

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS (IN)SUCESSOS – BREVES CRÍTICAS A SEUS DESCOMPASSOS PRÁTICOS

Camila Maués dos Santos Flausino

Mestranda em Estudos Fronteiriços (UFMS/CPAN). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. Professora Colaboradora do Curso de Direito da UFMS/CPAN. Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Ex-Defensora Pública dos Estados do Piauí e do Amazonas.

Resumo: Este artigo destina-se à análise das dificuldades práticas que afetam a eficácia da audiência de custódia idealizada nos moldes atualmente delineados pelos documentos internacionais versantes sobre direitos humanos e pela Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – que disciplina o procedimento de audiência de custódia no âmbito do Poder Judiciário. O estudo crítico tangente à maneira em que conduzidas em certas ocasiões as audiências de custódia exsurge da percepção advinda do dia a dia forense, que delata burla à normatização pertinente por meio de práticas questionáveis sob a perspectiva da exigência de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Audiência de custódia – Finalidades – Dificuldades práticas.

Abstract: This article is intended to analyze the practical difficulties that affect the effectiveness of the initial hearing idealized in the way currently outlined in the international human rights documents and by the National Council of Justice (CNJ) Resolution 213/2015, which initial hearing proceeding within the scope of the Judiciary. The critical study of the way in which initial hearings are conducted on certain occasions exudes from the day-to-day perception of forensics, which betrays relevant normatization through questionable practices from the perspective of enforcing fundamental rights and guarantees.

Keywords: Initial hearing – Purposes – Practical difficulties.

Sumário: 1. Introdução; 2. Audiência de custódia: contexto brasileiro, definição, respaldo normativo e suas finalidades; 3. Algumas disparidades entre as práticas adotadas e a normativa pertinente – O abismo entre o dever-ser e a prática forense; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A audiência de custódia, como convencionalmente passou a ser designada a oitiva inaugural e consecutiva do preso pela autoridade judicial logo após a prisão de um indivíduo, resplandece em meio a um estado generalizado de perplexidade acerca de sua própria existência, finalidades e desenvoltura procedimental, que atingiu de chofre a significativa massa de operadores do direito. Apesar de se tratar de matéria afeta ao direito penal adjetivo, tangente ao direito internacional dos direitos humanos, até pouco tempo escassos autores processualistas ousaram gestar linhas a respeito da audiência de custódia e abordá-la como genuíno instituto garantidor dos direitos à liberdade e à integridade do sujeito preso.

Em boa hora, ainda que tardiamente, pôs-se em voga a audiência de custódia como procedimento destacado e incidível ao processo penal pátrio, alinhando-o à Convenção Americana de Direitos Humanos (CACH) e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aos quais o Brasil aderiu voluntariamente e em manifestação



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



da sua soberania. Diz-se tardiamente, vez que, apesar de decorridos mais de vinte anos da adesão do Brasil àqueles documentos internacionais e mais de dez anos da redação do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, que instituiu o “bloco de constitucionalidade”¹, relativamente ao caráter infraconstitucional, porém supralegal de tratados e convenções que tratem sobre direitos humanos que não se submeteram àquela cláusula², somente recentemente, há pouco mais de um ano, implementou-se na prática aquilo que há muito se garantia ao segregado criminal em âmbito regional e internacional.

Inobstante a ausência de lei em sentido estrito no Brasil sobre a temática³, a audiência de custódia foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça através da Resolução nº 213/2015 e por diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais por intermédio de atos normativos próprios e convênios que abordam o procedimento a ser observado pelos seus respectivos magistrados⁴. O Poder Executivo Federal publicou em 2016, através do Departamento Penitenciário Nacional, vinculado Ministério da Justiça, “Audiências de Custódia e Prevenção à Tortura: Análise das Práticas Institucionais e Recomendações de Aprimoramento”, de grande relevância às instituições jungidas à temática, ao indicar recomendações para o aprimoramento das audiências de custódia⁵.

Entretanto, apesar de autonomamente o Poder Judiciário disciplinar a respeito da audiência de custódia por resolução e provimentos, não lhe é lícito afastá-los do modelo idealizado pelos documentos internacionais nos pontos que guardam pertinência à garantia de apresentação, sem demora, do preso sob qualquer pretexto ao juiz ou à autoridade que, conforme a legislação local, arvora-se à função judicial com poderes de deliberação acerca da prisão. A preocupação de constante alinhamento entre o que se faz na prática e os propósitos e a etiologia do instituto insculpidos nos documentos internacionais correlatos persistem como medida de controle da atuação punitiva estatal e de proteção dos direitos humanos dos presos, a um só tempo.

E sobre essa discrepância entre o que se aclama e o que é feito na prática é o que se tratará nesse breve articulado, embalado pelo singelo propósito de fomentar a mera reflexão acerca do cotidiano forense.

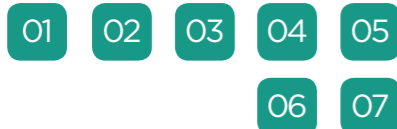
1 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

2 Recurso Extraordinário 466.343/SP.

3 Em 20/08/2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 5240, julgou por maioria e nos termos do voto do Relator, Min. Luiz Fux, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido formulado pela associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil), em que questionavam a regulamentação das audiências de custódia através do Provimento Conjunto nº 3/2015 editado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pela Corregedoria Geral da Justiça desse Estado sob o argumento de que a audiência de custódia somente poderia ser regulamentada por lei federal, por se tratar de matéria atinente a direito processual, portanto, da competência privativa da União para legislar a respeito (CF, art. 22, inciso I). O STF decidiu que a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional, posto que o ato normativo apenas disciplinou normas já vigentes.

4 O Projeto de Lei nº 554/2011 em trâmite no Senado Federal visa à alteração do art. 306, §1º, do CPP, o qual passaria a ter a seguinte redação: “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”. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=07/09/2011&paginaDireta=36707>>. Acesso em 03.04.2017.

5 Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>>. Acesso em 13.05.2017.



Delimita-se o espaço de observação no Estado de Mato Grosso do Sul, onde a articulista atua na área criminal como Defensora Pública Estadual, em que pinçadas algumas práticas que destoam dos desideratos de documentos internacionais sobre direitos humanos relacionados com a audiência de custódia e com medidas de combate à tortura, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como da própria Resolução nº 231/2015, do CNJ.

2. Audiência de custódia: contexto brasileiro, definição, respaldo normativo e suas finalidades

2.1.0 contexto brasileiro

A cultura vertiginosa da prisão como elixir para todos os males que envolvem a prática delitiva exige revisão diante de um contexto de superlotação carcerária e de reiteradas violações a direitos fundamentais de presos. Não à toa o Supremo Tribunal Federal (STF), na Medida Cautelar na ADPF nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional a respeito do caótico sistema penitenciário brasileiro, impondo em até noventa dias a realização de audiências de custódia⁶.

A tendência, dentro desse diagnóstico, que vislumbra o Brasil no terceiro lugar do infame pódio formado pelos países que mais prendem no mundo⁷, é enaltecer a aplicação de medidas cautelares diversas do encarceramento enquanto durar a tramitação do feito criminal, desde que inexistente o risco à efetividade processual, somente minimizado com uma prisão necessária e adequada.

O juízo de valor sobre a prisão cautelar (ou processual, provisória também designada de prisão sem pena), a qual, naturalmente não tem caráter satisfativo como a prisão decorrente do trânsito em julgado da sentença condenatória, deve ser emitido à luz das circunstâncias extraídas do contexto fático, concretamente consideradas, tornando despiciendas conjecturas e abstrações inflamadas na mente do juiz a respeito do crime em tese cometido. A prisão cautelar pauta-se no que, de fato, põe em risco o sucesso da instauração, da desenvoltura e do encerramento do processo, e não o que se imagina o que esse risco possa ser segundo truísmos sem qualquer substrato concreto, fático.

Daí se extrai a excepcionalidade que reveste a prisão decretada antes de uma condenação trânsita, a ponto de se defender a prisão como última medida a ser tomada como mecanismo de acautelamento do processo, inobstante a tensão que exerce sobre o princípio da presunção de inocência, prevista tanto em seara constitucional⁸, quanto na CADH⁹.

6 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 04.01.2016. Em contraponto apresentado por Lenio Luiz Streck em artigo nominado como Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 04.01.2016.

7 MONTENEGRO, Manuel. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 06.01.2015.

8 Artigo 5º, incisos LVI (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória).

9 Artigo 8.2, Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Nessa cadência, Guilherme de Souza Nucci¹⁰:

O sistema é harmônico e estruturado em regras mínimas de coerência e eficácia. De início, pois, vale lembrar que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII, CF). É a presunção de inocência, valor relevante, quando se trata do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a inversão desse status de inocência transfere ao Estado, por seus órgãos constituídos, voltados à investigação, acusação e julgamento, o ônus de provar a culpa do réu. Considerando-se ser o acusado inocente, até prova definitiva em contrário, não deve ser recolhido ao cárcere antes da hora. Disso deduz-se, com lógica, ser a prisão cautelar um momento excepcional na vida do indiciado ou réu.

A prisão cautelar, por ser excepcional, exige a correta ponderação de valores aparentemente conflitantes entre si (liberdade vs. segurança pública) e a inibição da vulgarização desse instituto, servente exclusivamente à utilidade do processo, e não aos anseios midiáticos ou retaliatórios.

Em meio ao turbilhão de denúncias que versam sobre o uso imoderado e despudorado da prisão cautelar, em que muitas vezes a ordem preferencial do art. 282, §6º, do CPP¹¹, é subvertida sem qualquer justificativa aceitável, surge a preocupação com a superlotação nos presídios brasileiros, similares a câmaras de horrores e com o encontro de uma solução idônea a frear o ímpeto do aprisionamento.

Não foi suficiente a reforma inserida pela Lei nº 12.403/ 2011 para conscientizar magistrados acerca da excepcionalidade da prisão, cujas regras inovadoras em meio a um código de processo penal de cariz eminentemente autoritário são mais vistas como recomendações do que imposições. Sem outras saídas, a mais próxima solução encontrada para a superlotação carcerária deita-se sobre a audiência de custódia, que exsurge como garantia multifuncional, tendente a evitar prisões inócuas ou arbitrárias e a inibir a tortura policial (violência estatal institucionalizada), a um só tempo.

2.2 Definição

Como lembrado por Caio Paiva, a designação *audiência de custódia* “não encontra correspondência no Direito Comparado”.¹² Cleopas Isaias Santos *apud* Caio Paiva prefere a designação “audiência de garantia” para referir-se à audiência de custódia.¹³

A audiência de custódia configura-se como genuína garantia de preservação da integridade (física e psíquica) do preso e como mecanismo de evitar prisões arbitrárias, desnecessárias ou ilegais. Essa garantia já era objeto de

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 30.

¹¹ A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do Código de Processo Penal Brasileiro).

¹² *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.

¹³ Idem.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



regulamentação pela CADH (art. 7.5)¹⁴ e pelo PIDCP¹⁵ (art. 9.3), muito antes de ser abordada nas correntes discussões sobre o ato travadas em âmbito nacional.

Para Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, “A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”.¹⁶

Sob essas diretrizes, tecem-se os principais aspectos da audiência de custódia, sinalizada como verdadeira garantia creditada ao cidadão preso contra eventuais desmandos estatais qualificadores de um encarceramento indevido, prejudicial à tensão entre a liberdade individual e a segurança pública/efetividade processual e à eficiência e lisura da atuação dos órgãos estatais responsáveis pela prisão, direta ou indiretamente.

Apesar da relutância por parte de alguns operadores do Direito de efetivar tal garantia na prática, advinda da obrigatoriedade da implementação da audiência de custódia, comportamento este até mesmo esperado diante de uma inovação e do impacto que gera na esfera do comodismo, sinaliza-se que o ato, ainda que tardiamente, fincou suas raízes em solo brasileiro, para nunca mais esvair (a isso se aspira).

2.3 Finalidades

Consideradas as primeiras notas que cunham a audiência de custódia e o teor dos tratados internacionais que a albergam, surgem reflexões sobre suas finalidades, das quais não se podem afastar os operadores do direito em nenhuma circunstância, sob pena de esvaziamento do instituto e mecanização de sua realização com o raso propósito de mera obediência a determinações da cúpula do Judiciário.

Na praxe, o senso crítico e a teoria nunca devem ser deixados de lado sob o pretexto da praticidade e da lei do menor esforço. Nesse compasso, os objetivos da realização da audiência de custódia jamais deverão ser desprezados ou flexibilizados pelos agentes envolvidos no ato, de molde a torná-lo uma trivialidade em meio a uma turbulenta pauta de audiências e afazeres funcionais.

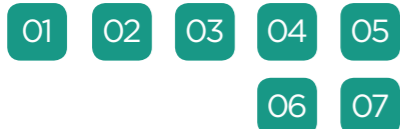
Novamente citado, Caio Paiva compila, com maestria, as três principais finalidades da audiência de custódia¹⁷. A primeira delas é “ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. Com efeito, da forma como está, o Código de Processo Penal não passa por um controle de convencionalidade, já que, em

14 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.

15 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.

16 JUNIOR, Aury Lopes; e, PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/auryo-lyopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 04.12.2015.

17 Op. Cit., p. 34.



nenhuma passagem, há a previsão de realização da audiência de custódia como condição intrínseca de legalidade da prisão, seja ela decorrente de flagrante delito, preventiva ou temporária. A suficiência da obrigatoriedade da pronta condução de todo cidadão que foi levado ao cárcere à presença da autoridade judicial radica dos próprios tratados citados, os quais por serem normas supralegais (na visão do STF), atendem ao propósito de imperatividade.

A segunda finalidade para o autor consiste na prevenção da tortura policial, de maneira a salvaguardar a incolumidade física e psíquica do preso. Segundo o art. 2, da Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura, tortura consiste em todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica¹⁸.

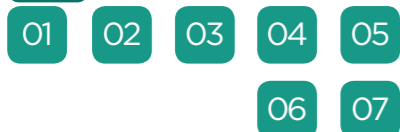
Muito infelizmente, essa odiosa prática tornou-se truísmo no dia a dia através da fala de muitos brasileiros sôfregos com a crescente violência urbana, como manifestação de justiça movida por um discurso de ódio contra “bandidos” transgressores da lei, que atentam contra a paz e o sossego do bom pai de família, honrado e cumpridor de suas obrigações cívicas. O famoso clichê “bandido bom é bandido morto” ecoa no psicológico e nas manifestações expostas por (alguns) agentes de segurança pública (policiais civis e militares, guardas municipais etc), por populares e pela mídia sensacionalista que os instiga. O autoritarismo que resvala a performance de (alguns) agentes policiais escora-se na aquiescência, senão por ação, mas sobretudo por omissão da sociedade, ironicamente corresponsável por acentuar os índices de criminalidade com sua hipocrisia travestida em desigualdades sociais e segregações de toda sorte.

A prática da tortura na atuação policial é assombrosamente naturalizada. Segundo dados apresentados pela pelo relatório 2016/2017 da Anistia Internacional, “A maioria dos homicídios cometidos por policiais continuaram impunes”¹⁹. Para a Human Rights Watch, em seu relatório de 2016, sobre o contexto brasileiro, “O número de pessoas mortas pela polícia, incluindo por policiais fora de serviço, aumentou em quase 40 por cento em 2014, chegando a mais de 3.000, de acordo com dados oficiais compilados pela organização não-governamental Fórum Brasileiro de Segurança Pública”²⁰.

18 Dentre os diversos documentos internacionais pertinentes à temática, cita-se o Protocolo de Istambul, que dispõe em seu item 28: “(...) sempre que haja qualquer denúncia ou razão fundada para supor que tenha sido cometido um acto de tortura no âmbito da sua jurisdição, os Estados Partes deverão garantir que as suas autoridades investiguem imediatamente o caso de forma adequada e instaurem, se for caso disso, o correspondente processo penal”. No item 78, giza que: “Os Estados deverão garantir que todas as queixas e denúncias de tortura ou maus tratos sejam pronta e eficazmente investigadas. Mesmo na ausência de uma denúncia expressa, deverá ser instaurado um inquérito caso existam outros indícios de que possam ter ocorrido actos de tortura ou maus tratos. Os investigadores, que deverão ser independentes dos suspeitos e dos organismos a que estes pertencem, devem ser competentes e imparciais. Deverão ter acesso a perícias efectuadas por médicos ou outros peritos independentes, ou dispor da faculdade de ordenar a realização de tais perícias. Os métodos utilizados para levar a cabo o inquérito deverão respeitar as mais exigentes normas profissionais, e os resultados obtidos deverão ser tornados públicos”. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em 08.04.2017.

19 REINO UNIDO. Anistia Internacional. *Informe 2016/17. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf>. Acesso 03.04.17, p. 84.

20 MORAES, Ricardo. *Relatório Mundial 2016: Brasil. Eventos de 2015*. Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573#5d8cdf>>. Acesso em 03.04.2017.



A aceitação (e assentimento) da violência policial é vista em operadores do direito, na comunidade, na polícia e, por incrível que pareça, nos próprios torturados. Estes, na substancial maioria ignorantes de seus direitos e mergulhados em um sistema autoritário e violador de direitos e garantias fundamentais, compreendem que a resposta “mais enérgica” de policiais condiz com a conduta ilícita que praticaram.

A título de exemplo, que ratifica a estranha passividade com que os torturados enfrentam o tema, certa feita, um preso me relatou um caso de abuso policial. Porém, para minha surpresa, o preso não compreendia minha perplexidade acerca da ocorrência dessa violência estatal como uma reação adversa à prática, pois, para ele, o endurecimento dos agentes envolvidos em sua prisão “era esperada, já que praticara mesmo o crime” e que “polícia tem que bater mesmo em bandido, como ele”. Tive que envidar esforços no sentido de convencê-lo de que ele foi vítima de tortura e que providências deveriam ser tomadas contra os policiais agressores. Trata-se de experiência que ilustra como o autoritarismo, a arbitrariedade, o abuso e a tortura policial estão arraigadas na sociedade e naqueles que a representam.

E a evitar a violência institucionalizada, manifesta na forma de tortura policial, é que a audiência de custódia visa. Por isso, compete com exclusividade à autoridade judicial, dotada de imparcialidade, independência e poder-dever de cessar incontinenti eventuais irregularidades da prisão, dentre elas a ocorrência de tortura, presidir a audiência de custódia. O juiz, maior responsável pela tutela de direitos e garantias fundamentais do cidadão, deve ser sensível aos relatos de violência estatal narrados pelo custodiado e lhe é obrigatório promover os atos indispensáveis à detecção, prevenção e interrupção da tortura e seus efeitos, bem como à responsabilização dos agentes estatais. Para auxiliar os magistrados nesses misteres, o CNJ traçou as diretrizes da atuação judicial em hipótese de relato de abusos no Protocolo II, da Resolução nº 213/2015.

Em diversas oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acentuou a imprescindibilidade da audiência inaugural, sem demora, do preso por autoridade judicial como forma de evitar prisões ilegais. Cita-se, por todas, Caso Acosta Calderón vs. Equador²¹.

A terceira, e última finalidade, da audiência de custódia, listada por Caio Paiva, consubstancia-se no propósito de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. As dificuldades de atendimento a essa finalidade será melhor tratada no tópico seguinte, a fim de se contextualizar o cerne desse breve estudo.

2.4 A audiência de custódia como mecanismo para evitar prisões arbitrárias e desnecessárias

Foi sinalizado acima que um dos objetivos da audiência de custódia consiste no propósito de evitar prisões que se mostram, no caso concreto, desnecessária (porque dispensável), arbitrária ou de qualquer outra forma ilegal.

Conforme a inteligência do art. 310, do CPP, a autoridade policial, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, prontamente, relaxar a prisão, caso esta for ilegal; conceder a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares alternativas à prisão, listadas no art. 319, do código, se porventura não se fizerem presentes os requisitos da prisão

²¹ “Article 7(5) of the Convention states that any person detained is entitled to have a judicial authority revise said arrest, without delay, as a suitable means of control in order to avoid arbitrary and illegal arrests. The prompt judicial control seeks to avoid arbitrary or illegal arrests, taking into account that, in a Constitutional State, a judge must guarantee the rights of the person detained, authorize the adoption of precautionary or coercive measures, when these are strictly necessary and, in general, ensure that the accused receive a treatment consequent with the presumption of innocence”. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/acosta_07_02_08_ing.pdf>. Acesso em 26.03.2016.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



preventiva; ou, de forma fundamentada e escorado no caso concreto, decretar em desfavor do preso prisão preventiva, mediante prévia provocação, uma vez satisfeitos os requisitos e presentes um dos fundamentos para a imposição da medida segregacionista, que, por sua natureza e face seus efeitos, é de ordem excepcional.

Pois bem. Nesse cenário, a audiência de custódia provoca o contato físico entre o detido e o juiz, o que permite a este irromper-se do seu gabinete e transpor o papel frio sobre o qual delibera sobre a prisão, na medida em que se posiciona face a face com aquele sobre o qual os efeitos de uma decisão judicial recairão. Ao preso, a seu turno, transparece, com essa conferência, a expectativa de que uma autoridade que tem poder de decidir sobre seu destino (soltura ou encarceramento) o ouvirá, o reconhecerá como sujeito de direitos e avaliará sua situação jurídica de fato.

O distanciamento, proposital ou circunstancial, entre o juiz e o privado da liberdade resvala-se para ceder espaço a importante momento procedimental, inserto no processo de legitimação da detenção que somente se finda quando todas as arestas que a fundamentam e a contextualizam estarão sob o absoluto controle judicial (primado da jurisdição).

Diante de uma representação de prisão preventiva ou de prisão temporária (Lei nº 7.960/89) ou de insuficiência ou inadequação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva (na hipótese de prisão em flagrante acompanhada de representação pela preventiva²² e não havendo ilegalidade da detenção), competirá ao juiz analisar a presença de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, por ostentar a medida segregacionista o caráter da instrumentalidade²³. Tais pressupostos, inerentes a qualquer medida cautelar, advêm de elementos informativos precários trazidos no auto de prisão em flagrante ou na representação que exigem do juiz cognição sumária a respeito deles, restringida em relação à sua profundidade.

Mesmo antes da implementação da audiência de custódia o juiz já era obrigado a fundamentar a sua decisão de manter em cárcere o detido, equilibrando o princípio do estado de inocência com a preservação da efetividade processual sob o alinhamento dos requisitos legais.

Nesse diapasão, cita-se Eugenio Pacelli, para quem²⁴:

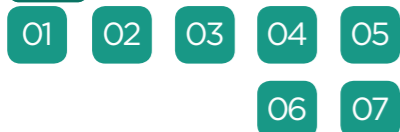
[...] nenhuma atividade regular do exercício do Poder Público pode ser descurada ou até subestimada a sua utilidade, sobretudo quando se tratar de funções típicas do Estado, que vem a ser precisamente a atuação do Poder Judiciário. Quaisquer condutas que tendam a impedir ou a embaraçar a sua atuação devem ser cortadas [...]. O que estamos a afirmar é que, quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com recurso à sua inerente coercibilidade.

O que veio, então, de novo com a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia?

22 Art. 311, do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011 (Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial).

23 Sobre a exigência de enfrentamento desses requisitos na prisão temporária, em meio a diversas correntes, vide FERNANDES, Antônio Scarance e GRINOVER *et alii* apud LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 937.

24 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 498.



Agora, durante esse ato, motivado pela transposição da “fronteira do papel”²⁵, o juiz passará a atentar-se aos diversos aspectos que cingem à prisão, desde a análise de prática de tortura ou maus tratos, a verificação da (i)legalidade da detenção até a presença dos pressupostos de eventual prisão ou a (in)adequação e (in)suficiência de medidas cautelares diversas da prisão, de forma a prospectar elementos da própria audiência de custódia que servirão de estribo à sua decisão (relaxamento da prisão, concessão de liberdade provisória com ou sem a aplicação de medidas alternativas à prisão, a imposição ou ratificação de prisão preventiva, neste último caso, quando radicada de prévia representação do Ministério Público, do querelante, da autoridade policial ou do assistente de acusação).

Quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, o juiz tomará as providências listadas no art. 310, do CPP, com base nos elementos informativos primários que estão consubstanciados no respectivo expediente, sobretudo na versão transcrita do flagrante, extraída da sua oitiva em sede policial.

Ora, se o juiz baseia-se objetivamente nas transcritas informações contidas no auto de prisão em flagrante ou no expediente que acompanha a representação pela preventiva/temporária para, no primeiro caso, converter a prisão em preventiva e, no segundo caso, deferir tal representação, a audiência de custódia, no que toca à oitiva do suspeito/indiciado, presta-se a humanizar o contato entre a autoridade judicial e aquele que está sujeito à persecução penal, dando vigor, cor, cheiro e tato na confrontação entre esses dois sujeitos processuais, que deixa de ser virtual, via papel e cartório, para ser pessoal.

Uma manifestação lida não gera o mesmo impacto que uma manifestação falada e gesticulada. Com isso, a personalidade da ingerência da autoridade judicial sobre a vida do preso durante a análise do auto de prisão em flagrante é uma das facetas teleológicas da audiência de custódia, que enfrenta cotidianamente constantes ameaças e resistências.

3. Algumas disparidades entre as práticas adotadas e a normativa pertinente – O abismo entre o dever-ser e a prática forense

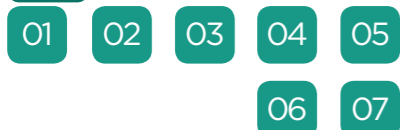
Aos quatro cantos, são propagadas as vantagens da audiência de custódia para a humanização do processo penal, decorrentes do contato visual, auditivo e tátil entre juiz e suspeito/indiciado, ali mesmo, no calor da circunstâncias da prisão. Suplantar a chamada “fronteira do papel”, referindo-se ao comunicado dessa espécie de prisão através da remessa do respectivo auto à autoridade judicial, é o grande desafio²⁶.

Dentre os argumentos favoráveis à audiência de custódia, cita-se a retração do encarceramento com a redução do número de prisões e a ampla aplicação de medidas cautelares diversas elencadas no art. 319, do CPP²⁷. Segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde fevereiro de 2015, quando as audiências de custódia iniciaram-se em alguns Estados da Federação, cerca de 8 (oito) mil pessoas deixaram de ser presas, gerando a economia de R\$ 500 milhões, os quais seriam destinados, a princípio, à manutenção de detentos e à construção de unidades prisionais. Neste ritmo, ainda segundo o CNJ, dentro de um ano, aproximadamente, 120 (cento e vinte) mil

25 PAIVA, Caio. Op. cit., p. 56.

26 JUNIOR, Aury Lopes; e, PAIVA, Caio. Op. cit.

27 LEWANDOWSKI, Ricardo. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda*. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em 12.01.2016.



peças livrar-se-ão soltas, tornando prescindível a construção de mais 230 (duzentos e trinta) presídios, ou seja, 14 (catorze) bilhões de reais seriam economizados dentro desse contexto²⁸.

Ocorre que os alardeados dados de sucesso afetos à implantação da audiência de custódia, concernentes à quantidade de solturas e de economia dela supostamente decorrentes, não guardam pertinência ao que é aplicado na prática forense, em decorrência de comportamentos oposicionistas por parte de alguns operadores do direito que insistem em adotar cômodos mecanismos de desobstrução de pautas de audiências em meio ao turbilhão de processos que tramitam em varas criminais.

A discrepância entre o que é divulgado ao público de um modo geral e o dia a dia dos fóruns criminais motiva-nos a desmistificar o discurso poroso propagado de que a audiência de custódia contribui para a liberação de presos e, por via de consequência, para a preservação do erário, uma vez que a prática desenvolvida não cede espaço ao atendimento de tais desideratos.

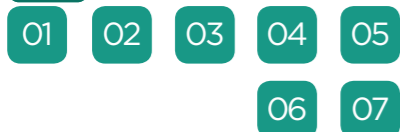
Passado mais de um ano da implementação das audiências de custódia no Brasil, 2017 veio a provar que há dificuldades não sanadas à medida que desencadearam uma série de diversos massacres promovidos por facções no interior de alguns deploráveis presídios brasileiros. Tornou inesquecível o dia 01 de janeiro, com 56 mortos no Compaj, em Manaus/AM, e cinco dias depois, mais 31, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista/RR. Dentre as possíveis causas para a carnificina com que muitos concidadãos sarcasticamente se divertiram nas redes sociais, cita-se a superlotação e o excesso de presos provisórios.

Um dos obstáculos à concretização da finalidade da audiência de custódia, no tocante à apuração da cautelaridade da prisão preventiva, consiste na aqui denominada cláusula de contenção argumentativa, consistente na vedação de se antecipar a análise do mérito por parte, em especial, do preso, cujas declarações colhidas em sede extrajudicial e compiladas no auto de prisão em flagrante, respeitantes ao mérito, já foram suficientemente apreciadas pela autoridade judicial para fundamentar eventual prisão preventiva.

Vê-se que a cláusula de contenção argumentativa pesa sobre circunstâncias específicas, em que o preso e seu Advogado, ou Defensor Público, tentam contra-argumentar, durante a audiência de custódia, as alegações veiculadas pela autoridade policial na representação ou pelo Ministério Público em seu requerimento de decretação da preventiva ou temporária, de forma a implementar, assim, em sede cautelar, o contraditório a respeito da medida prisional (art. 282, §3º, do CPP). No entanto, o preso e seu Advogado ou Defensor Público são silenciados ao pretenderem discutir sobre a materialidade e a autoria/participação durante a audiência de custódia sob o pretexto de que o art. 8º, §1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, proíbe “perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação”, conquanto o mérito já fora tangenciado por meio do debate deflagrado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público em seus respectivos pedidos de decretação de prisão preventiva (ou temporária) concernente à prova da materialidade e indícios de autoria ou participação e devidamente valorados pela autoridade judicial ao apreciar tais pleitos.

Ora, prova de materialidade e indícios de autoria/participação dizem respeito ao mérito da imputação, com suas limitações cognitivas definidas pelo juízo de verossimilhança inerente à seara cautelar, mas afetas ao mérito e

28 MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>> Acesso em 12.01.2016.



devidamente analisadas em juízo de cognição sumária para fundamentar a decretação de prisão cautelar. A verbalização, por exemplo, da versão dos fatos pelo preso em sua audiência de custódia com o fim de arrefecer os indícios de autoria/participação e de repelir a iminente prisão preventiva/temporária não importa em produção antecipada de prova, desde que desprezada em sede de instrução processual.

Em compreensão semelhante, Caio Paiva²⁹, para quem:

[...] surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público.

E segue:

O primeiro equívoco desse pensamento é a pretensão de promover uma separação rigorosa entre cautelar e mérito do caso penal. Isso não existe. O CPP exige prova da existência do crime e indício suficiente de autoria para que a prisão preventiva possa ser decretada (artigo 312, caput). A Lei 7.960/1989 exige fundadas razões, de acordo com as provas, de autoria ou participação do investigado (artigo 1º, II), para que a prisão temporária possa ser decretada. E mais. O CPP estabelece que o juiz deve conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato amparado por excludente de ilicitude (artigo 310, parágrafo único), assentando, ainda, que em nenhum caso se admitirá a decretação de prisão preventiva se presente este cenário (artigo 314). Ora, como influenciar o julgador no convencimento sobre essas questões sem entrar no mérito do caso penal?

Com efeito, com uma proposta de reverter a superlotação de presídios, não se compreende como a audiência de custódia influenciaria na redução de prisões provisórias indevidas se não se oportunizar ao preso discutir sobre os elementos que determinarão a sua prisão doravante, ou seja, sobre prova da materialidade e indícios de autoria/participação, requisitos que são para a decretação da prisão preventiva³⁰.

Outro óbice que se vivencia na vida prática para a consolidação das audiências de custódia tal como idealizada normativamente consiste na resistência por parte de alguns juízes de não realizá-las em favor de presos decorrentes do cumprimento de mandado de prisão e a ausência de comunicação deste cumprimento à Defensoria Pública ou ao Advogado, tal como determinado pelo art. 289, §4º, do CPP.

Uma vez executado o mandado prisional e lançado no Banco Nacional de Mandados de Prisão, mantido pelo CNJ, o preso será levado a uma unidade policial, lá sendo mantido ou transferido a um estabelecimento penal.

Ocorre que essa peregrinação do preso, desde o cumprimento do mandado prisional até a sua fixação em unidade prisional/estabelecimento penal, não tem, nesses casos de ausência de comunicação, qualquer acompanhamento, seja ele público ou particular, o que o expõe aos mais diversos abusos e restrições indevidas a direitos fundamentais

29 PAIVA, Caio. *Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>> Acesso em 03.04.2017.

30 Entendendo que são prescindíveis prova inequívoca da materialidade e indícios de autoria na prisão temporária, Guilherme de Souza Nucci, em seu livro *Prisão e Liberdade – As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



que lhe são inerentes. A ausência de fiscalização seja da lisura do cumprimento do mandado prisional, seja do tratamento conferido ao preso, com vistas à preservação da sua incolumidade física e psíquica, é mais um estímulo institucionalizado ao cometimento de violação a direitos e garantias fundamentais e demonstrativo do retrocesso à meta de preservação e evolução dos direitos humanos, sob uma perspectiva utópica.³¹

O art. 306, do CPP, determina, em especial, a comunicação da prisão em flagrante, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após sua realização, ao Advogado informado pelo autuado ou, caso este não o faça, à Defensoria Pública, remetendo-lhe cópia integral do auto de prisão em flagrante. O art. 289, §4º, do referido diploma, giza que “O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública”.

Somada à ausência de comunicação da prisão à Defensoria Pública ou ao Advogado, tem-se o descaso por parte de alguns magistrados ao não realizem, deliberadamente, audiências de custódia de presos decorrentes de mandado judicial. Com isso, nem a defesa (principalmente a Defensoria Pública) terá elementos para rastrear o preso e exercer controle sobre a fundamentação ensejadora da segregação (com a possibilidade de manejo das vias impugnativas), contribuindo para os esquecimento desse preso e, conseqüentemente, a superlotação carcerária. Paralelamente, restam prejudicadas ou bastante esvaídas com a não realização das audiências de custódia de presos por mandado judicial as denúncias de abuso policial.

Outro óbice ao sucesso e à consolidação das audiências de custódia é a exigência de laudo pericial positivo para lesão corporal como condição de deflagração de providências para o fim de apurar a prática de tortura e maus tratos, conforme determina o art. 11 e seu §1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, e a não adoção de providências à imediata interrupção das práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para a garantia da saúde e segurança da pessoa custodiada e para subsidiar futura apuração de responsabilidade dos agentes:

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

§ 1º Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura.

Vê-se que, claramente, a referida resolução atribui à autoridade judicial, maior e melhor garantidor dos direitos humanos, o poder-dever de adotar as providências necessárias à investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima – podendo, inclusive, conforme §4º, do art. 11, da resolução telada, de ofício, impor alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática

31 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; e, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



de tortura e maus tratos³² – sem prejuízo, obviamente, de que essas providências sejam antecipadas pelo Ministério Público ou pela defesa.

Entretanto, o que é inadmissível a um magistrado é assistir resignadamente, a uma denúncia de violência policial, diante de possível inércia do MP ou exposição do defensor e do próprio preso a retaliações, e quedar-se inativo, despindo-se de sua função de genuíno guardião das liberdades individuais. Quanto mais

Prova disso é o teor do subitem VIII, do Item 6, do Protocolo II, da resolução, ao listar algumas possíveis medidas para a imediata interrupção das práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para a garantia da saúde e segurança da pessoa custodiada e para subsidiar futura apuração de responsabilidade dos agentes, a determinação de, à míngua de qualquer condicionamento, “Enviar cópia do depoimento e demais documentos pertinentes para órgãos responsáveis pela apuração de responsabilidades, especialmente Ministério Público e Corregedoria e/ou Ouvidoria do órgão a que o agente responsável pela prática de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes esteja vinculado”.

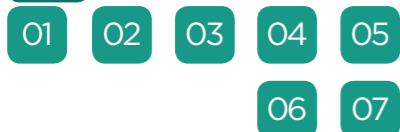
Infere-se que não há condicionantes para que a autoridade judicial adote essas providências ante a denúncia de violência policial feita pelo preso durante a audiência de custódia que preside. Em copérnica e indecorosa deturpação à teleologia das audiências de custódia, criando-se obstáculo à apuração dessa violência onde não existe, vem se exigindo, até mesmo por parte de alguns membros do Ministério Público, a exigência de laudo pericial em que constatadas lesões corporais físicas na vítima para o fim de se deflagrar medidas persecutórias, na seara administrativa ou criminal.

Matéria polêmica, ao redor do qual circundam diversas discussões, consiste na realização de audiências de custódia por videoconferência. Respeitadas vozes favoráveis à sua realização, compassadas pelos argumentos de que a tecnologia está a serviço da justiça e deve ser explorada sempre que possível, bem como que o sistema de transmissão simultânea de áudio e vídeo beneficia o Estado ao conferir celeridade, praticidade, eficiência, segurança, redução de gastos com escolta dentre outros benefícios extraídos do método, entende-se que, pois mais imponentes que sejam essas escusas permissivas à realização das audiências de custódia por videoconferência, todas elas cedem espaço à irrefutável necessidade de humanização do processo penal³³.

Quem atua na área criminal e já participou de atos processuais realizados por videoconferência sabe quão impessoal e, via de consequência, não espontânea é o entrosamento entre os interlocutores. Incompreensível é a aceitação que vem se naturalizando entre os operadores do direito quanto à prática das audiências de custódia por videoconferência, mesmo frente à insubstituível necessidade de contato físico entre preso e juiz e ao risco de automatização e

³² Cita-se o artigo 13, da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: “Cada Estado Parte assegurará que qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob a sua jurisdição tenha o direito de apresentar queixa e de ter o seu caso rápida e imparcialmente examinado pelas autoridades competentes do dito Estado. Serão adotadas providências no sentido de assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer maus-tratos ou intimidações resultantes de queixa ou depoimento prestados”.

³³ Em seu Parecer nº 926/2016, referente ao Projeto de Lei nº 554/2011, a Senadora Simone Tebet (PSDB/MS) posicionou-se favoravelmente à inclusão da possibilidade de realização de audiência de custódia por videoconferência, em situações peculiares, por se tratar de medida extraordinária, a saber, a excepcionalidade, decisão fundamentada do juiz competente e impossibilidade de apresentação pessoal do preso. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452577&disposition=inline> > Acesso em 13.05.2017.



burocratização destas em franco arrefecimento aos propósitos insculpidos na Resolução nº 213/2015, do CNJ, que não prevê – conscientemente, não se tratando de um “ato falho”, portanto – a realização de audiências de custódia por sistema de transmissão simultânea de som e imagem.

Isso porque, além de incentivar o distanciamento entre juiz e preso, eventuais vestígios físicos ou indícios de violência policial poderão não ser percebidos pelo magistrado através da câmera, além de tornar tortuosa a captação de sinais que demonstrem as reações do preso, além de o juiz não tomar ciência de todo o ambiente físico adjacente, não tendo garantias de que a escuta estará sob o domínio de agentes que acompanham a gravação, prontos a (re) iniciarem as agressões, intensificando-se após a denúncia.

A despeito de alguns Tribunais alardearem quão tecnológicos e comprometidos com as exigências de economia, mesmo que em detrimento de um vulnerável juridicamente considerado, o Tribunal Regional Federal da 3ª região (que abrange os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul) relaxou a prisão de dois indivíduos, entre outros fundamentos, em razão de a audiência de custódia ter sido realizada através de videoconferência. Em seu voto, o desembargador federal Paulo Fontes destacou que “não existe previsão de realização da audiência de custódia por videoconferência na resolução que regulamentou o instituto. Além disso, a utilização deste mecanismo acabaria por desvirtuar o sentido do ato, pois o contato pessoal mostra-se necessário para a apuração de eventuais ilegalidades, como tortura e maus-tratos, no momento da prisão”.³⁴

No entanto, o art. 2º, parágrafo único, do Provimento nº 352/2015, do TJ/MS, dispõe que, “em situações excepcionalmente justificadas, poderá o juiz realizar a audiência por meio do sistema de videoconferência, devendo, nestes casos, a oitiva do preso ou do apreendido ser colhida no fórum judicial da comarca de sua custódia, certificando o servidor do cartório as pessoas presentes. (Alterado pelo Provimento n. 360, de 1º.3.2016 – DJMS, de 3.3.2016.)”.³⁵

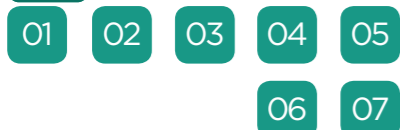
Ao que tudo indica, as audiências de custódia realizadas por videoconferência naquele Estado não estão se submetendo à cláusula da excepcionalidade, pois vêm ocorrendo rotineiramente, à revelia da Resolução nº 213/2015, do CNJ, e na contramão do ativismo legislativo que vem trabalhando a temática a nível parlamentar e em contradição ao próprio Provimento nº 352/2015, daquele tribunal, que prevê a realização destas “em situações excepcionalmente justificadas”, frisa-se. Ora, justificar a efetivação de audiências de custódia através de transmissão de som e imagem em tempo real sob o pretexto de que “A videoconferência de custódia evitou gastos com deslocamento e escolta, além de ter proporcionado celeridade na prestação jurisdicional e mais segurança ao magistrado”³⁶, não consubstanciam excepcionalidade alguma, mas tônus inerente ao deslocamento ordinário de presos e ao dever inarredável do Estado de arcar com os custos e ônus decorrentes da segregação de um indivíduo.

Sob outro vértice, a prática vem evidenciando a dificuldade em se impugnar as negativas judiciais a pleitos de adoção de providências necessárias à imediata interrupção das práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para a garantia da saúde e segurança da pessoa custodiada e para subsidiar futura apuração de

34 BRASIL. Tribunal Federal da Terceira Região. *Relator concede liberdade a presos por irregularidades na audiência de custódia*. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/341025>>. Acesso em 08.04.2017.

35 BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *Provimento 352/2015*. Disponível em https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=30331> Acesso em 13.05.2017.

36 SIMA, Alice. *Juiz de Dourados aproveita recursos do Saj e realiza audiência de custódia por videoconferência*. Disponível em <<http://www.sajdigital.com.br/tribunal-de-justica/audiencia-de-custodia-videoconferencia-saj>>. Acesso em 08.04.2017.



responsabilidade dos agentes por parte de alguns magistrados – tal como previsto na Resolução nº 213/2015, do CNJ –, seja por ausência de hipóteses de cabimento de remédios processuais específicos destinados a atacar tais negativas, seja pela ausência de previsão de nulidade como reprimenda à inobervância à normativa pertinente.

Nem mesmo a Resolução nº 213, do CNJ, e muito menos o Código de Processo Penal (até porque ainda não regulamentou a matéria) preveem medidas conferidas à defesa ou ao Ministério Público para impugnar decisões que violem a escassa normatização interna de cunho meramente administrativo, remanescendo a possibilidade de manejo de *habeas corpus* ou mandado de segurança – neste último caso, se a decisão não resvalar o direito à liberdade do indivíduo –, ou até mesmo de correição parcial em conformidade com a disciplina pertinente adotada pelo regimento interno do respectivo tribunal a que o magistrado está subordinado ou, na hipótese de anomia, sob o rito do agravo de instrumento.

Diante da não realização da audiência de custódia, dispõe o irresignado a possibilidade de apresentar reclamação constitucional ao STF, por descumprimento ao decidido pela Suprema Corte na ADPF-MC nº 347, em que reconhecendo o estado de coisas inconstitucional, determinou que os juízes e tribunais realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo.³⁷

Contudo, a Ministra Rosa Weber, negou seguimento à Reclamação Constitucional nº 24.757/RJ, em que debatida a ausência de realização de audiência de custódia, por entender que a medida não é cabível “quando calcada na transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas no exercício do controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos”.

Prescinde-se da futurologia para se deduzir que, não tardiamente, em típica atitude de jurisprudência defensiva, tende-se a não admitir a reclamação constitucional dirigida ao STF para o fim de assegurar a realização das audiências de custódia perante juízos omissos.

Sob outro vértice, os Tribunais país afora vêm decidindo que nem mesmo a não realização de audiência de custódia ou a sua realização a destempo não maculam a decisão que convola posteriormente a prisão em flagrante em preventiva. Citam-se os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO RECORRENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal 2. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de não reconhecer a nulidade da prisão apenas em razão da ausência da audiência de custódia, se não demonstrada inobservância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, como no caso em análise.

³⁷ Vide Rcl 24752 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 10/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 13/10/2016 PUBLIC 14/10/2016; Rcl 24536, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 30/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 01/07/2016 PUBLIC 01/08/2016; Rcl 26055 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 21/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31/01/2017 PUBLIC 01/02/2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

3. No caso em análise, a prisão em flagrante do recorrente ocorreu na data de 15/2/2015, antes, portanto, dos prazos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça para a obrigatoriedade das audiências de custódia em todo território nacional.

4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(RHC 64.900/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO TENTADO. DANO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

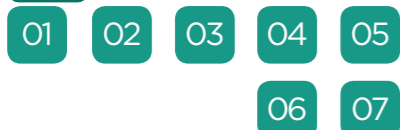
1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, o entendimento desta Sexta Turma é de que a falta da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva, superada que foi a prisão em flagrante, devendo ser este novo título de prisão aquele a merecer o exame da legalidade e necessidade.

2. Apresentada fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, consistente no modus operandi do delito, pois o autor dos fatos, na posse de um facão, desferiu golpes contra os policiais, não conseguindo atingi-los. Em seguida, perseguiu o policial Sérgio José Morete com o intuito de esfaqueá-lo, momento em que o atuado atingiu, por duas vezes, a viatura policial com o facão, danificando-a, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus. 3. Habeas corpus denegado. (HC 382.166/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

PENAL. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. FUMUS COMISSI DELICTI. CABIMENTO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO REALIZAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DO ATO PROCESSUAL NÃO RECONHECIDA. NOVO JUSTO TÍTULO CONSTRITIVO. - NÃO DEVE SER CONCEDIDA A ORDEM NO WRIT IMPETRADO PARA APONTAR A INDISPENSABILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. FASE DE TRANSIÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA QUE A DISPENSA, A DEPENDER DO CASO. INEXISTÊNCIA DE VULNERAÇÃO A GARANTIAS FUNDAMENTAIS. ARTIGO 306 DO CPP. FUMUS COMISSI DELICTI. ORDEM DENEGADA. Ante a materialidade e os sobejos indícios de autoria, cabível a constrição cautelar do paciente, suprida pela convolação do flagrante em prisão preventiva, mesmo ante a inoportunidade de audiência de custódia, ainda em fase de implementação. Deve ser denegada a ordem de habeas corpus, inexistindo manifesto constrangimento ilegal contra o paciente, reincidente. Contra ele paira o fumus comissi delicti, ante a materialidade e os sobejos indícios de autoria, tismados pela mácula do flagrante próprio. Artigo 302, inciso I, do CPP. Na atual fase de implementação das audiências de custódia, a não realização da audiência de referido ato processual, dispensável a depender do caso nos termos da regulamentação específica, não vulneraria direitos fundamentais do paciente, vez que se cumpriu a regra do artigo 306 do CPP. Ordem denegada. (TJ-SP - HC: 20690659220168260000 SP 2069065-92.2016.8.26.0000, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 02/06/2016, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/06/2016)

A despeito do vanguardismo do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à matéria, no final de 2016, a corte vedou a realização de audiências de custódia no “plantão especial (recesso de final de ano) e nos plantões ordinários (finais de semana e feriados), cuja implantação será gradativa, conforme art. 10, da Resolução nº 740/2016”³⁸. Ainda que

38 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Diário de Justiça Eletrônico, ano X, Edição 2261, Caderno 1, de 16/12/2016. Disponível em < http://



juízes se disponham a realizá-las nesse no período declinado, as audiências de custódia frustrar-se-ão diante dessa vedação, fragilizando, assim, esse direito humano fundamental e seus propósitos³⁹.

Não se mostra exagero concluir que a realização de audiência de custódia ganhará caráter sugestivo, porquanto não se verificam reprimendas de ordem processual destinadas ao combate de eventual ausência de sua prática através da nulidade dos atos decisórios atrelados a essa omissão, sobretudo sob a perspectiva da jurisprudência defensiva que, cedo ou tarde, será adotada pelo STF em se tratando de irresignações via reclamação constitucional, e a tendência dos tribunais (incluindo-se o STJ) de inadmitir ilegalidade de prisões cautelares decretadas nesse cenário.

4. Conclusão

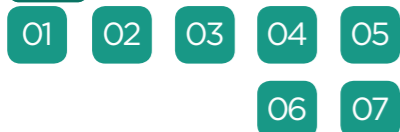
As breves linhas desenvolvidas objetivaram jogar luzes a um debate flamejante que circunda as audiências de custódia no que concerne à sua necessidade, finalidades e desafios diários que impedem sua regular engrenagem e consolidação, sob a ótica empírico-experimental. Foi visto que a audiência de custódia vem alinhar o ordenamento jurídico brasileiro com a normativa internacional de direitos humanos, evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias e inibir e reprimir a odiosa prática de violência policial, na maioria das vezes cometida contra grupos sociais vulneráveis. Abordou-se como posturas adotadas por alguns operadores do direito testemunhadas na prática transmudam-se em verdadeiros entraves à efetivação e evolução das audiências de custódia em solo canarinho.

Com efeito, obstáculos à consolidação e à regular engrenagem das audiências de custódia são experimentados cotidianamente. Infere-se que os números alardeados de solturas decorrentes do ato são meros sofismas, pois não refletem a prática adotada, seja porque a cláusula de contenção argumentativa inibe qualquer manifestação do preso destinada a persuadir o juiz sobre a desnecessidade/inadequação da prisão provisória durante a audiência de custódia, seja porque a autoridade judicial já se convencera da necessidade/adequação da segregação cautelar logo no ato de recebimento do auto de prisão em flagrante ao adentrar o mérito em sede de cognição sumária, tornando inócua e vazia qualquer balbúcia do preso em sentido oposto durante a referida audiência.

Posturas tendentes à desenvoltura e ao aprimoramento das audiências de custódias devem ser instigadas e adotadas – mormente com o incentivo à mudança de convicções retrógradas, que advogam que as audiências de custódia vieram para tumultuar o cotidiano do juiz, com desprezo inconsequente às finalidades da medida –, e não desestimulá-las ou

www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao740-2016.pdf> Acesso em 14.04.2017.

39 Em contraponto, remete-se o leitor às contundentes críticas de Guilherme de Souza Nucci a respeito das audiências de custódia, resumidas em seu Manual de processo penal e execução penal. Para o insigne doutrinador, “Por trás dessa questão, no entanto, sabe-se haver a velha política criminal para ‘dar um jeito’ na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva. Num primeiro momento, pode-se considerar a audiência de custódia um sucesso, pois ‘estatísticas’ mostram que, assim fazendo, os juízes soltaram 40% (pelo menos) mais presos do que habitualmente faziam. Depois de quase 30 anos de magistratura, pergunto-me: que milagre seria esse? Das duas, uma: a) o juiz, antes da custódia, prevaricava, pois nem lia o auto de prisão em flagrante (ou o lia de má-vontade) e já convertia a prisão em preventiva; b) o juiz, escolhido a dedo, por meio de designações da Presidência do Tribunal, segue para as audiências de custódia quase instigado a soltar o máximo que for possível (ao menos na Capital do Estado de São Paulo). Há uma terceira, na qual realmente não posso crer: o juiz, vendo o preso entrar em sua sala, com seus chinelos ‘de dedo’, camiseta e calça simples, comove-se e o solta, mesmo sendo um homicida ou um estuproador. Esse foi outro argumento apresentado por defensores da audiência de custódia. Depois tacham o Tribunal do Júri de circo...Uma injustiça sem tamanho (...)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 561) (grifos no original).



menoscabá-las, a ponto de esvai-las gradualmente em nome de uma retórica que atende aos auspícios de celeridade, economia, eficiência e pragmatismo, voltada a um processo penal a cada dia mais agranelado e desumanizado.

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. Ministério da Justiça. *Audiências de Custódia e Prevenção à Tortura: Análise das Práticas Institucionais e Recomendações de Aprimoramento*. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>>. Acesso em 13.05.2017.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 926/2016 referente ao Projeto de Lei nº 554/2011 de relatoria da Senadora Simone Tebet*. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452577&disposition=inline>> Acesso em 13.05.2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 554/2011*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=07/09/2011&paginaDireta=36707>>. Acesso em 03.04.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jrl6wzx>>. Acesso em 02.05.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *Provimento 352/2015*. Disponível em https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=30331> Acesso em 13.05.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Diário de Justiça Eletrônico, ano X, Edição 2261, Caderno 1, de 16/12/2016*. Disponível em < <http://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao740-2016.pdf>> Acesso em 14.04.2017.

BRASIL. Tribunal Federal da Terceira Região. *Relator concede liberdade a presos por irregularidades na audiência de custódia*. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/341025>>. Acesso em 08.04.2017.

BRASILEIRO, Renato de Lima. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 2ª ed. Salvador:Juspodivm, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 04.01.2016.

GENEBRA. Nações Unidas. Alto Comissariado das Nações Unidas Para os Direitos Humanos. *Protocolo de Istambul*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em 08.04.2017.

JUNIOR, Aury Lopes; e, PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 04.12.2015.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



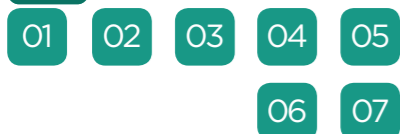
APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda*. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em 12.01.2016.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>> Acesso em 12.01.2016.

MONTENEGRO, Manuel. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 02.05.2017.

MORAES, Ricardo. *Relatório Mundial 2016: Brasil. Eventos de 2015*. Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573#5d8cdf>>. Acesso em 03.04.17.

NEW YORK. Inter-American Court of Human Rights. *Case of Acosta Calderón v. Ecuador*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/acosta_07_02_08_ing.pdf>. Acesso em 26.03.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade – As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Prisão e Liberdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

_____. *Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>> Acesso em 03.04.2017.

REINO UNIDO. Anistia Internacional. *Informe 2016/17. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf>. Acesso 03.04.17, p. 84.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMA, Alice. *Juiz de Dourados aproveita recursos do Saj e realiza audiência de custódia por videoconferência*. Disponível em <<http://www.sajdigital.com.br/tribunal-de-justica/audiencia-de-custodia-videoconferencia-saj>>. Acesso em 08.04.2017

STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 04.01.2016.