informações para aquele que prestará o depoimento em audiência de custódia torna devidamente conhecidos e compreendidos os direitos processuais a serem exercidos (ou não) por ele na ocasião, o que traz, como forte consequência, o devido respeito e fortalecimento do sistema criminal de justiça.⁴⁸

Vale a compreensão de que o que se pretende é confirmar que a dignidade humana, a responsabilidade e a culpa estão vinculadas à liberdade do homem, que não é preestabelecida⁴⁹, voltada para uma decisão embasada na razão.⁵⁰

44 Na medida em que a dignidade da pessoa humana é reconhecida pelo ordenamento jurídico, o Estado está privado de interferir nos núcleos essenciais da esfera privada individual, e está no próprio processo criminal um importante grau de medição do respeito à autonomia individual (WEIGEND; GHANAYIM, 2011, p. 199).

45 NOVAIS, 2006, p. 235. Para a jurisprudência constitucional alemã, a dignidade da pessoa humana está em considerar que a pessoa deve ser vista como um sujeito, não um simples objeto do processo. Consiste, portanto, no direito à pessoa de estabelecer sua autodeterminação e de ser visto em igualdade com os demais membros da sociedade (WEIGEND; GHANAYIM, 2011, p. 200-201).

46 TORRÃO, 2000, p. 75. Qualquer acusado pode renunciar direitos fundamentais processuais, desde que o faça de maneira voluntária e com a compreensão de que tal situação está a acontecer (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeal for the Third Circuit. *United States of America v. Craig A. Grimes*, n. 12-4523, p. 1-13).

47 NOVAIS, 2006, p. 215.

48 YAROSHEFSKY, 2008, p. 33.

49 NOVAIS, 2006, p. 274.

50 KAUFMANN, 2010, p. 352, 356.

Há de ser observado que a liberdade e o seu uso são de conteúdo individual, o que não pode ser regulado, em seu todo, pelo Estado; afinal, a liberdade não existe só se ela for cumprir os fins que sejam de mero interesse estatal.⁵¹ O interesse objetivamente disposto na norma de direito fundamental não pode esquecer o caráter subjetivo que ela traz consigo também – e é nessa garantia subjetiva que está legitimado o não exercício.⁵²

Passada essa visão mais teórica, vamos para uma previsão essencial, garantida constitucionalmente: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI, da nossa Carta Magna), na medida em que elas ofendem, frontalmente, a liberdade e a consciência de sua obtenção. Tal dispositivo encontra eco na atual redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, que dispõe que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Por exemplo, nos termos do artigo 126 do Código de Processo Penal português⁵³ e do artigo 32, nº 8, da Constituição da República Portuguesa, são proibidos os meios enganosos para obtenção de prova, sendo incabível a utilização daquelas que ofendam a integridade física e moral das pessoas, notadamente quando afetem a liberdade da vontade, pela evidente necessidade de preservar o regime de sua legalidade (para sua validade processual).⁵⁴

O Código de Processo Penal italiano dispõe em sentido assemelhado, nos termos do seu artigo 64, número 2.

51 NOVAIS, 2006, p. 242.

52 NOVAIS, 2006, p. 244-245.

53 No artigo em pauta, são citadas situações que envolvem tortura; coação; perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; perturbação da capacidade de memória ou de avaliação; ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; promessa de vantagem legalmente inadmissível; e, ressalvados os casos previstos na lei, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

54 FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 2009, p. 28-29. De ser observado que as provas assim obtidas não podem ser valoradas e afetam as que lhe são secundárias (SOUSA MENDES, 2013, p. 125).

Isso, essencialmente, serve como limitador à busca da verdade e de valoração no processo.⁵⁵

Cabe considerar que a ilicitude da prova guarda relação com a sua obtenção.⁵⁶ As limitações à prova existem para que se obtenha um processo mais condizente com a noção de proteção às garantias individualmente concedidas, ainda que se perca em relação à eficiência do processo (ao Estado, não pode ser dada a possibilidade de usar sua estrutura como forma de violar os direitos concedidos aos indivíduos).⁵⁷

Ou seja, a liberdade de declaração concedida ao acusado apresenta-se em dupla perspectiva. A primeira, de cunho positivo, que autoriza a ele o mais amplo direito de manifestação em prol de sua defesa, para que possa refutar (ou até aceitar) a acusação. A outra, de cunho negativo, que se caracteriza pela proibição de adoção de meios enganosos ou de coação para obtenção de declarações autoincriminatórias.⁵⁸

Incabível a provocação de erro no ânimo do acusado, seja por palavra ou qualquer outro ato que possa ludibriar a vontade de quem declara, ao criar uma falsa representação da realidade, notadamente quando esse erro é essencial para fins de obtenção da prova pelo acusado prestada.⁵⁹

Daí que se pode dizer que o interrogatório, ato no qual a autoridade policial ou judicial toma as declarações daquele que é acusado acerca de sua qualificação pessoal e dos fatos propriamente ditos a ele imputados⁶⁰, deve estar voltado à compreensão, inteligência e liberdade de manifestação por parte do interrogado.⁶¹

55 FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 2009, p. 29.

56 LIMA, 2014, p. 555.

57 LIMA, 2014, p. 583.

58 COSTA ANDRADE, 2013, p. 121.

59 FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 2009, p. 32. Por sua clareza: “[...] o procedimento para ser ilegal tem de se traduzir, pelo menos, numa falsidade intencionalmente indutora de uma declaração que, uma vez esclarecida, não seria legitimamente feita [...]” (COSTA PINTO, 2009, p. 115).

60 RISTORI, 2007, p. 113.

61 RISTORI, 2007, p. 114-115. As liberdades básicas não podem ser violadas para apresentação da culpa perante o Poder Judiciário, pois o Estado deve garantir a efetivação delas, com a proteção contra a *self-incrimination* (não pode ser o acusado impelido, forçado, a assumir a responsabilidade penal) (KIPNIS, 1979, p. 561-562).

Feitas tais digressões, chega-se a uma conclusão óbvia: se a audiência de custódia é um ato previsto dentro do ordenamento jurídico (seja porque decorre de convenção internacional⁶², seja porque será regulamentada legalmente, seja porque há instrumentos normativos expedidos por tribunais), não há qualquer motivo que justifique considerá-la como uma violação de direitos fundamentais do acusado, já que ela não coincide com qualquer forma de ilicitude na obtenção de prova.

Ora, a maior de todas as garantias em processo penal não está afetada com a audiência de custódia. Afinal, ninguém será considerado culpado por ter nela sido ouvido, pelo simples fato que dela não decorrerá o trânsito em julgado de sentença penal condenatória alguma, com o que se mantém o respeito ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Ao mesmo tempo, também está assegurado o direito de permanecer calado (*nemo tenetur se ipsum accusare*), nos termos da Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIII.⁶³ Aliás, a omissão de informação quanto a tal direito ou sua informação inadequada é que, em verdade, pode fazer com que as provas decorrentes de tal interrogatório sejam consideradas como provas proibidas, dado haver intromissão ilegítima na privacidade do acusado.⁶⁴

O direito ao silêncio é a marca maior do respeito à liberdade de determinação daquele que está na condição de acusado⁶⁵, já que declarar ou não, antes da acusação, constitui oportunidade de defesa que está a seu alcance, pelo que não pode ele ser proibido de falar com quem o defende, pois este seria um dos episódios em que mais se violariam direitos concedidos à defesa.⁶⁶

62 Sempre deve ser lembrado o que diz o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

63 Por exemplo, o artigo 6º do Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

64 Como se pode depreender do ensinamento de Loureiro (2014, p. 82).

65 SOUSA MENDES, 2014, p. 414. A possibilidade de permanecer calado está vinculada, por certo, à ideia de não autoincriminação, pelo que não pode ele ser obrigado à confissão, revelar elementos que podem lhe ser prejudiciais ou informar sobre uma conduta penalmente relevante. Na medida em que a forma de (não) declaração envolve uma questão de personalidade, é imprescindível a liberdade do acusado (TROIS NETO, 2011, p. 127).

66 LOUREIRO, 2014, p. 83.

Mas nunca é demasiado relembrar que a confissão é algo previsto como benefício penal em nosso sistema (Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea “d”), até mesmo como hipótese de diminuição de pena para os casos de colaboração, o que não pode ser visto como violação à liberdade de declaração. Sua validade está representada em ser o acusado devidamente orientado para concluir ser essa a melhor forma de sua atuação processual.⁶⁷

Tudo isso para que seja sempre preservada a condição de que o acusado, como meio de prova, somente pode ser utilizado por vontade sua.⁶⁸

A audiência de custódia jamais pode ser considerada como um meio enganoso, imoral, ilegal, constrangedor, de obtenção de prova, sob pena de se colocar em suspeita a estrutura que ora se apresenta criada pelo próprio Poder Judiciário e que se pretende em diploma legal futuro.

Se é certo que a Constituição Federal de 1988 previu o direito ao silêncio como direito fundamental do acusado, também é certo que não existe impedimento nela para que ele venha a prestar colaboração quando da investigação e da elucidação do fato que se apura.⁶⁹ Estranha-se que a lei venha a causar uma restrição que a Carta Maior não estabelece.

Portanto, mais uma vez, não se vislumbra fundamento para considerar a oitiva do acusado como um meio proibido de prova. A salvaguarda exclusiva dos interesses, direitos e liberdades individuais dos acusados, em desconsideração aos demais interesses que são socialmente aceitos, representa uma ditadura individual e a possível ruína dos alicerces estatais – afinal, forçoso admitir a imperiosa existência de um processo penal no qual haja também o respeito aos interesses públicos e que reflita uma melhor solução para o caso concreto.⁷⁰

67 TROIS NETO, 2011, p. 131-132.

68 FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 2009, p. 31.

69 BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 38.

70 TORRÃO, 2000, p. 70.

3.3 As garantias da liberdade de manifestação: a visão do tema sob a ótica de princípios processuais

Necessário referir que a abordagem apresentada nos itens anteriores não será suficiente se não houver garantias adequadas para que a manifestação do acusado seja dotada de liberdade e consciência em relação ao seu conteúdo.

Assim, imprescindível examinar o que o direito dispõe para tanto.

3.3.1 O contraditório

Entre nós, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal estampa que, aos acusados em geral, é assegurado o contraditório.⁷¹

Para os limites do presente trabalho⁷², interessa dizer que o contraditório consiste na possibilidade de conhecimento das opiniões, argumentos e conclusões, formulados por uma parte, pela outra; a condição de poder manifestar suas razões e seus fundamentos fáticos e jurídicos; e a possibilidade de produzir suas provas e de conhecer as da parte contrária.⁷³

O fundamento essencial do contraditório decorre da bilateralidade da ação, para que a decisão do juiz surja quando este possuir os argumentos de quem acusa e de quem é acusado, de maneira que as partes possam, também, influir no objetivo final do processo. Assim, não há contraditório na fase da investigação policial, pois somente existem partes perante o juízo, local do processo.⁷⁴

É curial compreender que, em que pese a audiência de custódia estar embasada em um *instrumento de investigação*, o ato, em si, possui

71 Por oportuno, estabeleceu a Constituição portuguesa, em seu artigo 32, número 5, que o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

72 Não se desconhece a questão relativa ao contraditório quando das decisões proferidas de ofício. Entretanto, como o contraditório durante a audiência de custódia não envolve tal tema, não será ele aqui abordado.

73 FERNANDES, 2001, p. 280

74 ANDRADE, 2013, p. 139-140. Está o contraditório fundamentado na impossibilidade de decisão judicial estabelecida em lei, na contribuição para a criação e manutenção das condições que afetem a ética social/individual, na concepção democrática do processo para que as partes possam influir no processo e, por conseguinte, obter a concessão da justiça (PIMENTA, 1989, p. 151).

natureza processual, pela simples razão de que o juiz somente atua onde houver jurisdição, que somente existe em processos (ainda que se esteja a referir à chamada *fase de investigação*).⁷⁵

O contraditório decorre do processo penal de natureza acusatória⁷⁶, com a participação em contraposição dos sujeitos e intervenientes, conforme a natureza das decisões que os possam afetar.⁷⁷ Está ele dividido em direito de audiência (possibilidade de fazer-se ouvir sobre o pedido que o afeta⁷⁸) e na incidência sobre os meios de prova (para que os sujeitos possam oferecer suas provas e aferir as provas produzidas pelo adversário ou oficiosamente).⁷⁹

Ele pressupõe o direito de ver seus argumentos considerados pelo julgador (o que será verificado no momento da motivação das decisões judiciais) e os direitos de informação e de participação (tanto assim é que o processo penal brasileiro não se conforma se não houver defesa técnica⁸⁰).⁸¹

Como deve existir uma efetiva e verdadeira participação, o contraditório exige ser uma realidade, de maneira efetiva e equilibrada. Assim, deve ser ele estimulado, em uma estrutura dialética e equivalente.⁸² Afinal, ação e defesa são decorrências de uma mesma atividade, pois permitem que as partes protejam seus direitos e garantias no curso do processo com vista ao convencimento judicial.⁸³

75 ANDRADE e ALFLEN, 2015, p. 136-137.

76 Por exemplo, na sexta emenda à Constituição americana, consta o direito de confrontação (*right of confrontation*), ou seja, o acusado pode contraditar, questionar e examinar (*cross-examine*) as testemunhas que forem apresentadas contra si, com o objetivo de participar da busca pela verdade a ser analisada no processo, especialmente para que eventual quebra de compromisso ou desqualificação dela venha a ser sopesada quando do julgamento (FREEDMAN, 1989, p. 10).

77 PIMENTA, 1989, p. 150.

78 Notadamente, o acusado tem o direito de ser ouvido em qualquer oportunidade que o possa afetar (CPP português, artigo 61, nº 1, 'b'), quer em questões principais, quer em questões prévias, incidentais ou prejudiciais (PIMENTA, 1989, p. 153).

79 PIMENTA, 1989, p. 150.

80 Código de Processo Penal, artigo 261.

81 BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 131. A informação é essencial para saber-se da existência da demanda, dos argumentos apresentados e da possibilidade de exercício do contraditório (BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 133). Já a participação depreende as noções de reação, manifestação, confrontação, contrariedade e contraposição (BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 134).

82 BADARÓ, 2013, p. 34.

83 BADARÓ, 2013, p. 41-42.

Pela relevância da comparação, dentro do sistema italiano, o artigo 111, nº 2, da Constituição⁸⁴ estabelece o contraditório, com a obrigatoriedade de que o juiz, imparcial, somente estabeleça determinada decisão se as partes forem ouvidas, em paridade de armas.⁸⁵

Como se vê, o princípio do contraditório estabelece-se pela oportunidade de fiscalização recíproca dos atos de cada parte, para que a parte adversa possa refutar ou fazer prova em contrário daquilo que a outra apresentou. Por tal razão, o contraditório é um direito não apenas da defesa (não se esqueça que o Ministério Público também defende direitos fundamentais coletivos, bem como da própria vítima ofendida).⁸⁶

Tanto assim é, por exemplo, que Ristori⁸⁷ explica que, dentro do contexto português, a validade das declarações do acusado, para fins de consideração enquanto meio de prova, depende da participação judicial em sua coleta, com a cautela de que deve se acercar das comprovações necessárias quanto à liberdade, idoneidade, compreensão e voluntariedade delas.^{88, 89}

84 A Constituição italiana traz bons indicativos para a compreensão do tema. No inciso 4º do artigo 111, há a referência ao contraditório na etapa da formação da prova, como maneira de conhecimento, na medida em que a prova necessita da dialética para sua adequada conformidade (TONININI, 2002, p. 27). Já no nº 3 do artigo 111, há a previsão de outra etapa do contraditório, qual seja, a de que a pessoa investigada deve ser informada da natureza e dos motivos da investigação da forma mais célere possível, sem que isso possa causar maiores prejuízos à eficácia das investigações. Igualmente, estabelece o direito de confrontar o acusador perante um juiz, ao poder inquirir ou fazer inquirir a pessoa que presta declarações contra ele (TONININI, 2002, p. 24-25).

85 TONININI, 2002, p. 22-23.

86 BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 129-130.

87 RISTORI, 2007, p. 125.

88 Basta ver que, nos termos do artigo 357, nº 1, letra “a”, do Código de Processo Penal português, admite-se a reprodução ou leitura de declarações anteriormente feitas pelo acusado quando tenham sido feitas perante a autoridade judiciária, com assistência de defensor, e tenha sido ele devidamente informado dos direitos processuais que o assistem, inclusive o silêncio e a não obrigação de autoincriminação. Aliás, em comentário sobre isso: “Pese embora a situação de inexigibilidade em relação à prestação de depoimento, certo é que as declarações do arguido, se as prestar, podem ser valoradas como meio de prova” (LOPES, 2005, p. 132). A corroborar: “No plano constitucional, a utilização do que o arguido disse em declarações extraprocessuais contra o próprio não atenta contra os direitos de defesa em processo penal [...]” (MESQUITA, 2011, p. 587).

89 Aliás, como aponta a doutrina portuguesa, nem a Convenção Europeia nem o Tribunal Europeu de Direitos Humanos restringem a utilização das declarações do réu anteriores ao julgamento contra ele, ainda que tenha havido o uso do direito ao silêncio na fase processual, desde que tenham sido respeitados os seus direitos processuais no momento da produção (MARTINS, 2014, p. 105).

Ora, não há o que se discutir quanto à presença do contraditório na audiência de custódia.⁹⁰ Primeiramente, porque, se o contraditório exige que acusação e defesa manifestem-se perante um juiz, este está presente na audiência, sem discussão alguma.

A duas, porque o projeto de lei do Senado prevê o contraditório claramente. Incorpora o § 6º ao artigo 306 do Código de Processo Penal e estabelece que serão ouvidos o Ministério Público e a defesa técnica. E, no § 8º, determina que a oitiva do preso em juízo se dará na presença do advogado do preso ou da Defensoria Pública e na do membro do Ministério Público, que também poderão inquirir o preso e se manifestarem quanto às hipóteses de relaxamento da prisão, de prisão preventiva e/ou de medidas cautelares diversas da prisão e de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Os Provimentos e Resoluções consultados para a presente pesquisa preveem, todos, a presença do Ministério Público e da defesa durante o ato.

Ou seja, se está presente o contraditório, não há sentido algum em proibir-se o aproveitamento da declaração feita em audiência de custódia, especialmente porque a eventual sentença condenatória futura terá de passar pelo contraditório após a denúncia, e os termos da audiência de custódia serão, novamente, submetidos à bilateralidade.

3.3.2 A ampla defesa, a imediação e a oralidade

A ampla defesa também está prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, sendo que ela deve ser exercida com os meios e recursos a ela inerentes.

A defesa também é um princípio processual e vem desenhada por vários caracteres: direito de conhecimento da existência do processo, de presenciar os atos processuais, ao silêncio, à constituição e ao acompanha-

90 Com razão o entendimento apresentado pela doutrina de que não se pode negar perguntas ao Ministério Público e à defesa quando da audiência ora estudada, seja porque a regulamentação do interrogatório em geral assim estabelece (Código de Processo Penal brasileiro, artigo 188), seja porque é através dessa participação que a decisão a ser proferida será mais condizente possível (ANDRADE; ALFLEN, 2015, p. 134).

mento por defensor, à audiência, à intervenção na busca e na recolha de provas, à informação, à contestação e à igualdade de armas. Afinal, o processo não busca, apenas, a verdade, mas também a realização de direitos, pelo que a controvérsia formará o conhecimento válido no processo.⁹¹

A ampla defesa guarda vinculação com o contraditório, e é formada tanto pela autodefesa como pela defesa técnica por profissional habilitado⁹², e, quanto a elas, não pode haver qualquer forma de obstáculo ao seu exercício. É uma consequência do devido processo legal e de um processo justo⁹³, para a preservação da igualdade de armas.⁹⁴

O princípio em pauta autoriza a utilização de vários instrumentos legalmente permitidos para a defesa, dada a consideração de insuficiência do acusado frente aos órgãos de acusação que representam o Estado, desde a fase investigativa até as recursais.⁹⁵ Ele forma um direito de cunho público (o Estado não está autorizado a processar alguém sem a presença de um defensor), autônomo e abstrato (pois seu exercício não depende do resultado frente às teses acusatórias).⁹⁶

Isso tudo porque os direitos processuais relativos ao direito à defesa por advogado (*right to a counsel*), a um juiz imparcial (*right to an impartial judge*) e o direito de estar livre de uma confissão forçada (*right to be free from coerced confession*) são de extrema relevância para os processos.⁹⁷

Em adição, deve ser informado pela necessidade da publicidade inerente às atividades processuais e aos agentes públicos que nele atuam,

91 PIMENTA, 1989, p. 165-167.

92 “[...] Ao réu é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo juiz ou em invocar direito ao silêncio, bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas. Ao acusado, contudo, não é dado apresentar sua própria defesa, quando não possuir capacidade postulatória” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus nº 102.019-PB*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=200&dataPublicacaoDj=22/10/2010&incidente=3813842&codCapitulo=5&numMateria=33&codMateria=2>>. Acesso em: 20 set. 2015).

93 BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 178-179. Por exemplo, sequer o acusado foragido será processado sem defensor (Código de Processo Penal brasileiro, artigo 261).

94 BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 181.

95 VALE, 2009, p. 275.

96 VALE, 2009, p. 276.

97 FREEDMAN, 1989, p. 5.

com o firme propósito de ser garantida a fiscalização pela defesa, ressalvadas, obviamente, hipóteses de proteção de interesses relevantes que assim exigirem.⁹⁸

O que se deve assegurar é que tenha a defesa acesso aos resultados probatórios, para que possa tê-los como justos, sem estar submetida a pressões externas, de modo que eventual autoincriminação não seja vista como resultado de uma imposição coativa, mas um resultado aceito como reflexo da justiça a ser aplicada àquele caso concreto pela coletividade.⁹⁹

Não se trata, aqui, de falar de violação contra a autoincriminação. Na medida em que a restrição diz respeito com a impossibilidade de ser compelido a tanto, percebe-se que declarar contra si é um exercício inerente à sua própria vontade, o que é constitucionalmente garantido, com possibilidade de ser a declaração revertida a seu favor, e integra o conceito do devido processo legal (que assegura a possibilidade de o acusado ser ouvido).¹⁰⁰

Tudo isso informado pela compreensão de que a ampla defesa guarda forte relação com o contraditório, que deve nortear as relações entre as partes, de forma que seja efetivamente realizada a possibilidade de que a parte adversa venha a contrariar (ou não, conforme o direito que deseje exercer) os argumentos expostos pela outra.¹⁰¹

Noutras palavras, pode-se dizer que o contraditório, quando analisado dentro da compreensão de defesa, pode ser relativizado, na medida do confronto entre ele e o resultado prático que se pode obter com a tutela jurisdicional.¹⁰²

Necessário considerar que os acusados sabidamente culpados têm adequada compreensão da prova existente contra si, pelo que têm a devida

98 Como escândalos, inconvenientes graves, proteção de testemunhas, intimidade, dentre outros. É o que se lê, por exemplo, do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal brasileira, bem como do artigo 792 do Código de Processo Penal do Brasil (FERNANDES, 2012, p. 76-77), pois o interesse do acusado, muitas vezes, é o de que a verdade não seja adequadamente produzida, pelo que sua participação na investigação não representaria uma virtude, mas pode ser um obstáculo a mais (SCHÜNEMANN, 2004, p. 192-193).

99 SCHÜNEMANN, 2004, p. 193.

100 LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 1031-1032.

101 FERNANDES, 2012, p. 69.

102 ANDRADE, 2013, p. 146-147.

noção dos resultados dos processos. Ainda assim, o dever de informação é imprescindível, pois, em sistemas como o brasileiro, a prova coletada antes da denúncia deve ser disponibilizada à defesa tão logo ocorra a citação processual (isso como limite máximo, já que ela pode obter acesso desde o início da investigação, como no caso da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal brasileiro¹⁰³).

O objetivo dos sujeitos processuais não se confunde com o confronto, mas com a realização de uma decisão que defina o direito em causa. O processo limita e desmistifica as relações de conflito que existem quando ele inicia, justamente com o fito de que tal decisão seja legitimada e aceita ao final, já que ela é inevitável e tende a desagradar algum dos integrantes da mesma relação processual.¹⁰⁴

Imperiosamente, deve ser assegurado o acompanhamento e a entrevista com defensor antes da realização do interrogatório, devendo o ato aguardar sua ocorrência, para que haja a melhor forma possível de formação da defesa pessoal e da defesa técnica a ser apresentada na ocasião. Igualmente, deve ser explicado o direito ao silêncio, em todas suas facetas.¹⁰⁵

Não fosse isso suficiente, cabe também referir que, com a ampla defesa durante a audiência de custódia, também caminham outros princípios.

Como primeiro deles, o da oralidade, em que predomina a fala sobre a escrita, com uma percepção maior da prova decorrente da audição e da visão por parte daquele que a analisa no momento da produção.¹⁰⁶ A

103 Ademais, o artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assegura o acesso dos advogados aos autos do inquérito (é direito dos advogados examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos), o que também originou a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa).

104 VALE, 2009, p. 48-49.

105 RISTORI, 2007, p. 116.

106 ANDRADE, 2013, p. 150. Na mesma obra, o autor afirma que tal predominância se dará nas argumentações das partes e dos advogados, assim como nas declarações das testemunhas e dos peritos (p. 150). Mais adiante, ressalta que a utilização da escritura trabalha apenas com a visão, e é por tal razão que acabou por ceder espaço à oralidade na coleta da prova (p. 153).

oralidade compreende a noção de que aqueles que escutam podem, por consequência, apresentar perguntas e ouvir as respostas diretamente do declarante¹⁰⁷, o que potencializa o exercício da defesa (e do contraditório também).

Juntamente, tem-se o princípio da imediação, que decorre de uma relação direta entre a produção da prova e a decisão final vinculada a uma determinada acusação, com o fito de melhor valorar a declaração feita.¹⁰⁸ Fundamenta-se na compreensão de que os elementos de prova decorram oralmente e que os participantes estejam em condições de atuarem na fase de debates.¹⁰⁹ É a relação de proximidade entre o tribunal e o participante do processo, para que o primeiro tenha uma melhor percepção do material que se produz e que embasará uma decisão *a posteriori*.¹¹⁰

A eles, vincula-se o direito de audiência¹¹¹, já mencionado quando do exame do item anterior, e inerente ao ato que ora se estuda.

Assim, cumpre dizer que as declarações prestadas na audiência de custódia estão protegidas pelas exigências ora mencionadas.

Já foram citados os § 6º e § 8º a serem incorporados ao artigo 306 do Código de Processo Penal. A eles, acresce-se a previsão do § 1º, que obriga a remessa, à defesa constituída ou pública, do auto de prisão em flagrante em até 24h após a realização da prisão; do § 3º, que obriga a entrega, ao preso, da nota de culpa mediante recibo; do § 9º, que também determina a comunicação à defesa da impossibilidade de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação.

No Provimento Conjunto nº 03/2015, que regula a audiência de custódia em São Paulo, o artigo 5º é expresso em afirmar que, antes dela, o preso terá contato prévio e por tempo razoável com seu defensor ou defensor público (na mesma linha, o artigo 4º da Resolução nº 796/2015 de Minas Gerais), o que reforça a voluntariedade da eventual declaração autoincriminatória do preso. No artigo 6º, § 3º, está expressa a determinação

107 TONINI, 2002, p. 88.

108 TONINI, 2002, p. 88.

109 TONINI, 2002, p. 90.

110 DOTI, 1993, p. 110-111.

111 DOTI, 1993, p. 110-111.

de manifestação pela defesa (também em Minas Gerais, conforme o artigo 5º, § 5º).

Na mesma linha, vão as demais normativas emitidas pelos tribunais consultados.

No que se examina, a declaração é feita em audiência, de maneira oral, com a presença física do juiz que proferirá a decisão para a qual a audiência de custódia se justifica.

Ou seja, estão defendidas essas garantias, verdadeiros princípios, em prol da defesa, pelo que não há mácula alguma nas declarações prestadas.

Mas, a despeito de tudo isso, cabe lembrar que o acusado manterá a sua presunção de inocência junto ao processo que se seguirá à audiência de custódia, o que lhe afasta a obrigatoriedade de produção de prova a seu favor para afastar a acusação.¹¹²

3.3.3 A apreciação motivada da prova

Importante mencionar que Nucci, além de defender ser o interrogatório um meio de defesa, exprime que ele também se apresenta como meio de prova. Isso porque o acusado pode responder sobre a veracidade da acusação, onde estava quando o fato aconteceu, as circunstâncias de sua ocorrência, dentre outros, pelo que acaba por trazer elementos importantes para a convicção judicial.¹¹³

A prova surge como um ato (forma de verificação da alegação), como um meio (instrumento pelo qual a verdade se apresenta) e como resultado (produto final e que resulta da análise feita).¹¹⁴

De estar presente que a prova objetiva trazer ao julgador a convicção quanto à (in)correção do fato e da autoria expostos na acusação,

112 RISTORI, 2007, p. 123.

113 NUCCI, 2015, p. 103-104. Também pode ser apontado que o interrogatório serve como fonte de prova quando do comparecimento do acusado (p. ex., quando seu comparecimento informa ao juiz a existência de problemas de fala, cicatrizes, tatuagens, problemas de locomoção, que possam ser relevantes ao esclarecimento da causa) (RISTORI, 2007, p. 120-121).

114 NUCCI, 2015, p. 20.

buscando, assim, o melhor deslinde da causa penal, seja quanto aos fatos principais, seja quanto aos secundários, desde que reclamem avaliação judicial, sempre com o fito de estabelecer uma verdade processualmente possível.¹¹⁵ Afinal, nossa influência é europeia continental, onde a busca pela verdade é um princípio imprescindível ao sistema, com o juiz devendo estabelecê-la a partir dos meios de prova, de maneira racional.¹¹⁶

Assim, entre nós, vige o sistema da persuasão racional em nosso sistema jurídico, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal¹¹⁷, na medida em que o julgador, após fazer a apreciação da prova apresentada, expressa seu livre convencimento, mas de maneira fundamentada.¹¹⁸

A persuasão racional é formada pelo contraditório judicial, de maneira que torne mais escorreita a atuação das partes e a decisão judicial¹¹⁹, e vem retratada nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal, que dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo vedado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, com exceção das provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.

Portanto, é possível afirmar a exigência de que a decisão seja consequência de um processo que proteja os direitos e garantias fundamentais

115 ISHIDA, 2014, p. 133-134. Quando da produção da prova, prevalece a forma oral (palavra) de sua produção, apresentada esta ao juiz (mediação), na presença das partes, e a concentração. Sempre deve estar presente que inexistente valoração prévia delas, pois ao juiz é conferida a liberdade de sua apreciação, limitada que está aos fatos e circunstâncias presentes nos autos (ARANHA, 1999, p. 33).

116 TARUFFO, 2012, p. 43-44.

117 Consequentemente, é imprescindível que haja a devida valoração judicial daquilo que é trazido aos autos, de maneira motivada, o que consiste verdadeiro dever judicial, com a indicação das provas que embasam esta ou aquela decisão, com critérios racionais, conforme os argumentos lógicos, científicos e legais (TONINI, 2002, p. 102).

118 NUCCI, 2015, p. 23. Não se desconhece a existência de indicativos de livre convicção (no Tribunal do Júri brasileiro) e da prova legal (fatos que somente podem ser provados mediante prova legalmente estabelecida, como no caso do estado civil das pessoas ou do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios) (NUCCI, 2015, p. 23). Aliás, por expressa previsão legal, o exame de corpo de delito não pode ser suprido pela confissão (Código de Processo Penal, artigo 158). O que deve estar presente, contudo, é que não está o juiz determinado a um ato de mera estética, na medida em que a decisão é estabelecida sobre o caso concreto, a partir da generalidade que a lei impõe (TORNAGHI, 1987, p. 155).

119 NUCCI, 2015, p. 25.

em sentido amplo¹²⁰; que tenha havido a devida interpretação e aplicação da norma ao caso concreto; e que haja a adequada persecução da verdade, na medida em que não há justiça atrelada a fundamentos errôneos.¹²¹

Por oportuno, também cabe ser apresentado que, no mais singelo dos quadros, pode e deve ser considerada a declaração prestada como prova emprestada (ainda que seja, *a posteriori*, conhecida conforme as regras das provas documentais). Como visto, além de ela acontecer em um processo, a audiência de custódia envolve as mesmas partes que estarão no processo penal de conhecimento e está submetida à exigência do contraditório.^{122, 123}

Ao Estado, compete a utilização de sua estrutura como forma de apuração da verdade processualmente válida e que pode justificar a condenação do acusado. O princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* desobriga o acusado de um comportamento colaboracionista, o que somente pode haver na hipótese de atuação livre, voluntária e consciente daquele a quem se imputa uma acusação.¹²⁴

120 Como aduz a doutrina, o que se percebe hoje é um garantismo penal de cunho *monocular* e *hiperbólico*, ou seja, desproporcional e isolado, na medida em que atenta, exclusivamente, à proteção dos direitos individuais, e esquece que o processo penal existe para a defesa de interesses coletivos que foram violados. Ou seja, deve abarcar os direitos sociais e não apenas os individuais, em todos os âmbitos (FISCHER, 2013, p. 38-39).

121 TARUFFO, 2012, p. 142.

122 AVENA, 2012, p. 297.

123 Mas há outra hipótese que pode ser melhor estudada em outra ocasião. Na medida em que formada perante o juízo, antes do início da ação penal, mas com a presença da acusação e da defesa, em atividade processual, assegurado o contraditório; pelo conteúdo que se pode extrair de sua realização; pela urgência reconhecida, haja vista que imperiosa a apresentação judicial do flagrante em até 24h após a prisão (conforme o Provimento Conjunto do Estado de São Paulo); e pela relevância do fim a que se destina (legalidade e necessidade da prisão, sobre a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e sobre os direitos assegurados ao preso e ao acusado), guarda o interrogatório realizado em audiência de custódia fortes semelhanças com a chamada prova antecipada. Mais uma vez, reforça-se a possibilidade de ser ela aproveitada quando do exame da sentença condenatória/absolutória. Não pode ela ser considerada prova irrepetível, pois o réu terá, obrigatoriamente, disponibilizada a oportunidade de ser interrogado em juízo quando da ação penal oferecida, sem perda de direitos processuais fundamentais por ter agora declarado. E não pode ela ser tida como prova cautelar porque, nesta, existe o chamado contraditório diferido, ao passo que o interrogatório da audiência de custódia tem o contraditório no momento de sua realização.

124 RISTORI, 2007, p. 161.

A compreensão do chamado *in dubio pro reo* transmite a noção de que o juiz deve verificar o material probatório e, no caso de este não esclarecer a acusação, a dúvida deve sempre ser interpretada em prol daquele que é acusado. Afinal, se a instrução não cumpriu com seu papel de esclarecimento sobre os fatos narrados na acusação, conclui-se que o ônus probatório não foi integralmente cumprido por quem acusou (o réu não precisa provar sua inocência).¹²⁵

Assim, é na motivação da decisão que se expressa a voz final da imparcialidade que se exige do tribunal. Nunca é demais lembrar que o artigo 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos prevê que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela.

Fica evidente que o que determina o êxito, ou não, de uma demanda é a prova e a verdade que ela revela, não o juiz realizar ou não um meio de prova¹²⁶, dado que as partes podem buscar preencher o ônus probatório que lhes é imposto, mas não necessariamente cumprirão, com ela, a reconstrução adequada da base da controvérsia.¹²⁷

O projeto de lei do Senado Federal prevê, expressamente, a necessidade de decisão fundamentada¹²⁸ (e não poderia ser diferente, por exposto mandamento constitucional). Os provimentos e resoluções dos tribunais, consultados ou não, são obrigados a cumprirem com o mandamento constitucional, pelo que nem se faz necessária qualquer menção em tal sentido (afinal, os tribunais são compostos por aqueles que devem cumprir o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal; não seriam eles que definiriam o contrário).

E não se conhece razão alguma para dizer que o juiz da audiência de custódia não é competente, independente e imparcial. Afinal, ninguém

125 BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 94. Na linha do que é dito pelos mesmos autores na mesma obra, nenhuma acusação se presume provada (p. 96), bem como o acusado não tem a obrigação de cooperar com a coleta de provas, com a ressalva de que isso não se confunde com direito a atrapalhar ou impedir a produção de prova contra ele (p. 98).

126 TARUFFO, 2012, p. 146.

127 TARUFFO, 2012, p. 199.

128 Por exemplo, cita-se a redação final dada ao § 4º e ao § 6º do artigo 306.

é acusado pela mera produção de prova, razão pela qual o juiz não pode ser um mero espectador de mentiras formalmente constituídas.¹²⁹

Ademais, a audiência de custódia é uma primeira etapa a ser percorrida. Se a decisão ali lançada necessita ser fundamentada, com muito mais razão será a sentença futura (absolutória ou condenatória), vinculada ao processo que se seguirá à audiência havida, pelo que não há o mínimo sentido em impor-se a restrição que o projeto quer colocar.

A confissão (em qualquer etapa da persecução) não se qualifica como a mais importante das provas, sendo que sempre está garantido o direito de o acusado voltar a exercer seu silêncio, motivo pelo qual será imprescindível confrontá-la com outros elementos de prova.¹³⁰

Mais uma vez, todos os fundamentos levam à necessidade de aproveitamento da declaração prestada na audiência de custódia.¹³¹

4 CONCLUSÃO

Evidentemente, a intenção deste trabalho está em trazer à discussão um tema de suma importância junto ao novel (ao menos, para nós) instituto que é a audiência de custódia. Não tem ele a pretensão de esgotar a questão, pois ainda há mais por discutir, pesquisar e comparar sobre o ponto, o que já justifica um trabalho posterior.

Não obstante, fica evidente que a utilização das declarações do preso em audiência de custódia, inclusive as autoincriminatórias, podem e devem ser utilizadas dentro do arcabouço probatório que será apreciado muito mais adiante, quando já tivermos a acusação (denúncia) apresentada e, no momento adequado, a sentença de mérito.

129 BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 36.

130 RISTORI, 2007, p. 124. Aliás, outra não é a orientação determinada pelo artigo 197 do nosso Código: “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

131 Como aduz a doutrina: “[...] uma colheita incompleta de provas não pode jamais promover a descoberta da verdade material, pois que [...] o conceito de verdade pressupõe que todas as fontes de conhecimento existentes sejam levadas em consideração [...]” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 248).

Proibir a utilização enquanto prova posterior é violar a autonomia, a vontade e a liberdade do acusado. Também é desconsiderar sua realização em audiência, que deve sempre respeitar o contraditório, a ampla defesa, a imediação e a oralidade. Da mesma forma, é desprezar a capacidade que o juiz possui de, racionalmente, justificar sua decisão com base em todo o contexto probatório coletado (em suma, é desprezar a busca pelo sistema acusatório, já que se despreza o *actum trium personarum* – afinal, essas características acompanharão o processo até o seu final).

O que a vedação faz é privilegiar uma política que quer ser imposta em completa desconsideração ao real objetivo do processo penal: a proteção dos direitos fundamentais, quem quer que seja o seu titular!

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

_____. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. Porto Alegre: AMPRS, 2010b. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocesso-penal.com.br/attachments/article/26/Teoria%20da%20gest%C3%A3o%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARGENTINA. *Código procesal penal de la Nación*. 1. ed. Buenos Aires: Infojus, 2014.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Associação Nacional dos Defensores Públicos. *Nota Técnica. A Respeito do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011*. Brasília, sem data no documento. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/21299/Nota_T_cnica.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. *Nota Técnica nº 04/2014/CONAMP*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=162199&tp=1>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. *Resolução nº 1087/2015*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/administrativa/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Governo Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão. *Provimento nº 24/2014*. São Luís: Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407902>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão. *Provimento nº 21/2014*. São Luís: Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407412>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão. *Provimento nº 23/2014*. São Luís: Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407901>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Seção 1, p. 19.699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Nota Técnica nº 14/2014*. São Paulo: Ministério Público, 2014. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/notas_tecnicas/nota%2014.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Resolução nº 796/2015*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. *Provimento Conjunto nº 03/2015*. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/TJSP/003-provconj%202015.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011*. Tramação. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011*. Parecer Relator Senador Humberto Costa. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156 de 2009*. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias. *Projeto Audiência de Custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298296>>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus nº 102.019-PB*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de agosto de 2010. Brasília: STF, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=200&dataPublicacaoDj=22/10/2010&incidente=3813842&codCapitulo=5&numMateria=33&codMateria=2>>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 14. Proposta de súmula vinculante. Inquérito policial. Advogado do indiciado. Vista dos autos. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 26 de março de 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 mar. 2009b. n. 59, p. 29.

CÓDIGO MODELO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL. In: CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, 13., 2006. Santo Domingo. Disponível em: <<http://saberleyes.blogspot.com.br/2006/06/codigo-modelo-iberoamericano-de-etica.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2013.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda. Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da; COSTA PINTO, Frederico Lacerda. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 57-125.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 1, p. 89-114, 1993.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeal for the Third Circuit. *United States of America v. Craig A. Grimes, nº 12-4523*. Washington: United States District Court, 2013. p. 1-13. Disponível em: <<http://sites.temple.edu/templawreviewblog/files/2014/02/US-v.-Grimes.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2015.

- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer). In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da; COSTA PINTO, Frederico Lacerda. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 12-56.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 29-56.
- FREEDMAN, Warren. *The constitutional right to a speedy and fair criminal trial*. New York: Quorum Books, 1989.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. *El proceso penal ante el estado de derecho: estudios sobre el Ministerio Publico y la prueba penal*. Lima: Grijley, 2004.
- ISHIDA, Válder Kenji. *Prática jurídica penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Assembleia Costituyente, 1947. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.
- _____. Decreto del Presidente della Repubblica nº 447, di 22 di settembre di 1988. Approvazione del codice di procedura penale. *Gazzeta Ufficiale*, Roma, 24 ott. 1988. Serie Generale nº 250, suppl. ordinario nº 92. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 11 set. 2015.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- KIPNIS, Kenneth. Plea bargaining: a critic's rejoinder. *Law & Society Review*, Amherst, v. 13, n. 2, p. 555-564, 1979.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras*. 16. edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002.

LFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2nd ed. Saint Paul: West Publishing, 1992. (Hornbook Series).

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podium, 2014.

LOPES, José Antônio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. *Stvdia Ivridica* 83. Coimbra: Coimbra, 2005.

LOUREIRO, Fábio. O primeiro interrogatório judicial do acusado detido. In: BELEZA, Teresa Pizarro; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda (Coords.). *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2014. p. 69-89.

MARTINS, Joana Boaventura. *Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento: contributo para a uma mudança de paradigma*. Coimbra: Coimbra, 2014.

MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. *La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant ló Blanch, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana de direitos humanos*. In: CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969, San José. San José: OEA, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 set. 14.

PIMENTA, José da Costa. *Introdução ao processo penal*. Coimbra: Almedina, 1989.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2005. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. *Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro de 1987*. Aprova o código do processo penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013c. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 15 set. 2015.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra. *Julgar*, Coimbra, v. 19, p. 207-220, 2013.

RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do argüido no interrogatório no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 25, n. 6, p. 175-197, 2004. Disponível em: <[http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path\[\]=1034&path\[\]=978](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path[]=1034&path[]=978)>. Acesso em: 27 set. 2013.

_____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. O processo penal entre a eficácia e as garantias – em especial a questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do acusado anteriores ao julgamento. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. LV, n. 1 e 2, p. 405-423, 2014.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

TROIS NETTO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e*

direito ao silêncio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WEIGEND, Thomas; GHANAYIM, Khalid. Human dignity in criminal procedure: a comparative overview of Israeli and German law. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 44, p. 199-228, 2011.

YAROSHEFSKY, Ellen. Ethics and plea bargaining: what's discovery got to do with it? *Criminal Justice*, Chicago, v. 23, n. 3, p. 28-33, 2008.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: resultados preliminares e percepções teórico-práticas

FAUZI HASSAN CHOUKR*

1. Um caminhar silencioso: o PLS 544 de 2011
2. A repentina “descoberta” do controle judicial da detenção à luz da CADH
 - a. “E não é que neste mundo tem cada vez mais gente e cada vez menos pessoas?”¹: a aposta (de muitos) dos políticos
 - b. “E se o delegado for gentil?”²: a insurgência (de alguns) dos teóricos
 - g. “Eu sei que não vai dar certo... Oh, dia, oh, céus, oh, azar...”³: a incredulidade (da maioria?) dos práticos
3. Primeiras percepções teórico-práticas
 - a. Limites normativos: se existem, quais são?
 - i. Fruição plena de direitos fundamentais: o afago teórico à inevitável internacionalização dos direitos
 - ii. Integração do ordenamento: preenchendo lacunas com o que já existe
 - iii. Ativismo judicial processual penal: seletividade explícita
 - b. Resultados práticos:
 - i. Tudo junto e misturado: do que falam as (poucas) estatísticas?
 - ii. Há, de fato, a construção de um “caso cautelar” na audiência de custódia?

* Pós-doutor pela Universidade de Coimbra (2013). Doutor (1999) e Mestre (1994) em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford – New College (1996). Especializado em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla La Mancha – Espanha (2007). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

1 Da personagem Mafalda.

2 Da obra de Chico Buarque, “E se..”.

3 Dos personagens Lippy e Hardy.

iii. “Se nada der errado vai dar tudo certo”⁴: prolongamentos (indevidos) do conteúdo do controle judicial da detenção

I. UM CAMINHAR SILENCIOSO: O PLS 544 DE 2011

Não foi com o alarde próprio das reformas penais que atendem clamores midiáticos de pronta aparição que o senador Antônio Carlos Valadares preconizou a seguinte nova redação para o art. 306 do CPP: “§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”. Nascia, assim, o PLS com número 544 no ano de 2011 em 06/09/2011.

Não ganhou o interesse da mídia, nem mesmo a especializada jurídica, e não ganharia também o interesse de setores mais comerciais do mundo editorial jurídico que, rigorosamente falando, até o final do ano de 2014 pouco, ou quase nada, haviam escrito a respeito. Sobrava, apenas, o reduto já esperado da academia, intimamente ligado com a necessária conformação do processo penal à Constituição e que, cada vez mais, alarga(va) a visão para conformá-lo também à Convenção Americana de Direitos do Homem (doravante CADH).⁵

As instituições de “operadores” – péssima palavra, à sombra de sua larga utilização – pouco ou quase nada apareciam na tramitação do PLS. Uma rápida batida d’olhos na página oficial do Senado⁶ mostrará que durante largo tempo o processo legislativo foi consumido por ofícios e requerimentos protocolares obedientes a prazos regimentais. E, de resto, no tempo da espera da(na) Política (em maiúsculo pela dimensão do tema e suas consequências).

4 Citação atribuída a Cícero. “Marco Túlio Cícero ou em latim Marcus Tullius Cicero (106 a.C.-43 a.C.) foi um filósofo, orador, escritor, advogado e estadista romano, considerado um dos maiores filósofos da Roma Antiga” (www.uol.com.br).

5 Por todos, nesse último aspecto, GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

6 <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>

Ao longo desse período, nenhuma insurgência de classe, seja de policiais – aparentemente um dos nichos mais diretamente envolvidos com o tema –, defensores, juízes e Ministério Público. Nada que se descortinasse a avalanche de críticas que viriam (vide item 2, “c”, infra) a se projetar com voracidade invulgar sobre o assunto. Naquele momento, nem mesmo o mais classista dos integrantes dos quadros policiais poderia imaginar que, mais de 150 anos depois, sua carreira – a de delegado de polícia – viria a ser vista como portadora de funções jurisdicionais em sentido estrito.⁷

E tudo mudaria como num piscar de olhos, com a necessidade de uma resposta político-jurídica ao cenário perene da emergência cautelar: o número de prisões sem condenação no Brasil.

2. A “REPENTINA DESCOBERTA” DO CONTROLE JUDICIAL DA DETENÇÃO À LUZ DA CADH

Não foi por uma conversão normativa do CPP à CADH e à CR que o tema entrou em debate público. Muito menos por uma conversão espiritual, aquela do/para um determinado sistema, modelo e tampouco cultura de projeção da pessoa humana no processo penal. Foi, sim, pela abertura, na pauta política, de um espaço necessário para fazer algo que a reforma de 2011 no âmbito das cautelares pessoais penais não conseguiu: diminuir a população carcerária de presos sem condenação definitiva.⁸

Natural, pois, que o assunto acendesse no pátio amplo do ativismo extraparlamentar. Uma fogueira cujo primeiro grande toco de madeira coube ser jogado pelo CNJ, que há tempos acompanhava a situação ainda ao largo da lenta tramitação da Lei 12.403/2011:

a situação das prisões brasileiras tornou-se tão grave que, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça colocou em ação um programa emergencial para revisar os processos das

7 FRANCELIN, Antonio Edison. Com duzentos anos, polícia civil já foi judiciária. *Conjur*, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-09/duzentos-anos-historia-policia-civil-foi-policia-judiciaria>>.

8 Ver nosso CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

peças encarceradas. Os relatórios dos Mutirões Carcerários apresentam exemplos claros dos abusos cometidos, como estes citados por Santos (2010): “FLS foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a instrução sequer havia sido iniciada. AA furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão no regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença AA foi liberado. LSM foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário. RS ficou preso mais de 2 anos sem sequer ser denunciado.”⁹

Somado a isso a constância (in)explicável da prática de abusos policiais, eufemismo providencial para seu nome completo: prática de tortura. Instrumento quase “natural” dos aparatos estatais de repressão largamente presente nos anos de exceção ao Estado de Direito e que parece ter uma vocação mórbida para sobreviver naquilo que, localmente, denominamos de democracia. Os números a esse respeito são mais conhecidos e reverberados no exterior que propriamente entre nós, salvo nos nichos inconformados de sempre.

Por fim, um argumento raro de ser encontrado nas discussões do funcionamento do sistema penal: seus custos. Lembrou-se, ainda, um pouco mais tarde no palco das discussões, que:

O preso custa hoje aqui no Brasil, em média para os cofres públicos estaduais ou federais, cerca de R\$ 3 mil. Se nós multiplicarmos 120 mil presos por 12, teremos a impressionante cifra de R\$ 4,3 bilhões em um ano. Evidentemente é um dinheiro que, ao invés de manter pessoas que não precisam ser presas, nós poderemos investir em áreas essenciais.¹⁰

9 Zackseski, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, ano 4, 2010. Disponível em: <www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/4o_anuario_2010.pdf>. Acesso em: 06 out. 2015. Também citado por TEIXEIRA, Luciana de Sousa. *Audiência de custódia: eficaz para a redução da banalização das prisões cautelares?* 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

10 Explicou o Min. Lewandowski em <http://agazetadoacre.com/noticias/ministro-do-stf-ricardo-lewandowski-lanca-projeto-de-audiencia-de-custodia-no-tjac/>.

Abriu-se, assim, a temporada de resgate do humano no processo penal, primeiramente enxergado pela classe política de todos os poderes instituídos.

a. “E não é que neste mundo tem cada vez mais gente e cada vez menos pessoas?”: a aposta (de muitos) dos políticos

Políticos os há em todos os espaços de convivência, públicos ou privados. E, nos públicos, não apenas nos de carreira formal na política. O CNJ, criado em 2004 e até hoje não muito bem digerido por parte dos que lhe são matéria-prima de trabalho, milita não raras vezes na seara política com a roupagem vetusta do ativismo que já nem é jurídico, é político-legislativo.

Ali, na troca de gestão em 2014, a então atual Presidência, cuja vida acadêmica tem na sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo um dos pontos mais sensíveis, pois falava na “proteção internacional dos direitos humanos”¹¹ numa época de poucos direitos e de poucos humanos com direitos no Brasil do início dos anos 1980, resolveu abordar o quadro avassalador das prisões sem condenação no Brasil.

Os números não mentem, mas pouco explicam porque escondem na generalidade do quadro as entranhas das minúcias: em 2011 o Brasil possuía uma população carcerária de presos sem condenação da ordem de 40%. Alto como um todo; abissal na análise individual com Estados da Federação chegando a 70%.¹² Depois, percebeu-se que número linear, contabilizado ao longo de um ano civil, não corresponderia, obrigatoriamente, ao da população carcerária ao longo do ano, dado que ela flutua pela movimentação natural de sua decretação/revogação. Assim, o abismo tendentemente é maior que o mostrado pelos números.

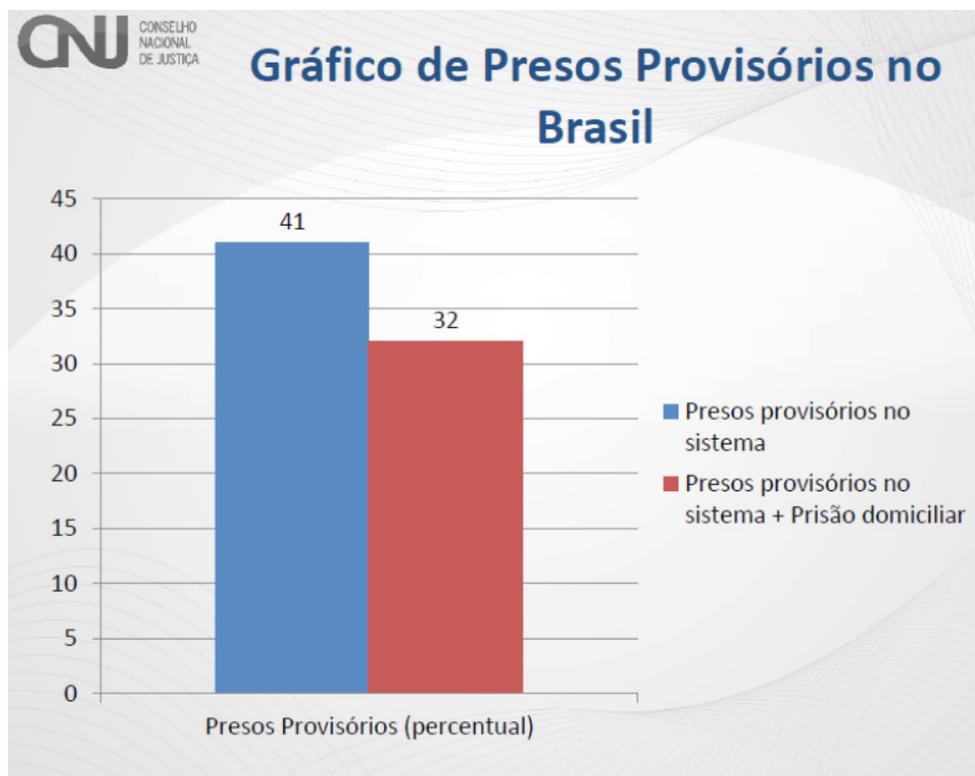
E, pois, o que fazer, já que, após 11 anos (!) de tramitação legislativa a partir de um PL oriundo de um anteprojeto acadêmico permeado de

11 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

12 GOMES, Luiz Flávio. *Encarceramento (massivo) de presumidos inocentes: 42,9%*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

problemas técnicos e de continuísmo cultural, o quadro não diminuía em rigorosamente nada?

Inicialmente tentou-se via ativismo do CNJ mudar-se a metodologia de contabilização de presos sem condenação. A partir de uma nova visualização da realidade, extremamente própria para tentar contorná-la, extirpou-se da população de presos sem condenação os que deveriam se beneficiar da prisão domiciliar, entendendo, em suma, que essa forma de cumprimento desnaturaria o caráter cautelar da constrição. O raciocínio, inconsistente do ponto de vista jurídico, fez bem às estatísticas, diminuindo em quase dez pontos percentuais os níveis de cautelaridade¹³:



13 Estatística disponibilizada pelo CNJ em junho de 2014.

Não se levou em conta que, em sede cautelar, a prisão domiciliar é um regime de cumprimento da prisão preventiva. Os números retrocederam; o mundo da vida não necessariamente.

Havia, igualmente, a clara percepção de que os magistrados não haviam exatamente aderido à lógica da prisão como exceção, e não como regra. Nada de muito a se estranhar diante das permanências culturais do sistema processual. E, de quebra, a evidente falta de interesse estatal em operacionalizar as medidas alternativas com os necessários mecanismos de acompanhamento. A impunidade não poderia, por certo, campear, e, portanto, a prisão é o destino de referência.

Como na canção de Noel Rosa, “sem retrato e sem bilhete”¹⁴ o discurso da construção de um modelo cautelar à medida do ser humano, na feliz locução de ESER¹⁵, apareceu lastreado na CADH e num mecanismo jamais cogitado na tramitação da “lei das cautelares”: a necessidade de apresentação da pessoa presa imediatamente ao juiz competente. Tanta ousadia – determinar *em audiência* como regra obrigatória uma “medida cautelar” – só havia sido cogitada no projeto Frederico Marques, em plena época ditatorial. E por lá a sugestão ficou.¹⁶

Leve-se em conta um outro dado do discurso: o do enfrentamento das violências policiais. Haveria, então, de ser construído um bloco jurídico de sustentação para dar vazão minimamente aos preceitos da lei antitortura, em vigor desde 1997, desencadeada igualmente não pelo zelo brasileiro aos compromissos internacionais ou pela assunção da pessoa humana em sua dignidade no centro da *polis*. Deveu-se, muito mais, à pontual compro-

14 “Último desejo”, de Noel Rosa.

15 ESER, Albin. Una justicia penal a la medida del ser humano: visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social. *Revista de Derecho penal y Criminología*, v. 1, p. 131-152, 1998. Entre nós, igualmente, GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coords.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

16 Projeto “Frederico Marques”. Brasil: Senado. Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Diário do Congresso Nacional. Seção I. Suplemento A. Edição de 12 de junho de 1975. p. 34/35.

vação de (mais uma) atrocidade cometida por um policial cujo nome não poderia ter sido mais sugestivo na história: “Rambo”.¹⁷

O fato de entender, à luz da melhor interpretação da CADH, que a apresentação é da pessoa presa – e não apenas presa em flagrante! – ao juiz competente seria demais para um momento tão frágil de enfrentamento às estruturas processuais concebidas e repetidas da mesma forma desde o Estado Novo. Ficou-se, assim, com a delimitação do tema no âmbito flagrantial. E não haveria de ser pouca coisa.

Aceso o pavio da fogueira, iniciou-se uma corrida política pela implantação daquilo que à brasileira se nominou “audiência de custódia”.

Foi assim que uma onda de voluntarismo humanista percorreu larga parte do Judiciário brasileiro, construindo um aparato que seria, não muito depois, criticado pela sua seletividade (vide item 3, “a”, “iii”, infra) e geraria discursos generosos de proteção de direitos fundamentais no marco do “projeto audiência de custódia”, *slogan* empregado pelo CNJ, a partir de São Paulo, mas não com o nominado “pioneirismo” paulista, dado que a primazia do primeiro encanto coubera ao Maranhão, que havia instituído a “audiência” meses antes.¹⁸

Políticos de ofício igualmente aderiram ao discurso a demonstrar prontamente que tudo o que fosse necessário seria colocado à disposição para concretizar a salvaguarda daqueles direitos. Assim, por um segundo na história da administração pública brasileira não faltaram recursos materiais e humanos para a polícia¹⁹ e para o judiciário. Viaturas, policiais, servidores e até mesmo gasolina (!)²⁰ para transporte apareceram sem grande esforço, e a roda da efetivação da CADH começou a girar.

17 RIFIOTIS, Theophilos. Violência policial e imprensa: o caso da Favela Naval. *São Paulo Perspectives*, v. 13, n. 4, p. 28-41, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 out. 2015

18 Provimentos 21 e 23 de 2014 do TJMA de novembro de 2014.

19 Na locução do titular da pasta da segurança em SP: <http://tvcultura.cmais.com.br/rodaviva/secretario-de-seguranca-publica-de-sao-paulo-e-o-entrevistado-do-roda-viva>.

20 Não são raras as explorações, na mídia, a respeito da falta de gasolina para viaturas policiais: <http://extra.globo.com/casos-de-policia/em-meio-falta-de-gasolina-policial-abastece-viatura-com-dinheiro-do-proprio-bolso-foto-14983576.html>; ainda: <http://extra.globo.com/casos-de-policia/pm-confirma-falta-de-abastecimento-de-combustivel-acionamento-criticado-pela-associao-de-pracas-um-risco-14934391.html>.

b. “E se o delegado for gentil?”: a insurgência (de alguns) dos articulistas

Verdade seja dita, em alto e bom som poucos se atreveram a afirmar que errada era a CADH e certo o CPP com suas alterações na matéria porque, no Brasil, delegado de polícia exerce funções judiciais em sentido estrito.²¹ Menos ainda os que afirmaram que depois de tantos anos em vigor somente agora teria se apercebido a academia da existência da CADH e que os tantos anos de inadequação do modelo brasileiro seriam, assim, seu atestado de boa conduta para que a malsinada audiência voltasse às perfumarias do direito internacional público, de onde, talvez, nunca devesse ter saído. E, ao que consta, apenas um articulista resolveu mesclar num mesmo texto ambos os argumentos²², fazendo-o, acrescentando-se, logo após ter sido criticado duramente e à exaustão pela academia²³, que se ocupou de analisar negativamente um paradigmático acórdão tendo-o como relator.²⁴

Partindo de uma leitura reduzida e reducionista da literatura jurídica, afastou-se o autor-magistrado de toda uma produção consolidada de mais de 20 anos sobre a conformação constitucional e convencional do CPP ao pontuar que: “Noutros termos, como se, em 23 anos, o Judiciário descumprisse cláusula fundamental de direitos humanos e, pior, ninguém percebeu. Nem advogados, nem promotores, nem delegados, *nem mesmo a doutrina*” (sic, sem grifo no original).

21 Entre eles, GARCIA, Gustavo Assis. *A falácia da audiência de custódia*. Disponível em: <http://asmego.org.br/wp-content/uploads/2015/07/audiencia-de-custodia_Gustavo-Assis-Garcia.pdf>.

22 Nesse sentido é de causar perplexidade a linha argumentativa traçada por NUCCI, Guilherme de Souza, em *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia/>>.

23 Por todos, em dois textos, MOREIRA, Romulo Andrade. *A audiência de custódia, o CNJ e os pactos internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160776698/a-audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos>>. E, também, precisamente sobre o acórdão em questão de ANDRADE MOREIRA, Rômulo. A “lamúria de pessoa detida” e a audiência de custódia: crônica de uma morte anunciada. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 182, 2015. E o mais veemente: *O TJ/SP rasgou os pactos internacionais e desautorizou o CNJ*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/193355080/o-tj-sp-rasgou-os-pactos-internacionais-e-desautorizou-o-cnj>>.

24 Habeas Corpus nº 2016152-70.2015.8.26.0000. Rel. Souza Nucci.

Da mesma maneira, esqueceu-se de recordar que em nenhuma fonte atual (entenda-se desde a Proclamação da República, em 1881) a literatura processual penal brasileira assimila as funções policiais às judiciais em sentido estrito. E que em nenhuma obra de direito constitucional – fiquemos aqui pós 1988 – qualquer autor, ao interpretar o art. 144, sequer insinua que policiais civis da carreira de delegado de polícia são detentores de fração da jurisdição. E, usando a mesma lógica empregada pelo autor criticado, esse silêncio tem sua eloquência...

Por fim, com a palavra Caio Paiva, que, num essencial e exaustivo texto sobre audiência de custódia, enfrentou a impossibilidade de esse ato ser conduzido ou substituído por qualquer outro agente público.²⁵

Nos limites físicos deste trabalho, cabe, apenas, recordar projeto encabeçado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e da Pastoral Carcerária Nacional com apoio da Open Society Foundations e focado nas prisões cautelares na cidade de São Paulo:

[...] mostrou [...] quão decisiva é a postura dos atores do sistema de justiça criminal, incluindo a polícia. Juízes e promotores – e também defensores públicos – corroboram a seletividade e a violência promovidas pelas polícias e raramente questionam a necessidade da prisão cautelar. Há uma grande resistência dos operadores, que não se dão ao trabalho nem mesmo de atentar para o caso concreto, emitindo cotas e decisões caracterizadas pela generalidade e pela pobreza argumentativa.²⁶

Em sequência:

Durante a execução do projeto, entrou em vigor a Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos relativos às medidas cautelares. O relatório oferece material abundante para a avaliação de seus impactos, já que logrou construir um retrato da dinâmica da prisão provisória em São Paulo.²⁷

25 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, especialmente p. 47/53.

26 CERNEKA, Heidi Ann et al. (Coords.); INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA E PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. *Tecer justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo*. São Paulo: ITTC, 2012. p. 93.

27 *Ibidem*, p. 94.

E, na esteira daquilo que é a responsabilidade intelectual, cabe a todos que assumem esse papel deslegitimar o estado de coisas acima mencionado, posto que o discurso do *status quo* é reprodutor de violência sistêmica.

e. “Eu sei que não vai dar certo... Oh, dia, oh, céus, oh, azar...”: a incredulidade (da maioria?) dos práticos

Parece certo que a maior parte das instituições foi pega com o discurso já consolidado do “Projeto”.

Os juízes criticaram a audiência²⁸; o Ministério Público de SP, na sua visão institucional, criticou, desde um primeiro momento, a audiência²⁹ e, depois, a associação de classe do Ministério Público de São Paulo chegou a aforar mandado de segurança contra a resolução paulista cujo destino foi o precoce reconhecimento de fulminante inépcia da inicial com o sepultamento da iniciativa.³⁰ Por fim, delegados de polícia buscaram as portas do STF para açoiar a iniciativa legislativa.³¹ Esta última iniciativa será trabalhada em apartado mais adiante (item 3, “a”, “i”, infra).

Mas a maioria não é a totalidade. No âmbito da Magistratura, a AJD se fez sentir publicamente a favor da iniciativa³², assim como instituições ligadas mais diretamente ao direito de defesa, como a OAB e a Defensoria Pública. E mesmo nas instituições mais críticas, vozes se levantaram pela necessidade da adoção da audiência.

Não há, ainda, uma análise mais abrangente que possa indicar com segurança outros motivos que não os técnicos – se existem – que façam com que aquelas primeiras instituições mencionadas se voltem tão dura-

28 <http://blog.oquartopoder.com/aldirdantas/?p=3684>

29 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico>

30 Mandado de Segurança nº 2031658-86.2015.8.26.0000 TJSP: “Assim sendo, sendo a impetrante carecedora da ação por falta de interesse processual, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, c/c art. 295, III, do Código de Processo Civil. Por consequência, denego a segurança, nos termos do artigo 6º, §5º, da Lei 12.016/2.009.” Relator Luiz Antonio De Godoy.

31 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/delegados-entram-adi-audiencia-custodia>

32 http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/86_ajd66.pdf

mente contra a implantação minimamente efetiva da CADH. Mas há quem estude o fenômeno dessa resistência quase pandêmica nas instituições judiciárias brasileiras com uma precisa conclusão a respeito:

A ação da Comissão Interamericana Sobre Direitos Humanos e as condenações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos impostas ao Estado Brasileiro podem estar causando desconfortos entre as autoridades. Neste contexto, observamos um crescimento do conflito entre o Estado Brasileiro e a Comunidade Internacional, tendo como mola propulsora levada à tensão crescente por parte dos Tribunais, e do vazio de poder ou inconsequência legislativa, omissões e subserviências do Poder Legislativo, talvez acreditando na possibilidade de engodo sobre a Comunidade Internacional em questão aos Direitos Humanos e respectivos Tratados Internacionais [...].³³

Crítica efetuada no contexto do ativismo judicial na seara processual civil, que se estende facilmente ao processo penal e ao tema aqui tratado. Até porque, no limite técnico, os argumentos desfavoráveis ao cumprimento do Pacto de San José da Costa Rica não são exatamente robustos...

3. PRIMEIRAS PERCEPÇÕES TEÓRICO-PRÁTICAS

a. Limites normativos: se existem, quais são?

i. Fruição plena de direitos fundamentais: o afago teórico à inevitável internacionalização dos direitos

Insatisfação de muitos, o tema foi levado ao campo da solução judicial por poucos. E exatamente por aqueles que são colocados numa delicada posição teórico-prática com o estrito cumprimento da CADH.

Assim nasceu a ADI (n. 5240) aforada pela ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil), afirmando na sua inicial que:

33 ROCHA REBOUÇAS, Ramiro Carlos; MORALES SIERRA, Vânia. Poder judiciário no Brasil: incompatibilidades e resistências ao Pacto de San José da Costa Rica. *Cadernos de Direito*, v. 14, n. 26, p. 71-86, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v14n26p71-86>.

[...] ao dispor sobre apresentação de pessoa presa em audiência de custódia nas 24 horas seguintes à prisão em flagrante, o ato normativo legislou sobre Direito Processual, tema de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição da República. O Provimento Conjunto 3/2015 violaria também o princípio da legalidade, uma vez que possuiria natureza infralegal, e o princípio da divisão funcional de poder, pois delegados de polícia se subordinam ao Executivo, por força do art. 144, § 6º, da CR.³⁴

A e. Procuradoria-Geral da República, em sua manifestação processual, depois de manifestar-se pelo não conhecimento da ação em seu mérito, apontou que:

O Provimento Conjunto 3/2015 visa apenas a regulamentar tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que passaram pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional e da Presidência da República. A realização da audiência de custódia, portanto, é norma de nível legal vigente e (ao menos potencialmente) eficaz no Direito brasileiro. Não foi o provimento atacado que inovou no ordenamento jurídico. Conforme assinalou a Advocacia-Geral da União, a Presidência e a Corregedoria-Geral da Justiça do TJSP atuaram de acordo com a autonomia conferida pela Constituição da República aos tribunais para dispor sobre competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, a, da CR).³⁵

E concluiu:

A realização de audiência de custódia, com apresentação da pessoa presa a juiz até 24 horas após a prisão e participação do Ministério Público, da Defensoria Pública (quando necessário) e de advogado, é prática salutar no contexto do sistema criminal e da segurança pública brasileira e possibilita tratamento humanizado do preso, de acordo com a metanorma da dignidade do ser humano. Cumpre, ademais, compromisso internacional antigo do país, que até hoje não foi honrado pelas instituições do sistema de justiça.³⁶

34 file:///C:/Users/FAUZHASSAN/Downloads/texto_307273611.pdf

35 file:///C:/Users/FAUZHASSAN/Downloads/texto_307273611.pdf

36 file:///C:/Users/FAUZHASSAN/Downloads/texto_307273611.pdf

O e. STF conheceu por maioria da ADI e, no seu mérito, acompanhou o raciocínio da Procuradoria-Geral da República.

Os limites do presente texto não permitem uma extensa análise de cada um dos argumentos expostos na inicial e sua rejeição respectiva pela PGR e pelo STF. Cabe, apenas, destacar aqui que se tomou uma posição de compreensão da máxima eficácia de fruição dos direitos fundamentais e, com isso, consolida-se mais um valioso precedente nesse campo.

O mais espantoso em todo esse cenário é que há duas normas em vigor no direito brasileiro sobre a mesma matéria e em momento algum houve tanto repúdio jurídico a qualquer uma delas...

ii. Integração do ordenamento: preenchendo lacunas com o que já existe

No Código Eleitoral, desde 1965, o artigo 236 prevê a imediata apresentação da pessoa presa ao Juízo competente quando de sua prisão em flagrante.³⁷ É norma obrigatória³⁸ e respeitada na jurisprudência.³⁹

Mais ainda, na criticada lei sobre a prisão temporária, existe norma

37 Para uma brevíssima visão histórica, consultar http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes/n-2-juldez-2012/integra/2012/12/consideracoes-sobre-o-art-236-do-codigo-eleitoral/indexe2ec.html?no_cache=1&cHash=4cac54918d8c2dd94881c8cbb90da384.

38 Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

39 Constitucional. Habeas Corpus. Eleições 2006. Prisão. Flagrante Delito. Requisitos (Art. 302, CPP). Inocorrência. Liminar Concedida. Dia Das Eleições. Art. 236, Código Eleitoral. Aplicabilidade. Mérito. Pedido Procedente. Habeas Corpus Concedido. 1. Inexistentes os requisitos da prisão em flagrante, o habeas corpus fora liminarmente concedido para a imediata soltura do Paciente. 2. Não configurado o flagrante delito e prevaemente, in casu, o disposto no caput do art. 236 do Código Eleitoral, concede-se a ordem de habeas corpus definitivamente. (TRE-CE - 15: 11042 CE, Relator: Tarcísio Brillhante De Holanda, Data de Julgamento: 08/05/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 92, Data 17/05/2007, Página 172)

semelhante, apenas que de caráter facultativo quanto à determinação da apresentação da pessoa presa.⁴⁰

Não há, pois, razão para repudiar a normatividade da regulamentação da audiência de custódia, posto que, no mínimo, se poderia empregar a analogia como integração do sistema, pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para não mencionar, de plano, o próprio artigo 3º do Código de Processo Penal.

Essas duas normas, em seu conjunto ou mesmo isoladamente, são capazes de satisfazer tanto os alinhados com uma concepção de internacionalização do direito e a plena fruição dos direitos humanos a partir de compromissos internacionais como os mais conservadores, que tendem a buscar arrimo às suas posições nas construções mais apegadas a um saber jurídico tradicional.

iii. Ativismo judicial processual penal: seletividade explícita

Um flanco que permanece fragilizado nessa construção é a seletividade criada pelo “Projeto” que, à mingua do andamento devido do PLS mencionado no início deste texto, cria, efetivamente, situações jurídicas de proteção às pessoas presas em flagrante.

É observável com facilidade a partir das leituras dos provimentos estaduais reguladores da matéria que apenas as capitais estão abarcadas ou, quando muito, as maiores cidades do país. Louvável do ponto de vista de um aprendizado pela prática, no mundo real cria clivagens no devido processo legal que, rigorosamente falando, não são aceitáveis.

Não por outra razão, o TJPR, na apreciação do Habeas Corpus nº 1.358.323-2, do Foro Central da comarca da região metropolitana de Curitiba, lastreia sua compreensão do tema a partir dos compromissos interna-

40 Lei 7.960, de 1989: Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. [...]

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

cionais assumidos pelo Brasil e sustenta como essencial que se dê a imediata apresentação do preso ao juiz, e o faz afirmando que:

Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional. 3. Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social.

Naquele caso a ordem foi concedida para a realização da audiência. Mas essa posição está longe de ser tida como prevalente mesmo no âmbito daquele TJ (antes da instituição do “Projeto” no Paraná), para quem:

Audiência de Custódia. Esta Corte já se posicionou no sentido de que o “... Código de Processo Penal, atento à excepcionalidade da segregação cautelar e em homenagem ao princípio da dignidade humana, buscou dotar o Magistrado de diversos mecanismos de controle da legalidade da prisão. Assim, a ausência de audiência de custódia, prevista no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, não implica na ilegalidade da prisão. b) O Magistrado, ao receber o auto, analisará a legalidade do flagrante e, se constada a ilegalidade, deverá relaxar a prisão. Caso contrário, deverá o Magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, nos termos do art. 310, do Código de Processo Penal. (...) (STJ. HC 250.947/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJE 25/04/2013). (TJPR, Habeas Corpus nº 1.191.505-4, Relator Desembargador Rogério Kanayama, 3ª Câmara Criminal, J.em 27 de março de 2014)” (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC

- 1245054-5) ORDEM NÃO CONCEDIDA. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1257671-7 - Ponta Grossa - Rel.: Gamaliel Seme Scaff - Unânime - - J. 09.04.2015).⁴¹

Ainda que no âmbito daquele Estado a realidade normativa já tenha se alterado, essa alteração se deu como no resto do país, ou seja, parcialmente, do que é possível concluir que a tendência é continuar negando a existência da CADH fora dos limites territoriais onde o “Projeto” atua. E esse entendimento pode não se restringir ao e. TJPR....

b. Resultados práticos:

i. Tudo junto e misturado: do que falam as (poucas) estatísticas?

Nessa primeira quadra de estabelecimento do “Projeto” não há, rigorosamente, análises qualitativa e quantitativa confiáveis.

Com efeito, na grande mídia, que se ocupou do assunto no embalo do discurso político, os primeiros números foram sensacionais para aqueles que esperam uma aplicação equilibrada do modelo das cautelares com o efetivo emprego da prisão como *ultima ratio* cautelar.

Assim, noticiou-se que no primeiro dia de funcionamento na cidade de São Paulo, dos 24 casos apresentados, em 17 haviam sido concedidas liberdades provisórias⁴², uma proporção que se pode afirmar, com a sensibilidade prática, que era incomum sem a apresentação do preso perante o juiz. Pouco mais de um mês depois de seu início, o percentual de liberdades caiu para a casa do 40%⁴³, mantendo-se abaixo de 50% desde então, percentual este superado por outras capitais onde o “Projeto” já deslançava.⁴⁴ Ainda quantitativamente, “entre os dias 24 de fevereiro, quando o

41 TJ-PR - HC: 12576717 PR 1257671-7 (Acórdão), Relator: Gamaliel Seme Scaff, Data de Julgamento: 09/04/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1568 20/05/2015.

42 <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,no-1-dia-de-audiencia-de-custodia-juizes-julgam-24-detidos-em-flagrante-na-capital,1638927#>

43 <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-prisoas,1655034>

44 <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-em-sp-mantem-mais-prisoas,1726719>

programa começou, e 31 de agosto [...]. Nesse período, foram realizadas 7.852 audiências de custódia na capital”.⁴⁵

Esse percentual é significativamente diferente daquele apresentado pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo:

Desde o início do projeto, já foram realizadas 5.442 audiências, com 6.149 réus. Cerca de 52% (ou 3.204) dos detidos tiveram a detenção em flagrante convertida em prisão preventiva. Outros 48% (2.945 pessoas) deixaram de ficar meses na cadeia quando podiam ser soltos para responder em liberdade. No mesmo período, não houve nenhum caso em que os juízes considerassem as prisões abusivas ou ilegais por parte da polícia.⁴⁶

O percentual médio de 50% é aquele reconhecido pelo CNJ⁴⁷ até o momento em que este trabalho foi finalizado, em outubro de 2015.

O que se pode acrescentar à polissemia numérica é que:

Embora 1.301 acusados de furto entre março e julho deste ano na cidade de São Paulo tenham recebido da Justiça o direito de aguardar o julgamento em liberdade, o número de furtos na capital não aumentou. Na verdade, nos quatro primeiros meses do projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no estado, o índice caiu 8,7%, comparado com o mesmo período no ano passado – de 104.485 furtos para 95.393, segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (SSP-SP).⁴⁸

Talvez aí uma pista do que realmente significará a audiência no confronto de um de seus grandes argumentos contrários, o do alegado aumento da impunidade.

45 <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/09/21/audiencia-de-custodia-revela-indicio-de-tortura-em-277-casos-de-prisoos.htm>

46 <http://www.ssp.sp.gov.br/Mobile/Presentation/View.aspx?id=35982>

47 http://www.conjur.com.br/2015-set-18/audiencias-custodia-libertaram-mil-presos-provisorios?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

48 <http://carlosportes.com.br/liberdades-provisorias-a-acusados-de-furto-nao-aumentam-tipo-de-crime-em-sp/>

ii. Há, de fato, a construção de um “caso cautelar” na audiência de custódia? A qualidade da audiência

Se falar quantitativamente já é difícil, mais ainda o é falar na qualidade da audiência. Fatores das mais variadas ordens comprometem essa análise, desde a estrutura material colocada à disposição até a efetiva atividade cognitiva que ali se desenvolve.

Note-se, por exemplo, a entusiasmada observação a respeito da operacionalização do Projeto no Rio de Janeiro:

Sobre o sistema, a ideia é que o delegado envie a ficha criminal do acusado no mesmo tempo em que a pessoa presa em flagrante está sendo encaminhada para a audiência de custódia. Assim, o juiz poderá verificar se o acusado tem antecedentes criminais antes de decidir se ele deve permanecer preso ou não.⁴⁹

Outra experiência destacada informa que:

Para colocar as audiências em prática, duas equipes de juízes, defensores e promotores estão atuando, no Fórum Lafayette. Eles analisam rapidamente o processo, e o defensor conversa com o preso. Foi criada uma carceragem no fórum para abrigar os detidos. Anteontem, havia 40 no local. Como não dormem no fórum, as equipes dão encaminhamento a todos eles. “A gente sabia que a média seria de 30 a 35 audiências por dia. Se vier um volume maior, teremos que pedir reforço”, contou a juíza Maria Luiza Pires. As equipes estão trabalhando no limite e ainda se adaptando ao novo modelo. Quando falta um servidor, já atrasa todo o processo. Foi o caso de anteontem, que a carceragem ficou cheia e as audiências ultrapassaram o horário em 30 minutos. Durante a semana, elas ocorrem das 8h às 18h; nos fins de semana, das 8h às 13h. Caso eles não deem conta no plantão, Maria Luiza explica que o jeito é decidir a situação do preso sem a audiência, como era feito antes. “As audiências de custódia existem por força de regulamentação, mas a lei não nos obriga a ouvi-los em até 24 horas”, explicou.⁵⁰

49 <http://www.conjur.com.br/2015-set-17/audiencia-custodia-rio-sistema-integrado-policia>

50 <http://www.otempo.com.br/cidades/decis%C3%A3o-sai-em-dez-minutos-1.1090359>

Naquela mesma comarca o tempo médio da audiência na experiência acima é de 10 minutos.⁵¹

Fato é que a audiência entra num momento da persecução penal no qual os intervenientes estão fartamente acostumados à escrita, e não à oralidade. Se já é notória a dificuldade de construir-se casos no processo de conhecimento diante de seu apego visceral ao modo inquisitivo de processo, mais ainda o é no âmbito cautelar.

Não por outra razão, desde o anteprojeto acadêmico que originou a atual normatização cautelar, não se mudou – sequer se cogitou – alterar uma vírgula no procedimento de apuração cautelar. Sobre isso remetemos o leitor a outro texto de nossa autoria onde o assunto é mais desenvolvido.⁵²

Se, pelo aspecto da determinação cautelar, modo de ser e o ambiente cautelar permanecem os mesmos, em São Paulo chamou a atenção que: “Desde seu início em fevereiro, as audiências de custódia em São Paulo permitiram o recolhimento de indícios de que ao menos 277 presos em flagrante sofreram tortura ou agressão praticadas por agentes de segurança. Policiais militares estão envolvidos em 79,4% dos casos.”

Acresça-se que:

Todas as declarações passaram por apuração interna da Justiça, que as confrontou com outras informações, como laudos de exame de corpo de delito. O objetivo era evitar que policiais fossem investigados por casos em que houve uso legítimo da força ou até automutilação praticada pelos presos. Quando os indícios de violência foram confirmados, a denúncia foi encaminhada à corregedoria do órgão que fez a prisão. Após essa apuração, o TJ-SP pediu que 220 casos envolvendo a Polícia Militar e outros 45 registros com a Polícia Civil fossem investigados. Também foram encaminhadas outras 12 ocorrências para a Corregedoria da Guarda Civil Metropolitana (GCM), vinculada

51 <http://www.otempo.com.br/cidades/decis%C3%A3o-sai-em-dez-minutos-1.1090359>

52 CHOUKR, Fauzi Hassan. As medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro: panorama dos três anos da Lei n.º 12.403/1. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/156575232/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12403-11>>.

à Prefeitura de São Paulo. Nenhuma dessas investigações foi concluída.⁵³

E não apenas em São Paulo:

As audiências de custódia recolheram, em 40 dias, 15 relatos de tortura ou agressão praticada por policiais contra presos em flagrante, na capital. A informação é do coordenador do Grupo Permanente de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM), desembargador Sabino Marques.⁵⁴

Não se pode cotejar esses dados com os do sistema empregado pelo CPP, pois simplesmente estes últimos não existem até onde a vista alcança. Pode-se, apenas, constatar que esse número de suspeitas concretas de violência policial não faz parte dos corredores forenses.

iv. “Se nada der errado vai dar tudo certo”: prolongamentos (indevidos) do conteúdo do controle judicial da detenção

Ainda é cedo para constatar as possíveis patologias práticas que o “Projeto” pode acarretar. Uma delas, no entanto, vale a pena pontuar: a do uso distorcido das declarações da pessoa presa. Não que os provimentos estaduais ou mesmo o PLS tenham descurado do tema. Ao contrário: pontuam especificamente a impossibilidade de usar esse depoimento como matéria cognitiva na análise do mérito.

Contudo, resta o inconfinável mundo da vida, no qual os contornos jurídicos escapam entre os dedos. E, nessa situação, pode perfeitamente escapar o argumento de que se trata de uma audiência efetivamente jurisdicional na qual, em determinado momento, a pessoa presa desejou espontaneamente falar sobre o mérito.

Gravada, como determinam os provimentos, mas isolada dos autos principais por igual sede normativa, como impedir que o acusador a use ou

53 <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/09/21/audiencia-de-custodia-revela-indicio-de-tortura-em-277-casos-de-prisoos.htm>

54 <http://www.oguiadacidade.com.br/portal/resultadostado.php?busca=535481>

mesmo que o magistrado – potencialmente o mesmo da análise do mérito ou, se tanto, não impedido de vir a sê-lo pela sistemática do CPP – venha a dela se valer será um dos grandes desafios práticos a ser enfrentado. Até para não transformar essa audiência numa produção antecipada de cognição do mérito.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A INFELIZ RESOLUÇÃO TJ/OE nº 29/2015 DO RIO DE JANEIRO

MARCELLUS POLASTRI LIMA*

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar o instituto chamado de audiência de custódia e sua regulamentação, especificamente trazendo a lume a regulamentação levada a efeito no Estado do Rio de Janeiro, mostrando suas imperfeições, contra as quais vêm se insurgindo membros do *parquet* fluminense, ressaltando-se, diga-se de passagem, que o Ministério Público não participou da Comissão de Estudos que resultou na redação da referida resolução, o que era aconselhável, já que é uma instituição, acima de tudo, *custos legis*.

Apesar de se centrar o estudo mais na resolução do Estado do Rio de Janeiro, como é inevitável, acaba-se por se fazerem comparações com outros Estados da Federação e digressões sobre a adoção da chamada audiência de custódia no Brasil, até porque o problema das imperfeições das

* Marcellus Polastri Lima é Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, professor da Graduação e do Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) (Direito Processual Penal e Recursos Excepcionais e Ações de Impugnação), pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na Georg-August Universität de Göttingen-Alemanha (até 2014), membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

regulamentações administrativas, por parte do Judiciário, vem sendo um problema crônico no país depois que o CNJ lançou a bandeira em prol da criação de projetos-piloto para a sua implantação nos Estados brasileiros.

Assim, depois de fazer um introito sobre a medida e sua adoção no Brasil, nos deteremos na resolução do Rio de Janeiro, apontando suas imperfeições, só deixando de trazer notícias sobre o impacto na prática, uma vez que a implementação das audiências de custódia naquele Estado da Federação só se deu a menos de um mês da elaboração deste estudo.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. A ORIGEM E SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

É sabido que a apresentação do preso provisório ao juiz, em ato que no Brasil se convencionou chamar de audiência de custódia, é prevista em vários tratados internacionais de direitos humanos, podendo ser elencados os seguintes:

1. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), art. 7.5, *verbis*:

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 [...].

2. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), art. 9.3:

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 [...].

3. Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), art. 5.3:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais [...].

Mas, entre nós, o que deve ser examinado, em vista da ratificação da Convenção Interamericana pelo Congresso Nacional, é o chamado Pacto de San José de Costa Rica, a CADH ou a CIDH, e a respectiva aplicação da chamada audiência de custódia no Brasil.¹

As previsões da CADH (ou CIDH) no Brasil geralmente demoram a ser implantadas ou regulamentadas pela lei federal, como foi o caso da impossibilidade de se processar a pessoa que não tivesse conhecimento da acusação (art. 366 do CPP), hipótese que só veio a ser regulamentada no CPP em 1996.

O mesmo está se dando com a apresentação do preso ao juiz, sendo que, na reforma acerca das cautelares pessoais em 2011, a questão acerca da implantação de uma “audiência de custódia” chegou a ser aventada, porém ao final não foi reconhecida no texto final da reforma, só se determinando ao juiz (na forma da Constituição Federal) que, ao receber o auto de flagrante da Polícia (que pode enviá-lo ao juiz até a 24ª hora da prisão), se manifeste pela decretação da prisão preventiva, liberdade provisória, eventual relaxamento de prisão ou mesmo substituição por medida alternativa (art. 319 CPP).

Portanto, o que se estabeleceu na reforma foi o envio dos autos **imediatamente** ao juiz, mas não a apresentação do preso **sem demora** (a chamada audiência de custódia), como preconiza a CADH, ou CIDH.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decisões a respeito da necessidade de apresentação sem demora do preso ao juiz, sendo que, por exemplo, em uma delas, julgou que a apresentação do preso, nos termos da Convenção,

é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal [...] o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente.

1 A Convenção foi adotada pelo Brasil pela promulgação do Decreto nº 40/1991.

Mas, o que se deve indagar é se a Convenção Internacional pode ser aplicada diretamente no Brasil ou se, primeiro, precisa ser regulamentada por lei federal.²

Como se sabe, o STF, anteriormente, já tinha decidido que, havendo conflito entre a lei e o tratado ou convenção internacional, o tratado ou convenção deveria se igualar ou até prevalecer sobre a lei, mas sempre rechaçava qualquer prevalência de tratados ou convenções internacionais sobre a Constituição Federal ou mesmo equiparação à norma.

Assim, consoante o STF, os tratados e convenções poderiam até ser equiparados à lei ordinária, mas sempre que não viessem a ferir a Constituição.

2 Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Equador. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 78 e: Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 01/02/2006, § 87; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 22/11/2005, § 221. “A ADEPOL adentrou com ADIN para ver reconhecida a inconstitucionalidade de resolução paulista que implantou a audiência de custódia em São Paulo. Porém o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, se manifestou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) questionando provimento que instituiu ‘audiência de custódia’ em São Paulo. A manifestação foi emitida pelo PGR no último dia 21. A ADEPOL sustentava que a audiência de custódia é uma inovação no ordenamento jurídico paulista, não prevista no Código de Processo Penal (CPP), e somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, já que o poder de legislar sobre a matéria é do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos delegados de polícia, cujas atribuições são determinadas pela Constituição (artigo 144, §§4º e 6º). Porém não foi concedida a liminar e o PGR, Rodrigo Janot, em sua manifestação afirma que a regulamentação da audiência de custódia pela resolução paulista de forma experimental não seria inconstitucional e só ‘objetiva permitir que a autoridade judicial não só analise de pronto a existência dos pressupostos de manutenção da prisão e de imposição de outras medidas cautelares, mas também permita o exame da existência de indícios de tortura ou abuso de poder na prisão dos cidadãos’. Completando: ‘Infelizmente, como se sabe, a despeito da maioria de policiais honestos e dedicados, ainda são numerosos e frequentes os episódios de tortura e abuso perpetrados por policiais contra cidadãos, sobretudo os de condição econômica vulnerável, como é notório e apontam entidades nacionais e internacionais de defesa de direitos fundamentais’.”

Com a Emenda Complementar nº 45, houve modificação no art. 5º, § 3º, da CF, e, agora, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ou seja, se aprovados pelo mesmo quórum, terão força constitucional.

Assim, a partir da emenda, os tratados e convenções internacionais que forem apenas ratificados pelo Brasil após a Reforma Judiciária (EC nº 45) terão somente força de lei ordinária ou mesmo poderão ter primazia sobre a lei ordinária, mas, para que tenha equiparação constitucional, se exigirá um *plus*, ou seja, um quórum idêntico àquele exigido para a reforma constitucional (Emenda Constitucional) na aprovação pelo Congresso Nacional.

A questão foi apreciada no julgamento ocorrido no dia 03.12.08 perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no HC 87.585-TO. A Corte, instada sobre o *status* da norma inserida em tratados internacionais referentes a direitos humanos ratificados pelo Brasil, por maioria, julgou que qualquer que seja a norma (proveniente de convenções e tratados internacionais) que verse sobre qualquer direito (até mesmo sobre direitos humanos), se tiverem sido aprovadas antes da Emenda Complementar 45, independentemente de que tenha havido aprovação com quórum qualificado no Congresso ou não, possuem somente *status* supralegal, não tendo assim valor constitucional, **só podendo o juiz aferir a convencionalidade de sobreposição sobre a lei em caso concreto a ser examinado**. Segundo o Pleno do STF, as normas de convenções ou tratados internacionais que versem sobre direitos humanos só teriam valor equiparado a norma constitucional se aprovadas ou ratificadas no Congresso Nacional com o quórum especial (**quórum qualificado**) de 3/5.

Como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi ratificada em 1991 (antes da EC 45) e sem quórum qualificado, a norma que estabelece a apresentação “sem demora” do preso ao juiz somente poderia ser considerada uma norma supralegal, nunca sendo equiparada a norma constitucional.

Destarte, o que é certo é que no Brasil o juiz, caso a caso, pode aferir a convencionalidade de uma lei federal em contraposição à norma da Convenção, ou seja, fazer com que se aplique, em detrimento do disposto em lei, norma do tratado ou convenção (e, como no caso, a que determina a apresentação sem demora do preso ao juiz). **Mas atente-se: caso a caso, ou em hipótese concreta.**

O que se deve indagar, ainda, é se, prevendo o Pacto Internacional de San José da Costa Rica a apresentação do preso **sem demora** ao juiz e, uma vez ratificado esse pacto pelo Brasil, o mesmo já teria uma aplicação direta ou se necessitaria de uma lei federal para regulamentá-lo. De outra parte, indagar, outrossim, se já se poderia adiantar sua aplicação direta, administrativamente, mediante resoluções do Judiciário, como se está fazendo no Brasil.

Como é sabido, procurando fazer uma “experiência” de implantação da audiência de custódia no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça lançaram um plano-piloto, o projeto “Audiência de Custódia”, advindo daí a Resolução do TJ/SP visando, de forma experimental, que os presos em flagrante fossem apresentados ao juiz no prazo de 24 horas.

A “experiência” já foi seguida por outros Estados no Brasil e, agora, está em processo de implantação no Rio de Janeiro.

É muito questionável essa experiência feita por portarias, provimentos ou resoluções do Judiciário, pois tudo deveria ser feito por lei federal, como já alertou Lenio Streck:

[...] pode-se dizer que a disciplina do CNJ a partir daí foi “além das suas sandálias”, *que misturou alhos com bugalhos e que, a pretexto de dar consequência a uma garantia, acabou invadindo competência legislativa, ao dar nova rotina às prisões em flagrante, criando uma espécie de “etapa” para a sua conversão em preventiva*. E, neste caso, dando até mesmo um tratamento desarmônico nessa coisa de subverter a “garantia de ser ouvido ao final” (pelo visto, se o legislador tivesse adaptado o CPP à Convenção, esse dispositivo não teria sido aprovado...). De todo modo, insisto, trata-se de uma questão que deveria ser debatida no plano da

legislação e de uma alteração do CPP, adaptando o direito processual penal à norma da Convenção (uma vez respondida a questão dos limites desta em relação a Constituição). Cabe à legislação fazer isso [...]. Embora a AC seja uma medida bem-vinda em face da realidade de descumprimentos da própria Constituição – *uma vez que a “comunicação imediata” já de há muito deveria ter resolvido o imbróglgio – isso não quer dizer que o judiciário, mormente por via administrativa, possa vir a fazer a regulamentação, mesmo que para “acatar” um dispositivo de uma Convenção. Quem deve fazer essa adaptação é o parlamento, com sanção ou veto do poder executivo [...]* (grifo nosso).³

É que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria e ainda mais o fazendo por via administrativa (já que a audiência de custódia no Brasil vem sendo criada por iniciativa administrativa do Poder Judiciário e não sendo interpretada por uma atividade jurisdicional, como deve ser no controle de convencionalidade). Este é, assim, um problema de ordem constitucional-formal.

É preciso atentar ainda que, na verdade, a **Constituição Federal exige somente uma comunicação imediata** (art. 5º LXII) da prisão, o que já foi, inclusive, regulamentado pela Lei Federal em 2011, e **a Convenção vai muito mais longe, pois diz ser necessária a apresentação do próprio preso ao juiz**.

Assim, a Convenção Internacional dispõe de uma outra forma do que reza a Constituição e, portanto, não pode ser aplicada diretamente, pois aqui não se tem uma convenção se sobrepondo à lei, mas sim se sobrepondo à própria Constituição. Ora, é a Constituição que agora passaria a ser lida em conformidade a uma norma supralegal? Ou o correto seria o inverso?

Evidente que deveria ser o inverso. A se defender que a norma da convenção internacional se aplicaria diretamente sem necessidade de uma

3 STRECK, Lenio. Desde 1992, a falta de audiência de custódia pode anular condenações? *Conjur*, 23 jul. 2015. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

lei federal, seria forçoso se reconhecer que aquela estaria em vigor desde a ratificação da mesma pelo Congresso em 1991 e, assim, todas as prisões provisórias no Brasil desde aquela época (1992) seriam ilegais e sujeitas à anulação, o que seria absurdo.

Aliás, isso também foi notado prontamente por Lenio Streck:

[...] reconhecida a necessidade de implantação da AC, *como se dará a modulação dos efeitos dessa providência?* Soltemos todo mundo? Apresentemos todos os presos imediatamente aos respectivos Juizados, para “esquentarmos” as prisões? Consideremos o passado como “mera irregularidade”? [...] É claro que não é assim, a machadadas, que se trata desse tipo de coisa. Ou seja: se a Convenção vale – como norma supralegal – em Pindorama desde 1992 e só agora será cumprida, não seria bom fazer uma lei regulamentando a AC, inclusive com modulação de efeitos, para evitar uma enxurrada de ações exigindo anulação de todas as ações penais em que a Convenção não foi cumprida? Ou indenizações? Não esqueçamos que os EUA pensavam que uma nulidade decorrente de inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, até que veio a primeira anulação de uma lei... penal. Aí se deram conta de que, nestes casos, tinham que dar efeito *ex nunc*. As razões eram óbvias. Por aqui o CNJ pensou nisso? Já que estão pensando em análise econômica, indenizações poderiam/poderão ser um tiro no pé da Viúva.⁴

Por todos esses motivos é que se vê que se faz necessária a aprovação de uma lei para que se legitime e se regule a medida. Só com ela teríamos uma efetiva implantação de uma audiência de custódia, o que não se dá diretamente em vista da ratificação da convenção internacional, ou apenas sendo regulada administrativamente por resoluções do Judiciário. Em caso de uma mudança de lei processual penal, aí sim teríamos a implantação efetiva a nível nacional da audiência de custódia e com a lei teríamos o efeito *ex nunc* (*tempus regit actum*).

4 STRECK, artigo citado.

Na verdade, assim, a normatização da audiência de custódia no Brasil deve ser feita **pela lei federal**, sobretudo fixando-se um prazo que seja razoável como significante da expressão “sem demora” e se estabelecendo normas de procedimento, pois se é verdade que, supletivamente, o Estado-Membro pode até fazer regulamentações que se traduzem em experiências temporárias, certas normas de validade geral e nacional têm que constar de lei federal, sob pena de se incidir em uma inconstitucionalidade formal e se dar um conflito com o CPP e, assim, ser passível de impugnação.

Pretender aplicar direto um termo vago da convenção (o “sem demora”) fixando-se prazos por resolução e ainda de forma diferente em cada local ou Estado do país, com regras diversas, de modo a se obrigarem autoridades policiais e do Ministério Público e mesmo do Judiciário a cumprirem tais normas, sem uma lei federal que faça a regulamentação, é a meu ver temerário e poderia incidir em vício de forma, já que é prevista a lei ordinária para tal fim na própria Constituição Federal (art. 22). Ademais, outras regras, como o processamento da “audiência”, seu registro e consequências do mesmo, se forem disciplinadas somente em resoluções administrativas, irão trazer vício de forma quando houver a confrontação disforme com a Constituição e o Código de Processo Penal (os dois diplomas dispõem de outra maneira a respeito).

Além de tudo, há de se considerar o risco, diante da falta de gestão adequada, que acabaria por implicar um não cumprimento da futura norma, que ficaria só na lei (a tal da “lei que não pega”, como dito no popular). Pois, faltando estrutura, não se efetiva a lei.

3. A Malfadada Resolução do Estado do Rio de Janeiro

Grande parte dos Estados do Brasil tem aproveitado varas criminais ou órgãos já previstos na organização judiciária e com competência para atuar em flagrantes criminais para se determinar que ali se realize a chamada audiência de custódia, como se dá em São Paulo, que aproveitou a estrutura do DIPO, só aumentando o número efetivo de juízes ali lotados, sendo que os juízes lotados no DIPO já seriam **competentes** para atuar

em flagrantes e, assim, se bem que de maneira duvidosa, já existiria em São Paulo a obediência ao princípio constitucional do “juiz natural”.

Mas, na resolução do Rio de Janeiro, apenas se prevê uma “designação de juízes” (art. 9º) e ainda temporariamente (§ 2º), em um órgão que a resolução chama de Central de Audiências de Custódia (CEAC) (art. 3º), sendo que a tal CEAC não é prevista na Lei de Organização Judiciária ou no Código de Normas da Corregedoria de Justiça. Ao contrário, a Organização Judiciária do Rio de Janeiro já dispõe sobre a competência dos juízes na área criminal e em nenhum momento traz uma competência exclusiva (ou atribuição) para funcionar em flagrantes ou inquéritos policiais. **Assim, existe um vício formal evidente na resolução do TJ/RJ, ou seja, a afronta ao princípio do juiz natural, e, nesse ponto, poderá ser impugnada.**

Além disso, a resolução, no artigo 6º, estranhamente dispõe que:

Art. 6º - Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando-se, em seguida, **o MP e defesa, se presentes ao ato** (grifo nosso).

Ora, pelo exame do dispositivo, vê-se que tanto a defesa como o próprio Ministério Público não precisariam estar presentes ao ato de audiência de custódia, pois só se manifestariam na audiência “se presentes ao ato”.

Retoma assim, a resolução do Rio de Janeiro, o sistema inquisitivo do medievo, pois, pela letra da mesma, o juiz poderá realizar a audiência sem presença das partes, só ele e o preso, agindo, portanto, de ofício ao decretar uma medida cautelar, como se isso fosse possível em vista da Constituição e do próprio Código de Processo Penal.

Afronta a Constituição ao ferir o princípio acusatório insculpido no art. 129, I, sabido que, constitucionalmente, a promoção da ação penal é privativa do Ministério Público. Pode ser alegado que, quando da “audiência de custódia”, não se tem ainda processo, mas, na verdade, o que ocorre é que **nessa audiência será decretada uma medida cautelar**, seja uma prisão, uma liberdade provisória ou uma medida alternativa à prisão preventiva, **e o juiz não pode fazer isso, conforme, aliás, reza o art. 282,**

§ 2º, do CPP. Ademais, o juiz não pode sair de sua imparcialidade, agindo de ofício e procedendo de forma inquisitória.

Diga-se o mesmo da falta de defesa. Como agir em uma audiência sem o defensor do preso?

E uma vez decretada uma medida cautelar, não caberia recurso ou ação de impugnação? As partes nem estariam ali para exercer o direito de impugnar.

O defeito já foi detectado por Gustavo Badaró, um dos maiores defensores da “audiência de custódia” no Brasil, mas que logo apontou o desvio da resolução do Rio de Janeiro, *verbis*:

[...] é criticável a previsão de facultatividade da presença do Ministério Público e do defensor na audiência de custódia [...] invocando o posicionamento da CADH, a presença do Ministério Público e do defensor é obrigatória em tal ato. A presença do defensor é fundamental para fazer respeitar os direitos do preso, por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência. Além disso, possibilitará que argumentos estritamente jurídicos sobre a legalidade da prisão e mesmo sobre a necessidade e adequação de sua manutenção, substituição e revogação, possam ser expostos em paridade de armas com o Ministério Público [...] o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bífrente: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar. Por outro lado, a presença do Ministério Público, tratando-se de ato jurisdicional, ainda que praticado na fase de investigação, também será obrigatória. Mais do que isso, com a presença do Promotor de Justiça, será possível efetivar a regra do artigo 282, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, que não permite que o juiz decrete, ex officio, medidas cautelares na fase de investigação. Logo,

se o Ministério Público não estiver presente na audiência de custódia, e não houver requerimento de que a prisão em flagrante seja “convertida” em alguma medida cautelar, nos termos do artigo 310, caput, do mesmo código, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, por falta de requerimento do Ministério Público. A audiência de custódia converte-se em ato essencial para completar o ato complexo e de duração continuada que se transformou a prisão em flagrante. Sem a presença de defensor e do Ministério Público, a prisão em flagrante não poderá ser convertida em qualquer medida, devendo ser considerada ilegal e relaxada a prisão [...].⁵

Além do mais, a resolução do Rio de Janeiro, também de forma lacônica, não define o que seria o “sem demora” ou qual o prazo de apresentação do preso, dispondo o seu artigo 2º, caput, que:

Art. 2º - Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, **sem demora**, ao juiz competente, a fim de realizar-se audiência de custódia.

Ora, se o primeiro ponto a ser fixado nas resoluções estaduais é exatamente esse, no Rio de Janeiro o Tribunal de Justiça e o seu Órgão Especial ao menos se preocuparam com o óbvio, fixar o prazo em que o preso deveria ser apresentado. Assim, se um juiz entender que o prazo seria de dez dias, poderia exigir que a audiência se realizasse nesse prazo, ou se outro magistrado, de forma mais restritiva, entender ser o prazo de oito horas, também estaria atendendo a resolução.

O defeito também foi notado por Gustavo Badaró:

[...] o artigo 2º, caput, limita-se a estabelecer que o preso será apresentado “sem demora”, ao juiz. De todos os tribunais que disciplinaram em atos normativos internos a Audiência de Custódia, o Rio de Janeiro foi o único que não adotou um prazo cronologicamente definido, limitando-se

5 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *Conjur*, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 9 set. 2015.

a repetir os termos do artigo 7.5 da CADH. Toda e qualquer prisão cautelar deve estar sujeita ao princípio da legalidade, e a utilização de uma expressão sem contornos precisos aumenta a discricionariedade, o que se mostra uma opção criticável.⁶

Mas o maior defeito da resolução do TJ/RJ (e esse é intransponível!) é a previsão existente no parágrafo único do seu art. 6º, *verbis*:

Parágrafo único - As declarações do preso colhidas, preferencialmente, por meio digital, **serão lacradas e mantidas em separado** (grifo nosso).

A disposição afronta o CPP e é inconstitucional, na medida em que faz entender que ficarão “em segredo ou não acessíveis” as declarações, seja para o Ministério Público, seja para a defesa.

De uma só vez afronta o art. 129, I e VI, da CF, pois retira o poder de promoção e tomada de providências do *parquet* em controle externo de atividade policial, em caso de haver abuso de autoridade, tortura, atos passíveis de instauração de procedimento investigatório ou mesmo denúncia contra coautores (pode haver delação, chamada de *corrêu* etc.), e o art. 40 do CPP, no qual se estabelece encaminhamento ao Ministério Público de notícia de crime, e, ainda mais, fere mortalmente o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois impede que o *parquet* tome conhecimento de fato que possa se constituir em crime, de forma que obsta a imediata promoção pelo órgão que privativamente deve agir.

Trata-se, assim, de norma totalmente afrontosa à lei e à CF e, portanto, também passível de impugnação.

Tal previsão não tem identidade com outras resoluções do país, como se pode ver, por exemplo, no provimento paulista, que dispõe nos parágrafos 4º, 5º e 6º do art. 6º que:

§4º - A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que conterà o inteiro teor da

6 Obra citada.

decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.

§5º - A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.

§6º - As partes dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.

Como argumenta Lenio Streck⁷, tal audiência de custódia se trata de uma “audiência” com a presença das partes, sendo que nessa poderá haver notícia de crime, até porque será realizado exame pericial, e o acusado, mesmo tendo direito ao silêncio, pode narrar prática de crimes por outrem.

Assim, é imperioso que fique o ato registrado nos autos de flagrante, e, uma vez juntado, deve se dar obediência à Súmula 14, ou seja, o acesso aos autos para a defesa. Quanto ao Ministério Público, é de uma clareza solar que não pode lhe ser subtraído o teor do ato.

Integrante da comissão que elaborou a resolução carioca, em resposta a uma minha objeção, argumentou que o “lacramento” evitaria a “contaminação” do juiz do processo pelas declarações do preso. Porém, ao contrário, não se pode tirar da apreciação do juiz do processo uma declaração que é produzida em audiência jurisdicionalizada, mesmo que em fase de investigação. A Itália tentou retirar a vista dos elementos de investigação do futuro juiz do processo quando de sua reforma processual penal, eliminando-se dos autos que formariam o processo penal as peças de investigação preliminar (*indagine preliminari*), para não “contaminar o juiz”⁸, mas na própria Itália leis posteriores mudaram esse sistema, ante a falência na luta contra o crime.

7 “[...] devemos tentar ler isso sob a sua melhor luz. Se for para considerar a Audiência de Custódia uma garantia, deve-se dar a ela um tratamento harmônico com as demais garantias consagradas às pessoas sob esta condição (presas). **Não se pode, por exemplo, reduzir a coisa ao ponto de simplesmente levar o sujeito à presença do juiz, sem que possa dizer nada ou sem que o juiz deva perguntar coisas a ele.** [...]” (obra citada supra, grifo nosso).

8 FERRAJOLI, Luigi. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: Cedam, 1997. p. 568. GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código-modelo penal para a Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 227.

Aliás, os legisladores da reforma processual brasileira de 2008 não adotaram a novidade, pois, apesar de proposta inicial naquele sentido, foi aprovada emenda ao art. 155 do CPP, que dizia que não poderia ser considerado o constante em inquérito ou investigação policial em decisão futura no processo, e com a emenda ficou constando do artigo 155, inserido pela Lei 11.690/06, de 2008, a expressão “exclusivamente”⁹, o que deixa transparecer que tais elementos (os inquisitoriais) ainda podem ser examinados e utilizados em fundamentação de decisões, desde que não exclusivamente, ou seja, se ratificados por outras instâncias judiciais, justamente para que não ficasse o juiz impedido de se utilizar de elementos inquisitoriais quando ratificados por provas colhidas mediante o contraditório.

Neste sentido Audrey Borges de Mendonça:

A restrição constante é que o magistrado considere **exclusivamente** os referidos elementos. A *contrario sensu*, é possível que sejam reputados na sentença condenatória elementos produzidos durante o inquérito policial, desde que apenas como reforço às provas produzidas em juízo. Dito de outra forma: o juiz pode levar em conta as provas produzidas no inquérito desde que conjuntamente com provas produzidas em **contraditório judicial**.¹⁰

E pergunta-se, uma simples resolução de um Estado-Membro poderia dispor diferente da legislação ordinária? Evidente que não!

A propósito, bem alertou Lenio Streck:

Alguns preconizam que esse depoimento não seja valorado como prova, ou que o juiz que o colheu fique impedido de julgar (problema: em uma análise econômica – que não é minha, é claro – isso gerará mais despesas...). Ok, mas como e por que, no sistema que temos? Seria incompreensível a não valoração. Vejamos: *Primeiro*, se nem o juiz

9 “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

10 MENDONÇA, Audrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 155.

que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP), não é possível que se crie administrativamente um impedimento para o juiz que fez essa audiência, que, no mínimo, nada teria de ilegal. Senão, imaginem o paradoxo: o juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas o juiz que ouviu o réu em audiência, na presença de defensor, fica impedido. *Segundo*, não há fundamento para declarar essa prova inadmissível. Se entendermos que o ato é realizado por imposição convencional (ou seja, com fundamento jurídico), a prova não tem nenhum vício processual. Qualquer provimento administrativo que diga o contrário é inconstitucional na medida em que, quando menos, interfere em questão jurisdicional, de interpretação da lei processual.¹¹

Assim, não se pode impedir que o depoimento do agente não seja valorado como prova, ou que o juiz que o colheu fique impedido de julgar, já que nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP) e não é possível se criar administrativamente um impedimento para o juiz.

E completamos que, por coerência, nem uma futura lei pode fazê-lo, pois, caso contrário, teríamos o absurdo de que um juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas aquele juiz que ouviu o réu em audiência (a de custódia), na presença de defensor, ficaria impedido.

IV. CONCLUSÃO

A apresentação do preso provisório em juízo “sem demora” é medida que deverá ser regulamentada no Brasil, já que prevista em pacto internacional ratificado pelo Congresso brasileiro. Porém, tal regulamentação deve ser feita por lei federal, não podendo ser regulamentada por normas administrativas do Judiciário, até porque a Constituição Federal só determi-

11 STRECK, artigo citado.

na que **os autos sejam encaminhados ao juiz imediatamente**, o que a lei ordinária já regulamenta nos arts. 306 e seguintes do CPP. Assim, **resolução que regulamenta situação diversa, que é a apresentação da pessoa presa “sem demora”, está modificando a lei e adentrando em tema que não foi disciplinado na CF. Haveria, desse modo, um vício formal-constitucional.**

Isso não quer dizer que não se possa fazer projetos-piloto ou experiências enquanto não vem a lei federal, mas há de se ter o cuidado para que tais experiências se tornem regulamentação definitiva, e se ter o mínimo de coerência e uniformidade, sendo que o que está ocorrendo no Brasil é uma regulamentação disforme e contraditória, em verdadeiro ativismo judicial-administrativo.

Exemplo claro disso é a resolução do Estado do Rio de Janeiro que trata da matéria, pois somente repete os termos da convenção, não estipulando qualquer prazo para apresentação do preso e, ainda, faz entender a desnecessidade da presença do Ministério Público e da defesa ao auto.

Além desses claros defeitos, afronta o princípio do juiz natural, já que o órgão para o qual se dá a apresentação do preso não é previsto em lei estadual, ou seja, o juiz da audiência de custódia fixado pela resolução é um juiz meramente designado, a sabor de discricionariedade da Presidência do Tribunal, em clara afronta ao princípio do juiz natural, que é constitucional.

E, ainda, na resolução do TJ/RJ, existe uma inconstitucional previsão de sigilo do ato, ou seja, o seu “lacramento”, com o que afronta o art. 129, I e VI, da CF, pois retira o poder de promoção e tomada de providências do *parquet* em controle externo de atividade policial, em caso de haver abuso de autoridade, tortura, atos passíveis de instauração de procedimento investigatório ou mesmo denúncia contra coautores (pode haver delação, chamada de *corrêu* etc.) e, ainda, macula o art. 40 do CPP, no qual se estabelece encaminhamento ao Ministério Público de notícia de crime.

Ora, é evidente ser necessário que o ato fique registrado nos autos de flagrante, e, uma vez juntado, deve se dar obediência à Súmula Vinculante 14 do STF, ou seja, o acesso aos autos para a defesa. Quanto ao Ministério Público, é de uma clareza solar que não pode lhe ser subtraído o teor do ato.

Destarte, a resolução do Rio de Janeiro é totalmente infeliz, sendo, sem dúvida, a pior previsão feita pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Brasil.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *Conjur*, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 9 set. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: Cedam, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código-modelo penal para a Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STRECK, Lenio. Desde 1992, a falta de audiência de custódia pode anular condenações? *Conjur*, 23 jul. 2015. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E ILEGALISMO: reflexões iniciais sobre as práticas em Maringá (PR)

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA*

I. INTRODUÇÃO

A audiência de custódia (AC) tem sido saudada como importante instrumento de efetivação de direitos humanos. De um lado, exige a rápida apresentação do preso à autoridade judiciária, não apenas para que seja decidida a (não) manutenção da prisão, mas também para assegurar sua integridade física.

Além disso, os argumentos favoráveis a sua implantação geralmente levam em conta importante economia de custos com as estruturas carcerárias.

No Paraná, a tônica do discurso otimista em relação às possibilidades do procedimento não difere do resto do país. Não apenas. Revigora o reformismo típico do *continuum* punitivo, a endossar a lógica do cárcere para os casos “necessários”.

* Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ensino Superior de Maringá (Unicesumar). Professor de Direito Penal e de Criminologia da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor da Especialização de Direito Penal e Processo Penal da UEM, Unisinos, UniRitter, UniLondrina e Instituto Paranaense de Educação. E-mail: gustavonoronhadeavila@gmail.com.

Não estará presente em nossas análises a (des)legitimação do poder punitivo, objeto de investigações anteriores, às quais reportamos o leitor.¹ Examinaremos qual é o papel da audiência de custódia no contexto brasileiro e, especialmente, o quanto ela tem sido saudada com entusiasmo semelhante ao de medidas despenalizadoras, como a expansão das penas restritivas de direitos, o surgimento dos Juizados Especiais Criminais e a “reforma” das prisões cautelares.

Nestas breves linhas, pretendemos atualizar o leitor acerca do estado atual da audiência de custódia em terras paranaenses e sua relação com os reformismos. Ainda que incipiente em termos de possibilidades de análises empíricas², é necessário entendermos a discursividade a sustentar sua aplicação. Perceberemos, notadamente com Foucault, a ausência material em termos de novidades. Estamos tentando “punir melhor”, e é justamente essa (eterna) promessa de eficiência o combustível dos punitivismos atuais.

É ao que nos propomos a seguir.

2. IMPLEMENTAÇÃO E EXPANSÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO PARANÁ

Especialmente a partir do ano de 2015, percebemos renovado interesse no instituto da audiência de custódia.³ No Paraná, o quadro não foi diferente. Em abril daquele ano, em decisão inédita, foi reconhecida a necessidade de realização da audiência de custódia pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.⁴

1 Cf. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013; GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

2 CNJ Acadêmico esteve com Edital de Pesquisa aberto, em 2015, para realizar diagnóstico acerca da aplicação do instituto em nosso país: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/628060480f0b39c4a3fd91124faf564b.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

3 Sobre aspectos históricos e as (in)compatibilidades do instituto com nosso ordenamento, recomendamos: ANDRADE, Mauro Fonseca. A audiência de custódia e as consequências da sua não realização. *Páginas de Processo Penal*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

4 Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%-C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Tratou-se de um caso no qual o juiz singular converteu a prisão em flagrante em preventiva, sem realização de audiência de custódia, o que redundou em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública.

Oficialmente, a implantação do projeto “Audiência de Custódia”, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi feita ao final de julho de 2015.⁵ Houve grande entusiasmo durante o evento de assinatura da adesão do Paraná ao projeto, especialmente em função da economia estimada de R\$ 75 milhões por ano.

No Estado, apenas em 2015, 25 mil pessoas foram presas até a metade do ano. Dessa forma, a projeção de economia leva em conta o custo anual estimado em R\$ 3 mil por preso, como também a redução entre 40 e 50% no número de presos provisórios, alcançada pelos Estados que implementaram a audiência de custódia.⁶ Nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski: “Se conseguirmos, com as audiências de custódia, colocar em liberdade provisória mediante condições aqueles que não oferecem risco à sociedade, haverá economia de R\$ 75 milhões, o que não é desprezível”.⁷

Na segunda maior cidade do Estado, Londrina, as audiências de custódia passaram a ser implementadas a partir do dia 30 de setembro daquele ano.⁸ De acordo com o presidente da seccional da OAB, Artur Piancastelli: “Houve uma união fantástica de todas as categorias integrantes da Justiça em torno desta ideia”.⁹ Durante o evento de lançamento, novamente, a esperança na possível economia de recursos e, ainda, na redução da população carcerária.¹⁰

Com semelhante entusiasmo, as audiências de custódia foram implementadas, ao final de outubro, na Seção Judiciária Federal de Foz do Iguaçu¹¹ e, em 9 de novembro, na comarca de Cascavel.¹²

5 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80037-parana-podera-economizar-r-75-milhoes-ao-ano-com-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

6 Ibidem.

7 Ibidem.

8 Disponível em: <<http://www.oabpr.com.br/Noticias.aspx?id=22016>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/noticias/2015/outubro/foz-do-iguacu-pr-recebe-a-pri-meira-audiencia-de-custodia-da-justica-federal-da-4a-regiao>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

12 Disponível em: <<http://www2.oabpr.org.br/Noticias.aspx?id=22212>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Introduzida como política judiciária do CNJ, com foco especial no desencarceramento e com economia de até 10 bilhões de reais anualmente¹³, a audiência de custódia deve chegar à maior parte das comarcas paranaenses até 2016. Por outro lado, é necessário olharmos para as potencialidades do instituto, compararmos com o passado e analisarmos a (séria) possibilidade de trabalharmos com mais um isomorfismo foucaultiano.¹⁴

3. O INÍCIO DE EXPERIÊNCIA EM MARINGÁ¹⁵

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁶, de 09 de setembro de 2015, que determinou a todos os tribunais que promovessem a implantação da audiência de custódia no prazo de 90 dias, muitas dúvidas surgiram a respeito da forma com a qual essa implantação deveria ocorrer, e o que deveria ser feito para aquinhoar as deficiências estruturais de cada localidade (cada qual com sua particularidade).

Ao tempo em que se reconhece o desejo de maiores garantias quando da criação da audiência de custódia, implicando nova tentativa de resposta ao encarceramento, sobrelevam preocupações locais que buscam tornar possível a aplicação do mencionado instituto.

Ressalta-se, nesta ordem de ideias, que a referida preocupação encontra fundamento, inclusive, no propósito de se evitar que a falta de estrutura para realização do ato complexo não acabe por gerar, na prática, maior tempo de prisão às pessoas que teriam direito à liberdade provisória caso o flagrante fosse analisado imediatamente pelo juiz (mesmo que após

13 Disponível em: <<http://www.esmafe.com.br/blog/audiencia-de-custodia-alia-mudanca-cultural-e-economia-diz-presidente-cnj/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

14 Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2010.

15 Dado curto espaço de tempo entre este relato de experiência e a implementação das audiências de custódia em Maringá (efetivadas em 18 de novembro de 2015), optou-se por utilizar a técnica de entrevista com o juiz estadual Rafael Altoé.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento Fundamental n. 347/DF*. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicação em setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28audi%Eancia+de+cust%F3dia+90+dias%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/pk5bnbq>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

a manifestação do Ministério Público), mas antes da realização da aludida audiência de custódia, que demanda a presença de advogado, representante do Ministério Público, realização de escolta e outros atos. Esse questionamento refere-se, de forma mais proeminente, aos locais cujo déficit estrutural é ainda maior, e principalmente para prisões ocorridas aos finais de semana e feriados.

É evidente que a preocupação em questão não deve ser generalizada e muito menos utilizada como justificativa para a não implantação do ato. Em respeito ao precedente criado, e tratando-se de ordem emanada do Supremo Tribunal Federal, entende-se que o mérito de tal discussão foge ao campo da pura discricionariedade dos tribunais. Por outro lado, também é evidente que o cenário ideal proposto pela norma abstrata, tal qual ocorre com inúmeros outros pontos da questão carcerária nacional (v.g. a falta de estruturação da execução penal), se depara com os óbices de natureza fática, exigindo-se adaptações que, ao menos, impulsionem a tentativa de implantação da medida.

Dentre as diversas propostas feitas para o início da implantação, ainda que em caráter provisório (até que a estrutura se adeque ao cenário ideal), pode-se citar o modelo adotado em algumas cidades do Paraná.

Durante as semanas, como expediente ordinário, a audiência de custódia é realizada normalmente, contando com um espaço próprio no fórum, e com a escala de juízes e promotores para atuarem no ato, além de ser mais fácil e rápida a localização de advogados para realizar o ato de forma dativa (dada a falta de Defensoria Pública em quase todo o Estado do Paraná). Soma-se a isso a possibilidade diária de efetivação das escoltas, sem maiores dificuldades.

No entanto, aos finais de semana e feriados o problema do tempo surge, e com ele sobressaem algumas questões. A audiência de custódia, como visto, exige múltiplos aspectos: a realização de escolta (e número de policiais e viaturas suficientes), a presença do magistrado, do Ministério Público e de um advogado (na maioria das vezes que aceite fazer o trabalho gratuitamente ante o número de presos que não possuem condições de contratar um profissional). O aludido conjunto, naturalmente, não se

obtem de maneira imediata, ao menos até que a sistemática ganhe maior maturação e esses problemas práticos venham a ser contornados, o que somente o tempo dirá se realmente é possível de ocorrer.

Ante o déficit estrutural já apontado, haveria o risco, por exemplo, de que uma pessoa que fosse presa em flagrante no sábado tivesse que aguardar, por hipótese, até dois dias para ter seu flagrante analisado na audiência de custódia, situação que lhe seria bastante prejudicial caso o seu flagrante fosse imediatamente analisado e já se decidisse de plano, por exemplo, pela liberdade provisória (em especial pelos sistemas virtuais hoje disponíveis), como atualmente ocorre.

Veja-se que na hipótese específica mencionada o instituto da audiência de custódia poderia refletir em prejuízo ao próprio flagranteado, o que certamente não representa a intenção que motivou a criação do artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).¹⁷

Nesse contexto, valendo-se de uma possível ponderação entre os riscos, sugeriu-se a adoção da seguinte sistemática: no curso do plantão judiciário em finais de semana e feriados, permite-se que o flagrante seja analisado de plano pelo magistrado de plantão, contando com a manifestação do Ministério Público, decidindo-se, desde já, pela existência ou não de motivos para o relaxamento do flagrante e, em ato sequencial, caso o flagrante seja idôneo, pela concessão ou não da liberdade provisória. A medida é salutar porque permite que a liberdade provisória seja decidida, se for o caso, sem que se tenha o risco de aguardar pelo tempo que a audiência de custódia exigiria nesses pontuais períodos.

Veja-se que, caso o flagrante tenha vício formal manifesto (hipótese de relaxamento) ou seja possível a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, a opção proposta garantiria a liberdade ao preso já no mesmo dia, de forma bastante célere, evitando-se que o custodiado arcas-

17 Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal [...] 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.

se com o peso de ter de aguardar recolhido à audiência de custódia, que possivelmente, pelas dificuldades estruturais, encontraria possibilidade de realização apenas no dia útil sequencial.

Após essa decisão, que já valorou os aspectos formais do flagrante e eventualmente o direito à liberdade provisória, aguarda-se pelo dia útil seguinte, e o magistrado responsável pela escala da audiência de custódia, em cumprimento à decisão da suprema corte, pauta o respectivo ato, desde que tenha ocorrido a decretação da prisão preventiva no curso do plantão judiciário. Na mencionada audiência, permite-se a reapreciação da decisão proferida pelo magistrado de plantão no final de semana ou feriado, o que se mostra possível à luz da superveniência de novos elementos que somente a audiência de custódia poderá indicar.

Nota-se que a medida proposta pode ser encarada como benéfica por múltiplas perspectivas. Em primeiro lugar ameniza as dificuldades estruturais que existem para realização do ato complexo aos finais de semana e feriados. Em segundo lugar, permite que o preso em flagrante não arque com o ônus do tempo demandado para pautar a audiência durante finais de semanas e feriados, garantindo que ao menos ocorra a apreciação dos aspectos formais do flagrante ou eventualmente a possibilidade de ter a liberdade provisória deferida, sem prejuízo de ter a audiência de custódia realizada no primeiro dia útil seguinte caso tenha prisão decretada no curso do plantão judiciário. Em terceiro lugar, permite maior racionalização das próprias escalas de trabalho de todos os agentes envolvidos (magistrados, membros do Ministério Público, advogados, policiais e serventuários da justiça).

Enfim, a situação prisional passaria por dupla análise: a primeira delas no curso do plantão judiciário pelo crivo do magistrado plantonista, decidindo-se pelo relaxamento ou não do flagrante, bem como pela concessão ou não da liberdade provisória. Após isso, no dia útil imediatamente subsequente, ocorre a apresentação do aludido preso a outro magistrado, responsável pela escala da audiência de custódia, desde que não tenha havido o relaxamento do flagrante e tenha sido operada a conversão em prisão preventiva, ocasião em que se decidirá pela manutenção ou não

do decreto de prisão preventiva, além de avaliados todos os elementos de praxe da audiência de custódia.

Essa medida, como se vê, ao mesmo tempo em que evita que se repasse ao preso o ônus do tempo para realização da audiência de custódia em finais de semana e feriados (por conta das dificuldades estruturais), permite que o projeto da audiência de custódia seja implantado de forma razoável, reconhecendo as limitações fáticas que a norma abstrata não consegue antever, além de melhor racionalizar o próprio trabalho de todos os atores envolvidos.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E ISOMORFISMO: ENTENDENDO AS MODULAÇÕES DO *CONTINUUM PUNITIVO*

Em *Vigiar e punir*, Michel Foucault analisa a passagem dos suplícios medievais para as, à época, novas tecnologias punitivas. Estamos falando especialmente da prisão, cujo objetivo primeiro era seguir os cursos de normalizações, porém sem mais expor o condenado a uma situação na qual pudesse haver verdadeira inversão: o povo passar a se solidarizar com o torturado, questionando o próprio soberano perpetuador do suplício.

Ao longo de sua essencial obra, Foucault vai muito além do “nascimento da prisão”. O filósofo demonstra como a (eterna) promessa de humanização das penas perpetuou um padrão punitivo centrado na figura da reforma. Esse chamado isomorfismo, ou seja, a capacidade de rearticulação do sistema penal a partir de seu pretense aperfeiçoamento jurídico, é na verdade uma via privilegiada de realização dos chamados ilegalismos¹⁸:

Só uma ficção pode fazer crer que as leis foram feitas para serem respeitadas; a polícia e os tribunais destinados a fazê-las respeitar. Só uma ficção teórica pode fazer crer que nós aderimos, de uma vez por todas, às leis da sociedade a que pertencemos. Todo o mundo sabe bem que as leis

18 RAMOS, Marcelo Buttelli; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A persistência do fracasso prisional: a hipótese do ilegalismo em Michel Foucault. *Justificando*, 12 mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/12/a-persistencia-do-fracasso-prisional-a-hipotese-do-ilegalismo-em-michel-foucault/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

foram feitas por alguns e impostas aos outros. Mas, parece, que podemos dar um passo mais adiante. A ilegalidade não é um acidente, uma imperfeição mais ou menos inevitável. É um elemento absolutamente positivo do funcionamento social, cuja função está prevista na estratégia geral da sociedade. Todo dispositivo legislativo dispôs espaços protegidos e proveitosos onde a lei pode ser violada; outros, onde pode ser ignorada; outros, finalmente, onde as infrações são sancionadas.¹⁹

Os ilegalismos são composições veladas de permissões e proibições no seio da lei, supostamente universal. São espaços dentro dos ordenamentos jurídicos que permitem às classes dominantes moverem-se de acordo com seus interesses por entre as instituições e procedimentos legais, ao passo que também conduzem as classes dominadas no interior do sistema conforme lhes apraz. As diferenciações recortadas pelos ilegalismos permitem observar a quem realmente serve determinada norma jurídica.²⁰ Ou seja,

A lei é uma gestão dos ilegalismos, permitindo uns, tornando-os possíveis ou inventando-os como privilégio da classe dominante, tolerando outros como compensação às classes dominadas, ou, mesmo fazendo-os servir à classe dominante, finalmente, proibindo isolando e tomando outros como objetos, mas também como meio de dominação.²¹

Andrade e Alflen referem preocupação quanto ao entusiasmo conferido à audiência de custódia e sua forma de implementação no Brasil: “[...] os requisitos permanecem os mesmos para as prisões provisórias, o que nos remete à convicção que cada magistrado possui quanto à necessidade,

19 FOUCAULT, Michel apud CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus conceitos, temas e autores*. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. p. 224/225.

20 Cf. GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A resistência à audiência de custódia no Brasil: sintoma de ilegalismo. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 62-67, ago./set. 2015.

21 DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Tradução de Claudia Sant’Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 39.

ou não, de seu decreto”.²² Mesmo ressaltando os distanciamentos teóricos que sustentam nossas hipóteses e as daqueles autores, diferenciando os percursos, nossos pontos de chegada é o mesmo: “Logo, a audiência de custódia não se presta a abrandar a forma como cada juiz interpreta os requisitos legais para aqueles tipos de prisão cautelar, muito menos, para diminuir o contingente de presos provisórios que temos no país”.²³

O otimismo com a aparente eficácia desencarceradora do instituto não pode nos cegar: é bastante provável que sucumba, como sucumbiram tantos outros instrumentos político-criminais minimalistas ante a subjetivismo meticulosamente pensados. Nos últimos anos, em nosso país, é possível citar os Juizados Especiais Criminais, as penas alternativas e a própria Lei 12.403/2011 (medidas diversas da prisão cautelar) como fracassos antecédidos de cândido entusiasmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pesem as boas intenções (em sentido humanitário e econômico) possíveis de serem vinculadas às audiências de custódia, é necessário assumirmos posição consciente de sua eficácia. Não apenas seguimos com os mesmos requisitos (extremamente abertos) para a decretação de prisões cautelares, como também renovamos uma esperança em um minimalismo penal, cujo curso em suas mais diversas versões revela uma manutenção do estado de coisas através das reformas.

Mesmo que sejam experiências ainda esparsas e iniciais, o diagnóstico provisório das audiências de custódia pode apontar para necessária cautela acerca de seu uso. Isso porque o discurso da política criminal minimalista, historicamente, tem cedido frente às demandas punitivas da sociedade, especialmente em tempos de emergência de discursos autoritários, cujo sucesso está absolutamente ligado com a ideia de *crise*.

Podemos, novamente, recorrer à categoria foucaultiana de *ilegalismo*. Ela demonstra perfeitamente esse desejo de reformar para que tudo

22 ANDRADE, Mauro Fonseca de; ALFLEN, Pablo. *Audiência de custódia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 59.

23 *Ibidem*.

permaneça como está. É essa espiral punitiva que devemos severamente interrogar, como forma de ampliar espaços de liberdade não acessíveis por concessões estatais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. A audiência de custódia e as consequências da sua não realização. *Páginas de Processo Penal*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca de; ALFLEN, Pablo. *Audiência de custódia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento Fundamental n. 347/DF*. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicação em setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28audi%EAncia+de+cust%F3dia+90+dias%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/pk5bnbq>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Tradução de Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2010.

FOUCAULT, Michel apud CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus conceitos, temas e autores*. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. p. 224-225.

GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A resistência à audiência de custódia no Brasil: sintoma de ilegalismo. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 62-67, ago./set. 2015.

GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RAMOS, Marcelo Buttelli; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A persistência do fracasso prisional: a hipótese do ilegalismo em Michel Foucault. *Justificando*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/12/a-persistencia-do-fracasso-prisional-a-hipotese-do-ilegalismo-em-michel-foucault/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA IMPLANTAÇÃO NO ESTADO DA BAHIA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA*

O Conselho Nacional de Justiça, no dia 06 de fevereiro do ano de 2015, teve a iniciativa de lançar um projeto para garantir que presos em flagrante fossem apresentados a um juiz de direito, em 24 horas, no máximo: era a então chamada “audiência de custódia”, consistente na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberia presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.

Na verdade, o projeto teve seu termo de abertura iniciado no dia 15 de janeiro, após ser aprovado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Ricardo Lewandowski, e tinha como objetivo garantir que, em até 24 horas, o preso fosse apresentado e entrevistado pelo magistrado, em uma audiência em que fossem ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, seria analisada a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, além de eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, já utilizada em muitos países da América Latina e na Europa, onde a estrutura responsável pelas audiências de custódia recebe o nome de “Juizados de Garantias”. Na verdade, nada mais é do que uma audiência de apresentação.

Além das audiências, o projeto prevê a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

No lançamento, o ministro Ricardo Lewandowski destacou: “Essa é uma meta prioritária do Conselho Nacional de Justiça e São Paulo mais uma vez sai na frente como um importante parceiro. Uma experiência que, se for exitosa – e tenho certeza que será – será depois levada para outras capitais e comarcas do País”, afirmando que o Brasil tem hoje cerca de 600 mil presos, sendo que 40% deles são presos provisórios. “São aqueles que ainda não têm a culpa formada. São presos que não tiveram ainda a chance de se confrontar com o juiz e têm a sua liberdade de ir e vir limitada, contrariando a presunção de inocência.”

A propósito, vejamos o que nos impõe, como norma suprallegal, o art. 7º, 5, do Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

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. (Grifo nosso.)

Igualmente, o art. 9º, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York:

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. (Grifo nosso.)

Tais normas internacionais estão incorporadas em nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1992. Aliás, a propósito, tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, dando a seguinte redação ao art. 306 do Código de Processo Penal:

[...] § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310. § 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º,

bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Não esqueçamos, outrossim, do Projeto de Lei nº 156, de 2009, em tramitação no Senado Federal, que prevê a figura do Juiz das Garantias. De acordo com o texto projetado, seria ele o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, competindo-lhe:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 553; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 447, §1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. (Grifo nosso.)

Evidentemente, não há falar-se em suposta inconstitucionalidade da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, pois não se fere, em absoluto, o princípio constitucional da reserva legal, previsto no texto constitucional, visto que não se está legislando sobre matéria processual, não havendo invasão de reserva constitucional atribuída, com exclusividade, ao Poder Legislativo da União, fonte única de normas processuais. Muito pelo contrário, aqui estamos diante de um “controle concentrado de convencionalidade”.

O presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Ricardo Lewandowski, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Augusto de Arruda Botelho, assinaram no dia 09 de abril de 2015 três acordos de cooperação técnica para facilitar a implantação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas. Durante a cerimônia, o presidente do Supremo Tribunal Federal disse que um dos principais objetivos desses acordos é acabar com a cultura do encarceramento existente no país, assegurando a todos as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e nos pactos de direitos humanos assinados pelo país.

Lewandowski revelou que o Brasil tem hoje cerca de 600 mil presos, dos quais 40% são presos provisórios – o segundo país que mais encarcera cidadãos em todo o mundo. Segundo ele, não existem estabelecimentos adequados nem suficientes para abrigar essa superpopulação de presos, que cresce em escala geométrica. De acordo com o ministro José Eduardo Cardozo, as audiências de custódia podem reduzir o número de detentos encarcerados, o que, no seu entender, contribui para resolver o problema do sistema penitenciário brasileiro, que é deficiente, anacrônico, gerador de violência e de violação de direitos humanos, segundo afirmou. Algumas unidades prisionais podem ser comparadas a “masmorras medievais, verdadeiras escolas do crime”, concluiu o ministro da Justiça. O primeiro acordo visa incrementar o programa de audiências de custódia. A ideia é que qualquer pessoa presa em flagrante seja apresentada imediatamente a

um juiz. O programa já está em fase de implantação na capital do Estado de São Paulo e deve, até o meio do ano, começar a funcionar nas capitais de outros 14 entes da Federação. O segundo acordo assinado, explicou o ministro Lewandowski, visa tornar viáveis as medidas alternativas à prisão preventiva, que é aquela feita em casos excepcionais, quando o detido representa algum perigo para a sociedade.

O Código de Processo Penal já prevê essas medidas alternativas, que podem ser as tornozeleiras eletrônicas, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares ou de contato com pessoas indicadas, a proibição de ausentar-se da comarca, entre outras. O último acordo assinado visa à construção de centros de monitoramento eletrônico para difusão do uso das tornozeleiras eletrônicas. Hoje, os juízes não podem aplicar essa medida alternativa de controle porque ainda não existe esse equipamento nem meios para controlar a deambulação dos presos, conforme ressaltou o ministro Lewandowski. Pelo acordo, o Ministério da Justiça fica responsável, em parceria com os Estados, pela compra das tornozeleiras e pela montagem dos centros.

Depois de alguma resistência da Polícia e de parte da Magistratura e do Ministério Público, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil questionava a realização das chamadas “audiências de custódia” (ou de apresentação), procedimento por meio do qual uma pessoa detida em flagrante deve ser apresentada ao juiz em até 24 horas. O ministro Fux afirmou que a realização das audiências de custódia – que em sua opinião devem passar a ser chamadas de “audiências de apresentação” – tem se revelado extremamente eficiente como forma de dar efetividade a um direito básico do preso, impedindo prisões ilegais e desnecessárias, com reflexo positivo direto no problema da superpopulação carcerária. “Não é por acaso que o Código de Processo Penal brasileiro consagra a regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu artigo 656, segundo o qual, recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em data e hora que

designar. Verifico aqui que não houve, por parte da portaria do Tribunal de Justiça, nenhuma extrapolação daquilo que já consta da Convenção Americana, que é ordem supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos”, afirmou o ministro Luiz Fux em seu voto.

Ao acompanhar o relator, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que o Brasil é o quarto país que mais prende pessoas no mundo, ficando atrás de Estados Unidos, China e Rússia. As audiências já estão sendo realizadas em 12 unidades da Federação e, segundo o ministro Lewandowski, até o final do ano ocorrerão em todo o país. “É uma revolução”, afirmou o ministro ao ressaltar que metade dos presos apresentados nessas audiências está obtendo relaxamento de prisão, em razão do menor potencial ofensivo das condutas. O presidente da Corte também destacou a economia para os cofres públicos, tendo em vista que um preso custa em média R\$ 3 mil mensais ao erário. Segundo ele, a realização das audiências de custódia pode gerar uma economia mensal de R\$ 360 milhões, quando implementadas em todo o país, perfazendo um total de R\$ 4,3 bilhões por ano, “dinheiro que poderá ser aplicado em serviços básicos para a população, como saúde e educação”.

Seguindo o entendimento da Corte Suprema, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou que um juiz de Mato Grosso ouça dois homens presos em flagrante com a suspeita de roubar uma agência dos Correios, sob o argumento de que já entraram no ordenamento jurídico brasileiro as normas de tratados internacionais em que o país se compromete a impedir a demora na análise da situação de presos. Esse foi o entendimento da desembargadora federal Mônica Sifuentes. A decisão contraria entendimento anterior da própria 3ª Turma e atende pedido da Defensoria Pública da União. A Defensoria alegou que esse direito foi fixado em ao menos dois tratados assinados pelo Brasil: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, inseridos na legislação por decretos.

Ao analisar o caso, a relatora apontou que a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região já considerou que as audiências de custó-

dia não estão contempladas no nosso ordenamento jurídico. Em 2014, o colegiado avaliou que “nenhum dispositivo prevê a apresentação pessoal do preso ao juiz como um dos requisitos para a legalidade da prisão”. Segundo o acórdão, a lei brasileira determina apenas que autos de prisão em flagrante sejam levados sem demora ao juiz competente.

Mesmo assim, a desembargadora afirmou que deixaria de considerar essa tese porque o Conselho Nacional de Justiça fixou como “meta prioritária” universalizar o uso dessas audiências. Ela apontou que o Pacto de San José foi formalmente reconhecido pelo Brasil em 1992, com o Decreto 678, e determinou que os suspeitos sejam ouvidos “o quanto antes” (Processo 0006708-76.2015.4.01.0000).

Interessante esta decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Direito processual penal. Prisão em flagrante. Audiência de custódia. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Hierarquia constitucional dos Tratados sobre Direitos Humanos. 6.^a Câ. Crim. HC 0064910-46.2014.8.19.0000 j. 25.01.2015 – public. 03.02.2015. Solicitadas informações, veio a ser nestas esclarecido que o pedido defensivo vertido nos autos principais e que aqui anima o universo impetracional foi finalmente apreciado e indeferido, nos seguintes termos: “quanto ao requerimento de relaxamento da prisão, com fundamento na audiência de custódia, não assiste a razão à defesa ante ausência de previsão no CPP e na lei especial. Ressalte-se que o Pacto São José da Costa Rica exige que o preso seja apresentado à autoridade judicial sem qualquer fixação de prazo para esta ocorrência. Ademais, o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa, o que se coaduna com a realidade, eis que absolutamente inviável a realização da audiência imediatamente após a prisão de cada réu. Por todo o exposto, indefiro o pedido de relaxamento da prisão preventiva dos acusados Ueslei e Rafael”. Concessa *maxima venia*, ressoa absurdo e teratológico o *decisum* em questão. Em primeiro lugar, porque a ausência de expressa previsão legal deste imprescindível ato procedimental no C.P.P. não pode ser

manejado para inviabilizar a sua ocorrência, uma vez que, figurando o Brasil como signatário destes acordos e tendo ratificado, por seu Legislativo, os respectivos conteúdos, as normas daí advindas não são inexistentes, como quer fazer crer a nobre Autoridade coatora, mas sim, presentes e de hierarquia equivalente à dos primados constitucionais. Aliás e a esse respeito, mas seguindo o equivocada raciocínio desenvolvido pelo Juízo de piso, caberia a lembrança de que vários são os princípios constitucionais que não receberam assento formal no Código de Processo Penal e, nem por isso, a existência ou eficácia destes pode ser discutida ou questionada. Pois, no caso vertente, acontece exatamente a mesma coisa!!! Em segundo lugar, ofende a sensatez e a razoabilidade a argumentação sustentada pelo Juízo de piso a partir da qual não foi realizada a Audiência de Custódia porque inexistente prazo fixado para tanto. Relembre-se que tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 5) – “Toda a 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 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”, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, 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 julgado 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 ser 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”, estabelecem que tal imprescindível iniciativa para se assegurar o resguardo à integridade física e psíquica do preso determinam que isto se dê sem demora, a significar, de imediato, ou seja, num prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, já que qualquer outra metrificação de tempo ofenderá a mens legis. Outro não é o entendimento contido no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (item 44) que trata especificamente da necessidade de realização da audiência de custódia: “Criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garan-

tia da apresentação pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), à qual o Brasil se vinculou em 1992”. Também seguiu este norte o Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal, que trata de alteração ao texto vigente do art. 306 do C.P.P., visando combater e prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis, quando alinha que: “...O Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos trazem obrigações internacionais para o Estado brasileiro, de reconhecimento, respeito e proteção às garantias dos cidadãos, que podem invoca-las a qualquer instante. Seja qual for o motivo de uma prisão, há o direito da pessoa presa exigir ser levada à presença de um juiz, ou de uma autoridade judicial ‘sem demora’ (...) O estabelecimento de 24 (vinte e quatro) horas para apresentar ao Juiz competente a pessoa privada de liberdade constitui prazo razoável, considerando que a própria lei processual penal já determina que o auto de prisão em flagrante seja enviado à autoridade judicial dentro deste espaço de tempo, após a efetivação da prisão... “E como se tudo isto não bastasse, ainda consta do Boletim Informativo Eletrônico da Diretoria-Geral de Comunicação e de Difusão de Conhecimento deste Pretório, Edição nº 07 deste ano, do dia 16.01.2015, na sua principal matéria de destaque que: “O Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça lançarão no dia 6 de fevereiro um projeto para garantir que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz num prazo máximo de 24 horas. O ‘Projeto Audiência de Custódia’ consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção desta prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere. O projeto teve o seu termo de abertura iniciado na quinta-feira (15), após ser aprovado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski”. 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. Por último, mas não menos importante, cabe descartar o argumento final e metajurídico, sustentado pelo primitivo Juízo, a partir do qual, considerou que a realização deste imprescindível ato não “se coaduna com a realidade, eis que absolutamente inviável a realização da audiência imediatamente após a prisão de cada réu” (???!!!). Este, *permissa venia*, é o absurdo dos absurdos!!! Isto porque não só não pode um Magistrado deixar de aplicar uma norma de status constitucional porque não tem meios materiais para tanto - como, por exemplo, seguir no julgamento de um feito, sem realizar a Instrução deste, porque, simplesmente, não possui meios de transportar réus presos e/ou intimar e requisitar a apresentação de testemunhas - como também tal avaliação não é da sua competência, mas sim, da Administração Superior deste Tribunal de Justiça, cabendo ao Juiz cumprir a lei e os primados constitucionais próprios, e, caso não possua condições concretas de realizar o seu mister, que acione a Colenda Presidência e a Egrégia Corregedoria-geral deste Pretório, solicitando ajuda e demonstrando a imprescindibilidade da medida que precisa ser adotada. Por derradeiro e para sepultar o impróprio, indevido e equivocado juízo de infactibilidade material de condições à realização da Audiência de Custódia, segue-se na transcrição de outros dois parágrafos daquela matéria contida no Boletim Informativo Eletrônico deste Pretório, mencionado quatro parágrafos acima: “...O objetivo do projeto é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades...”. Assim e diante da mais do que flagrante ilegalidade advinda da opção de ignorar e de negar a validade e necessidade da realização da Audiência de Custódia, DEFIRO a liminar pretendida e determino a expe-

dição de Alvará de Soltura condicionado em favor do Paciente, U. H. A.. Deixo de impor aos mesmos o cumprimento das cautelares alternativas à prisional, em face da ilegalidade ora sanada na medida segregacional. Comunique-se o inteiro teor da presente ao Juízo originário. Após, à douta Procuradoria de Justiça. Luiz Noronha Dantas – Relator.

A propósito, e apesar de longo, vale transcrever o artigo de Cláudio do Prado Amaral (“Da audiência de custódia em São Paulo”), publicado no Boletim 269, abril/2015, do Instituto Brasileiro De Ciências Criminais:

Na primeira página do Diário da Justiça de 27.01.2015 foi publicado o Provimento conjunto 03/2015, da Presidência e da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). O provimento determina a implementação gradativa da audiência de custódia, em todo o Estado de São Paulo, conforme cronograma. Assim, com 23 anos de atraso, finalmente o Brasil começa a dar efetividade ao disposto no art. 7.º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou Pacto de San José da Costa Rica), o qual determina que “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”. Embora já estivesse sedimentado na doutrina e na jurisprudência do STF(1) que a CADH é direito interno, de grau supralegal e infraconstitucional, o art. 7.º, item 5 jamais foi aplicado no solo brasileiro em caráter vinculante. Nunca foram anuladas as prisões preventivas originárias de prisão em flagrante cujo preso não foi apresentado sem demora ao juiz para audiência de custódia. Ante a iniciativa do TJSP, surgem justas expectativas de avanços e dúvidas naturais. Direitos Humanos e Direito Processual Penal dialogam estreitamente entre si e são extremamente sensíveis um ao outro, tendo em vista as consequências recíprocas de seus âmbitos de ação. Diversos direitos humanos afirmados em tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, todavia, ainda carecem de efetividade. Quando esses direitos carentes de efetividade se imbricam com o processo penal, o resultado é a falta de efetividade do próprio direito processual. Logo, a palavra de ordem na atualidade é efetividade. A fase afirmativa de direitos humanos já se encontra consideravel-

mente consolidada. Não é por outra razão que os movimentos sociais têm se interessado mais pela efetividade que pela afirmação desses direitos, em busca de mecanismos que possibilitem a almejada concretude. O Provimento 03/2015 surge como mola propulsora para a efetivação de promessas que existiam apenas no papel e nas mentes mais bem-intencionadas. A inversão hierárquica pode causar surpresa: embora a CADH já fosse direito interno, foi necessária a edição de uma norma jurídica de nível hierárquico muito inferior (uma portaria), para dar vida à audiência de apresentação prevista no Pacto de San José. Apesar da inversão, o fenômeno espelha uma situação que não é rara. Muitos países, como o Brasil, aderem e assinam, com relativa facilidade, diversos acordos ou tratados internacionais, nos quais reconhecem e afirmam direitos humanos. Todavia, o fazem já sabendo que a efetivação desses direitos representa um demorado e custoso processo social de concretização. Por vezes essa concretização é alcançada por meio de mecanismos que representam argumentos de autoridade. Isso já ocorreu, entre nós por exemplo, em tema de execução penal, quando em 2007 a presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promulgou a Resolução 47, obrigando aos juízes de execução penal a cumprir o art. 66, VII, da LEP. O argumento de autoridade admite uso pragmático. Nesses casos, funciona como um dispositivo de estratégia de “redução de complexidade”, economizando tempo e esforço para a efetivação de uma verdade que os movimentos sociais não conseguiriam realizar sozinhos ou somente ao custo de muito tempo e esforço. A apresentação do imputado preso diante de um magistrado é um procedimento reconhecido em diversos ordenamentos jurídicos. Chamada de *first appearance* no direito estadunidense, tem como principais finalidades informar ao preso sobre a acusação que lhe é feita, sobre seu direito ao aconselhamento/assistência por um profissional, bem como o exame sobre a possibilidade de fixação de fiança ou outros vínculos que possibilitem o imputado responder ao processo em liberdade. Seguindo a regra de que essa audiência deve ocorrer “sem demora” (*without unnecessary delay*), não costuma demorar mais que 72 horas. No direito italiano está prevista a *udienza di convalida*; na hipótese de prisão em flagrante, a polícia coloca o preso à disposição do Ministério Público, em até 24 horas. Este, por sua vez, caso entenda que a prisão em flagrante é devida, pede ao juiz a sua convalidação. Tal pedi-

do deve ser feito no prazo de 48 horas a partir do momento da efetiva privação de liberdade da pessoa. Segue-se o dever de o juiz realizar a audiência de convalidação em até 48 horas, tendo por fins verificar: (a) a “legitimidade” da prisão em flagrante; e (b) a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Na Alemanha, todo aquele que for detido por iniciativa da polícia deve ser levado à presença do juiz no máximo um dia após o encarceramento. O provimento do TJSP fixa o prazo de 24 horas, contado desde o momento da prisão em flagrante, para a autoridade policial apresentar o preso – juntamente com cópia do auto de prisão em flagrante – perante o juiz, para participar da audiência denominada “de custódia” (arts. 1.^o e 3.^o). A apresentação do preso em 24 horas, contudo, nem sempre ocorrerá. Estão previstas exceções transitórias, pois válidas somente até melhor estruturação das rotinas de transferências de presos. Assim, inicialmente, não se realizará audiência de custódia aos sábados, domingos, feriados, nos dias úteis (fora do expediente forense normal), nem aos finais de semana que incidirem no período de recesso, que vai de 20 de dezembro a 6 de janeiro. Embora o Provimento 03/2015 nada mencione, é evidente que o horário da apresentação do preso em juízo deverá ser certificado nos autos. A normativa também não diz qual é o prazo para a realização da audiência após a apresentação do preso. Cumprindo-se a letra e o espírito da CADH, referida audiência deverá ser realizada “sem demora”. Isso significa que deverá receber encaixe na pauta de audiência do mesmo dia da apresentação. Pode ocorrer que um auto de prisão em flagrante seja realizado pela manhã, às 11 horas, sendo a audiência realizada no mesmo dia, às 16 horas. Caso essa audiência seja anulada (por exemplo, por não ter se assegurado que o preso se entrevistasse com seu defensor previamente), a audiência poderá ser renovada, desde que até as 11 horas do dia seguinte, respeitando-se, assim, o prazo de 24 horas para a apresentação em juízo. E se tais marcos temporais não forem cumpridos? A normativa também não diz qual é a consequência. Todavia, outra não pode ser, senão a colocação do preso em liberdade. (5) De um lado ocorre violação da garantia da necessidade de ordem motivada do juiz para o aprisionamento. De outro lado, desrespeita-se o princípio da duração razoável do processo (*rectius* do aprisionamento pré-cautelar), por constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo. A audiência de custódia é um ato pré-

-processual, judicializado, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa estabelecido em favor do preso. Trata-se, portanto, de uma garantia do cidadão contra o Estado. Em diversos julgados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) afirmou que a apresentação sem demora do preso ao juiz para audiência “é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal (...) e a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, “evitar capturas arbitrárias ou ilegais”, bem como para autorizar a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de que a prisão provisória somente seja aplicada “quando for estritamente necessária”, “objetivando-se de modo geral que o imputado seja tratado de modo condizente com a presunção de inocência”. Podem ser extraídas quatro finalidades do Provimento 03/2015, que são ao mesmo tempo técnicas e de política criminal, todas adequadas à CADH e às orientações da CIDH. A primeira é garantir que o preso se entreviste com seu defensor “por tempo razoável” antes da audiência. A segunda consiste em reforçar a obrigação que cabe a todo magistrado de exercer a função de garantidor do processo penal constitucional, examinando detidamente o contexto do aprisionamento, e, assim, relaxando a prisão em flagrante ilegal, ou caso seja legal, velando pelo princípio da excepcionalidade da prisão preventiva, seja pelo zelo no exame da possibilidade de concessão de liberdade provisória destrelada de qualquer medida cautelar, ou não sendo isso possível, concedendo liberdade provisória atrelada às medidas cautelares que forem suficientes e necessárias. Também é claro o objetivo do provimento consistente em reafirmar o dever judicial de primeiro guardião dos direitos humanos do preso. Por isso, consta do art. 7.º que, diante das informações colhidas na audiência de custódia, caberá ao magistrado requisitar os exames clínico e de corpo de delito da pessoa presa, caso conclua sejam necessários para “apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto”, “determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido”, sem prejuízo de outras medidas para a apuração de violação e de resguardo dos direitos humanos do detido. A quarta finalidade do provimento citado, extraída de seus consideranda, consiste em contribuir de modo significativo para a redução da quantidade de presos provisórios no sistema prisional paulista, e, conseqüentemente, cooperar para diminuir a hiperlotação nas unidades prisionais. A audiência de custódia realiza-se somente

após assegurado o direito de o preso se entrevistar com seu advogado ou defensor público por tempo razoável, isto é, que lhe permita adequadamente expor o que ocorreu e ser devidamente orientado. Uma vez iniciada a audiência, o juiz informará o detido sobre seu direito de se manter em silêncio e não responder às perguntas que lhe forem feitas. Caso o preso se mantenha em silêncio, nenhum prejuízo deverá sofrer, pois se trata de um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal em favor do indivíduo e contra o Estado. A seguir, o juiz o indagará sobre sua qualificação, condições pessoais, “tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão”. Não estão previstas reperguntas por parte do Ministério Público (MP) ou da defesa. Todavia, nada impede, antes é salutar, que sejam permitidas. Finalizada a entrevista, o juiz ouvirá o MP, o advogado ou o Defensor Público, sobre a legalidade da prisão e sobre a cautelaridade, devendo decidir nos termos do art. 310 do CPP. Na hipótese extrema de prisão preventiva, o juiz deverá (não é uma faculdade) examinar se cabe o disposto no art. 318 do CPP, a fim de substituí-la pela prisão domiciliar. A audiência de custódia será gravada em mídia. Deve ser lavrado termo escrito e sucinto contendo “o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz”. Todavia, faculta-se ao juiz determinar que tudo o que se passou na audiência seja integralmente reduzido a escrito, explicitando-se todos os atos praticados. De todo modo, “a gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante”. Portanto, trata-se de ato permeado pelos direitos constitucionais à informação, ao silêncio, à ampla defesa, ao contraditório e à publicidade. A violação a quaisquer desses direitos acarretará a anulação do ato, e caso sua renovação não seja possível no mesmo dia ou após 24 horas contadas desde a detenção efetiva, o preso deverá ser colocado em liberdade. O disposto na parte final do caput do art. 6.º e do § 1.º merece especial atenção, pois impõe interditos cognitivos. Desse modo, em suas perguntas, o juiz limitar-se-á a indagar sobre “as circunstâncias objetivas da sua prisão”, sendo que “não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipe instrução própria de eventual processo de conhecimento”. Tais limites são devidos porque o momento processual é de cognição limitada à verificação da legalidade da prisão em flagrante e à empenha-

da tentativa de concessão de liberdade provisória. Qualquer outra consideração implicaria indevida antecipação de elementos de convicção sobre o mérito, e, dessa forma, acarretaria a contaminação psicológica do julgador, o qual se tornaria debilitado em equidistância, imparcialidade e equilíbrio para apreciar o caso em momentos futuros de maior espaço cognitivo. Não se trata de um “interrogatório”, mas, sim, de uma “entrevista”. Por isso, o julgador não deve fazer perguntas ao preso sobre ter ele cometido ou não o fato. E se o fizer MP e defesa deverão protestar. Não se busca saber quem foi o autor do fato, mas, sim, de que modo foi feita a prisão do suposto autor. É vedado indagar: “o sr. praticou o crime?”. Em lugar disso, deve-se perguntar: “como, onde e quando o sr. foi preso?”. Certamente, haverá casos nos quais forçosamente serão examinados aspectos objetivos tendentes ao mérito, porque indissociáveis do exame da legalidade do estado de flagrância. Assim, por exemplo, será difícil não ocorrer alguma cognição mais ampla nos casos de flagrante presumido, pois cabe ao juiz examinar situações cuja legalidade está vinculada à proposição de que a pessoa presa foi perseguida ou encontrada em um contexto que a fizesse presumidamente autora da infração (art. 302, III e IV, do CPP). Em tais casos, a prudência deve ser redobrada, a fim de que não se promova um interrogatório antecipado. E ademais, o julgador e as partes deverão ter sempre em mente que: (a) a entrevista feita na audiência de custódia existe para preservar direitos do preso e não para prejudicá-lo; e (b) o âmbito de cognição sobre a “presunção de autoria” é sumário e limitado ao exame de aspectos objetivos óbvios, cristalinos e evidentes, os quais permitam presumir com a mesma tranquilidade que se presume que durante o dia há claridade. O advento formal da audiência de custódia revela verdadeiro e louvável esforço institucional do TJSP para dar efetividade a um processo penal orientado por princípios constitucionais. O fato de se criar um momento no qual a pessoa recém detida e o juiz colocam-se frente a frente dá ensejo a um ato processual que permite o aguçamento dos sentidos e da humanidade do julgador. A medida, contudo, depende em sua maior parte da direção que os magistrados darão ao procedimento, ou dito de outro modo, dependerá da política criminal que cada juiz vier a aplicar ao velho-novo instituto.

Lembre-mos de que há lei, aliás, “supra lei”, a autorizar a audiência de custódia! Oxalá, a iniciativa espalhe-se pelos demais Tribunais de Justiça do país, assegurando-se a integridade física do preso em flagrante, ora “flagrantemente” ignorada, inclusive pelo Ministério Público, órgão responsável pelo controle externo da atividade policial. Ou não?

Ainda combatendo as injustificáveis resistências, o Conselho Nacional de Justiça arquivou, no dia 05 de maio de 2015, manifestação da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais que criticava a implantação das audiências de custódia. A entidade apontava várias dificuldades para efetivar o projeto. Para a associação de magistrados, a iniciativa pode afetar a segurança pública, sob a alegação que a medida iria “retirar policiais das ruas e delegacias”. Também iria aumentar a judicialização e os encargos administrativos dos juízes e o número de reclamações disciplinares advindas dos advogados contra juízes que decidirem manter a custódia, além de fazer com que o preso se sinta forçado a negar agressões sofridas entre o momento da detenção e sua apresentação ao juiz. O conselheiro Fabiano Silveira aponta que o projeto tem o condão de inibir a prática de tortura e o tratamento cruel aos presos.

O conselheiro Fabiano Silveira, relator do caso, afirmou que as argumentações da Anamages não prosperam. Para ele, o atual sistema – sem as audiências de custódia – não assegura a adequada proteção aos presos, o que é mostrado nos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional com o objetivo de aperfeiçoar a questão. Segundo Silveira, as audiências de custódia vão ao encontro das convenções internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ressalta que o controle judicial imediato é meio para evitar prisões arbitrárias e ilegais. “Nessa linha, o artigo 306 do Código do Processo Penal, que estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento, não é suficiente para dar conta do nível de exigência estabelecido nas convenções internacionais”, diz o relatório do conselheiro.

No que tange ao argumento de que os presos poderiam ser constrangidos a negar maus-tratos e violências, Silveira é categórico em afir-

mar que o projeto é um “marco no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e humanização do sistema jurídico-penal”. “Ao contrário do mencionado pelo Requerente no ponto 7 da petição inicial, a referida audiência tem, sim, o condão de inibir a prática de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante”, completa. Outras questões apontadas pela Anamages são as dificuldades logísticas e geográficas que podem ocorrer em comarcar do interior de cada Estado e da região Norte do país. O relator refutou tal argumentação, alegando que o projeto está em fase piloto. “A adoção do projeto é progressiva e escalonada, e leva em consideração a necessidade de disponibilização de recursos humanos e estrutura física necessária para sua implantação”, afirmou Silveira (Fonte: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/cnj-arquiva-manifestacao-anamages-audiencia-custodia>).

Completamente equivocada, portanto, esta decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO IMEDIATA DO PRESO AO MAGISTRADO. OFENSA AO Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. DESCABIMENTO. A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL CINGE-SE À COMUNICAÇÃO DA PRISÃO E DO LOCAL ONDE A PESSOA SE ENCONTRE PARA FINS DE ANÁLISE DA LEGALIDADE, NORMA ESSA DE EFICÁCIA PLENA, DE EFEITO IMEDIATO E ILIMITADO (CR, ART. 5º, INCISO LXII). CORRESPONDÊNCIA COM A DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 306 DO CPP. ORDEM DENEGADA (TJSP – HC n. 2198503-45.2014.8.26.0000-São Paulo, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Diniz Fernando, em 26/01/15). “Quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, 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. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui

a. Esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, In concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante (TJSP – HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000 – Rel. Guilherme de Souza Nucci, em 12.05.2015).

Comentando essa decisão, André Nicolitt, Bruno Cleuder de Melo e Gustavo Rodrigues Ribeiro, afirmaram que:

[o] acórdão é fruto de uma má compreensão dos tratados e do sistema de direitos fundamentais instituído pela CF/1988. A Constituição do Brasil possui um sistema aberto de direitos fundamentais, como se extrai do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988. A abertura de nosso sistema está definida com a seguinte redação: (§ 2.º) “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A Constituição do Brasil, ao sair do catálogo, remeteu-nos à própria Constituição (regime e princípios por elas adotados) e aos tratados internacionais. Quanto aos tratados internacionais, embora o Texto Constitucional tenha se referido apenas a “tratados”, não há razão para interpretação restritiva da qual decorreria a exclusão das convenções e dos pactos. A doutrina se inclina a reconhecer na expressão “tratado” um gênero que abriga diversas espécies, como os pactos e as convenções. Os direitos fundamentais previstos tanto em tratados quanto em pactos e convenções internacionais podem enunciar direitos fundamentais, nos termos do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988. Ilustra-se muito nesta categoria o direito de recorrer da sentença, o chamado duplo grau de jurisdição (art. 8.º, item 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e art. 14, item 5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966). Pode-se falar, ainda, do direito do preso de ser apresentado “sem demora” à autoridade judicial, constante do art. 7.º, item 5 do Pacto de São José da Costa Rica e de igual maneira no art. 9º, 3 do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. No que tange aos direitos fundamentais previstos em “tratados”, há uma discussão interessante, relativamente ao status jurídico do ingres-

so destes direitos no ordenamento jurídico, notadamente em razão do § 3.º do art. 5.º da CF/1988. Indaga-se: os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais estão na mesma posição hierárquica da norma Constitucional, inclusive se beneficiando de proteção como cláusula pétreia e servem de referência para o controle de constitucionalidade, ou estão no mesmo nível das leis infraconstitucionais, ou ainda estariam entre a Constituição e as leis? Comungamos do entendimento no sentido de que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico se aglutinando à Constituição material e com status equivalente, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988. Este porém não é o entendimento do STF que, embora não unânime, insiste em negar a natureza constitucional destas normas, afirmando estarem os tratados abaixo da Constituição e acima das leis conforme se extrai do RE 349.703. Assim, seriam eles infraconstitucionais e supraleais. Contudo, o Min. Celso de Mello espousa entendimento no sentido de que os tratados são formalmente constitucionais ut HC 90.450. Não obstante, não há dúvida de que os tratados e convenções sobre direitos humanos ingressaram no Brasil e possuem posição hierárquica superior à das leis infraconstitucionais, seja na nossa perspectiva seja na do STF. Portanto, a exigência da audiência de custódia está acima das leis ordinárias, devendo a aplicação do CPP e sua interpretação ser conforme os tratados, não podendo ser incompatíveis com os mesmos. É preciso entender que a garantia da audiência de custódia situa-se nos tratados como mecanismo que visa assegurar o direito de liberdade. A ideia reside exatamente em levar o preso a presença de autoridade capaz de restabelecer o direito de liberdade. Com efeito, a apresentação sem demora possibilita ao juiz verificar não apenas a legalidade da prisão, como também sua necessidade, garantindo também o exercício do contraditório, o que o CPP, na dicção dos art. 306 e 310 não asseguram. Note-se que, a autoridade prevista em lei deve ter o poder de restabelecer a liberdade. O delegado de polícia não possui em nosso sistema tal poder. O máximo que pode é conceder a fiança nos crimes cuja pena seja de até 04 anos. Nos demais casos (leia-se: nos crimes cuja pena seja superior a 04 anos; e até mesmo nos de pena até 04 anos, quando o agente não prestar a fiança arbitrada pelo delegado), mesmo entendendo desnecessária a custódia (por entender ausentes os requisitos da prisão preventiva), encami-

nhará o ser humano para o cárcere e aguardará a decisão do juiz. Bom seria que o delegado tivesse este poder, vez que quanto mais agentes públicos pudessem tutelar a liberdade melhor. Mas no quadro atual, o delegado não tem poder de tutelar a liberdade para além das hipóteses de crimes punidos com pena de até 04 anos (e até mesmo nesses, quando o agente não prestar a fiança arbitrada). Na verdade, antes do ato jurídico do delegado que lavra o flagrante não temos verdadeiramente prisão, temos apenas captura. A custódia só existe a partir da lavratura do APF. Neste sentido, a exigência é de que o custodiado seja apresentado e não o capturado. Até porque não é da tradição “prender” (capturar) e não levar ao delegado para tornar jurídico o ato. Do contrário o que haveria era sequestro, desaparecimento forçado, etc. Assim, não há dúvidas de que o Delegado de Polícia nos termos da atual legislação não atende aos fins colimados nos tratados quando exigem a audiência de custódia. O que o acórdão pretende é dar uma interpretação que cria um garantidor para inglês ver, pois o preso é apresentado para alguém que não tem o pleno poder de soltar. Portanto, analisando de forma crítica a proposição delineada pelo Des. Nucci, de que na atual conjectura legal do processo penal brasileiro teria a atribuição de garantia irrestrita de liberdade, ter-se-ia, na esteira da clássica definição do filósofo alemão Jünger Habermas uma contradição performativa, eis que a própria proposição não se coaduna com os pressupostos pragmáticos do ato de fala que a incorpora. Neste sentido, em termos mais claros, de nada adianta atribuir ao Delegado de Polícia função de garantia que não pode cumprir por ausência de disposição legal, ou, ainda, no mais simples jargão popular, “dar com uma mão e tomar com outra”, eis que a Autoridade responsável pela tutela da liberdade não poderá concedê-la. Lendo o voto do Des. Nucci, o que se extrai dos fatos é que o indivíduo foi preso em 19 de janeiro de 2015 e como o voto é de 12 de maio de 2015, imaginamos que o HC não restou prejudicado, isto é, continua preso e sem ter sido apresentado ao magistrado há quase 05 meses. Consta também do voto informação de que se tratava de acusado primário e com bons antecedentes acusados de tráfico o que por si só indica a desproporcionalidade da medida, vez que em tese admite-se no caso a substituição da pena definitiva em se seguindo a orientação pacífica do STF. Não obstante, o fundamento da prisão é a garantia da ordem pública o que já reputamos

inconstitucional em outros escritos. De nossa parte entendemos o seguinte: a prisão lavrada pelo delegado pode ser legal. Comunica ao Juiz em 24 horas. Este a converte e passa ser a autoridade que mantém a custódia. Uma vez convertida deve designar audiência de custódia para apresentação do preso sem demora. Configurada a demora na audiência, há ilegalidade superveniente e a prisão deve ser relaxada. Em resumo, a decisão que converte a prisão após a comunicação desta pelo Delegado de Polícia não afasta o dever do juiz de garantir ao preso o direito de ser levado “sem demora” até a autoridade que tem o poder de conceder-lhe a liberdade. Não autoriza o juiz a manter a prisão por meses até que se realize a AIJ ocasião em que o preso vai ser interrogado. As normas do CPP (art. 306 e 310) e dos tratados internacionais, no que tangem a audiência de custódia, convivem tranquilamente. Há que se destacar que o tema da audiência de custódia ganhou força em razão da pressão internacional que recai sobre o Brasil por descumprimento dos tratados, pelas violações de direitos humanos destacadamente pelo alarmante número de presos provisórios. A toda evidência o grande responsável por isso é o judiciário. Daqui a pouco vão querer dizer também que outras autoridades é que são os responsáveis por todos os problemas decorrentes do encarceramento e massa e tudo que daí decorre. Definitivamente não! No sistema constitucional em vigor é o juiz que prende e o juiz que solta e ele o responsável por todos os problemas que decorrem de sua atividade. Vislumbramos profundo equívoco do acórdão ao tentar ver no Delegado autoridade capaz de atender aos fins previstos no Pacto de São José e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Trata-se na verdade de uma contradição performática na qual se afirma proteger a liberdade restringindo-a na medida em que institui como garantidor alguém que não tem o pleno poder de libertar.¹

Aliás, a Justiça Federal também deve fazer a adesão a um projeto-piloto no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Os termos devem ser assinados nas capitais de Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul e

1 <http://emporiiodireito.com.br/analise-critica-do-voto-do-des-guilherme-de-souza-nucci-tjsp-o-delegado-de-policia-nao-faz-audiencia-de-custodia-por-andre-nicolitt-bruno-cleuder-de-melo-e-gustavo-rodrigues-ribeiro/>

Paraná ainda neste mês. Em agosto será a vez do Estados do Amazonas, Tocantins, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Ceará, Santa Catarina e Bahia. Já Goiás e Roraima indicaram que devem implantar as audiências de custódia, porém ainda não há confirmação da data em que o acordo será firmado.²

A propósito da audiência de custódia, Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa escreveram o seguinte:

Não raras vezes a notícia de um crime nos assusta e joga com o nosso imaginário. Se somos humanos, ao lermos um auto de prisão em flagrante ou uma denúncia descrevendo, por exemplo, a conduta de Paulo K., consistente em ter entrado numa casa, pela madrugada, para o fim de subtrair bens e, no seu percurso, ter sido flagrado pela moradora, senhora idosa, a qual desferiu dois tiros, sem que tivesse morrido, fugindo, na sequência do local do crime e, depois, preso pela polícia, teríamos que preencher as lacunas. Não lembraríamos de um rosto doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si os atributos do mal. Essa conduta humana (preencher os espaços desprovidos de informação) cria o que se denomina de efeito priming, ou seja, o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido. Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação. Lembre-se que a prisão cautelar é sempre processual, isto é, não servem para antecipar a pena, devendo-se fundamentar a excepcionalidade da contenção cautelar, crítica que já fizemos anteriormente. Daí ganhar importância o dispositivo estatal para análise das razões da prisão cautelar face-to-face. Respeito às regras do jogo processual.

2 <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/14-estados-aderir-audiencias-custodia-outubro>

Essa invectiva é lançada por nós faz anos em textos, assim como de boa parte dos juristas preocupados em estabelecer um padrão mínimo de normas processuais aptas a garantia do devido processo legal substancial. Recentemente discorremos sobre a importância de se conhecer as Convenções de Direitos Humanos, plenamente em vigor no Brasil, indicando o livro de Nereu Giacomolli. A partir disso, o controle de compatibilidade das leis não se trata de mera faculdade conferida ao julgador singular, mas sim de uma incumbência, considerado o princípio da supremacia da Constituição. No exercício de tal controle deve o julgador tomar como parâmetro superior do juízo de compatibilidade vertical não só a Constituição da República (no que diz respeito, propriamente, ao controle de constitucionalidade difuso), mas também os diversos diplomas internacionais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, subscritos pelo Brasil, os quais, por força do que dispõe o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Constituição Federal, moldam o conceito de “bloco de constitucionalidade” (parâmetro superior para o denominado controle de convencionalidade das disposições infraconstitucionais). No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. Assentou o Supremo Tribunal Federal que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional: “PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não

há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). [...] (RE 349703. Relator: Min. Carlos Ayres Britto). Logo, cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “treaty bodies” – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente. E o direito do acusado ser apresentado perante um juiz, no prazo de 24 horas, portanto, não é nenhuma novidade legislativa. Simplesmente não era aplicado, mas é regra válida do jogo processual. O Conselho Nacional de Justiça, assim, ao apontar pela efetivação da audiência de custódia, não inventou nada: “O objetivo do projeto é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.” Entretanto, longe de condenarmos os que estão contra a realização da audiência de custódia, apenas sublinhamos que o viés do status quo é

a máxima entoada por boa parte deles. Novidades, alterações, modificações no padrão de ação significam a necessidade de desgastes, novas rotinas, enfim, a revisão do que estão fazendo há anos. A ideia de manter as coisas como estão (bem ou mal) e demasiadamente humana. O imobilismo de sempre fazer o mesmo acaba tomando o lugar do cumprimento da lei. Podemos, assim, dizer que desde a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento brasileiro, ausente audiência de custódia (artigo 7º, 5), todas as prisões são ilegais, conforme decidiu recentemente, em Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública do RJ (defensor Eduardo Newton), o desembargador Luiz Noronha Dantas. Evidentemente que existirão questões de adequação e certo tempo para implementação efetiva, como, aliás, acontece em diversos países latinos e inclusive nos Estados Unidos. Em todos eles a audiência de custódia se realiza e, nela, mediante razões em contraditório, decide-se sobre a manutenção ou não da custódia e de eventuais medidas cautelares. Aliás, a iniciativa reconhece a necessidade de evolução paulatina, partindo das seguintes premissas: “a) as apresentações dos autuados têm que ser ininterruptas (inclusive aos sábados, domingos, feriados, e recesso), b) deve haver estrutura séria e factível, facilitada pelo executivo, em condições de oferecer opções reais e concretas ao encarceramento provisório, c) o monitoramento constante e permanente dos resultados da experiência é condição essencial para corrigir eventuais desvios da experiência que se estará realizando, em tempo real e d) necessidade de prévia capacitação conceitual e instrumental de todos os envolvidos com a novel rotina processual garantista. “No caso narrado acima, o subscritor Alexandre, designou uma audiência para analisar a prisão do agente, tendo se verificado que seria impossível, pelas características do conduzido e, também, pela forma como foi preso, ser o autor da infração. Depois a absolvição foi confirmada em sentença, sem recurso da acusação. Mas a leitura do auto de prisão em flagrante fez com que o acusado ficasse preso até ao que hoje chamamos de audiência de custódia. Teria ficado até a instrução se fosse jogar apenas com o imaginário preenchimento de lacunas. Teremos, por certo, problemas. A informática e a videoconferência poderão nos ajudar. O que devemos ter, gostemos ou não, é respeito pelas regras do jogo. E nelas, a audiência de custódia é condição de possibilidade à prisão cautelar. A magistratura pre-

cisa cumprir as leis. Concordem ou não, já que não há inconstitucionalidade. Evidentemente que a cultura encarceradora não se muda por mágica, nem pela audiência de custódia, mas podemos, ao menos, mitigar a ausência de impacto humano.³

E continuam os mesmos autores:

Dando continuidade à nossa análise acerca da audiência de custódia, vamos tratar hoje do Projeto implantando em São Paulo através do Provimento Conjunto 3/2015, da presidência do Tribunal de Justiça do estado, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça. A iniciativa é muito importante e alinha-se com a necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal brasileiro, adequando-se ao disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que determina: “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 um 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.” Em diversos precedentes a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado que o controle judicial imediato — que proporciona a audiência de custódia — é um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, pois corresponde ao julgador “garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessária, e procurar, em geral, que se trate o cidadão de maneira coerente com a presunção de inocência”, conforme julgado no caso Acosta Calderón contra Equador. A Corte Interamericana entendeu que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, na medida em que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”. Nesta linha, o artigo 306 do Código do Processo Penal que estabelece apenas a imedia-

3 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>

ta comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento, não são suficientes para dar conta do nível de exigência convencional. No Caso Bayarri contra Argentina, a CIDH afirmou que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou manutenção da privação da liberdade” sob pena de “despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5. da Convenção”. Mas outras duas questões podem ser discutidas à luz do artigo 7.5. A primeira é: o que se entende por “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”? A intervenção da autoridade policial, do delegado, daria conta dessa exigência? Entendemos que não. Primeiro porque o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente ‘funções judiciais’. É uma autoridade administrativa despida de poder jurisdicional ou função judicial. Em segundo lugar a própria CIDH já decidiu, em vários casos, que tal expressão deve ser interpretada em conjunto com o disposto no artigo 8.1 da CADH, que determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”. Com isso, descarta-se, de vez, a suficiência convencional da atuação do Delegado de Polícia no Brasil. O segundo ponto que poderia suscitar alguma discussão diz respeito a expressão “sem demora”. A apresentação do detido ao juiz deve ocorrer em quanto tempo? A CIDH já reconheceu a violação dessa garantia quando o detido foi apresentado quatro dias após a prisão (Caso Chaparro Alvarez contra Equador) ou cinco dias após (Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores contra México). No Brasil, a tendência (inclusive no PLS 554/2011) é seguir a tradição das 24 horas já consolidada no regramento legal da prisão em flagrante. No projeto de São Paulo, o artigo 3º determina que “a autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia”, bem como que “o auto de prisão em flagrante será encaminhado, na forma do artigo 306, § 1º, do CPP, juntamente com a pessoa detida”. Uma vez apresentado o preso ao juiz, ele será informado do direito de silêncio e assegurada a entrevista prévia com defensor (particular ou público). Nesta ‘entrevista’ (não é um interrogatório, portanto), o artigo 6º, § 1º determina expressa-

mente que “não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.” Eis um ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental em que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do *periculum libertatis*, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do artigo 319 do CPP. Essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), 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. Infelizmente, como regra, os juízes não utilizam todo o potencial contido no artigo 319 do CPP, muitas vezes até por falta de informação e conhecimento das circunstâncias do fato e do autor. Contudo, em alguns casos, essa entrevista vai situar-se numa tênue distinção entre forma e conteúdo. O problema surge quando o preso alegar a falta de *fumus commissi delicti*, ou seja, negar autoria ou existência do fato (inclusive atipicidade). Neste caso, suma cautela deverá ter o juiz para não invadir a seara reservada para o julgamento. Também pensamos que eventual contradição entre a versão apresentada pelo preso neste momento e aquela que futuramente venha utilizar no interrogatório processual, não pode ser utilizada em seu prejuízo. Em outras palavras, o ideal é que essa entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des)valoração. Neste sentido, melhor andou o PLS 554/2011 ao dispor que “a oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.” Uma vez ouvido o preso, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao defensor público para manifestação, e decidirá, na audiência fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do CPP, acerca da homologação do flagrante ou relaxamento da prisão e, após, sobre eventual pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa. Aqui é impor-

tante sublinhar, uma vez mais, que a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante pedido do Ministério Público (presente na audiência de custódia), jamais de ofício pelo juiz (até por vedação expressa do artigo 311 do CPP. A tal ‘conversão de ofício’ da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o artigo 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade), e aqui acaba sendo (felizmente) sepultada, na medida em que o Ministério Público está na audiência. Se ele não pedir a prisão preventiva, jamais poderá o juiz decretá-la de ofício, por elementar. A audiência de custódia representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso, mas ainda assim sofre críticas injustas e infundadas. Voltando para o projeto de São Paulo, infelizmente, ele apresenta dois pontos perigosos:— Possibilidade de dispensa da apresentação do preso: o artigo 3º, § 2º do Provimento estabelece que ‘fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem;— Não realização durante o plantão: segundo o artigo 10, não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (artigo 1.127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (artigo 1127, II, NSCGJ).São medidas que podem esvaziar completamente a finalidade da audiência de custódia, mantendo o estado atual da arte, em que basta a simples remessa do auto de prisão em flagrante e a burocrática e distanciada decisão do juiz. Outra situação muito preocupante (agora em relação ao PLS 554/2011) está contida na Emenda Substitutiva do senador Francisco Dornelles (PP-RJ), que permite substituir a apresentação pessoal do preso ao juiz pelo sistema de videoconferência. Tal medida exige uma leitura mais ampla, para compreender-se que mata o caráter antropológico e humanista da audiência de custódia. Substituir a apresentação pessoal por uma oitiva por videoconferência é coisificar o preso e inseri-lo no regime asséptico, artificial e distanciado do online, matando ainda a possibilidade de controle dos eventuais abusos praticados no momento da prisão ou da lavratura do auto. Não é preciso maior esforço para verificar que tal emenda substitutiva vem para atender os interesses de esvaziamento do instituto, para que se dê conta, apenas formalmente (e ilusoriamente), da exigência con-

vencional, estando ainda em completa discordância com os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos anteriormente citados. Não rejeitamos a hipótese excepcional da videoconferência, sem que seja a regra. Enfim, não há porque temer a audiência de custódia, ela vem para humanizar o processo penal e representa uma importantíssima evolução, além de ser uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos que ao Brasil não é dado o poder de desprezar.⁴

Para eles,

o regime da Constituição e do Código de Processo Penal reserva ao delegado de polícia a função de lavrar o flagrante, transformando em autos a narrativa dos condutores. Além disso, na sequência, poderá conceder fiança nas hipóteses legais. Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil. Para isso há reserva de Jurisdição. A polícia judiciária não é órgão do Poder Judiciário (é um paradoxo, mas é uma polícia judiciária não subordinada ao Poder Judiciário), mas do Executivo. Daí que a alegação de que o Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta. A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão — o delegado lava e o juiz controla. Além disso, já nessa fase, tanto Ministério Público como defesa devem sustentar as razões pelas quais a constrição cautelar deve ou não ser mantida. Há reserva de Jurisdição. Logo, além do Juiz, devem participar Ministério Público e defesa. Qual o objeto da audiência de custódia? A audiência de custódia não é uma audiência para fins de colheita de prova. É o espaço democrático em que a oralidade é garantida. Seu objeto é restrito, ou seja, não há interrogatório, nem produção antecipada de provas. Há uma prisão decorrente do flagrante e a necessidade de controle jurisdicional. O ato que era praticado exclusivamente pelo magistrado, sem participação dos jogadores processuais (Ministério Público e Defesa), agora muda completamente sua morfologia. Com

4 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>

isso, se dá também efetividade ao disposto no art. 282, § 3º, do CPP, no sentido de que o contraditório legitima o ato decisório, uma vez que pode acolher e rejeitar os argumentos, conta com a efetiva participação dos agentes processuais. Quais os passos da audiência de custódia? Na audiência de custódia deve-se seguir os seguintes passos: 1) A prisão é legal, isto é, era hipótese de flagrante? 2) Se não, relaxa-se; 2.1.) Relaxada a prisão o Ministério Público pode requerer a prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares; 3) Sustentando-se as razões do flagrante; 3.1) O Ministério Público se manifesta pelo requerimento da prisão preventiva ou aplicação de cautelares ou acolhe as razões formuladas eventualmente pela autoridade policial; 3.2) A defesa se manifesta sobre os pedidos formulados pelo Ministério Público. Se não houve pedido por parte do Ministério Público, o juiz não pode decretá-lo de ofício, já que não existe processo (CPP, artigo 311, vale conferir a redação). 4) O magistrado decide — fundamentadamente — sobre a aplicação das medidas cautelares diversas ou, sendo elas insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva. Podem ser juntados documentos e ouvidas testemunhas? Os agentes processuais podem juntar documentos para lastrear os respectivos pleitos. Não cabe a oitiva de testemunhas nessa fase. A audiência é com objeto restrito. Pode a audiência ter continuidade? Pode a audiência ter continuidade? Entendemos que sim, especialmente nos casos de violência doméstica. É muito comum que nos casos de ação penal privada ou condicionada à representação a vítima seja instada a participar do ato. Nessa situação a Delegacia de Polícia já deve deixar a vítima ciente do ato judicial. Alguns juizados de violência doméstica já estipularam horários diários para apresentação do preso e orientam a autoridade policial que intime a vítima para comparecer no mesmo horário. Como a conduta recém aconteceu, em alguns casos, a vítima está sob efeito de forte emoção e solicita um prazo maior para decidir sobre a continuidade da ação penal. Claro que sabemos da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso de lesões corporais, mas as condutas não se restringem a ela. Daí ser possível que ausente, por exemplo, comprovação da residência ou de vínculo certo do conduzido, possa-se redesignar a audiência. Em todos os casos, todavia, a decisão sobre a custódia e eventuais medidas cautelares deve ser tomada. Cabe usar videoconferência? Em alguns estados america-

nos a audiência de custódia é feita por vídeo conferência. Essa modalidade encontra ainda certa desconfiança dadas as condições de pressão que podem ocasionar no estabelecimento penal. Existe a possibilidade de um Defensor permanecer no local de custódia e participar conjuntamente do ato ou mesmo de um estar com o conduzido e outro na sala de audiências. Não podemos dizer que sempre será possível. Entretanto, com as devidas garantias, parece-nos possível. Assim, cai por terra a histeria de que muitos policiais serão obrigados a se deslocar no transporte do conduzido ao juízo. Em prisões acontecidas fora do estado de origem do conduzido ou mesmo quando deseje contratar um Defensor que não tenha domicílio no mesmo Estado ou comarca, o uso da tecnologia poderá garantir que a escolha por profissional de sua confiança se efetive. Daí a importância da tecnologia, usada sem receios e cuidados, em diversos locais do mundo, garantida a entrevista prévia com o defensor. Reconhecemos, também, que deve ser exceção e justificada, nos mesmos moldes do artigo 185, parágrafo 2º, do CPP. É que o impacto humano do contato pessoal pode modificar a compreensão. Não podemos é banalizar o uso da videoconferência sob pena de matar um dos principais fundamentos da audiência de custódia: o caráter humanitário do ato, a oportunidade do contato pessoal do preso com o seu juiz. Controle sobre a integridade física do conduzido. Se o conduzido estiver machucado ou reclamar de tortura, por mais que as lesões possam ser decorrentes do próprio ato de prisão, a leniência do Poder Público resta mitigada e será possível, ao menos, apurar a sua existência. Aliás, como temos insistido, a utilização de aparato de câmeras por parte dos agentes públicos nas suas operações evitaria tanto a alegação de autolesões praticadas pelos conduzidos, bem assim as perpetradas por agentes estatais. E a tecnologia está plenamente disponível. Existem diversos vídeos na internet que demonstram ser a filmagem uma garantia de todos, policiais e conduzidos, mas há gente que não gosta de controle, e se passa. O que se busca é transparência da ação. O futuro da audiência de custódia A base normativa é aplicável no Brasil e a audiência de custódia já é uma realidade em diversos Tribunais. A resistência de alguns é mais do que esperada. Também precisamos de um tempo para acomodação das condições materiais. Entretanto, a audiência de custódia é um caminho sem volta. Efetiva o contraditório, a transparência e o controle efeti-

vo de todos os atos, garantindo-se todos os envolvidos. Terminamos com a história da Nasrudin que um dia procurou o médico e disse: “– Doutor, todo meu corpo dói. Quando toco a cabeça com o dedo, me dói. Quando me todo aqui, no estômago, o mesmo. Quando me toco o joelho, aparece a dor. Quando toco o pé, me dói. Que devo fazer? Como posso aliviar a dor?” O médico examina e diz: “– Teu corpo está bom. Porém tens o dedo quebrado...”⁵

E concluem:

Dê uma chance de pensar a questão da audiência de custódia por outro caminho. Quando você vai a um restaurante chique e pede um prato diferente e caro, mesmo que não goste, come até o final ou pede outro? A maioria das pessoas reclama e continua comendo. O mesmo acontece quando vamos a um cinema e relutamos em nos levantar e ir embora porque o filme é ruim. Caímos na armadilha dos custos afundados (*sunk cost*). Pessoas que sempre investiram na poupança, mesmo que hoje ela não reponha sequer a inflação, mantêm o dinheiro perdendo mensalmente. Sempre fizeram isso e mudar parece algo perigoso. Esta tendência de aversão a mudanças pode nos servir para compreender o motivo de tanta resistência à audiência de custódia. A audiência de custódia é uma etapa do alinhamento do Processo Penal brasileiro com as Declarações de Direitos Humanos. Talvez por isso seja tão complicado falar dela para quem mantém a mentalidade autoritária. A convenção se aplica ao Brasil e era ignorada, como, aliás, boa parte da normativa de Direitos Humanos. Nenhuma novidade, dirão. E a posição que defendemos em artigos anteriores e agora aprofundada no livro *Processo Penal no Limite*, publicado esta semana, é mantida, com um toque a mais. Participamos, paralelamente, de diversos encontros discutindo o tema com magistrados, membros do Ministério Público, defensores, advogados, Delegados de Polícia, Policiais Militares, estudantes, enfim, com vários intervenientes, sendo que a maioria era contra sem ao menos se informar. Não sabiam do que era, nem de como funcionava, mas estufavam o peito e diziam: sou contra. É uma infantil resistência ao novo,

5 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>

ao diferente, do estilo “não sei, não conheço, mas não gosto”. A desinformação sobre o conteúdo, o lugar e a função da audiência de custódia, beira à birra adolescente. Praticada em diversos países, tanto da Europa como da América Latina, parece, para alguns ter sido inventada pelo Conselho Nacional de Justiça. A história do CNJ não ajuda, pois elaborou diversas Resoluções de duvidosa constitucionalidade, propagou o medo na magistratura e com suas metas gerou o pânico por qualquer iniciativa. Falar de CNJ passou a ser proibido e colhe os efeitos de atuações recentes desastrosas. Com a atual conformação, especialmente presidência e corregedoria, em vez de perseguições às bruxas, buscou-se implementar a normativa internacional, algumas políticas anteriores foram modificadas e, acima de tudo, há uma mudança qualitativa. Preocupa-se, agora, também, com as grandes diretrizes do Poder Judiciário, ouve a base, sem que necessariamente fale o que desejam. Dentre as iniciativas corajosas está a de enfrentar o encarceramento verificado nos últimos anos e os custos do sistema penal. A questão é que estamos prendendo mal. Faltam recursos para implementação de meios abertos, monitoramento eletrônico, programas de egressos, etc. E aí reside o equívoco. Para que tenhamos uma ideia aproximada, em Santa Catarina, cada condenação por cinco anos de prisão significa um custo anual de R\$ 48 mil, que, multiplicado pelo total, significaria R\$ 240 mil. Basta multiplicarmos para ficarmos assustados. A previsão é que se gaste, em 2015, cerca de R\$ 800 milhões. E o custo de um preso mensal, inclusive cautelar, implica em R\$ 4 mil. A conta de cada prisão cautelar é arcada por toda a sociedade. Por isso não levar em conta isso no encarceramento em massa ou é ingenuidade ou má-fé, muitas vezes financiada pelas empresas de presídio privados nunca lucraram tanto. Já pensou que maravilha ter um hotel lotado e com mais demanda? Mark Twain escreveu que “Se a única ferramenta é o martelo, todos os seus problemas serão pregos.” Se a única ferramenta é a prisão (cautelar), não restaria outra opção. Daí que houve a reforma de 2012, inserindo-se cautelares diversas da prisão (CPP, artigo 319), os quais apresentam indicam modelos múltiplos de garantia do processo e não de antecipação de pena. Mas a mentalidade que somente procura pregos, não consegue compreender que está nos levando à falência com os custos do sistema que abastece. Quem prende cada vez mais, por qualquer motivo, mesmo cabendo medidas cautelares, no

fundo, por não sentir o dinheiro de seu bolso, cai na armadilha da Tragédia dos Comuns, já que nos obriga, como Estado, a arcar com mais recursos para prender gente. Pode-se dizer que sofrem da deformação do especialista, pois como são agentes vinculados ao sistema penal, respondem, quase sempre, com pena. E nos levam à falência. A audiência de custódia acaba com o conforto da decisão imaginada pelo flagrante, exige contato humano, com o impacto que proporciona, fazendo com que se possa prender melhor, a partir das razões que forem apresentadas. Nos estados em que já está sendo implementada, muitos opositores se renderam à qualidade do ato, até porque sustenta o lugar de garante do Juiz, tanto pelos flagrantes, prendendo quando for o caso, bem assim evitando que pessoas fiquem presas para além do necessário. Controla-se, por fim, os casos de tortura reais ou inventadas. A potencialização do caráter antropológico do ritual judiciário é um valor inestimável da audiência de custódia, pois fortalece o contato pessoal, o olho no olho, a responsabilidade pela palavra dada, seja por parte do imputado (que ali assume um compromisso com o juiz pela liberdade concedida), seja por parte do juiz. É ainda um ato ético, alinhado com a ética da alteridade. Na dimensão processual, fortalecemos a estrutura dialética, pela presença do Ministério Público (que pedirá ou não a prisão preventiva, acabando com a absurda ‘conversão do flagrante em preventiva sem pedido’), e também da defesa (permitindo o real contraditório neste ato tão importante). Tudo em contraditório (e salve Fazzalari), com oralidade e contato direto e pessoal com o juiz. Isso é democracia processual diria Bettiol. Sempre fizemos do mesmo jeito, mas talvez possamos olhar para o futuro e ver o que há de bom na legislação em vigor no Brasil e procurarmos aplicar. Não podemos ser como o sujeito que está numa relação (amorosa, de emprego etc.) ruim e simplesmente não possui coragem de mudar porque já investiu muito tempo e dinheiro nela. Talvez sejamos românticos demais, até porque muitos preferem uma vida tacanha com medo do futuro e do desconhecido. A implementação da audiência de custódia, que não salvará o mundo, mas poderá alinhar o regime de cautelar brasileiro ao modelo internacional é para quem tem coragem, não para quem tem medo do desconhecido.⁶

6 <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>

E no Estado da Bahia?

De certa forma, o Estado da Bahia é pioneiro na implementação da audiência de apresentação, pois desde setembro de 2013 foi criado o Núcleo de Prisão em Flagrante pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

Já a audiência de custódia foi oficialmente implantada no dia 28 de setembro de 2015. O presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Eserval Rocha, e o governador do Estado assinaram o termo de adesão ao termo de cooperação técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa para a implantação das audiências. Nesta data, a Bahia era o 16º Estado a aderir ao projeto.

Como foi dito, a Bahia, desde 9 de setembro de 2013, contava com o Núcleo de Prisão em Flagrante, um projeto pioneiro no Brasil, que já decidia de forma eficaz essas questões, com a participação de juízes, defensores públicos e promotores de justiça que, em um mesmo local, trabalham para atuar especificamente nessas prisões.

Em seguida, foi realizada a primeira audiência de custódia no Estado, em solenidade simbólica, no auditório do Tribunal de Justiça. Flagrado pela polícia com uma arma de calibre 32, sem o porte necessário, Jair Pereira dos Santos foi preso e encaminhado à delegacia para a lavratura do auto de prisão. De acordo com o que prevê a lei, 24 horas depois ele estava à frente do juiz para participar da audiência na qual seria decidido se haveria necessidade ou não de continuar custodiado, preso. Ouvido pelo magistrado, coordenador do Núcleo de Prisão em Flagrante, e que presidiu a audiência, o preso teve a liberdade provisória concedida, após o Ministério Público e a Defensoria Pública se pronunciarem sobre a questão. Jair Pereira dos Santos tem residência fixa e não possui antecedentes criminais, dentre outros requisitos considerados pelo juiz de direito (vejam as imagens em <https://www.flickr.com/photos/tjbahia/sets/72157657470881288>).

Oxalá, na Bahia de Todos os Santos, dê certo! Só o tempo dirá.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: da boa intenção à boa técnica

VANDERLEI DEOLINDO*¹

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de despertar reflexões aos estudantes e demais operadores do direito processual penal, e procurando traduzir mais questões de ordem prática do que doutrinárias ou jurisprudenciais, em face do recém-efetivo despertar do tema no cenário jurídico nacional, o presente estudo procura desenvolver apontamentos em relação à instituição do projeto “Audiência de Custódia”, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça e aderido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no âmbito da comarca de Porto Alegre, desde o dia 31 de julho de 2015.

Num primeiro momento, são desenvolvidas rápidas considerações relativas ao “contexto histórico”, procurando pontuar o desenvolvimento do processo penal no passar dos séculos. Marca as épocas de intolerância e arbítrio, amainadas pelas ideias do Iluminismo, passando pelos efeitos da II Guerra Mundial e chegando aos momentos atuais, em especial no Brasil, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na sequência, são destacados os “novos tempos” em que vive a sociedade brasileira, firmados em valores humanos que precisam ser cada

* Juiz de Direito, coordenador do Plantão Judiciário do Foro Central de Porto Alegre/RS. Mestre em Administração Judiciária, FGV/Rio. Consultor interno do Plano de Gestão Estratégica do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

vez mais incorporados à cultura das pessoas, para que se compreenda que a regra atual é a garantia da liberdade, mesmo àqueles acusados de práticas criminosas, passando-se à prisão somente após o devido processo legal com ampla defesa e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Prisão antes de sentença transitada em julgado deve ser considerada a exceção, conforme iterativa jurisprudência.

Procurando não se afastar do tema principal, mas pela relevância, são enfatizadas reflexões acerca “das vítimas e dos vitimizados”, aparentemente esquecidos pelo sistema criminal, que concentra suas atenções na defesa e nas garantias do flagrado, do preso, ou do réu.

Em quarto momento, são desenvolvidos apontamentos relativos aos institutos “da prisão em flagrante e da liberdade provisória”, destacando o procedimento a ser seguido pelo juiz desde o recebimento do auto de prisão em flagrante, a análise de sua legalidade formal, com o cumprimento das garantias constitucionais e legais, e as alternativas que deve garantir ao flagrado, concedendo-lhe liberdade provisória, com ou sem fixação de fiança ou medidas cautelares, ou, ainda, conversão em prisão preventiva, excepcionalmente.

Na sequência, em quinto, sexto e sétimo momento, são explanadas considerações relativas à audiência de custódia propriamente dita, “do direito de ser apresentado a um juiz”, “da previsão constitucional e legal”, e “dos pactos internacionais”. Procura indicar o vínculo jurídico entre os direitos do preso em flagrante, as previsões estabelecidas no ordenamento jurídico nacional, em especial na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Leva em conta as disposições dos pactos internacionais de 1966 e 1969, dos quais o Brasil é signatário desde 1992, porém sem aplicação efetiva no âmbito da Justiça brasileira.

Em nono momento, é registrada a posição “da magistratura gaúcha” em relação à importância da audiência de custódia dos presos em flagrante em geral e da própria cidadania, porém atrelada à necessidade de lei federal de natureza processual (e não por ato administrativo) que a estabeleça e defina seu procedimento, consoante imposição constitucional.

Em décimo momento, são destacadas as justificativas “do projeto idealizado pelo CNJ”, que apontam o desapego das matrizes garantistas e o

rigor na aplicação das leis pelos juízes brasileiros como a causa única do aumento da população carcerária brasileira. Nesse ponto, o texto salienta discordância à justificativa, por deixar de considerar os vários outros fatores que estão a contribuir para o aumento da criminalidade e o consequente aumento de presos no país.

“Das causas do aumento da população carcerária”, tópico especial, complexo e extremamente importante, desenvolve considerações que continuam a análise do item anterior. Longe de querer esgotar as causas, procura estimular reflexões quanto ao quadro da criminalidade crescente e que tanto preocupa a sociedade em geral.

Já encaminhando para o final, são destacados os “dados da comarca de Porto Alegre”, comparando a movimentação do Plantão Judiciário do Foro Central nos meses de agosto e setembro de 2014 e nos mesmos meses de 2015, após a instituição das audiências de custódia.

Por fim, em “dos procedimentos da audiência de custódia” são compiladas as incongruências durante a realização do ato, que, por não ter normatização em lei específica, permite que cada juiz conduza o ato de uma forma diferente, não obstante os esforços para padronização, mas que naturalmente é limitada pelo poder jurisdicional de cada magistrado.

O presente estudo encerra com a “conclusão”, ainda que parcial, relativamente à instituição das audiências de custódia na comarca de Porto Alegre. Aponta algumas dificuldades detectadas, sobretudo quanto ao local e procedimento, reservando destaque aos benefícios alcançados, mormente quanto à atenção dispensada às circunstâncias da prisão e à integridade física e moral dos flagrados. A sociedade, enfim, por vias oblíquas, termina sendo a maior beneficiada.

CONTEXTO HISTÓRICO

Houve época na história da humanidade em que o arbítrio era a regra. A força do líder dominante estabelecia as obrigações dos dominados, realizava julgamentos sumários dos acusados por crimes e os punia severamente quando fosse o caso. Na Idade Média, imperavam métodos abomináveis

de tortura. As masmorras acumulavam presos submetidos a toda ordem de abusos e doenças. No passar dos séculos, surgiram novas luzes sobre a humanidade, especialmente na segunda metade do século XVIII, resultando no aperfeiçoamento das relações humanas. Sobrevieram os Poderes de Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, constituídos para repartir o exercício do poder, preponderantemente absolutista até então. Montesquieu¹ prestou relevante contribuição nesse período, com suas ações políticas e sua obra *Do espírito das leis* (1748). Houve o desenvolvimento de regras processuais penais, elaboradas pelos Legislativos e aplicadas pelos Judiciários, de forma a investigar a autoria dos crimes e punir com justiça os ditos culpados, segundo os valores e princípios daquele momento histórico. Nessa fase intermediária, nem tão distante, e até poucas décadas atrás, se não regra absoluta, era muito comum prender antes os apontados como autores de crimes, submetendo-os a métodos de investigação reprováveis, para depois julgá-los e puni-los na sequência, conforme as leis vigentes.

NOVOS TEMPOS

Os tempos mudaram. Certo é que ainda existem sistemas de persecução criminal (civis e/ou militares) com poder de investigação e de execução criminal que se excedem nas formas de apuração dos fatos e de cumprimento das penas. Presos são submetidos a agressões e torturas, jogados dentro de casas prisionais superlotadas, que terminam originando mais revolta e aprofundamento no mundo da criminalidade, em prejuízo da população em geral. Mas também existem outros sistemas, de sociedades ditas democráticas e mais apegadas a valores humanos, que vêm desenvolvendo esforços no sentido de processar conforme um devido processo legal, com ampla defesa e possibilidade de recurso das decisões fundamentadas, passando, então, a punir os criminosos culpados de forma digna. Dessa forma, procura evitar que, ao final da pena, o apenado egresso volte a ser ou venha a se tornar um risco social ainda maior.

1 Charles Montesquieu, nascido em Bordeaux, França, em 1689 e falecido em 1755. Político, escritor e importante filósofo francês do Iluminismo.

A aplicação de pena, com maior ou menor rigor, deve levar em conta o caráter punitivo sobre a pessoa do infrator, mas também, e principalmente, o preventivo, visando a evitar práticas semelhantes no meio social, desestimulando potenciais criminosos. Na sequência, e como afirmado anteriormente, imperioso não se olvidar do cumprimento digno da pena, de forma a se tentar ressocializar ou pelo menos devolver o infrator à sociedade, sem revoltas diante de abusos que possa sofrer ou tenha sofrido, enfim, não pior do que entrou no sistema prisional. Muito ainda há que ser feito pela sociedade, tanto em relação à prevenção da criminalidade, por meio de políticas públicas de justiça social, aperfeiçoamento da administração do sistema prisional e de cumprimento de penas em geral, principalmente as privativas de liberdade, e mais ainda em relação às vítimas das violências praticadas, não raras vezes largadas à própria sorte, na busca de cura para os traumas sofridos.

DAS VÍTIMAS E DOS VITIMIZADOS

O constante aperfeiçoamento das normas de processo penal, conforme as matrizes garantistas previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais, ao contrário do que se possa pensar num primeiro momento, em verdade vem ao encontro dos interesses da sociedade. Uma investigação, seguida de um processo penal com ampla defesa e contraditório, associado a um sistema de cumprimento de penas firmado no princípio da dignidade da pessoa humana, inegavelmente se constitui na concretização de um ideal, que sempre deve ser perseguido pelos sistemas criminais democráticos, pois atende aos interesses dos presos e também das vítimas, pelo menos de forma indireta.

E, nesse particular, pela importância do tema, não se pode deixar de observar rápidas considerações relativas às vítimas e aos vitimizados, sendo estas as pessoas que, apesar de não terem sofrido o dano direto praticado pelo agressor, terminam também sofrendo os efeitos do dano causado. Embora não objeto deste estudo, é evidente que o sistema penal se preocupa com elevada e, para alguns, demasiada ênfase em relação ao

réu, e quase nada quanto às vítimas, com recente e louvável exceção quanto às mulheres vítimas de violência doméstica, segundo a recente Lei nº 13.340/2006, a exigir, ainda, maior efetividade. De modo geral, ocorre negligência do sistema jurídico às vítimas e aos familiares dependentes, que não dispõem de proteção e atendimento efetivo das políticas públicas. Esse quadro precisa ser objeto de profunda reflexão dos operadores do direito e administradores públicos, visando a gerar legislação e medidas efetivas nesse sentido, com a criação de estrutura institucional para tais fins. O que se observa no meio social, atualmente, são projetos desenvolvidos por instituições que enfrentam toda ordem de dificuldades para prestarem apoios às vítimas, sem amparo financeiro estatal adequado.

DA PRISÃO EM FLAGRANTE E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Quanto aos presos em geral, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, e com a incorporação expressa do princípio da presunção da inocência, no art. 5º, LVII, passou a jurisprudência a reconhecer, sistemática e gradativamente, a garantia processual atribuída aos acusados pela prática de uma infração penal de não serem considerados culpados por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Por consequência, pelo menos doutrinária, legal e jurisprudencialmente, somente em casos excepcionais o sistema jurídico brasileiro passou a admitir a denominada prisão “não-pena”² (prisão em flagrante, preventiva, temporária – Lei nº 7.960/89 –, estas duas últimas de natureza eminentemente cautelar), determinada antes da sentença penal condenatória transitada em julgado. E esse tem sido o modelo atual vigente no país; ou seja, a regra é o acusado responder ao processo criminal em liberdade, autorizado o recolhimento ao cárcere somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a “prisão-pena”.

Como dito, a regra do sistema atual é o acusado da prática de um crime responder ao respectivo processo em liberdade, e somente se esti-

2 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Classificação “prisão-pena” e “prisão não-pena”.

verem presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP) é que será admitido o seu recolhimento à prisão. Mesmo em caso de flagrante delito, nas hipóteses do art. 302 do CPP, é direito do flagrado ter o auto de prisão em flagrante analisado por um juiz dentro de 24 horas (art. 306, § 1º). Descumprido algum dos requisitos estabelecidos em lei, caberá ao magistrado não homologar o auto de prisão em flagrante e determinar o relaxamento da prisão, colocando o flagrado em liberdade plena, mediante a expedição imediata de alvará de soltura. Em segunda análise e em ato contínuo, reconhecida a legalidade da prisão em flagrante, o que resultará na homologação do auto, mesmo assim, deverá o juiz analisar a possibilidade e a conveniência de substituição da prisão por medida cautelar alternativa, conforme os termos do art. 310, II, do CPP, conforme as alternativas constantes da nova redação do art. 282 do CPP, segundo a Lei nº 12.403/2011.

De forma excepcional (mas não tão excepcional na prática, pois a maioria ainda permanece presa), poderá o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, fundamentadamente. Ou seja, se estiver presente algum dos requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP – garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, e desde que exista prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria), e sempre em forma fundamentada (art. 93, IX, CF), poderá o juiz “converter” a prisão em flagrante em preventiva. Nessa hipótese, será mantido o flagrado preso preventivamente, de forma a “prevenir” quaisquer das hipóteses previstas em lei. Finalmente, existe a possibilidade, ainda, de ser “decretada” a prisão preventiva em qualquer fase da investigação ou do processo penal, de ofício neste, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, consoante o art. 311 do CPP.

DO DIREITO DE SER APRESENTADO A UM JUIZ

Aspecto relevante a ser considerado, entretanto, diante disso – da legalidade do auto de prisão em flagrante e da possibilidade de aplicação de

medida cautelar alternativa e/ou, excepcionalmente, conversão em prisão preventiva –, é que a análise pelo Poder Judiciário vinha se dando somente no âmbito formal, ou seja, decorria de análise apenas do auto de prisão em flagrante, sem contato pessoal entre o magistrado e o preso em audiência judicial.

Isso ainda ocorre porque não havia e continua não existindo nos milhares de comarcas dos mais diversos municípios do Brasil nenhuma audiência de apresentação do recém-presos a um juiz, magistrado investido de poderes jurisdicionais, equidistante do teatro social, para apreciar o caso e analisar de forma imparcial a legalidade da custódia do flagrado. No mesmo ato, caberá a esse magistrado analisar as formalidades da prisão em flagrante, verificar as suas circunstâncias, em especial quanto a eventuais excessos, torturas, abusos de autoridade, enfim, atos que possam ter atentado contra a integridade física ou moral do flagrado. Também não ocorre a audiência de apresentação com as instituições fundamentais à administração da Justiça, reunindo-se o flagrado, o juiz, juntamente com os demais atores do processo penal, defesa (OAB/Defensoria Pública – atentos, sobretudo, aos direitos do flagrado) e Ministério Público, também atento aos direitos do flagrado, porém com ênfase aos interesses da sociedade.

DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXI, dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. No mesmo sentido, os direitos e garantias fundamentais são desenvolvidos no inciso seguinte, LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada”.

A exemplo da Constituição Federal, também as regras expressas do Código de Processo Penal não fazem menção à audiência de “custódia” ou de “apresentação” do preso em flagrante a um juiz ou a pessoa com poderes judiciais (arts. 301 a 310 do CPP). Por sua vez, o art. 22, I, da Constitui-

ção Federal estabelece que é competência privativa da União legislar sobre direito processual. Não se pode olvidar, todavia, do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/88, que consagra que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E segue o parágrafo seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

Importa destacar que, antes dessa previsão constitucional, o art. 1º do Código de Processo Penal já estabelecia que “o processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional”. Depreende-se, pois, que, apesar dos respeitáveis dissensos ainda existentes, há possibilidade de imediata aplicação das normas previstas nos pactos internacionais que preveem as audiências de custódia.

DOS PACTOS INTERNACIONAIS

Foi após a II Guerra Mundial que os povos passaram a se preocupar com maior ênfase quanto aos direitos humanos, e passaram a entabular tratados e convenções com o objetivo de preservar esses direitos e manter a paz e segurança internacionais. O Conselho da Europa, criado em 05 de maio de 1949, é a mais antiga instituição política e a maior associação de Estados da Europa. Por ele surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagrou a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em Roma, em data de 04 de novembro de 1950.

O professor e promotor de justiça do Rio Grande do Sul Dr. Mauro Fonseca Andrade, em parceria com o eminente professor Pablo Rodrigo Alflen, na obra *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*³, relati-

3 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

vamente à Convenção Europeia, bem destacam os objetivos da audiência de apresentação originariamente prevista no velho mundo naquela época, preocupação com uma realidade de abusos na fase investigatória e que não é privilégio somente do Brasil de hoje. Salientam os nobres professores que:

o objetivo pensado para essa apresentação é que ela servisse como mecanismo de controle sobre a atividade de persecução penal realizada pelo Estado, em especial sobre as instituições encarregadas dos atos anteriores ao ajuizamento da ação penal condenatória, ou seja, aquelas que executariam atos de investigação criminal. Evitar-se-ia, com isso, o risco de incidência de um dos principais problemas verificados nessa fase inicial da persecução penal, que é a ocorrência de tortura ou maus-tratos aos indivíduos que houvessem sido presos em flagrante ou a título preventivo por ordem das forças estatais diversas do Poder Judiciário.

Desde 06.02.1992, por meio do Decreto nº 592, o Brasil é signatário do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 1966, cujo item 3 do art. 9º dispõe da seguinte forma, *verbis*:

ARTIGO 9

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um 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. (Grifei.)

Em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), também ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 678, de 09 de julho de 1992, dispôs de forma semelhante no item 5 do art. 7º:

ARTIGO 7

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 posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Grifei.)

Os referidos pactos, portanto, possuem força normativa no sistema jurídico nacional, em especial no processo penal, e, por se tratar de matéria de direitos humanos, como dito anteriormente, remanescem dissensos quanto à exigência de leis específicas para reger temas de ordem geral. A realização das audiências de custódia nos dias atuais exige uma série de cautelas, a fim de serem evitadas nulidades processuais. Isso porque ocorreram várias alterações no procedimento criminal brasileiro no passar de décadas desde a edição do pacto – o legislador interno fixou o ato do interrogatório para após a colheita da prova –, havendo entendimentos segundo os quais é direito do réu somente ser interrogado ao final do processo. Portanto, a sua oitiva logo após a prisão poderia, em tese, afrontar um direito de defesa, a ponto de macular a instrução processual. Não se pode perder de vista, no entanto, que o ato objetiva, também, e fundamentalmente, oportunizar ao preso, além dos esclarecimentos quanto ao fato – facultado o direito ao silêncio –, o que fica a seu critério segundo a orientação da defesa técnica, informar acerca de eventuais abusos (torturas, agressões físicas ou morais que exijam providências contra o poder persecutório estatal ou contra terceiros autores desses abusos) praticados quando de sua prisão.

DA MAGISTRATURA GAÚCHA

Tais fundamentos constitucionais foram determinantes aos juízes do Rio Grande do Sul, que em Encontro Estadual de Magistrados, realizado na Escola Superior da Magistratura, neste ano de 2015, deliberaram, por ampla maioria, embora reconhecendo a importância do ato judicial de apresentação do preso em flagrante, a não obrigatoriedade de cumprimento de

atos administrativos estaduais que venham a instituir e reger a realização de audiências de custódia, o que pode ser feito somente por lei federal.

Mesmo assim, considerando que o Brasil é signatário dos pactos acima destacados, e objetivando alinhar as ações do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul às iniciativas de gestão editadas pelo CNJ, contando, ainda, com a concordância dos juízes que atuam no Plantão Judiciário do Foro Central de Porto Alegre, foi julgada pelo Conselho da Magistratura⁴ a Resolução nº 1087/2015, que institui projeto-piloto para realização de audiências de custódia pelo Serviço de Plantão Judicial do Foro Central, nos casos de prisão em flagrante na comarca de Porto Alegre.

DO PROJETO IDEALIZADO PELO CNJ

A realização do projeto “Audiência de Custódia” vai ao encontro da missão do Poder Judiciário nacional – “Realizar Justiça” –, prevista no Planejamento Estratégico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça⁵, órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A, da CF/88).

Seguindo essa missão institucional, coube ao CNJ o lançamento de projeto nacional objetivando instituir o compromisso de realização de justiça. O termo de abertura do projeto, ao tratar da justificativa e dos benefícios, registra que, com base em dados aferidos em junho de 2014, a população carcerária do país já alcançava o quantitativo de 563.526 pessoas, entre as quais, deste total, 41% seriam de pessoas presas provisoriamente.

Na sequência, informa que o Brasil figura entre os quatro países com o maior índice de pessoas presas, ficando atrás, somente, de Estados Unidos, China e Rússia. Passa a salientar que no país a população carcerária, entre os anos de 1995 e 2005, segundo dados do Ministério da Justiça, saltou de 148 mil pessoas privadas de liberdade para 361.402, o que representou um crescimento de 143% em uma década. A justificativa refere que, de forma anacrônica, a redemocratização do país acompanhou o aumento dos índices de criminalidade e o inchaço do contingente prisional,

4 COMAG – Processo nº 0010-15/000975-2, de 07.07.2015.

5 www.cnj.jus.br

indo de encontro às premissas da Carta Magna, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e como princípio substancial a presunção da inocência.⁶

E continua a referida justificativa: “O grande desafio, pois, é entender: como o Brasil alcançou essa realidade, malgrado o nosso amplo sistema de direitos e garantias? Por que o grande índice de presos provisórios, se as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 12.403/2011 conduziram, por lógica, à sua diminuição? Afinal, por que a prisão cautelar não é a coadjuvante do sistema penal e, definitivamente, encarada como exceção?” No último relatório apresentado pelo grupo de trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU⁷, a situação brasileira é descrita como alarmante. “Embora o sistema de justiça criminal brasileiro trabalhe sob matrizes garantistas, a decretação da prisão cautelar continua sendo amplamente assumida pelo Judiciário local sem maiores reflexões”. A exceção, portanto, virou regra, e os efeitos nefastos de práticas encarceradoras coincidem e incrementam a crise que se instalou no sistema prisional de todo o país. Segundo o relatório já citado, “a presunção de inocência consagrada na Constituição parece ser uma prática abandonada pelos juízes que recorrem em muitos momentos à prisão cautelar como primeira medida”.

Finaliza a justificativa informando que 37% dos presos provisórios terminam sendo condenados a penas diversas das privativas de liberdade. Enfim, diante do referido quadro, o CNJ propõe, **“percebendo a necessidade de provocar reflexões bem mais comprometidas sobre a utilidade e a adequada utilização das medidas cautelares em face do sistema de justiça criminal, a implantação e operacionalização da prática da denominada ‘audiência de custódia’, também chamada de ‘audiência de apresentação’, enquanto ato por meio do qual se dará a apresentação do autuado pre-**

6 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e a propriedade, nos termos seguintes:

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

7 UNITED NATIONS. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Brazil (18 to 28 March 2013)*. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/27/48/Add.3>. Acesso em: nov. 2014.

so em flagrante delito perante um juiz, permitindo-lhes o contato pessoal como método de melhor pautar as providências previstas no art. 310 do Código de Processo Penal, assegurando-se, com isso, e mais concretamente, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, conforme prevê o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que se constituem em autênticas franquias legislativas, malgrado providas de fonte externa”.

Numa primeira análise, chama a atenção a forma crítica (aparentemente exagerada – talvez proposital) com que a justificativa aponta como motivo fundamental para o lançamento do projeto nacional a relação entre o aumento da população carcerária e o desapego dos juizes brasileiros na aplicação de matrizes garantistas já existentes.

O ministro Ricardo Lewandowski, presidente do STF e do CNJ, embora pessoalmente não reprise a causa constante da justificativa do projeto, destaca a sua importância afirmando: “nós prendemos muito e prendemos mal. Temos cerca de 600 mil presos no Brasil e o pior de tudo é que 40% são presos provisórios, ou seja, são 240 mil pessoas encarceradas nesse nosso país em flagrante ofensa ao princípio da presunção de inocência”.⁸

Num jogo de palavras, nota-se que as palavras do eminente ministro possuem conotação diversa, pois não referiu simplesmente que “prendemos muito mal”, como poderia dizer, o que corroboraria a justificativa que aponta, simplesmente, o rigor judicial e o desapego das matrizes garantistas como a causa do aumento da população carcerária. “Prendemos muito e prendemos mal” é fato, pois é decorrência do aumento da criminalidade no Brasil, associado a prisões desumanas pelo país afora.

No Rio Grande do Sul, berço do garantismo penal, os dados são diferentes, pois o Estado gaúcho conta com uma população carcerária na casa dos 28.059 presos, sendo 35% deles ainda não julgados.⁹ Afora o exagero

8 *AMB Informa*: Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 166, p. 7, jul./ago. 2015.

9 *Zero Hora*, matéria de Humberto Trezzi, publicada em 30.07.2015, às 15h49, ao acompanhar o lançamento do projeto “Audiência de Custódia” na comarca de Porto Alegre, RS, com a presença do presidente do STF e do CNJ, min. Lewandowski.

na atribuição de culpa ao rigor dos juízes brasileiros, não se pode deixar de considerar a importância do CNJ e do projeto desencadeado, pois existem muitos Poderes Judiciários pelo nosso Brasil, em cada um dos Estados, e nas vezes em que ocorre o dito desapego das matrizes garantistas, indica-se uma falta de cultura que precisa ser enfrentada, construída e disseminada nacionalmente no passar dos tempos. São múltiplos os casos de prisões provisórias por crimes afiançáveis que, mesmo em caso de condenação, originarão penas diversas da privativa de liberdade. Diversos os casos em que vários presos provisórios serão absolvidos. Muito mais são os casos nos quais as medidas cautelares alternativas previstas no CPP podem ser aplicadas, em substituição ao encarceramento imediato, privilegiando-se o princípio da inocência. E, nesse particular, o CNJ passou a gerir dados nacionais que justificam a instituição de projeto dessa natureza.

O que merece questionamento, e esse é o ponto de destaque, é a apresentação do projeto nacional firmado em justificativa que, apenas e tão somente, aparece como alternativa para diminuir e/ou solucionar o problema do aumento da população carcerária do Brasil. Não se pode deixar de considerar que a importância do projeto passa, antes de tudo, pela instituição de procedimento voltado à defesa da cidadania, das pessoas que eventualmente venham a se envolver em prática criminosa ou sejam acusadas de ato criminoso. Consagra a essas pessoas o direito de serem ouvidas por um juiz dentro de 24 horas, o que é uma conquista e uma segurança a cada um e a todos em geral. Oportuniza ao acusado da prática de um crime ser ouvido por um juiz, que por sua natureza mantém equidistância dos sistemas policiais e prisionais, com esperada imparcialidade para analisar o direito em sua total dimensão.

Por outro lado, não se pode esquecer que o objetivo do direito penal é manter a paz social, punindo e retirando do convívio social aqueles que não agem de acordo com a lei vigente, que se dedicam a práticas criminosas em prejuízo da imensa maioria, a sociedade como um todo, que é ordeira, de bem, voltada para a prática dos bons costumes. Essa “triagem”, depois de ouvir a defesa e o Ministério Público, todavia, deve ser feita por juízes togados, magistrados rigorosamente selecionados e que apresentam

preparação técnico-jurídica e experiência para dizer o direito nos casos concretos.

DAS CAUSAS DO AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

É importante reforçar que a população carcerária no país vem aumentando porque a criminalidade também vem crescendo assustadoramente, e não somente por causa do desapego dos juízes diante das matrizes garantistas ou do exagerado rigor na aplicação das leis pelos juízes brasileiros. Os dados das Secretarias de Segurança dos Estados, embora algumas vezes maquiados para atender a interesses políticos, em regra indicam o aumento da criminalidade a cada ano, em especial para determinados crimes, como tráfico de entorpecentes, roubo de veículos, receptação de veículos, roubos a pedestres e furtos.

É de se considerar, ainda, que um número expressivo sequer ingressa nas estatísticas, pois as vítimas não levam ao conhecimento da polícia, tamanho o descrédito em relação ao sistema. Mais preocupante ainda é o fato de que os números relativos às prisões em flagrante (e que servem aos estudos relativos às audiências de custódia e à relação do número de presos provisórios) somente expressam parte do contingente de crimes praticados no meio social todos os dias e noites, pois a grande maioria não resulta em auto de prisão em flagrante. Ou seja, são praticados muito mais crimes do que são objeto de autos de prisão em flagrante. Daí porque o sentimento de insegurança da população é ainda maior.

Então, é necessário atuar nas causas, e não somente nos efeitos. A ausência ou ineficiência de políticas de Estado junto às populações mais pobres, educação familiar e escolar, pobreza patrimonial e moral, desemprego, crises econômicas, impunidade, entre tantos outros fatores, precisam de efetiva atenção dos gestores públicos, buscando suporte na sociologia, na criminologia e outras ciências, para que se desenvolvam efetivos atos de gestão visando a transformações no passar das próximas décadas. Há que se considerar que a sociedade não está aguentando a situação de exposição à criminalidade como vem ocorrendo por toda a parte, em especial nas

grandes cidades. É fundamental que se pensem alternativas equilibradas para proteger as pessoas de bem, que trabalham, que pagam seus impostos, que agem conforme a lei e que mantêm o sistema criminal existente.

DADOS DA COMARCA DE PORTO ALEGRE

O Plantão Judiciário do Foro Central de Porto Alegre se constitui em serviço do Poder Judiciário estadual com a missão de apreciar os casos urgentes que não podem esperar o início do expediente forense. O atendimento dá-se durante 24 horas por dia, todos os dias da semana, no prédio do Foro Central I. Atende causas cíveis, de família, tributárias, administrativas, comerciais, criminais, enfim, toda a elevada gama de temas de competência da Justiça Comum. Atualmente o Plantão Judiciário é composto por sete juízes, que se revezam diariamente conforme uma escala mensal, além de servidores para atender as pessoas e cumprir as decisões judiciais expedidas pelos magistrados plantonistas, além das cartas precatórias de urgência vindas de todo o Estado e do país. No mesmo local, também funciona um posto da Defensoria Pública e do Ministério Público, o primeiro para atender as pessoas que não reúnem condições para contratar advogado particular, e o segundo para atuar nas causas previstas em lei, na defesa dos interesses da sociedade.

Os dados abaixo, relativos somente à matéria criminal, foram colhidos nesses dois primeiros meses de implantação do projeto “Audiências de Custódia” (agosto e setembro de 2015), procurando comparar com os dados dos mesmos meses do ano anterior. É necessário considerar algumas variáveis, como a redução da atividade policial nesse ano, em face da crise financeira por que passa o Estado. Por isso se notam números menores de flagrantes no ano de 2015, pelo menos nesses meses iniciais de parcelamento de vencimentos pelo governo do Estado, represálias políticas etc. Observa-se que nos tipos penais, autos de prisão em flagrante homologados e não homologados, foi considerado o número de autos de flagrante. Já nos números relativos às liberdades provisórias, fianças e conversões de prisões em flagrante em prisões preventivas, por vários crimes terem sido

praticados por mais de um indivíduo, foi contabilizado o número de flagrados.

	ago./14	ago./15	set./14	set./15
Tráfico (*)	147	57	131	48
Roubo (**)	74	95	95	101
Furto	60	34	68	28
Receptação (***)	25	54	35	67
Lesão corporal	0	0	2	6
Homicídio	4	8	8	6
Tent. homicídio	0	1	0	0
Porte de arma	47	53	41	39
Embriaguez	15	20	21	10
Violência doméstica (****)	16	14	7	8
Estelionato	1	2	1	0
Estupro	0	1	1	2
Outros (*****)	22	23	23	18
Homologados	409	351	412	325
Não homolog.	2	11	23	9
Lib. provisória (Plantão) (*****)	97	134	156	131
Fiança (Plantão)	36	27	34	19
Pr. preventiva (Plantão)	361	277	326	334
Nº aud. custódia	-	199	-	221
Lib. provisória (nas aud. cust.)	-	39	-	50
Fiança (aud. c.)	-	0	-	8
Ofícios ao MP, Corregedoria da BM e CDH (*****)	-	?	-	78(:3)= 26

(*) Tráfico: desponta como o crime de maior incidência no plantão do Foro Central. A maior incidência está diretamente relacionada à atividade policial, sobretudo nas abordagens da Brigada Militar em pontos de tráfico.

(**) Roubos: números relativos à quantidade de autos de prisão em flagrante, sendo comum, em muitos deles, haver mais de um flagrado.

Abrangem todos os tipos de roubos, simples e qualificados, roubos a pedestre (maior número), de veículos, em transporte coletivo, táxis, em residências etc.

(***) Receptação: abrange todas as modalidades de receptação, porém impera o número de receptação de veículos, que possuem relação direta com os roubos e furtos de veículos, que colocam Porto Alegre entre as líderes nesse tipo de crime.

(****) Violência doméstica: os números expressam apenas os casos que resultam em flagrantes, pois o número de casos diários que aportam nos Juizados da Violência Doméstica, de vítimas mulheres solicitando medidas protetivas, e também no plantão nos dias não úteis, ultrapassa em mais de dez vezes o número de flagrantes diários.

(*****) Outros: crimes de falsidade, adulteração de sinal identificador de veículos, lesão corporal, desacato, entre outros.

(******) Liberdade provisória concedida no plantão: nesse particular, deve ser explicado que a maioria dos juízes plantonistas de Porto Alegre, pelo menos seis dos sete designados pela Corregedoria-Geral de Justiça, realizam a análise formal do auto de prisão em flagrante tão logo ele aporte no Serviço de Plantão. Já os números de liberdades provisórias concedidas nas audiências de custódia nesses dois primeiros meses estão computando alguns casos de soltura deferidos pelos juízes que já fizeram a análise formal (cerca de 10% dos que são levados a audiência), com os soltos pelo juiz, que deixa para analisar todos os casos em audiência. Essa falta de padronização ainda interfere nos reais percentuais para se aferir precisamente o quanto as audiências de custódia estão a contribuir para o aumento do número de flagrados beneficiados com liberdade provisória com ou sem medidas cautelares.

(******) Número de ofícios ao Ministério Público, à Corregedoria-Geral da Brigada Militar e outras instituições, visando à investigação quanto às agressões apresentadas por alguns presos, baseados nos relatos dos próprios flagrados e nas lesões identificadas em audiência, gravados em áudio e vídeo.

Merece destaque essa penúltima observação relativa às liberdades provisórias concedidas no âmbito do plantão, pois isso evita que o fla-

grado, caso tenha o direito à liberdade, seja solto em seguida e não fique aguardando junto com os outros presos no Presídio Central a audiência de custódia, que somente vai ser realizada a partir das 14 horas do dia seguinte. Portanto, tais números (bem diferentes do que ocorre em âmbito nacional) são os tradicionalmente praticados no Plantão Judiciário de Porto Alegre, com reconhecido incremento em relação ao ano anterior. Em agosto e setembro de 2014, apenas em dois meses, portanto, considerando o total de 1.010 presos em flagrante, soma das liberdades provisórias, conversão em preventivas e fianças (97 + 156 + 361 + 326 + 36 + 34), conclui-se que 323 flagrados, 31,98% dos presos em flagrante, foram beneficiados com liberdade provisória.

Já em agosto e setembro de 2015, somando-se as liberdades provisórias concedidas (tanto no plantão como nas audiências de custódia), as conversões em prisão preventiva e as fianças (134 + 131 + 39 + 50 + 277 + 334 + 27 + 19 + 0 + 8), chega-se ao total de 1.019 presos em flagrante. Destes, 408 flagrados foram beneficiados com liberdade provisória, sendo 311 no plantão, logo após o recebimento dos respectivos autos de prisão em flagrante, e outros 97 em audiência de custódia, dado com interferência decorrente de decisões que já poderiam ter sido proferidas no plantão, como explicado anteriormente.

Isso evidencia que não se conta, ainda, com dado seguro que demonstre o quanto as audiências de custódia estão influenciando a concessão de liberdades provisórias em Porto Alegre. Mas se pode concluir que, por enquanto, houve um incremento expressivo no percentual, passando de 31,98% em agosto/setembro de 2014 para 40,04% nos mesmos meses de 2015.

Há que se considerar, finalmente, a importância de ser realizada audiência de custódia, mesmo que em momento diverso, também com os flagrados beneficiados antecipadamente com liberdade provisória, podendo-se chegar aos presos preventivamente durante a investigação criminal ou ação penal, e até aos liberados por fiança pela autoridade policial ou livrados soltos (arts. 321 e 322 do CPP), para se apurarem as circunstâncias da prisão, a integridade física dos apresentados detidos, enfim, perseguir ampla e efetivamente os objetivos fundamentais do referido ato.

DO PROCEDIMENTO NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

A indicar a falta de lei federal regrado o procedimento, já estão sendo observadas algumas incongruências durante a realização das audiências. Em Porto Alegre, na sala de audiências estruturada dentro do Presídio Central, diariamente, inclusive em finais de semana, em audiências iniciadas sempre às 14 horas, são apresentados os presos em flagrante nas 24 horas anteriores, numa média de 10 a 20 indivíduos diariamente, isso dependendo do ritmo da atividade policial. No caso de mulheres presas (menos de 5% do total), o mesmo procedimento é adotado na Penitenciária Feminina Madre Peletier, para onde a equipe se desloca depois de ouvir os presos do sexo masculino, que constituem a imensa maioria.

O ato é presidido pelo juiz de direito plantonista que recebeu, analisou e homologou os autos de prisão em flagrante no dia anterior ou na madrugada do respectivo dia, considerando que a escala de plantão dos magistrados inicia às 09h de um dia até às 09h do dia seguinte. Depois de um breve intervalo de cinco horas para descanso, são iniciadas as audiências de custódia. Por enquanto, não são apresentados os presos já beneficiados com liberdade provisória, liberados logo após a análise formal dos autos de prisão em flagrante.

As audiências de custódia são realizadas com a fundamental participação da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Como não há lei regrado a realização do ato em todos os seus passos, cada juiz está presidindo o ato de uma maneira, não obstante os esforços para padronização até o momento, o que já rendeu avanços, mas esbarra, em alguns pontos, na reserva jurisdicional constitucionalmente garantida a cada magistrado. Há juízes que ouvem cada preso de forma individual. Há juízes que ouvem mais de um preso ao mesmo tempo, desde que relativos ao mesmo flagrante, como ocorre no Estado de São Paulo, e conforme os vídeos remetidos para análise visando à instalação do projeto em Porto Alegre. Há juízes que oportunizam à Defensoria conversar reservadamente com cada um dos presos, antes de suas respectivas oitivas individuais, mesmo que atrasando consideravelmente a conclusão dos trabalhos. Outros oportunizam

somente se a Defensoria chegar mais cedo e conversar com os presos antes do início das audiências. Há juízes que permitem a manifestação da Defensoria de forma ordinária, e também ao Ministério Público, oportunizando o contraditório, para depois decidir eventual pedido ou ratificação de pedidos de liberdade provisória. Há juízes que não oportunizam a manifestação dessas instituições, entendendo que se trata de ato meramente do juiz, conforme preconizam os pactos internacionais. Há juízes que dão ciência ao preso acerca dos motivos da prisão, oportunizando-lhe a palavra. Há outros que não adentram ao mérito do fato criminoso imputado, objetivando não originar nulidades, já que é direito do réu somente ser ouvido e ser interrogado após a colheita da prova. Há presos que querem falar, explicar como aconteceram os fatos, no que são tolhidos para não originar nulidades. Outros magistrados permitem que os presos falem tudo o que quiserem relativamente ao fato e às circunstâncias da prisão. Outros, só em relação às circunstâncias da prisão, se houve alguma agressão pela polícia ou por terceiros, sendo tudo gravado em áudio e vídeo. Alguns mantêm os presos com algemas, vezes na frente, vezes atrás, outros determinam a retirada das algemas. Há juízes que determinam a saída dos policiais militares que realizam a segurança do Presídio Central da sala de audiências, outros permitem a presença. Como as audiências se realizam dentro da casa prisional, o acesso à audiência, que deveria ser pública, de fato, se torna restrito aos profissionais com atuação nos respectivos feitos. Enfim, com todas essas inconformidades, os trabalhos estão se desenvolvendo, sendo tudo gravado em áudio e vídeo. O CD acompanha o auto de prisão em flagrante, e não se sabe, ainda, as consequências processuais quanto às declarações prestadas nesse momento processual, nem há resultado conclusivo quanto às investigações relativas aos ditos abusos praticados quando da prisão. A jurisprudência deverá definir os entendimentos com o tempo, e o Ministério Público e a Corregedoria da Brigada Militar certamente serão concitados à prestação de contas à sociedade quanto às investigações realizadas.

Nota-se, pois, que muitas dúvidas e incongruências ainda estão a ocorrer, todas enfrentadas e “consertadas com o carro em movimento”, situação própria de um projeto importante e que precisava ser implantado. O ponto

fundamental é que os autos de prisão em flagrante, atualmente, estão sendo analisados nos seus aspectos formais, quanto à legalidade e ao cumprimento das garantias constitucionais e legais, como sempre o foram. Agora, porém, seguido de contato direto do preso com o juiz plantonista, para que se analisem, também, as circunstâncias da prisão, a eventual manifestação do preso, que, sentindo-se mais seguro, querendo, pode trazer fato novo para análise, a culminar em sua liberdade provisória. Também é dado enfrentamento, de modo especial, a eventuais agressões, torturas, maus-tratos, enfim, excessos que devem ser investigados para que se contenha a violência policial de um Estado ainda marcado por truculência contra pessoas, que podem ser culpadas ou inocentes, mas com direito à integridade física e moral, a um tratamento digno, antes, durante e depois da persecução penal.

CONCLUSÃO

Os apontamentos e considerações constantes do presente trabalho bem demonstram o quanto o projeto “Audiências de Custódia” está dando os primeiros passos no Brasil, não obstante sua origem seja do ano de 1969, pois se firma, fundamentalmente, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil somente em 1992. Desde então, em que pese a não implementação objetiva e ordinária da referida audiência, não se pode deixar de considerar que o sistema processual penal brasileiro sofreu uma série de alterações, em que pessoas presas em flagrante e/ou acusadas em processo penal passaram a desfrutar de uma série de garantias que emanam de normas constitucionais e legais. O interrogatório do réu passou a ser um dos últimos atos processuais, depois da colheita de toda a prova. Aumentou a distância processual entre o preso/réu e o juiz, pois, anteriormente, pelo menos, ocorria pouco tempo depois do recebimento da denúncia (interrogatório), oportunidade em que, não raras vezes, diante da defesa pessoal, e olhando no olho do réu, o juiz optava por conceder-lhe liberdade provisória sob condições. Atualmente, no novo procedimento comum do processo penal brasileiro, esse ato ocorre na audiência de instrução e julgamento, meses depois da prisão.

A audiência de custódia surge, então, como um bálsamo jurídico no sistema, oportunizando aos presos em geral o direito humano fundamental de serem levados à presença de um juiz em 24 horas após a prisão. Nessa ocasião, terá o preso, individualmente (não sendo conveniente a oitiva em dupla ou mais, conforme o número de acusados no mesmo fato, evitando-se possíveis represálias), a oportunidade de se defender, de se explicar, ou pelo menos sensibilizar o juiz, direta ou indiretamente, visando à concessão de liberdade provisória. Certo é que também poderá exercer o direito constitucional de permanecer em silêncio, sem qualquer prejuízo.

Paralelo a isso, passa o Poder Judiciário a dispor de um ato a favor da sociedade, na medida em que, nessa audiência, além da análise formal da prisão segundo a lei, são verificadas as circunstâncias da prisão, encaminhando-se investigações por eventuais excessos praticados pela polícia ou terceiros, violência que merece toda a reprovação social em um Estado democrático e de direito. Como referido anteriormente, é dever do Estado-juiz punir quando firmado juízo condenatório transitado em julgado, mas também é dever zelar pela integridade física dos presos em geral, independente de se tratar de criminosos contumazes ou jovens primários. Todos são membros da sociedade, frutos dela, e como tal devem ter seus direitos respeitados. Não se pode esquecer que, após o cumprimento da pena, esse indivíduo voltará ao meio social, ou melhor ou pior, e será essa mesma sociedade a destinatária do novo comportamento desse membro reinserido.

Em Porto Alegre, embora o modelo seja ainda provisório, pois as audiências estão sendo realizadas dentro do Presídio Central – para otimizar a operacionalização do ato, evitando-se despesas e frustrações causadas pela falta de estrutura da SUSEPE em muitas ocasiões –, a tendência é que as audiências venham a ser realizadas no Foro Central ou em outras dependências do Poder Judiciário. Estão sendo enviados contatos com a Secretaria de Segurança do Estado para que os flagrados em geral, após a conclusão do auto de prisão em flagrante nas Delegacias de Polícia, sejam trazidos diretamente ao Foro, e não mais ao Presídio Central, como acontece. É no Foro que o juiz de direito, equidistante do sistema policial e penitenciário, então, poderá analisar os pressupostos legais, os direitos e garantias do pre-

so, aferindo sua integridade física e moral, e dando os encaminhamentos para apurar eventuais excessos. Por fim, poderá o juiz deferir-lhe liberdade provisória ou converter o flagrante em prisão preventiva, sempre fundamentadamente. Enfim, somente serão enviados ao presídio aqueles que não cumprirem os requisitos legais para responder ao processo em liberdade, como já deveria ser, idealmente, há muito tempo.

Por ora, no Presídio Central as audiências de custódia estão originando uma série de providências visando a garantir a integridade física e moral dos presos, coibindo os abusos policiais quando das prisões, que estão longe de serem regra, mas que não se justificam em tempos atuais, assim como não se justificavam no passado. Por via oblíqua, o objetivo do CNJ também está sendo alcançado, aumentando-se o índice de liberdade provisória de 31,98% para 40,04%, de forma a contribuir para a redução da população carcerária.

Mas é preciso fazer muito mais, pois, como dito anteriormente, essas análises todas se firmam nas prisões em flagrante, o que é apenas a ponta do *iceberg*, já que a maioria dos crimes não resulta em prisões em flagrante. É preciso proteger a sociedade, lutar pela dignidade dos presos, sem se olvidar de zelar pelas vítimas, pelos vitimizados e pelas pessoas em geral, considerando que a criminalidade vem “campeando pelos pagos”, dito gaúcho que vale para todas as querências do nosso imenso Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Juiz das garantias*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 1. ed., 3 tir. São Paulo. Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1995. v. VI.
- FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. IV.
- JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAGALHÃES NORONHA, Eduardo de. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTINS, Ana Maria Guedes. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.
- PIMENTEL, Fabiano. *Apontamentos de processo penal garantista*. Brasília: Consulex, 2015.
- RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da; MARQUES, Jader. *Organizadores de cárcere: em imagem e texto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. Jurisdição e direitos fundamentais. *Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. I, tomo II.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA CONCEPÇÃO DA JUSTIÇA GAÚCHA: análise da Resolução nº 1087/2015 e das práticas estabelecidas

MAURO FONSECA ANDRADE^{*}

INTRODUÇÃO

Embora o Brasil houvesse, ainda na década de 1990, ratificado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica, mais de vinte anos se passaram até que uma de suas disposições deixasse de ser *letra morta*. Referimo-nos, por certo, à necessidade de apresentação, sem demora, de toda pessoa presa ou detida a um juiz, instituto que ficou conhecido como *audiência de custódia*.

A partir de um projeto-piloto encabeçado pelo Conselho Nacional de Justiça, vários Estados da federação deram início à implantação desse instituto em suas rotinas judiciais, motivados por convênios firmados entre aquele Conselho e os Tribunais de Justiça estaduais. Um destes tribunais foi o do Estado do Rio Grande do Sul, o que levou à realização da primeira audiência de custódia, nos moldes como preconizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em data de 30 de julho de 2015.

* Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona. Promotor de Justiça/RS.

Por se tratar de um projeto-piloto, o Tribunal de Justiça gaúcho entendeu por fixar o prazo de 120 dias de aplicação inicial daquele instituto, prazo este que finda em novembro de 2015. Em razão disso, o presente texto se dispõe a fazer uma avaliação sobre os termos da regulamentação administrativa emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, bem como, apontar práticas judiciais que vêm ocorrendo à margem desta regulamentação, que podem colocar em risco não só o sucesso daquele projeto-piloto, senão também, o respeito aos direitos constitucionalmente assegurados aos sujeitos da persecução penal envolvidos naquele ato.

I. A INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA ESTADUAL GAÚCHA

Como já afirmamos em outras oportunidades¹, a ausência de preocupação com a pessoa que foi presa ou detida sempre marcou a história da humanidade. Por tal razão, com o final da Segunda Grande Guerra, as grandes nações voltaram suas atenções para essa realidade e deram início à criação de organismos internacionais direcionados à proteção dos direitos humanos e à manutenção da paz e segurança além de suas fronteiras.

Criado o Conselho da Europa, seus postulados básicos de proteção ao ser humano foram fixados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950). O mesmo caminho foi seguido pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, estabelecendo-os no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966). A Organização dos Estados Americanos, por sua vez, materializou-os no Pacto de San José da Costa Rica (1969), ao passo que a Organização da Unidade Africana os fez constar na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).

A maioria desses textos se dedicou a criar mecanismos de proteção às pessoas presas ou detidas, como forma de evitar práticas centenárias de

1 ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. ANDRADE, Mauro Fonseca. Audiência de custódia: uma antiga novidade. *Jornal Réplica*, Porto Alegre, ano 33, n. 102, p. 11, jun. 2015.

abusos e violações aos seus direitos.² Dentre eles, estabeleceu-se o direito de toda pessoa presa ou detida ser apresentada, sem demora, a um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais.

Em 1992, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica. Entretanto, nenhum movimento foi realizado pelo governo brasileiro no sentido de tornar efetivo aquele direito de apresentação sem demora. Foram necessárias ações judiciais³ e enorme pressão de organismos não governamentais e instituições estatais para que esse quadro de inércia fosse alterado.

Infelizmente, isso resultou em uma movimentação desordenada por parte de nosso Congresso Nacional. De 2011 para cá, foram apresentados um projeto de lei pelo Senado Federal, bem como dois projetos de lei e duas propostas de emenda à Constituição pela Câmara dos Deputados, sem contar um intento frustrado de inserção da audiência de custódia no projeto de novo Código de Processo Penal, apresentado pelo Senado Federal em 2009.⁴

A ausência de uma perspectiva favorável à plena e pronta inserção – via legislativa – da audiência de custódia na realidade judiciária brasileira fez com que o Conselho Nacional de Justiça se movimentasse para que isso ocorresse, ainda que pela via administrativa. Criou-se, então, um projeto-piloto de implantação daquele ato, mas de forma restrita a um dos Estados da Federação. O projeto-piloto foi implantado no Estado de São Paulo em fevereiro de 2015, envolvendo a participação do Tribunal de Justiça local, do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça.

De lá para cá, todos os Estados da Federação aderiram a tal projeto, sendo o Rio Grande do Sul um deles. Em terras gaúchas, essa aderência se concretizou com a Resolução nº 1087/2015 – COMAG, de 07 de julho de

2 A exceção se verifica na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, apesar de ela haver entrado em vigor três décadas após o primeiro texto voltado a tal objetivo, que foi a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

3 A primeira delas, ao que se tem notícia, foi a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal da Seção Judiciária do Ceará (Processo nº 0014512-10-2010.4.05.8100), no ano de 2010.

4 ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Ob. cit., p. 29-46.

2015, o que levou a primeira audiência de custódia a se realizar em 30 de julho desse mesmo ano.

De acordo com o artigo 1º daquela resolução, o prazo inicial do projeto-piloto é de 120 dias⁵, período – assim se espera – destinado à observação dos fenômenos verificados durante esse lapso e correção de eventuais desvios de ordem normativa e/ou prática nele identificados. Entretanto, não foram necessários muitos dias de vigência daquela resolução para que tais problemas fossem detectados.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA RESOLUÇÃO Nº 1087/2015

Em que pese o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul tenha fixado o prazo de 120 dias de validade inicial do projeto-piloto, não foi necessário mais que um dia para que problemas fossem identificados. Em realidade, bastou a publicação da Resolução nº 1087/2015 para que problemas de ordem normativa fossem detectados em sua redação, consistentes em inconstitucionalidades e ilegalidades flagrantes, o que chega a ser esdrúxulo, em razão de ela se direcionar aos autos de prisão em *flagrante*.

2.1 A impossibilidade de alteração de regras de competência por ato administrativo estadual

A implantação da audiência de custódia no Rio Grande do Sul nunca contou com o apoio da maioria dos magistrados de primeiro grau. Ao contrário, grande era a resistência, em boa medida motivada pela necessidade de eles estarem sempre disponíveis para a realização daquele ato, pois, em razão de os autos de prisão em flagrante não obedecerem a uma lógica de dia e hora preestabelecidos para serem distribuídos, seria inevitável a inserção de audiências de custódia em meio à pauta de audiências criminais

5 Art. 1º. Fica instituído o projeto piloto para realização de audiências de custódia, pelo Serviço de Plantão do Foro Central da capital do Estado do Rio Grande do Sul, com prazo inicial de 120 dias, a contar de 30-07-2015, abrangendo os autos de prisão em flagrante da Comarca de Porto Alegre, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato.

já fixadas. Sendo mais claro, os juízes de primeiro grau saberiam a hora em que passariam a trabalhar em suas varas criminais, mas não saberiam a hora em que finalizariam as audiências do dia.

Muito provavelmente, esse foi o fator que não fez vingar um primeiro intento da Justiça gaúcha em implantar a audiência de custódia, em época que ela sequer era conhecida por esse nome. Concretamente, a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fazendo uso do Ofício-Circular nº 033/03-CGJ, de 02 de abril de 2003, dirigiu-se aos magistrados gaúchos de primeiro grau de todo o Estado, a fim de *lembrá-los* – isso mesmo, *lembrá-los...* – dos termos do artigo 7º, 5, 1ª parte, da Convenção Americana dos Direitos do Homem, que versa sobre o direito de todo preso ou detido ser apresentado, sem demora, a um juiz ou outra autoridade judicial.⁶

Afora um intento temporário – leia-se, não mais que dois meses – de sua aplicação por parte de alguns juízes plantonistas da comarca de Porto Alegre, aquela *lembrança* não surtiu qualquer efeito prático junto aos magistrados gaúchos, seja pela falta de fiscalização por parte da própria Corregedoria-Geral de Justiça, seja pela não intenção de estarem dispostos a realizar um ato que não estava programado em suas pautas de audiência, e que independia de dia e hora para ser realizado.

Fato é que, passados mais de 12 anos daquele intento frustrado de *lembrança*, foi necessária a tomada de uma decisão política, por parte do Poder Judiciário gaúcho, no sentido de dar início à efetivação do direito previsto naquela convenção. Nesse cenário é que entrou, então, a aderência ao projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça.

Mesmo assim, era preciso superar a barreira da praxe forense estabelecida, ou seja, o projeto-piloto local não poderia alterar a rotina diária dos juízes gaúchos, materializada na pauta de audiências para cada dia da semana. Foi aí que, já em seu primeiro artigo, a Resolução nº 1087/2015 deu mostras de que a implantação da audiência de custódia era uma prioridade para a Justiça gaúcha, custasse o que custar, independentemente do respeito às regras básicas do direito processual penal e administrativo.

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

Até a entrada em vigor daquela resolução, os autos de prisão em flagrante, na comarca de Porto Alegre, obedeciam à seguinte ordem de distribuição: durante o horário de expediente forense, eles eram distribuídos às varas criminais do Foro Central ou dos Foros Regionais, em obediência às regras de competência estabelecidas no Código de Processo Penal e no Código de Organização Judiciária do Estado; após o horário de expediente forense, aqueles autos eram distribuídos ao Serviço de Plantão Judicial.

Para não desagradar aos juízes criminais da comarca de Porto Alegre, e sob o pretexto de otimizar os trabalhos destinados à implantação da audiência de custódia, aquela resolução retirou das varas criminais a competência para a apreciação dos autos de prisão em flagrante distribuídos durante o horário de expediente forense. Em termos específicos, o que se fez foi eleger, como foro competente para a realização daquele ato, o “Serviço de Plantão do Foro Central da capital do Estado do Rio Grande do Sul, [...] abrangendo os autos de prisão em flagrante da Comarca de Porto Alegre, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato”. Posteriormente, essa mesma ideia foi reproduzida no artigo 7º da resolução.⁷

Ao que se viu, um ato administrativo estadual foi considerado apto a afastar as regras de competência estabelecidas em legislação federal, quando bem se sabe que sequer o Código de Organização Judiciária do Estado apresenta potencialidade para tanto.⁸ A propósito, de bom tom lembrar que o Código de Processo Penal, quando estabelece os critérios de fixação da competência, não o faz somente para o julgamento da ação penal ajuizada, mas em relação a toda e qualquer provocação endereçada ao juiz criminal – inclusive, portanto, à instauração do processo de conhecimento –, como deixa patente, aliás, o parágrafo único do artigo 75 daquele código.⁹

7 Art. 7º. Todos os autos de prisão em flagrante, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato delitivo, serão distribuídos diretamente no Serviço de Plantão Judiciário do Foro Central de Porto Alegre.

8 TJRS, Conflito de Jurisdição nº 70040768186, rela. Des. Fabianne Breton Baisch, 8ª Câmara Criminal, j. em 19-10-2011, DJ de 03-11-2011.

9 Artigo 75, § único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

Como medida complementar, era preciso alargar não só a matéria objeto de atuação – portanto, de competência – do Serviço de Plantão do Foro Central de Porto Alegre, mas também o próprio horário de sua atuação e de realização da audiência de custódia. Esse alargamento se concretizou nos mesmos artigos 1º e 7º da Resolução nº 1087/2015, bem como em seu artigo 2º, que previu a realização das audiências de custódia a partir das 14h, independentemente do dia da semana.¹⁰ Foi aí que a Resolução nº 1087/2015 voltou a afrontar ato normativo hierarquicamente superior a ela, agora consistente em nada menos que norma do próprio Conselho Nacional de Justiça.

De acordo com sua Resolução nº 71, de 31 de março de 2009, o Plantão Judiciário possui competência para atuar “em todos os dias em que não houver expediente forense, e, nos dias úteis, antes ou após o expediente normal”.¹¹ Ou seja, a competência dos juízes plantonistas – e, por conseguinte, seus horários de atuação – está restrita, por determinação prevista em norma administrativa direcionada a todos os tribunais do país, às hipóteses em que não estejam em funcionamento as varas civis ou criminais da comarca onde sejam plantonistas. No Rio Grande do Sul, esse tema é regulamentado pelo seu Código de Organização Judiciária do Estado.¹²

Frente a tudo isso, o que fez o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul foi criar um alargamento ilegal da competência dos juízes plantonistas da Comarca de Porto Alegre, seja em relação à matéria, seja em relação ao horário de sua atuação. Como consequência, há um claro ferimento ao

10 Artigo 2º, caput. A audiência de custódia será realizada diariamente, inclusive nos dias não úteis, a partir das 14 horas, incluindo-se em pauta os autos de prisão em flagrante protocolados no período de plantão que se encerrou às 09 horas do mesmo dia.

11 Art. 2º. O Plantão Judiciário realiza-se nas dependências do Tribunal ou fórum, em todas as sedes de comarca, circunscrição, seção ou subseção judiciária, conforme a organização judiciária local, e será mantido em todos os dias em que não houver expediente forense, e, nos dias úteis, antes ou após o expediente normal, nos termos disciplinados pelo Tribunal.

12 Art. 160 COJE. Será o seguinte o horário do expediente forense, assim na Capital como nas Comarcas do interior do Estado:

I - Foro judicial:

- manhã: das 8,30 h às 11,30 h

- tarde: das 13,30 h às 18,30 h

princípio do juiz natural, estampado em nossa Constituição Federal, ante a mais que patente incompetência dos juízes plantonistas da comarca de Porto Alegre em presidirem as audiências de custódia, objeto da Resolução nº 1087/2015.

2.2 A incompatibilidade da audiência de custódia com o local de sua realização

Não é preciso ter grandes luzes para se aperceber que, dentre as finalidades intrínsecas da audiência de custódia, está a intenção de evitar que o sujeito preso ou detido tenha que ingressar ou permanecer desnecessariamente no sistema prisional. Não por outro motivo, sua apresentação ao juiz ou outra autoridade judicial deve ser *sem demora*, o que significa dizer *no primeiro momento possível*.

Para a realidade nacional, isso significa que, em sendo finalizados os atos de confecção do auto de prisão em flagrante, não há qualquer motivo que justifique a demora na apresentação desse sujeito a quem deverá definir seu *status libertatis*. Entretanto, também nesse aspecto, a Resolução nº 1087/2015 conseguiu obrar em erro.

De acordo com o seu artigo 3º, as audiências de custódia deverão ser realizadas nas duas casas prisionais da comarca de Porto Alegre, a saber, o Presídio Central e a Penitenciária Feminina Madre Peletier.¹³ Assim, finalizado o auto de prisão em flagrante por parte da autoridade policial, esta deve encaminhar o respectivo auto ao Serviço de Plantão Judicial (artigo 7º da Resolução nº 1087/2015), ao passo que o conduzido deverá ser encaminhado a uma daquelas casas prisionais, aguardando que lá compareça o juiz plantonista.

Embora nenhum *considerando* haja sido apresentado pela resolução para justificar o motivo que levou o Poder Judiciário gaúcho a determinar que as audiências de custódia fossem realizadas dentro de casas prisio-

13 Art. 3º. As audiências de custódia serão realizadas em salas de audiências instaladas no posto avançado da 2ª Vara de Execução Criminal de Porto Alegre, junto ao Presídio Central de Porto Alegre, e na Penitenciária Feminina Madre Peletier, iniciando os trabalhos naquele local.

nais, a explicação apresentada em âmbito interno é que, por motivos de segurança (evitar tentativas de resgates) e em razão da falta de estrutura da polícia judiciária, elas se constituíam no melhor local para que aquele ato viesse a ser realizado. Todavia, essas mesmas *razões de segurança* vêm sendo invocadas pela maioria dos juízes plantonistas – encarregados, portanto, de comparecer àquelas casas prisionais – como justificativa para que as audiências de custódia venham a ser realizadas no Foro Central de Porto Alegre, onde está localizado o Serviço de Plantão Judicial, e não naquelas casas prisionais. Ou seja, há um nítido desconforto entre a maioria dos magistrados plantonistas em realizarem aquele ato nos locais determinados pela Resolução nº 1087/2015, dando-nos a nítida impressão, portanto, de que essa escolha se deveu a fatores de ordem pessoal, e não a fatores de ordem técnica ou de segurança.

Independentemente disso, o que primeiro salta aos olhos é a mais completa inversão da lógica que motiva a existência da audiência de custódia, patrocinada por ninguém menos que o Poder Judiciário gaúcho. Mais claramente, ao ter que se deslocar até uma daquelas casas prisionais, o juiz é que passa a ser *apresentado* ao preso – já que é ele quem tem que se dirigir à presença do sujeito privado de sua liberdade –, e não o preso ser apresentado ao juiz.

O efeito prático disso é que o sujeito privado em sua liberdade é quem deve esperar a presença do juiz por um período que até pode estar dentro do prazo de 24 horas – apontado como o mais adequado por parte da doutrina.¹⁴ No entanto, o auto de prisão em flagrante não é distribuído junto àquelas casas prisionais, mas sim junto ao Serviço de Plantão Judicial.

Isso quer dizer, por óbvio, que, mesmo após a finalização daquele auto e sua distribuição no local apontado pelo Poder Judiciário gaúcho, há uma demora injustificada para que ocorra a apresentação do sujeito privado em sua liberdade ao juiz – embora, como dito acima, o que ocorre é justamente o contrário, com a apresentação do juiz ao sujeito privado em sua liberdade. Noutros termos, partindo-se do pressuposto de que a

14 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 46.

expressão *sem demora*, constante no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 9º, 3) e no Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 5), significa *apresentação judicial da pessoa presa ou detida no primeiro momento possível*, há um nítido e proposital retardo em esse contato pessoal vir a ocorrer, sob uma justificativa velada que não é acolhida por ninguém menos que boa parte dos próprios juízes plantonistas.

Além desse problema, outro fator também vem a demonstrar a falta de cuidado em apontar aqueles ambientes como os locais adequados para a realização das audiências de custódia.

Partindo-se do pressuposto de que a legislação brasileira aponta o prazo de 24 horas para a finalização e remessa do auto de prisão em flagrante ao juiz, a lógica indica que, a partir do momento em que alguém se propõe a realizar a audiência de custódia, esse auto e o próprio preso devem ser encaminhados conjuntamente ao Poder Judiciário. Com isso, evita-se que o preso ingresse no sistema prisional, em razão de todo o prejuízo que pode haver por seu contato com outros presos perigosos que lá já se encontram. Se há toda uma preocupação com a pessoa presa em flagrante – que pode vir a alcançar sua liberdade por ordem judicial (liberdade provisória) –, essa preocupação é completamente deixada de lado, fazendo com que ela fique, ainda que por pouco tempo, em um ambiente onde estão aqueles sujeitos com prisão preventiva decretada ou em fase de cumprimento de pena.

Não fosse isso suficiente, o fato de as audiências serem realizadas no Presídio Central de Porto Alegre – destinado aos presos do sexo masculino – faz com que outro grave problema venha a se verificar.

Há décadas, o Presídio Central de Porto Alegre vem sendo administrado não por agentes penitenciários, mas pela Brigada Militar do Rio Grande do Sul, que nada mais é que a polícia militar estadual. Sendo ela a encarregada do policiamento ostensivo e preventivo, é a Brigada Militar a responsável por grande parte das prisões em flagrante ocorridas em Porto Alegre.

Sendo isso de conhecimento até dos estagiários de direito que atuam no Poder Judiciário gaúcho, é, como mínimo, incompreensível que os su-

jeitos presos ou detidos sejam colocados em uma casa prisional administrada por colegas de quem efetuou as suas prisões. Mais que isso, dentro das salas de audiência, a segurança é feita igualmente por integrantes da Brigada Militar, o que só aumenta a sensação de desconforto e desconfiança do sujeito preso ou detido em cumprir com uma das finalidades da audiência de custódia, prevista – quem diria – na própria Resolução nº 1087/2015, qual seja, que o sujeito privado em sua liberdade informe se foi alvo de algum ato abusivo por parte das autoridades responsáveis por sua prisão.¹⁵

Essa situação esdrúxula já foi, ao seu tempo, muito bem apontada pela doutrina.¹⁶ Mesmo assim, poderiam os defensores da realização da audiência de custódia em casas prisionais de Porto Alegre afirmar que isso não passa de uma posição alarmista por parte dos radicais defensores dos direitos humanos. Para quem assim pensa, é preciso dizer que já há casos em que sujeitos presos estão se negando a prestar informações ao juiz plantonista, quando perguntados sobre o fato de haverem sido alvo de maus-tratos, tortura ou algum tipo de agressão por parte dos policiais militares responsáveis por sua prisão. E, o que é pior, tal negativa foi devidamente gravada e registrada em mídia.¹⁷

Ao fim e ao cabo, é o próprio Poder Judiciário gaúcho quem vem se esforçando para que a audiência de custódia não alcance um dos *objetos* por ela apontado em sua resolução, seja por determinar que esse ato se realize em estabelecimento prisional administrado pela polícia militar estadual, seja por lá manter esse mesmo ato, após estar ciente de que já há presos se recusando a falar sobre os abusos sofridos durante a prisão. Por tal

15 Art. 4º. A audiência de custódia terá como objeto o exame da legalidade da prisão e da necessidade da prisão cautelar ou a sua substituição por medida diversa da prisão, bem como a prevenção à tortura e a qualquer tratamento desumano ou degradante, e, ainda, a atos constitutivos de abuso de autoridade.

16 Nesse sentido, vale a reprodução integral da lição de Caio Paiva: “É inconcebível crer, por exemplo, que o preso teria alguma condição, sem colocar ainda mais em risco a sua integridade física e psíquica, de narrar a ocorrência de tortura ou maus-tratos praticados por policiais estando dentro de um estabelecimento prisional, que em muitos lugares é administrado por forças policiais ou por empresas de alguma forma ligadas ao setor de segurança pública” (ob. cit., p. 55).

17 Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0071843-0. Juiz de Direito Volnei dos Santos Coelho, audiência realizada em 06 de setembro de 2015.

motivo, é possível afirmar que o projeto-piloto gaúcho não vem atendendo aos fins internacionalmente estabelecidos para a audiência de custódia.

Por fim, não há como negar que a realização das audiências de custódia em casas prisionais traz, como efeito prático, o ferimento ao princípio constitucional da publicidade.

Já tivemos oportunidade de afirmar, em outra oportunidade, que o princípio da publicidade se constitui em uma garantia política presente nos atos de natureza processual, de modo a permitir que qualquer pessoa do povo possa comparecer ao local onde será proferido algum tipo de decisão (seja ela de mérito ou não). Assim, a finalidade desse princípio é permitir o controle popular sobre o conteúdo do julgamento, a partir do cotejo entre o que se produziu de informação naquele ato (depoimentos e argumentações) e o próprio teor do julgado proferido.¹⁸ Sendo esse o seu significado, é mais que patente a impossibilidade de concretização daquele princípio em um ato que é realizado no interior de casa prisional, cujo acesso é restrito a certas pessoas e em certos dias.

Lembremos que o Código de Processo Penal exige, mesmo estando preso, que a oitiva do sujeito passivo da persecução penal se dê em local que permita, dentre outros fatores, a publicidade do ato.¹⁹ Por isso, é possível afirmar que, da forma como está regulamentada, a audiência de custódia gaúcha se constitui em um ato coberto por *sigilo fático*, passando ao largo de todas as causas legalmente justificadoras do afastamento do princípio da publicidade em um ato de natureza processual.²⁰

18 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 131-133.

19 Artigo 185, § 1º, CPP. O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato

20 Por certo que não foi esse o motivo, mas, já de início, o próprio Poder Judiciário gaúcho deu mostras de que o Presídio Central de Porto Alegre não seria o lugar mais adequado para a realização das audiências de custódia. Constrangedoramente, a primeira audiência de custódia realizada sob a regulamentação da Resolução nº 1087/2015, e que contou com a presença do ministro Ricardo Lewandowski (presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça), não ocorreu naquela casa prisional, mas no Foro Central de Porto Alegre. Ou seja, a primeira audiência de custódia gaúcha tratou de descumprir a Resolução nº 1087/2015, por iniciativa do próprio Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, que foi quem organizou a solenidade que marcou a inauguração daquele ato em todo o Estado.

Além do mais, também nos faz notar a falta de visão do Poder Judiciário gaúcho, por não antever a óbvia curiosidade que atingiria o meio acadêmico em querer saber como funciona o instituto objeto do projeto-piloto regulamentado pela Resolução nº 1087/2015. Nesse particular, somos testemunha dos diversos pedidos de comparecimento às audiências de custódia, encaminhados não só por profissionais da área criminal, senão também por estudantes de direito das mais variadas instituições de ensino superior.

Enfim, o Poder Judiciário gaúcho perdeu uma grande oportunidade de dar plena transparência aos seus atos, o que torna, na nossa visão, inconstitucional a realização da audiência de custódia em casas prisionais. Ele também perdeu a oportunidade de capitalizar positivamente para si o fato de haver aderido ao projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça, pois o local escolhido em nada ajuda – ao contrário, impossibilita!!! – os operadores do direito a entenderem e se habituarem ao instituto processual penal que mais curiosidade tem provocado na atualidade.

2.3. Alargamento desnecessário do tempo de apresentação do preso

A existência da audiência de custódia obedece à lógica de que, não havendo mais motivos que justifiquem a presença da pessoa presa ou detida no local onde será formalizada sua prisão, essa pessoa deve, sem demora, ser encaminhada para apresentação à autoridade judicial. No Brasil, em razão de o projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça e das propostas legislativas em trâmite versarem unicamente sobre as pessoas presas em flagrante, tal lógica corresponde, portanto, à necessidade de essa apresentação ocorrer assim que estiver encerrada a confecção do auto de prisão em flagrante.

Embora isso obedeça a uma linha simples de raciocínio, também nesse aspecto a Resolução nº 1087/2015 conseguiu ferir de morte as previsões do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.

Conforme prevê o artigo 2º daquela resolução, a audiência de custódia será realizada todos os dias na comarca de Porto Alegre, em horário previamente fixado (a partir das 14 horas). Entretanto, tal artigo também se encarrega de apontar quem poderá ser apresentado ao juiz, pois, em sua parte final, a resolução prevê a seguinte pérola: somente serão apresentadas ao juiz aquelas pessoas cujos autos de prisão em flagrante houverem sido distribuídos no Serviço de Plantão Judicial até às 09 horas do dia em que aquela audiência deverá ser realizada.²¹

Colocando em prática tal previsão, o que temos é a possibilidade de ocorrência da seguinte situação constrangedora: a) uma pessoa ter seu auto de prisão em flagrante distribuído naquele juízo às 10 horas da manhã; b) o auto de prisão em flagrante ser analisado pelo Ministério Público e pelo juiz plantonista; c) essa pessoa ser encaminhada ao Presídio Central de Porto Alegre, para lá ficar aguardando sua apresentação ao juiz; d) essa pessoa estar no mesmo local onde já se encontram outras que serão submetidas à audiência de custódia às 14 horas; e e) essa pessoa não ser apresentada ao juiz, porque o ato normativo expedido pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul – por motivos não esclarecidos naquela resolução – exige que ela seja apresentada só no outro dia. Em outras palavras, o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul vê como correta a possibilidade de uma pessoa privada em sua liberdade estar no mesmo local onde um juiz já se encontra realizando a audiência de custódia de outros presos, mas que lá deve ficar aguardando até o outro dia – logo, por mais de 24 horas –, porque assim alguém quis que o fosse.²²

21 Artigo 2º, caput. A audiência de custódia será realizada diariamente, inclusive nos dias não úteis, a partir das 14 horas, incluindo-se em pauta os autos de prisão em flagrante protocolados no período de plantão que se encerrou às 09 horas do mesmo dia.

22 Em relação a esse tema, uma situação nos chamou a atenção em nossa atuação nas audiências de custódia em Porto Alegre. Em data de 14 de novembro de 2015, quatro autos de prisão em flagrante foram distribuídos depois das 09 horas da manhã desse dia. Tendo o Ministério Público obtido vista para manifestação, em três deles foi requerida a decretação de prisão preventiva (Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0090579-6. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska; Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0090581-8. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska; Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0090582-6. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska), ao passo que, em um deles, foi requerida a concessão de liberdade provisória, com imposição de medida cautelar diversa

Ao menos nesse aspecto, não há como negar a nítida despreocupação com a situação da pessoa presa, em razão de aquela resolução criar uma norma de caráter discriminatório entre as pessoas que se encontram presas em um mesmo local, onde algumas terão seu direito de apresentação judicial sem demora obedecido, ao passo que outras não o terão, por motivos sequer esclarecidos por quem emitiu a Resolução nº 1087/2015.

3. PRÁTICAS JUDICIAIS DESVIANTES

Ao que se viu até aqui, a Resolução nº 1087/2015, emitida pelo Conselho da Magistratura do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, conseguiu se converter em um instrumento de desrespeito ao instituto que ela se propôs a implementar em seu Estado. Gastou-se tempo e dinheiro público para a confecção de uma das resoluções que, sem medo de errar, configura-se em uma das piores regulamentações da audiência de custódia no país.

Quando se esperava que, ao menos em seus aspectos positivos, aquele instituto teria alguma razão de existir no Rio Grande do Sul, de nova surpresa foram acometidos os operadores do direito vinculados diretamente à audiência de custódia na comarca de Porto Alegre, mas agora em razão de certas condutas praticadas por parte dos juízes designados para a realização daquele ato. O que está havendo, portanto, é um grande distanciamento entre as previsões daquela resolução e a forma como a audiência

da prisão (Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0090580-6. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska). Os autos de prisão em flagrante não foram analisados pelo juiz plantonista em seu gabinete no Serviço do Plantão Judicial, tendo sido levados ao Presídio Central, a fim de que lá essa análise ocorresse, o que se deu após o término das audiências de custódia daquele dia. Embora todos os sujeitos presos em flagrante lá também se encontrassem, bem como o Ministério Público e a Defensoria Pública, o magistrado não realizou a audiência de custódia em relação a eles, mesmo podendo fazê-lo. Situação diversa ocorreu em 29 de novembro de 2015, ocasião em que o juiz plantonista, atendendo a requerimento do Ministério Público, determinou a oitiva de sujeito preso em flagrante, e que, de acordo com a Resolução nº 1087/2015, só deveria ser apresentado ao juiz no dia seguinte. Ou seja, se não fosse a sensibilidade do magistrado plantonista do dia em se ater ao espírito das normas internacionais que criaram a audiência de custódia, o sujeito preso ficaria mais de 24 horas no Presídio Central aguardando a vinda de um juiz que já estava lá (Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0095688-9. Juiz de Direito Volnei dos Santos Coelho).

de custódia é conduzida por alguns juízes, o que nos permite chamar esse distanciamento de *práticas judiciais desviantes*.

3.1 Alteração do horário de realização das audiências

Já se disse aqui que as audiências de custódia na comarca de Porto Alegre obedecem a um horário específico em que devem começar. Segundo o artigo 2º da resolução tantas vezes referida, elas devem ter início “a partir das 14 horas”.

A fixação desse horário, embora assim não o diga a Resolução nº 1087/2015, presta-se a dar um norte aos juízes encarregados da audiência de custódia, em virtude de eles não serem titulares do Serviço de Plantão Judicial. Aliás, esse serviço sequer de cartório ou vara se trata, razão pela qual todo e qualquer magistrado que lá atue acabe por fazê-lo por designação do presidente do Tribunal de Justiça ou do corregedor-geral de justiça. Assim, a previsão daquele horário encontra sua razão de ser para servir de referencial aos juízes designados, e poderem ajustar as pautas de suas audiências nas varas onde são titulares, evitando colisão com a pauta das audiências de custódia.

Mesmo com o horário de início preestabelecido, alguns juízes vêm remarcando o horário das audiências de custódia para antes das 14 horas ou muito depois. Além de tal (im)postura se constituir em um claro desrespeito às normas criadas por ninguém menos que o Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, ela também deixa patente uma falta de respeito com os demais sujeitos atuantes naquele ato, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o defensor particular, acaso existente.

Em relação ao Ministério Público e à Defensoria Pública, essa alteração de horário lhes é comunicada por e-mail enviado pelos servidores do Serviço do Plantão Judicial, que talvez não saibam que as intimações – inclusive atinentes a decisões ilegais, como é o caso – devem se dar, em relação a eles, somente de modo pessoal. Quanto ao defensor particular, embora aquela resolução preveja a necessidade de sua intimação quanto

ao local, data e horário da audiência de custódia²³, não temos conhecimento de ao menos um advogado haver sido informado das audiências corriqueiramente realizadas às 14 horas de todos os dias da semana; quem dirá de uma transferência ilegal, como aquelas que vêm ocorrendo já não de forma *excepcional*, como referem os e-mails enviados.

É claro que tal (im)postura judicial pode ser alvo de correição parcial manejada pelo Ministério Público ou Defensoria Pública. No entanto, isso não apaga a imagem deixada por parte dos juízes com atuação no Serviço do Plantão Judicial, no sentido de que se está dando prioridade para outros interesses que não aquele de uma boa e correta realização das audiências de custódia na capital gaúcha, e de desprezo às outras instituições com assento fixo em um ato que deveria respeitar as regras traçadas pelo Conselho da Magistratura gaúcha.

3.2 Análise prévia dos autos de prisão em flagrante

A Resolução nº 1087/2015 é clara ao apontar, dentre o que considerou como *objeto* da audiência de custódia, que ela é um ato que se presta ao “exame da legalidade da prisão e da necessidade da prisão cautelar ou a sua substituição por medida diversa da prisão, bem como a prevenção à tortura e a qualquer tratamento desumano ou degradante, e, ainda, a atos constitutivos de abuso de autoridade” (artigo 4º). Entretanto, aquela mesma resolução elegeu o Presídio Central de Porto Alegre e o Presídio Feminino Madre Peletier como sendo os locais onde essa audiência irá se realizar diariamente, a partir das 14 horas, em relação aos autos de prisão em flagrante que forem distribuídos ao Serviço de Plantão Judicial da comarca de Porto Alegre até as 09 horas do dia em que aquela audiência deverá ser realizada.

A simples colocação em prática das disposições daquele ato normativo nos permite ver que, acaso um auto de prisão em flagrante venha a ser

23 Art. 5º. Parágrafo único. Na hipótese de defesa técnica constituída pelo flagrado, a comunicação sobre o local, a data e o horário de realização das audiências de custódia será cumprida pelo Serviço de Plantão do Foro Central, se não cientificado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.

distribuído após as 09 horas, a pessoa presa será apresentada ao juiz – de modo a ser submetida à audiência de custódia – somente no dia seguinte. Isso importa dizer que, em uma situação como essa, a pessoa presa ficará mais de 24 horas em uma casa prisional aguardando a realização de um ato que deveria ser sem demora. No entanto, essa não é a pior consequência de uma norma administrativa mal feita pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

Os juízes plantonistas se deram conta de que, da entrada daquela pessoa presa em uma das casas prisionais até sua efetiva apresentação para a audiência de custódia, esta mesma pessoa estará privada em sua liberdade somente a título de prisão em flagrante, mas inserida em um ambiente prisional altamente volátil, como mínimo, para os indivíduos presos do sexo masculino. Dito em outras palavras, ninguém menos que o próprio Poder Judiciário determina que uma pessoa ingresse em uma casa prisional – em lugar de ser apresentado sem demora ao juiz – e lá fique aguardando que o juiz lhe seja apresentado. E aí surge a seguinte questão: e se acontece algo à pessoa presa, que não foi apresentada sem demora ao Poder Judiciário, porque ele mesmo assim não o quis? E se essa pessoa é ferida ou morta por uma facção diversa da sua, que também se encontra no Presídio Central de Porto Alegre? Como justificar sua presença naquele ambiente, já que lá se encontra sem ordem judicial?

É por isso que a maioria dos juízes do Serviço do Plantão Judicial da comarca de Porto Alegre passou a adotar um procedimento que é frontalmente contrário àquele estipulado pela Resolução nº 1087/2015, qual seja, passou-se a fazer a análise dos autos de prisão em flagrante logo após sua distribuição junto àquele serviço. Com isso, a lógica por eles seguida é de já conceder a liberdade aos presos, seja a título de relaxamento de prisão ou de liberdade provisória. Quanto aos demais presos que não se mostrem mercedores de tal providência, é decretada sua prisão preventiva.

Adotando esse procedimento, os juízes plantonistas evitam que as pessoas presas em flagrante tenham que ficar várias horas – ou, dependendo da situação, mais de um dia – esperando até alcançarem a liberdade por decisão judicial, na audiência de custódia que só se realiza a partir

das 14 horas de cada dia. Evita-se, com isso, que essas pessoas ingressem no sistema prisional e corram o risco de serem agredidas ou mortas em um local que não deveriam sequer estar. Por outro lado, quanto aos indivíduos que tiveram sua prisão preventiva decretada nas dependências do Serviço do Plantão Judicial, estes têm alguma justificativa para se encontrarem nas casas prisionais já referidas, justificativa esta consistente em uma ordem judicial.

Ao incauto poderia parecer que seria correto esse procedimento realizado pelos juízes plantonistas, pois o que fazem eles é simplesmente antecipar a concessão de liberdade a quem já se mostra merecedor dela. Todavia, essa antecipação decisória provoca sérios reflexos no instituto da audiência de custódia, vindo a mais que desnaturado; em realidade, tal procedimento põe por terra a própria validade da audiência realizada, ao menos no sentido de considerá-la como audiência de custódia integrante do projeto-piloto pretendido pelo Conselho Nacional de Justiça e dos próprios textos internacionais internalizados pelo Brasil.

O primeiro reflexo diz respeito à não apresentação das pessoas em flagrante que foram colocadas em liberdade pelo juiz, quando da análise do auto de prisão em flagrante em seu gabinete, confortavelmente instalado nas dependências do Serviço do Plantão Judicial. Em razão disso, não há como ser observado um dos objetos da audiência de custódia, apontado no artigo 4º daquela resolução, qual seja, questionar o sujeito preso se ele foi alvo de tortura, maus-tratos, algum tratamento desumano, degradante ou constitutivo de crime de abuso de autoridade. Além do ferimento a um objeto expressamente previsto naquela resolução, também haverá um desvio estatístico em relação a todo e qualquer levantamento de dados efetuado para se mensurar se a polícia gaúcha é violenta ou não.

O segundo reflexo atinge o processo de formação da convicção judicial, à hora de decidir pela manutenção da prisão ou concessão de liberdade, seja ela provisória ou derivada de relaxamento. Isso porque, conforme reiteradamente decidido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, é indispensável que haja a apresentação pessoal do preso ao juiz, para que ele possa tomar a decisão que entender correta. Ou seja, o processo de for-

mação do convencimento judicial somente poderá ocorrer em audiência, o que leva à incidência obrigatória, portanto, do princípio da imediação naquele ato processual. Aliás, aquela Corte já se manifestou diversas vezes – e de forma expressa – no sentido da impossibilidade de os objetivos da audiência de custódia serem alcançados com decisões tomadas em gabinete sem a presença do preso.²⁴

O terceiro reflexo atinge os sujeitos que tiveram sua prisão preventiva decretada no gabinete do Serviço do Plantão Judicial, anterior, portanto, à audiência de custódia. Quanto a eles, poder-se-ia dizer que nenhum prejuízo lhes atingiria, visto que as informações constantes no auto de prisão em flagrante já apontariam para a necessidade daquela prisão cautelar. Entretanto, além do desrespeito acima mencionado não só à Resolução nº 1087/2015, mas também às proibições já estabelecidas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, objetivamente o que temos é um prejulgamento quanto à situação envolvendo o *status libertatis* do sujeito apresentado ao juiz, pois dificilmente uma decisão de prisão preventiva é alterada nas audiências de custódia realizadas na comarca de Porto Alegre, sob o atual formato regulado pelo Tribunal de Justiça e colocado em prática pelos juízes do Serviço do Plantão Judicial.

O que se poderia argumentar quanto a essa prática judicial de se manter, em audiência de custódia, a prisão preventiva decretada no gabinete do Serviço do Plantão Judicial é que há decisões que vêm revendo aquela anteriormente proferida, concedendo a liberdade provisória durante o ato de apresentação do sujeito já preso preventivamente.

De fato, isso vem ocorrendo, embora em limitadas ocasiões, se levarmos em consideração o número de indivíduos já presos preventivamente apresentados aos juízes plantonistas.²⁵ Contudo, mesmo em tais situações,

24 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.

25 A título de exemplo, citamos: Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0064043-1. Audiência realizada em 08 de agosto de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0063620-5. Audiência realizada em 08 de agosto de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0064055-5. Audiência realizada em 09 de agosto de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0076926-4. Audiência realizada em 29 de setembro de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente

o que fica evidente é que essas prisões não necessitariam haver sido decretadas em gabinete, pois, caso a apresentação do indivíduo preso houvesse sido realizada sem demora – ou seja, assim que finalizada a confecção do auto de prisão em flagrante –, por certo que aquela pessoa não deveria, como mínimo, haver sido encaminhada a uma casa prisional.

Boa parte destas considerações já foi objeto de parecer redigido pelo Centro de Apoio Operacional do Ministério Público do Rio Grande do Sul (datado de 12 de agosto de 2015), que, por sua vez, foi encaminhado – no início do mês de setembro do mesmo ano, pela Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais – ao corregedor-geral da justiça, a fim de que essa alteração procedimental fosse corrigida por quem de direito junto ao Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Todavia, tais problemas seguem ocorrendo em pleno mês de novembro de 2015, o que nos permite concluir, portanto, que a realização séria e adequada da audiência de custódia, por parte da Justiça gaúcha, não é uma das suas prioridades, e que o projeto-piloto firmado com o Conselho Nacional de Justiça foi completamente deturpado pela prática judicial verificada a diário, com a omissiva concordância de quem poderia alterá-la.²⁶

nº 001/2.15.0076927-2. Audiência realizada em 29 de setembro de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0081482-0. Audiência realizada em 18 de outubro de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0081498-7. Audiência realizada em 18 de outubro de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0084033-3. Audiência realizada em 27 de outubro de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0084104-6. Audiência realizada em 27 de outubro de 2015.

- 26 Em entrevista prestada ao jornal *Zero Hora*, o juiz de direito Eduardo Almada, com atuação junto à Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além de manifestar seu pleno conhecimento quanto a essa atuação desviante de alguns juízes plantonistas da Comarca de Porto Alegre, manifesta sua concordância com os argumentos por eles apresentados. Conforme consta naquele período, foi-lhe dirigida a seguinte pergunta: “Nem todos os presos em flagrante são levados para audiência de custódia?” Como resposta, afirmou: “Os juízes dos plantões nos dizem haver situações que não justificam a manutenção da prisão. Eles não querem que o cidadão passe pelo constrangimento de permanecer uma noite na prisão até ser conduzido no outro dia para audiência, quando eles estão percebendo que esse encarceramento não se justifica. Essa é a argumentação dos juízes do plantão quando cobramos deles” (48% dos presos em flagrante são soltos no mesmo dia. *Zero Hora*, Porto Alegre, 16 nov. 2015. Notícias Polícia, p. 28). Ora, essa questão se resolveria de uma forma muito simples: em lugar de a audiência de custódia ser realizada em um horário único (a partir das 14 horas), deveria ser realizada em vários horários predeterminados e intercalados. A título de exemplo, de 08 horas em 08 horas. Ao que se vê, a Corregedoria-Geral

3.3 Oitiva coletiva de presos

Embora em número mais reduzido de oportunidades, e restrito a uma parcela ainda menor de juízes, há quem realize a audiência de custódia como se fosse uma *audiência pública*, na acepção cível daquele ato.

Sendo mais específico e menos sarcástico, não raras vezes, os autos de prisão em flagrante apresentam mais de um sujeito conduzido, seja em razão do concurso de pessoas característico de algumas modalidades delitivas (por exemplo, roubo qualificado), seja pela ocorrência de mais de uma infração penal envolvendo sujeitos diferentes. Por consequência, um mesmo auto de prisão em flagrante pode motivar a necessidade de apresentação judicial de mais de um sujeito preso.

Em situações como essa, a boa técnica e a própria legislação processual penal apontam para a necessidade de oitiva em separado de cada sujeito apresentado ao juiz. Como se diz no meio doutrinário, a oitiva do sujeito passivo da persecução penal se constitui em *ato personalíssimo*, razão pela qual deverá ele ser ouvido em separado dos demais sujeitos que com ele dividem esse polo.

Em que pese isso, e da previsão expressa do artigo 191 do CPP²⁷, alguns juízes plantonistas têm determinado que a oitiva dos sujeitos presos se dê em conjunto, ou seja, que eles estejam na mesma sala, no mesmo momento, a fim de serem inquiridos pelo magistrado sobre os temas que ele entende pertinentes.²⁸ Como regra, as perguntas feitas pelo juiz se restringem em saber se o sujeito apresentado foi agredido pelos policiais responsáveis

de Justiça do Poder Judiciário gaúcho aceita como plausível a correção de um erro para, alegadamente, corrigir outro. O alegado *constrangimento* aos sujeitos presos em flagrante deixaria prontamente de existir se aquela apresentação fosse *sem demora*, em respeito às normas e interpretação internacionais sobre o tema, pois o encaminhamento dos presos às casas prisionais – para só depois serem ouvidos – já é visto pelos juízes plantonistas como uma conduta provocadora de demora.

27 Artigo 191 CPP. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.

28 A título de exemplo, citamos: Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0081918-0. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska, audiência realizada em 20 de outubro de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0081928-8. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska, audiência realizada em 20 de outubro de 2015. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0090210-0. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska, audiência realizada em 14 de novembro de 2015.

por sua prisão. No entanto, limitar a audiência de custódia a essa mera questão é dar mostras de que não se sabe a que ela realmente se presta.

A título de exemplo, podemos citar uma situação até certo ponto corriqueira, em que duas pessoas são presas em flagrante pelo crime de receptação, por haverem sido localizadas dentro de um automóvel que foi roubado ou furtado dias antes. Entretanto, uma delas quer alegar que somente estava na carona, e que desconhecia a origem ilícita do veículo.

Outro exemplo a ser citado é aquele em que dois sujeitos são presos em flagrante pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas, onde um dos presos estava com uma quantidade considerável de drogas, ao passo que outro estava com uma porção própria para um único uso. O sujeito que foi preso com a pequena quantidade de drogas quer informar o juízo que não é traficante, pois foi preso no momento em que estava fazendo a compra da droga para uso próprio, o que importa dizer que o verdadeiro traficante é o outro sujeito que com ele foi preso.

Lembremos que tais explicações, por parte do sujeito preso, são mais que necessárias naquele momento – por certo, quando ele resolve falar sobre o fato –, em razão de se constituírem em mecanismo de defesa contra a homologação do auto de prisão em flagrante ou de demonstração da desnecessidade de decreto de prisão preventiva. Em situações como essas, é impensável que, em uma audiência envolvendo todos os sujeitos conduzidos, um deles diga ao juiz que nada teve a ver com o fato flagrado, e que o responsável por ele foi o outro sujeito preso.

Lembremos também que, após o préstimo dos esclarecimentos ao juiz, todos os sujeitos presos deverão voltar para o mesmo ambiente prisional, já que se encontram presos em uma das casas prisionais já referidas. O medo de represálias irá obrigá-lo a ficar em silêncio, tal como já vem ocorrendo em relação aos presos que se negam a falar sobre eventuais agressões praticadas pelos policiais militares responsáveis por suas prisões, em virtude de o Presídio Central de Porto Alegre há décadas estar sob a administração da Brigada Militar.

Mas por qual motivo essa oitiva em conjunto estaria ocorrendo? Seria desconhecimento da legislação processual penal ou do efeito prático que

eventuais informações prestadas pelo sujeito preso poderão surtir na decisão a ser tomada na audiência de custódia? Na nossa forma de ver, nem uma coisa nem outra.

A justificativa para essa prática parece obedecer a um anseio de ordem temporal, ou seja, quanto mais se puder concentrar a oitiva de vários presos em um só ato, mais rápido a audiência de custódia, relativa a um mesmo auto de prisão em flagrante, poderá terminar. E, quanto mais rápido terminarem as audiências de custódia, mais rápido o juiz poderá retomar suas atividades em outra seara. Em suma, mais uma vez a audiência de custódia não é encarada com a devida seriedade.

3.4 Inversão na ordem de oitiva de presos

Também nos tem chamado muito a atenção o desrespeito a uma regra básica das audiências de oitiva de pessoas, regra esta relativa à ordem a ser seguida para a formulação de perguntas.

Como bem se sabe, a realização de interrogatório dos réus obedece à seguinte ordem de inquirição: primeiro o juiz faz suas perguntas, posteriormente passando a palavra às partes, inicialmente ao Ministério Público e, depois, à sua defesa técnica, como consectário da máxima de que a defesa se manifesta por último. No entanto, e sem nenhum motivo – aparente ou informado –, alguns juízes da audiência de custódia da comarca de Porto Alegre vêm alterando a ordem de concessão da oportunidade para a realização de perguntas ao sujeito preso.²⁹

3.5 Oitiva de presos sem a presença da Defensoria Pública

Um dos mais graves ataques ao direito de defesa dos sujeitos presos foi praticado em audiência de custódia da comarca de Porto Alegre, por parte de um dos juízes designados para atuar no Serviço do Plantão Judicial. Referimo-nos à realização daquele ato sem a presença de um defensor

²⁹ A título de exemplo, citamos: Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0081918-0. Juiz de Direito Sidinei José Brzuska, audiência realizada em 20 de outubro de 2015.

– que, no caso, deveria ser um representante da Defensoria Pública –, embora ninguém menos que o Código de Processo Penal assim o determine.³⁰

No caso em concreto³¹, mesmo estando presente o defensor público no andar do Presídio Central onde são realizadas as audiências de custódia, o juiz da ocasião entendeu por dar início à audiência de apresentação dos presos sem sua presença. E o que estava fazendo aquele defensor? Dando efetividade a um direito básico de todo sujeito passivo da persecução penal, que é o de se entrevistar com seu defensor antes da realização de sua oitiva.³²

Situações como a narrada põem em evidência a mais completa inversão de valores, em relação a quem deve ser dado o protagonismo no ato conhecido como *audiência de custódia*. Não é o juiz o centro das atenções – quem pensa assim, sequer poderia lá estar presente –, e o sujeito que lhe é apresentado não pode ser encarado como mero objeto, por considerar que aquele ato independe da presença de um defensor ou, o que é pior, que o papel do defensor é o de atrapalhar os interesses, pensamentos, horários ou sistemática adotados pelo juiz.

CONCLUSÃO

Segundo os meios de comunicação que se encarregaram de divulgar a assinatura do convênio entre o Poder Judiciário gaúcho e o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça local foi o quarto no país a fazer parte do projeto-piloto proposto por aquele conselho.

Mesmo possuindo tempo hábil para redigir uma regulamentação que se adequasse aos fins do instituto conhecido como *audiência de custódia*, e

30 Artigo 185, caput, CPP. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

31 Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.15.0081482-0. Audiência realizada em 06 de outubro de 2015.

32 Artigo 185, § 5º, CPP. Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

tendo vários projetos de lei e regulamentações já expedidos por outras Cortes do país para serem usados como parâmetro, a Resolução nº 1087/2015, apresentada pelo Conselho da Magistratura do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, padece de vários e sérios problemas, inclusive de ordem constitucional. Além de ser uma das piores regulamentações de todo o país, a impressão por ela deixada é que se fez uma resolução para não dar certo, em razão da nítida despreocupação com a figura do preso e com o respeito a regras básicas de direito processual penal.

Não fosse isso suficiente, a forma como alguns juízes estão realizando as audiências de custódia na capital do Rio Grande do Sul é afrontosa não só àquela resolução, senão também às mais comezinhas regras de direito processual penal presentes em nossa legislação. E, o que é pior, mesmo informado de – ao menos – algumas dessas práticas, o Poder Judiciário local não tomou nenhuma providência imediata para que deixassem de ocorrer, sendo elas em detrimento dos interesses dos sujeitos presos.

Por essa soma de fatores, não há como esconder o fato de o Estado do Rio Grande do Sul ser um exemplo a não ser seguido, quando o tema envolve a concretização do projeto-piloto pensado pelo Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: um estudo sobre a implantação do projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça

DARLAN LIMA LEITÃO^{*1}

MILENA FISCHER^{**2}

INTRODUÇÃO

Em 24 de fevereiro de 2015, com 23 anos de atraso em relação à aderência do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que dispõe que toda pessoa presa deve ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Tribunal de Justiça de São Paulo deram início à implementação do projeto “Audiência de Custódia”, capitaneado pelo CNJ – hoje implantado nos 27 Tribunais de Justiça do país. A iniciativa do Conselho é fruto da inércia do Legislativo e das constantes controvérsias que a normatização da audiência de custódia enfrenta no país, uma vez que ela está prevista no ordenamento jurídico desde 1992, quando o país se tornou signatário do Pacto de San

* Acadêmico da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP).

** Acadêmica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Jornalista.

José da Costa Rica. Como aponta Eleonora Mesquita Cena: “A aceitação da jurisdição de uma corte internacional é facultativa, mas uma vez reconhecida formalmente a competência de tal organismo, o Estado se obriga a implementar suas decisões, sob pena de responsabilidade internacional”.³ A autora complementa, referindo-se especificamente ao tema dos direitos humanos, que estão na base da existência da audiência de custódia:

No mesmo sentido, prescreve o artigo 2º da CADH que o direito nacional deve tornar viável a aplicação do direito internacional de proteção dos direitos humanos. Com base nesse dispositivo, a Corte entende que o direito doméstico não pode ser alegado para impossibilitar a implementação do direito internacional. Quer dizer, nenhum Estado-Parte pode invocar a impossibilidade jurídica do cumprimento de sentenças da Corte baseado em questões de legislação interna.⁴

Mesmo assim, somente em 2011 foi apresentado o Projeto de Lei 554/2011, que altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de 24 horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

Em setembro de 2015, o PL foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa, seguindo para a Câmara dos Deputados. Diante da morosidade em regulamentar as audiências de custódia, o CNJ criou o projeto, que foi gradativamente implementado em capitais do país – o que, apesar de ser saudado como iniciativa positiva, também acarretou críticas sobre a limitação desse direito fundamental a apenas algumas cidades. Eleonora Mesquita Cena lembra a necessidade fundamental da incorporação das normas internacionais à Constituição Federal (CF), respeitando sua hierarquia, e garantido a aplicação de fato das orientações dos tratados:

3 CEIA, Eleonora M. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.

4 *Ibidem*.

Por consagração constitucional dos tratados humanísticos e da jurisprudência internacional de direitos humanos entendemos, por um lado, o reconhecimento formal de posição hierárquica constitucional a todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e, por outro, a incorporação formal de normas expressas à CF que imponham a todo e qualquer agente político a observância dos tratados e da jurisprudência internacional de direitos humanos no exercício de suas respectivas competências. Tais medidas formais elevariam os tratados e a jurisprudência internacional de direitos humanos a um patamar que os asseguraria ser elementos de referência obrigatória para a Administração, o Legislativo e o Judiciário nacionais. De modo que caso seus atos não observassem as disposições contidas em tratados humanísticos ratificados pelo Brasil, eles poderiam ser impugnados sob o argumento da inconstitucionalidade.⁵

Sobre esse mesmo aspecto observam Carlos Weis e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira:

Da comparação das normas acima coligidas com a legislação infraconstitucional brasileira, de plano nota-se a ausência de dispositivo que introduzisse no ordenamento pátrio a obrigação da apresentação imediata da pessoa presa – especialmente aquela em suposto flagrante delito – à autoridade judicial, em evidente desconformidade com o que preveem os tratados internacionais de direitos humanos.⁶

Os autores reiteram que “o critério de primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos”. Mais adiante, eles concluem que “não se mostra pertinente a interpretação restritiva no sentido da inaplicabilidade das normas dos tratados de direitos humanos que preveem o direito de a pessoa presa ser levada, sem demora, à presença de um juiz”.

5 Ibidem.

6 WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*, n. 331, jul. 2012.

O presente artigo busca analisar o atual estágio da implementação das audiências de custódia no país e seu impacto imediato na situação prisional, bem como na garantia dos direitos fundamentais da pessoa presa ou detida em flagrante.

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E A REALIDADE CARCERÁRIA DO BRASIL

O fim da II Guerra Mundial e os anos seguintes representaram um marco jurídico na defesa e na busca pela materialização dos direitos humanos no Ocidente. Já em 1950, o Conselho da Europa criou a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), estabelecendo, entre outras normas, “a necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções”.⁷ Desde então, uma série de textos internacionais passou a repercutir esse tratamento à pessoa presa, sendo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) entrou em vigor em 1978 – e o Brasil, que ainda vivia a fase final de um governo militar, só se tornou signatário dessa convenção em 1992, sendo que até hoje não evoluiu na codificação procedimental das audiências de custódia.

A inércia do Legislativo por tantos anos levanta uma questão imediata que tem emanado para muitos escritos acerca da audiência de custódia: que motivos teriam levado à iniciativa do CNJ neste momento, e não há cinco ou dez anos? A resposta mais clara é que a intenção de promover a materialização dos direitos humanos não se alterou, mas a realidade carcerária do país sim.

Em artigo produzido para a edição de agosto-setembro de 2015 da *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, o advogado e professor Bernardo de Azevedo e Souza defende: “A implementação da audiência de custódia no país legitima-se notadamente em face da rea-

⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Paulo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

lidade carcerária verificada em território nacional”⁸, e, para reforçar o argumento, apresenta os números do CNJ atualizados em 2015 segundo os quais o país tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo (711.463 presos), dos quais 41% são presos provisórios. Infere-se que a estrita proteção a esse direito nunca serviu de prerrogativa para que o Brasil saísse da inércia para normatizar a audiência de custódia, mas o atual desmazelo da situação carcerária, além da falta de estrutura das polícias, sim. Ainda sobre esse argumento, disse o ministro do STF e presidente do CNJ Ricardo Lewandowski, citado pelo site *Consultor Jurídico (Conjur)*, que em um ano de execução do projeto em todas as comarcas brasileiras, o índice de presos provisórios no país poderá ser reduzido à metade, indicando que aproximadamente 120 mil pessoas poderão deixar de ser presas, com uma economia de R\$ 4,3 bilhões aos cofres públicos.⁹

No entanto, uma análise mais detida permite perceber que esses números tão incensados revelam a faceta mais sombria da política criminal brasileira, que põe em primeiro plano a prisão, em face de outras medidas. Ou seja, a preocupação com os números alarmantes sugere uma inegável violação dos direitos humanos, do direito ao contraditório e mesmo da Lei 12.403/2011, “que destaca o caráter excepcional da prisão em flagrante e sugere medidas alternativas ao encarceramento”.¹⁰

A rotina da opção pelo encarceramento segue sendo a prática notória no país, como apontam Aury Lopes Jr. e Caio Paiva:

O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial

8 AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. A audiência de custódia e o preço do conformismo. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, n. 93, p. 33-39, ago.-set. 2015.

9 MINISTRO Ricardo Lewandowski dá início às audiências de custódia no TRF-4. *Conjur*, 30 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/ministro-lewandoski-inicio-audiencias-custodia-trf>>.

10 BARROS, Ana Paula Monte Figueiredo Pena. Inovações trazidas pela lei nº 12.403/2011. In: ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 4). p. 52-62. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_52.pdf>.

após o advento da Lei 12.403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a última ratio das medidas cautelares. O art. 310 do CPP, alterado pelo diploma normativo citado, dispõe que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente (I) relaxar a prisão, (II) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou (III) conceder liberdade provisória. E o que verificamos na prática? Simples: que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como regra no sistema processual brasileiro.¹¹

Apesar de as alterações da referida lei serem bem-vindas, mesmo que, como argumentam os autores, pouco empregadas na prática, um fator que contribui decisivamente para o alto número de prisões provisórias está subentendido na própria Lei 12.403 quando esta faz referência a “converter” (*a prisão em flagrante*) em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312. O referido artigo estabelece que a prisão preventiva “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Ou seja, mesmo com a implementação da audiência de custódia, o juiz, ao verificar, por exemplo, que há risco à ordem pública ou que se impõe a conveniência da instrução criminal, ele converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Se as prisões tivessem, desde o flagrante, embasamento legal e consistente, as audiências de custódia não representariam uma diminuição tão relevante no número de presos provisórios no país – mas sim a verificação das circunstâncias da prisão, atentando especialmente para qualquer violação dos direitos humanos. Como observa o professor Maurício Martins Reis:

11 LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Liberdades*: publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 11 a 23, set.-dez. 2014.

As estatísticas no primeiro fim de semana em que São Paulo teve audiências de custódia mostram que houve o desencarceramento de 60% dos presos provisórios. Isso nos leva à reflexão sobre a fundamentação da decisão do juiz: com a presença da pessoa ela é uma, e sem a presença da pessoa presa ela é outra? Estamos claramente diante de fundamentações que carecem de embasamento constitucional.¹²

No entanto, cabe ressaltar as palavras do juiz titular da 20ª Vara Cível e coordenador do Plantão Judiciário de Porto Alegre (RS), Vanderlei Deolindo. Segundo ele, um número muito pequeno de crimes resulta em prisão em flagrante – ou seja, neste sentido, as audiências de custódia não funcionariam como instrumento para reduzir automaticamente e de forma drástica a população carcerária do país, mas sim para fazer valer os direitos humanos e as garantias constitucionais da pessoa presa ou detida em flagrante.¹³

Por outro lado, esse procedimento pode representar um avanço em relação à aplicação de medidas alternativas ao encarceramento – com o necessário direito de a pessoa presa estar assistida por um defensor já no momento da audiência de custódia.

RESULTADOS PRELIMINARES DA EXPERIÊNCIA DO PROJETO “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”

No dia 11 de novembro de 2015, o presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, escreveu um artigo para o site *Consultor Jurídico (Conjur)* analisando os primeiros resultados do projeto “Audiência de Custódia” do CNJ.¹⁴ Ele ressalta o que parece óbvio, mas que é justamente contrário ao

12 Maurício Martins Reis, em palestra dentro do painel “Audiência de custódia no processo penal: da boa intenção à boa técnica”, realizado pela Escola Superior da Fundação do Ministério Público, em Porto Alegre, no dia 29 out. 2015.

13 Vanderlei Deolindo, em palestra dentro do painel “Audiência de custódia no processo penal: da boa intenção à boa técnica”, realizado pela Escola Superior da Fundação do Ministério Público, em Porto Alegre, no dia 29 out. 2015.

14 LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiências de custódia do Conselho Nacional de Justiça: da política à prática. *Conjur*, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015->

que se pratica no Brasil: “As audiências de custódia servem para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, ainda que tenham cometido delitos, não devam permanecer presas durante o processo”. No artigo citado, ele apresenta dados coletados em São Paulo:

Resultados levantados em meados de outubro já contabilizavam a apresentação de 20.836 pessoas presas em flagrante delito a um juiz. Entre esses, 9.852 (45,98%) acabaram liberados e 11.554 (53,93%) tiveram a prisão preventiva decretada. Ainda: 1.341 (6,25%) casos de violência no ato da prisão foram denunciados e outros 2.551 (11,90%) encaminhamentos assistenciais realizados. A repercussão econômica de todo esse movimento também é considerável: dados preliminares apontam que aproximadamente 50% dos presos em flagrante, quando colocados face a face com um juiz, deixam de ser recolhidos aos já superlotados cárceres brasileiros, estimando uma economia de cerca de R\$ 4,3 bilhões aos cofres públicos, nos próximos dozes meses.

E ressalta duas decisões do STF sobre o tema das audiências de custódia:

O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, debruçando-se sobre o tema “audiências de custódia”, recentemente, foi responsável por duas importantes decisões sobre a novel prática: no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.240), em 20 de agosto passado, declarou constitucional o projeto, que se iniciou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, em fevereiro de 2015, e, no último dia 9 de setembro, julgando medida cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), determinou a implantação das audiências de custódia em todo o país, no prazo máximo de noventa dias.

Em outro artigo de 11 de novembro, o site *Consultor Jurídico* apresenta estatísticas elaboradas nos primeiros meses de funcionamento das

nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica#author>.

audiências de custódia em nove Tribunais de Justiça do país¹⁵: nas cortes de Espírito Santo, Mato Grosso, São Paulo, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Bahia, o chamado índice de reingresso é de 4%. Das 6.513 pessoas que receberam liberdade provisória em audiência de custódia nesses nove Estados, apenas 264 pessoas voltaram a ser apresentadas a um juiz por terem cometido um crime novamente. Um dos principais fatos dos dados preliminares, saudado pelo presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho, no mesmo artigo aqui citado, é “que antes da audiência de custódia os presos esperavam meses até terem sua prisão analisada por juiz, que em muitos casos considerava que a prisão não era necessária, aplicando medidas cautelares”. Ouvido pelo *Conjur*, o defensor público Ricardo André destaca a importância de levar este projeto para além das capitais. Em sua opinião, os dados iniciais mostram que o projeto está no caminho certo, no entanto, a questão carcerária no Brasil precisa estar na agenda pública e ser debatida de forma inovadora e corajosa. “Agora, um novo desafio se apresenta: urge que as audiências sejam capilarizadas para o interior dos Estados, quiçá tornando-se prática processual cotidiana e aplicável a todos.”

O CNJ ainda criou o Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil, disponível para consulta da população em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Em anexo a este artigo encontram-se as tabelas de dados dos 27 Tribunais de Justiça do país atualizadas pelo CNJ. O projeto do CNJ prevê, ainda, algo que pode parecer fantasioso diante da realidade econômica e da atual política criminal do Brasil: “viabilizar”, nas palavras de Lewandowski, estruturas como opções concretas ao encarceramento provisório de pessoas, por meio da criação ou fortalecimento de centrais de alternativas penais à prisão provisória, centrais de monitoração eletrônica e serviços correlatos

15 ROVER, T. Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos. *Conjur*, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/liberados-audiencias-custodia-voltam-presos>>.

que detenham enfoque restaurativo. Para se tornar realidade, a criação de centrais alternativas e de monitoração eletrônica precisa passar pelo crivo da falta de estrutura e de recursos do Estado em todos os âmbitos da Federação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação da audiência de custódia no sistema jurídico brasileiro, especialmente depois da experiência capitaneada pelo CNJ, ainda necessita de um escrutínio normativo que a padronize em todo o país e estabeleça critérios únicos e eficazes para a sua realização. Ainda, não será a audiência de custódia responsável pelo “conserto” do sistema punitivo e prisional estabelecido no Brasil, mas sim por uma revisão da política criminal, que passa, necessariamente, por mudanças no Código Penal e no Código de Processo Penal. O que o estabelecimento do instituto da audiência de custódia deve instaurar no país é o respeito e o alinhamento a mais um conjunto de proteções internacionais aos direitos humanos e às garantias fundamentais – o que o Brasil está devendo há mais de 20 anos, desde que decidiu ser signatário apenas no plano formal do Pacto de San José da Costa Rica.

ANEXOS:

Números por Tribunais de Justiça do Mapa de Implantação da Audiência de Custódia do CNJ

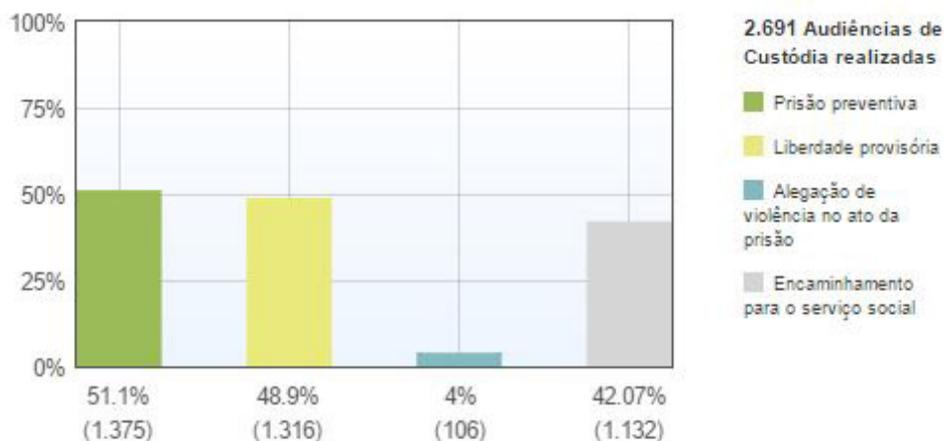
Apresentamos, após a tabela abaixo, quadros completos apenas para os Tribunais onde foram realizadas mais de 1.000 audiências de custódia durante o período coletado pelo CNJ (Espírito Santo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo).

ACRE: dados ainda não disponíveis (15/11)

ESTADO	AUDIÊNCIAS	PERÍODO	LIB. PROVISÓRIA
AL	76	(02/10 a 15/10)	65,8%
AM	200	(07/08 a 13/10)	50,5%
AM	82	(25/09 a 13/10)	76,8%
BA	436	(28/08 a 13/10)	68,1%
CE	588	(21/08 a 13/10)	45,9%
DF	550	(14/10 a 31/10)	57,6%
GO	720	(10/08 a 13/10)	63,4%
MA	931	(10/2014 a 13/10/15)	49,5%
MS	46	(05/10 a 13/10)	47,9%
MT	484	(24/07 a 13/10)	59,5%
PA	61	(28/09 a 09/10)	65,5%
PB	412	(14/08 a 14/10)	48,3%
PE	570	(14/08 a 14/10)	37,1%
PI	226	(21/08 a 13/10)	46,9%
PR	129	(31/07 a 07/10)	55,8%
RJ	194	(18/09 a 13/10)	42,7%
RN	38	(09/10 a 15/10)	44,7%
RO	148	(14/09 a 13/10)	42,5%
RR	76	(04/09 a 13/10)	65,7%
SC	115	(01/09 a 13/10)	60,8%
SE	36	(02/10 a 13/10)	52,7%
TO	99	(10/08 a 13/10)	60,6%

Audiência de Custódia em Números

ESPÍRITO SANTO



Fonte: TJES

Período: 22/05/2015 a 13/10/2015

Audiência de Custódia em Números

MINAS GERAIS



Fonte: TJPMG

Período: 17/07/2015 a 15/10/2015

Audiência de Custódia em Números

RIO GRANDE DO SUL

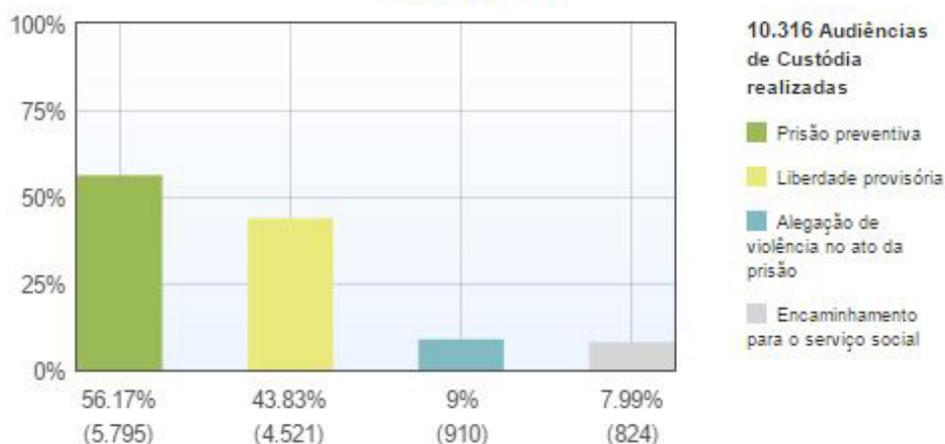


Fonte: TJRS

Período: 30/07/2015 a 13/10/2015

Audiência de Custódia em Números

SÃO PAULO



Fonte: TJSP

Período: 24/02/2015 a 13/10/2015

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, M. F.; ALFLEN, P. R. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. A audiência de custódia e o preço do conformismo. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, n. 93, p. 33-39, ago.-set. 2015.
- BARROS, Ana Paula Monte Figueiredo Pena. Inovações trazidas pela lei nº 12.403/2011. In: ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 4). p. 52-62. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_52.pdf>.
- CEIA, Eleonora M. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiências de custódia do Conselho Nacional de Justiça: da política à prática. *Conjur*, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica#author>>.
- LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Liberdades*: publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 11 a 23, set.-dez. 2014.
- MINISTRO Ricardo Lewandowski dá início às audiências de custódia no TRF-4. *Conjur*, 30 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/ministro-lewandowski-inicio-audiencias-custodia-trf>>.
- ROVER, T. Apenas 4% dos liberados nas audiências de custódia voltam a ser presos. *Conjur*, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/liberados-audiencias-custodia-voltam-presos>>.
- WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*, n. 331, jul. 2012.

ISBN 978-85-69568-02-5



9 788569 568025