

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE COM BASE
NAS OBSERVAÇÕES NA CEAC-BENFICA

MATHEUS GUILHERME GALDINO

Rio de Janeiro
2019 / 1º Semestre

MATHEUS GUILHERME GALDINO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE COM BASE NAS
OBSERVAÇÕES NA CEAC-BENFICA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.

Rio de Janeiro
2019 / 1º Semestre

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE PRÁTICA A PARTIR
DAS OBSERVAÇÕES NA CEAC-BENFICA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Junya Barletta.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019 / 1º Semestre

*À minha avó Dulcinéa Couto Guilherme (in memoriam),
que não está mais entre nós, mas continua sendo minha maior força na vida.
Seu amor segue me inspirando todos os dias.*

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força durante toda esta caminhada. Dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas nessa vida, à minha mãe e à minha avó, que sempre cuidaram de mim com amor e dedicação. Aos amigos, pelo incentivo e pelo apoio constantes. Aos amigos do OBSAC com quem convivi nesses últimos anos. A produção científica compartilhada com pessoas queridas foi a melhor experiência da minha formação acadêmica. À professora Junya Barletta, tão importante na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

RESUMO

A audiência de custódia é uma garantia que toda pessoa presa em flagrante delito tem de ser apresentada, sem demora, a uma autoridade judicial que irá verificar a adequação, legalidade e necessidade daquela prisão, decidindo pela manutenção desta ou pela eventual concessão de liberdade – acompanhada ou não de medidas cautelares. Ainda nesse ato, é possível verificar eventuais relatos de violência e tortura policial. Seu fundamento legal está contido nos artigos 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos incorporados ao direito interno brasileiro. No entanto, apesar desses tratados terem sido ratificados em 1992, foram necessárias mais de duas décadas até que as audiências de custódia se tornassem uma realidade na prática forense. Com base em observações periódicas realizadas na CEAC-Benfica, localizada na Cadeia Pública José Frederico Marques, este trabalho tem como objetivo observar qualitativamente a dinâmica das audiências de custódia, observando até que ponto os dispositivos jurídicos embaixadores dela estão sendo efetivamente cumpridos.

Palavras-chave: Audiência de custódia; prisão provisória; central de custódia

ABSTRACT

The custody hearing is a guarantee that every person arrested in flagrant must be lead, as soon as possible, to a judicial authority, who will verify the legal compliance, legality and if that prison is really necessary, deciding to keep it or by an eventual provision of freedom, wich could come together with precautionary measures. Yet about that point, it's possible to verify likely reports of violence and police torture. The legal basis takes to the article 7.5 of the American Convention of Human Rights and also article 9.3 of The International Covenant on Civil and Political Rights, both incorporated into Brazilian nacional law. However, despite these internacional treaties have been ratified in 1992, it took more than two decades until the custody hearing become a reality in forensic practice. Based on regular observation held at CEAC-Benfica, located at public jail José Frederico Marques, this academic work aims to observe qualitatively the dynamics of custody hearings, observing at what point the laws around it are being fulfilled.

LISTA DE ABREVIATURAS

- ADI** Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- CADH** Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- CCJ** Comissão de Constituição e Justiça
- CEAC** Central de Audiência de Custódia
- CPP** Código de Processo Penal
- CP** Código Penal
- CIDH** Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CJF** Conselho da Justiça Federal
- CNJ** Conselho Nacional de Justiça
- CRFB** Constituição da República Federativa do Brasil
- DEPEN** Departamento Penitenciário Nacional
- IDDD** Instituto de Defesa do Direito de Defesa
- LEP** Lei de Execução Penal
- OAB** Ordem de Advogados do Brasil
- ONU** Organização das Nações Unidas
- OBSAC** Observatório das Audiências de Custódia
- PIDCP** Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
- SIDH** Sistema Interamericano de Direitos Humanos
- INFOPEN** Sistema Integrado de Informações Penitenciárias
- SEAP** Secretaria de Estado de Administração Penitenciário do Rio de Janeiro
- STF** Supremo Tribunal Federal
- TEDH** Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
- TJ/RJ** Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1. I PRISÃO PROVISÓRIA E MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	14
1.1 Prisão anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.....	14
1.2 Principiologia das Prisões Cautelares.....	15
1.2.1 Presunção de Inocência.....	15
1.2.2 Jurisdicionalidade.....	17
1.2.3 Contraditório.....	18
1.2.4 Provisionalidade.....	19
1.2.5 Provisoriedade.....	20
1.2.6 Excepcionalidade.....	22
1.2.7 Proporcionalidade.....	23
1.3. Modalidades de Prisão.....	24
1.3.1 Prisão em Flagrante.....	24
1.3.2 Temporária.....	26
1.3.3 Prisão Preventiva.....	27
CAPÍTULO 2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS.....	28
2.1 Conceito e previsão normativa.....	28
2.2 Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.....	35
2.3 Projeto de Lei nº 882/2019.....	38
2.4 Organização das audiências.....	40
2.5 Finalidade política – a audiência de custódia como meio de evitar prisões desnecessárias e arbitrárias.....	43
2.4 Mecanismo de combate à tortura.....	46

CAPÍTULO 3. Análise com base nas observações feitas na CEAC-Benfica.....	49
3.1 Observações na CEAC-Benfica.....	49
3.2 Sobre o campo, o espaço e o funcionamento da CEAC-Benfica.....	50
3.3 Prazo.....	51
3.4 Publicidade.....	53
3.5 Algemas.....	55
3.6 Transporte de retorno após a apresentação pessoal do custodiado.....	58
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

INTRODUÇÃO

A presente monografia é resultado de uma jornada de amadurecimento pessoal que tive em especial nesses últimos dois anos de Faculdade Nacional de Direito quando tornei-me integrante do Observatório de Audiências de Custódia (OBSAC). Em meados de 2017, já influenciado pela afinidade com o estudo da ciência processual penal, bem como pela vontade trazida ao longo de alguns semestres de produzir trabalhos científicos, vi naquele anúncio colado no corredor da faculdade a oportunidade de me integrar ainda mais ao ambiente acadêmico. Refletindo melhor sobre isso, consigo perceber que foi uma vontade foi plantada por muitas sementes, através de cada um dos grandes educadores que tive a oportunidade de aprender e que tiveram a sensibilidade de me falar sobre a importância de aproveitar ao máximo a experiência que poderia ter num espaço com tamanha qualidade de sua produção científica como a FND/UFRJ. Encontrei então no OBSAC o espaço propício para esse desenvolvimento, sendo o local onde me senti motivado a aprofundar meu conhecimento teórico em ciências processuais penais, desenvolver todas as habilidades exigidas por pertencer a um grupo de pesquisa e desfrutar de todo aprendizado trazido pela imersão no campo.

Tratar sobre as audiências de custódia nesse trabalho – que de uma forma ou de outra representa a conclusão de um ciclo – foi uma escolha motivada não apenas por sua pertinência e relevância (afinal estamos tratando sobre algo que se tornou realidade na prática forense há menos de quatro anos), mas também pelo carinho e envolvimento que construí com o tema a partir da participação no grupo de pesquisa ministrado pela Profa. Dra. Junya Barletta, que aqui tenho a honra de ter também como orientadora.

A presente monografia tem como objeto de estudo as audiências de custódia, tendo como recorte as audiências realizadas no Rio de Janeiro. Desta forma, o estudo objetiva realizar uma análise dessas audiências com base as observações feitas na Central de Audiências de Custódia (CEAC) na Cadeia José Frederico Marques, em Benfica. As observações eram feitas à tarde, em geral, de 13h às 18h, período em que as audiências de custódia são realizadas. Entre setembro e dezembro foram onze dias de observações (11/09, 25/09, 18/09, 09/10, 23/10, 06/11, 10/11, 04/12,

09/12, 11/12 e 18/12). Essas observações eram feitas, em geral, às terças-feiras, mas também houve observações nos finais de semana.

Deste modo, o trabalho procura fomentar as discussões acerca do tema, visando verificar a eficácia dessas audiências enquanto ato garantidor de direitos humanos e, principalmente, traçar um comparativo entre as disposições normativas em relação as audiências de custódia e a análise prática delas através das observações realizadas ao longo do período que tive oportunidade acompanhá-las semanalmente.

A partir de uma metodologia de pesquisa empírica com inspiração etnográfica, essa monografia se propõe a compreender como as audiências de custódia têm sido realizadas na prática. Conhecer a distância entre as previsões legais dos tratados internacionais, da jurisprudência e da bibliografia relativa ao tema até a maneira como elas efetivamente acontecem. Afinal de contas, trata-se de um ato que se tornou garantia fundamental a partir da ratificação de um tratado internacional em matéria de direitos humanos, logo, torna-se necessário compreender a distância entre as disposições desse tratado até a aplicação prática do mesmo, ou seja, até cotidiano da prática forense.

Analisar quais os desafios da implementação desse experimento que passa a fazer parte da realidade do processo penal brasileiro, apresentando-se como uma garantia de direitos humanos da pessoa presa em flagrante delito. Conhecendo melhor as características desse novo modelo (de apresentação) proposto que apresenta nitidamente inúmeras inovações em relação ao anterior.

Compreender até que ponto esta audiência tem sido efetivamente eficaz na garantia de direitos humanos, uma vez que se apresenta como uma inovação do trato da pessoa presa em flagrante em delito e verificar os pontos positivos e negativos que podem ser percebidos na prática, com base nas observações feitas na Central de Audiência de Custódia (CEAC).

Inicialmente, compreendendo que o debate sobre audiências de custódia está intrinsecamente ligado às prisões provisórias e medidas cautelares, serão feitas elucidicações importantes sobre essas últimas, ressaltando aqui, desde já, que a proposta não é adentrar profundamente nos institutos da

prisão provisória tampouco das medidas cautelares, uma vez que estes temas por si só fariam jus a um trabalho específico voltado para eles. Será apresentado brevemente a principiologia das medidas cautelares, ou seja, os princípios que as norteiam. Assim como as modalidades de prisão provisórias e as peculiaridades de cada uma delas.

Em segundo momento, serão apresentados os fundamentos jurídicos que foram responsáveis por tornar essa audiência uma garantia fundamental, ainda que não exista ainda uma previsão legislativa para ela até o momento. Em seguida, para além das disposições normativas encontradas, serão apresentadas as perspectivas dessa audiência que além de ser vista por muitos doutrinadores como meio de frear o encarceramento em massa, também possui uma vertente voltada ao combate à tortura.

No terceiro e último capítulo, serão apresentados dados qualitativos das observações feitas na CEAC-Benfica, desde sua implementação, quando ainda sediada no TJ/RJ, até os dias atuais, já situada na Cadeia Pública José Frederico Marques. Neste capítulo, o objetivo é confrontar a inteligência dos dispositivos que fundamentam as audiências de custódia com a realidade cotidiana do sistema criminal do Estado do Rio de Janeiro, percebidas graças as observações feitas na Central de Custódia através da participação do projeto de pesquisa Observatório de Audiências de Custódia – OBSAC.

I PRISÃO PROVISÓRIA E MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

1.1 Prisão anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória

O Brasil ultrapassou a marca de 700 mil presos, de acordo com o último Levantamento Nacional publicado pelo Infopen, em junho de 2016. O levantamento comparou ainda o número com o total de presos registrados no sistema na década de 90, concluindo que houve um aumento de 707% em pouco mais de três décadas.¹ Dados como esses nos apresentam a gravidade do problema que, mesmo após a promissora Lei 12403/2011², permanece assolando nosso sistema penitenciário. Dessa maneira, não seria possível falar sobre as audiências de custódia sem antes compreendermos questões importantes relativas à aplicação do instituto da prisão provisória e medidas cautelares.

Compreende-se como prisão provisória toda privação de liberdade feita antes da sentença condenatória. Desse modo, estão englobadas aqui a prisão em flagrante (prevista nos arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal), a prisão temporária (prevista na Lei nº 7.960/89), a prisão preventiva (arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal) e, por fim, a prisão resultante da pronúncia (prevista nos arts. 282 e 408, §1º do Código de Processo Penal).

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como constituição cidadã fundamentalmente por trazer uma série de garantias fundamentais elencadas como cláusulas pétreas. No tocante ao direito penal e processual penal, a CRFB trouxe várias limitações penais ao direito de punir do Estado.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

² A Lei 12.403/2011 foi responsável por estabelecer, ao menos no plano legislativo, a prisão como ultima ratio. O dispositivo tinha como objetivo adequar as normas processuais penais preceitos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Como pode ser observado na redação dada ao art. 282 § 4º: “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).”

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Essas limitações são importantes na medida em que representam a preocupação da Carta Magna em estabelecer freios para o poder punitivo do Estado. Levando em consideração o momento histórico em que ela foi redigida, é fácil compreender os motivos que levaram ela a ser considerada um marco para a cidadania e os direitos humanos.

1.2 Principiologia das Prisões Cautelares

Antes contudo de adentrarmos nessas modalidades de prisão provisória, é oportuno fazer uma elucidação sobre os princípios embasadores desse instituto, ou seja, os princípios que são responsáveis por estruturar as prisões provisórias em seu plano teórico e que devem – ou pelo menos deveriam – ser analisados pelos magistrados no momento da aplicação delas.

1.2.1 Presunção de Inocência

A coexistência entre o instituto da prisão provisória e o princípio da presunção de inocência é um assunto rico em conteúdo, com várias vertentes de pensamento e que, dada a sua relevância,

claramente, poderia ser estudado ao longo de um trabalho inteiro. No entanto, respeitando os limites deste aqui, colocamos a presunção de inocência como o primeiro princípio a ser citado, considerando a importância e dele.

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, CRFB). 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.³

Consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência é considerado um fruto da evolução civilizatória do processo penal⁴ tendo sua ascensão diretamente associada com a da burguesia que, no fim da Idade Moderna, começou a reivindicar direitos e meios de frear o poder do Estado, até então controlado pela nobreza. Neste contexto, Cesare Bonesana surge traduzindo os ideais liberais e iluministas através da defesa da presunção de inocência como forma de estabelecer uma persecução penal menos autoritária e mais adequada com os ideais defendidos pelos iluministas, conforme pode ser visto a seguir:

A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão a partir do momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá potestas ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu ou inocente? [...] não se deve atormentar um inocente, pois ele é, segundo a lei, um homem cujos delitos não estão provados.⁵

A ideia de construir um processo penal menos autoritário admitida a possibilidade de o Estado estar equivocado diante daquela acusação, o que até então era inconcebível dentro de um processo penal que refletia o autoritarismo do governo. Essa ideia de um processo penal alinhado com os ideais iluministas foi sendo maturada por vários outros filósofos no decorrer dos anos. Inclusive, pouco depois de Bonesana, com advento da Revolução Francesa e a consequente queda do governo absolutista até então estabelecido, o princípio da presunção de inocência foi finalmente

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 30.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. Ed. São Paulo. 2002. P. 441.

⁵ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Ed. Martins Fontes. 1991. P. 34.

consagrado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mais especificamente no art. 9º, onde estabeleceu que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Como vimos anteriormente, a consagração e fortalecimento do princípio da presunção de inocência estão intrinsecamente relacionados com o período da Revolução Francesa, que não á toa tinha como lema o atemporal “Liberté, Egalité, Fraternité” (Liberdade, Igualdade, Fraternidade, em português). Já os períodos de governo fascista de Benito Mussolini e nazista de Adolf Hitler foram marcados pela violação e enfraquecimento do mesmo princípio. Nesse sentido, cabe aqui lembrarmos o trecho da obra de Aury Lopes Jr. onde o mesmo parafraseou Goldschmidt: “se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles”⁶.

1.2.2 Jurisdicionalidade

Intimamente ligado ao *due process of law*⁷, o princípio da jurisdicionalidade é o entendimento de que toda prisão cautelar somente pode ser aplicada com a devida fundamentação. Conforme a inteligência do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desse modo, a privação da liberdade só pode ser admitida após o cumprimento do devido processo legal. No mesmo sentido, podemos destacar o princípio da jurisdicionalidade expresso no art. 5º, LXI, da Constituição Federal que dispõe que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A leitura desses artigos a princípio pode nos levar a crer que a prisão cautelar seria então incompatível com o nosso ordenamento jurídico, no entanto conforme ensinamento de Aury Lopes

⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

⁷ Expressão inglesa para o que conhecemos no nosso ordenamento como devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988).

Jr. existe aqui a chamada “cruel necessidade” defendida pelos pensadores liberais clássicos. Desse modo, na medida em que ela (a prisão cautelar) está cumprindo uma função instrumental-cautelar, passa a ser tolerada em razão daquilo que ela se propõe a fazer (assegurar a efetividade do processo penal) e da própria observância dos princípios da necessidade e proporcionalidade.

1.2.3 Contraditório

Há alguns anos seria uma ousadia falar em contraditório em sede de medida cautelar, mas, graças a alteração feita pela lei Lei 12.403/11 em relação ao art. 282, §3º do Código de Processo Penal: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo” oportunizou-se que o contraditório estivesse presente no momento decisivo para aplicação das medidas. Até então a escolha das medidas cautelares adequadas era feita pelos juízes, sem incidência de contraditório, seguindo uma tradição jurídica de *“inaudita altera pars”*.

O contraditório em sede de medida cautelar, sempre foi inclusive argumento defendido por Aury Lopes Jr. que, não obstante reconheça o avanço trazido pela Lei 12.403/2011, acreditava nas audiências de custódia como um ato capaz de garantir exercício do contraditório por meio da eficácia do “direito de audiência”.⁸

Com a adoção das medidas de custódia, ampliou-se a dimensão desse contraditório em sede de medida cautelar. Através da realização dessa audiência, é feita a apresentação do sujeito que foi preso em flagrante delito a ao juiz, que irá ouvi-lo sempre na presença da sua defesa técnica. Dessa maneira, ao fazer isso estar-se-á garantindo o direito a audiência ao mesmo tempo em que respeita o contraditório ao permitir que o custodiado seja ouvido pelo juiz ainda nos primeiros momentos após a sua prisão em flagrante. Não por acaso o artigo 8.1 da CADH dispõe que “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]”

⁸ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 386.

1.2.4. Provisionalidade

Quando tratamos de prisões cautelares, devemos ter sempre em mente também a aplicação do princípio da provisionalidade (art. 282, parágrafo 4º e 5º, CPP⁹) pois, elas são situacionais e tutelam uma situação fática. Na medida em que esse suporte fático que legitima a medida deixa de existir e é incorporado ao *fumus commisi delicti* e/ou *periculum libertatis*, deixa de existir também as razões para manter a prisão.¹⁰

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. ensinou:

Portanto, a prisão preventiva ou quaisquer das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade (*periculum libertatis*).¹¹

Em outras palavras, diante de uma alteração fática favorável ao réu (com afastamento de indícios do crime ou perigo de mantê-lo solto, por exemplo), a liberdade deste deve prevalecer sobre a manutenção do seu encarceramento. Da mesma forma também que, em sentido contrário, o encarceramento prevalecerá em detrimento da manutenção da liberdade quando a alteração fática for desfavorável ao réu.

A crítica que se faz em relação a redação do artigo que possibilita eventual substituição de uma medida cautelar menos gravosa para a prisão preventiva, não gira em torno dela em si, mas da possibilidade que o magistrado tem de decretar essa prisão de ofício, sem requerimento do Ministério Público, dando margem então a um ativismo por parte do magistrado.

⁹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 588.

¹¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 589.

A crítica fica por conta do equívoco de pensar estar legitimado o ativismo do juiz no curso do processo e na fase de investigação. O atuar de ofício por parte do juiz deve estar vedado em qualquer fase da persecução criminal. O problema está no ativismo e não na fase em que ele é adotado. Como já explicamos à exaustão, não é papel do juiz, à luz do sistema acusatório constitucional, do princípio da inércia da jurisdição e dos postulados de imparcialidade, sair decretando prisões ou medidas cautelares de ofício. Sim, por que o que dispositivo em tela permite, é, inclusive, que o juiz decrete uma prisão preventiva de ofício (seja pela conversão do flagrante em preventiva (art. 310), ou pela possibilidade de decretação de ofício no curso do processo (art. 311)), sem prévio pedido, e isso é absolutamente incompatível com os princípios anteriormente referidos.¹²

Esse entendimento pode ser observado inclusive em julgamentos da TEDH onde apreciaram a inobservância constantemente de diversos Estados europeus com relação a aplicação desse princípio. Nesses casos, as prisões cautelares estavam sendo mantidas mesmo após o desaparecimento das razões que a justificavam. O TEDH entendeu no caso Ringeisen (1971) que a prisão preventiva prolongada por dois anos representava um descumprimento artigo 5.3 da Convenção pois não havia motivos que justificassem a manutenção dela, nenhum indício de que ao ser posto em liberdade ameaçaria testemunhas para favorecimento próprio assim como também não tinha nenhum indício de reiteração criminosa¹³.

1.2.5 Provisoriedade

Com nomenclatura semelhante a do anterior, mas com características próprias, o princípio provisoriedade está relacionada ao tempo, ou seja, a temporariedade que é característica das prisões cautelares. Por se tratar de uma situação transitória, a prisão provisória só deve ser mantida enquanto os requisitos que motivaram sua decretação permanecerem presentes. O encarceramento mantido mesmo após extinguidas as razões que o justificavam, torna a prisão ilegal¹⁴. Essa temporariedade nem sempre é respeitada fazendo com que este princípio, infelizmente (com toda ênfase possível aqui já que isso causa danos irreparáveis a quem está tendo sua liberdade retida¹⁵), muitas vezes acaba sendo desprezado.

¹² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 589.

¹³ PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable en El Proceso Del Estado de Derecho**: uma investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AD-HOC, 2002. p. 131.

¹⁴ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

¹⁵ Em relação aos impactos causados pela prisão provisória, a Profa. Dra. Junya Barletta defende em capítulo da sua Tese de Doutorado voltado para essa temática que “É fundamental se destacar que a prisão provisória consiste num

A prisão cautelar deve ser curta já que tem como objetivo apenas tutelar uma situação fática (provisionalidade) e não pode se transformar numa pena antecipada.¹⁶ A grande dificuldade aqui reside no fato de não existir um limite temporal expresso na lei para a prisão preventiva. Algumas tentativas já foram realizadas com o objetivo de fixar um prazo máximo como, por exemplo, através do Poder Legislativo, com a PL 4208/2001 que estabelecia que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o acusado tiver dado causa à demora”. No entanto, o artigo acabou vetado na Lei n. 12.403.

A ausência de uma disposição legal que estabeleça um limite temporal para as prisões preventivas, torna essa uma discussão necessária. Afinal, enquanto não existir um prazo legalmente reconhecido, casos de abuso e afronta a dignidade irão continuar se repetindo por todo Brasil.

No tocante ao excesso de prazo, cabe destacar duas Súmulas do STJ vão de encontro aos preceitos do princípio da provisoriedade elucidados acima. A primeira delas é a Súmula 21 que diz “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. Considerando que a busca de qual seria o prazo razoável para uma prisão preventiva está intrinsecamente ligado a duração daquele processo. A Súmula mostra-se equivocada na medida em que a pronúncia do réu não representa a conclusão do procedimento do Tribunal do Júri, logo, não podemos entender que ela seja capaz de afastar o constrangimento ilegal gerado por uma prisão excessivamente prolongada. O procedimento não se encerra com a pronúncia do réu, mas tão somente com o julgamento em plenário. Dessa forma, estabelecer a pronúncia como marco temporal, estar-se-á prejudicando o réu. Da mesma forma, ao estabelecer que “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de

dos piores e mais dramáticos episódios que pode vivenciar uma pessoa: o preso, presumidamente inocente, perde imediatamente a sua liberdade, e possui grandes chances de também perder sua família, saúde, segurança, lar, emprego e vínculos afetivos e comunitários. O impacto da prisão provisória sobre o imputado é profundo, mas também o ultrapassa, afetando famílias, comunidades e Estados.” [...] “O preso provisório sujeita-se à mesma carga infamante e deteriorante da pena, mas de forma ainda mais grave e aflitiva, na medida em que se trata de cidadão presumidamente inocente e submetido às angústias e incertezas com relação ao tempo e ao resultado do processo, bem como ao seu destino; O preso provisório está exposto à superlotação dos estabelecimentos de custódia e a toda sorte de violência e degradação humana inerentes ao cárcere e causadores de danos físicos e psicológicos muitas vezes permanentes: tortura, abuso sexual, ações arbitrárias e extorsivas praticadas pela polícia, por agentes penitenciários e outros presos, ambiente criminógeno, com condições de precária higiene e altamente propagador de doenças.”

¹⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. P. 590.

prazo” a Súmula 52 também do STJ prejudica o réu ao estabelecer que o fim da instrução criminal acaba com a possibilidade de alegação de excesso de prazo quando o melhor entendimento deve compreender que a razoável duração do processo deve considerar todo o seu avançar até a sentença, não apenas a instrução criminal.

1.2.6 Excepcionalidade

Previsto no art. 282, § 6º do CPP¹⁷, o princípio da excepcionalidade trás o entendimento de que a privação da liberdade deve ser vista sempre em última circunstância. A autoridade judicial não deve aplicá-la indiscriminadamente, apenas como *ultima ratio*, ou seja, apenas como última opção, quando não for cabível a aplicação de nenhuma outra medida cautelar menos gravosa.

Com o supracitado artigo, o legislador ordinário reconheceu como a privação da liberdade de uma pessoa é gravosa e, justamente por conta disso, não deve jamais ser adotada como primeira opção, sobretudo neste momento onde ainda sequer existe uma sentença condenando aquele réu. Na medida em que ainda não há nenhuma certeza com relação a eventual condenação ou absolvição daquela pessoa, o mais apropriado é realmente procurar uma medida menos gravosa e que atenda as necessidades daquele caso. O *fumus commisi delicti* e *periculum libertatis* precisam ser verificados para que a decretação da prisão preventiva se sustente.

Infelizmente, a prisão cautelar tem sido degenerada para atender a outros fins que não os processualmente demarcados. Diante de uma sociedade hiperacelerada, que não quer esperar e que não compreende o "tempo do Direito", existe o anseio mítico por uma justiça instantânea, e a prisão cautelar acaba dando vazão a esse desejo. É a ilusão de uma justiça imediata que leva ao encurtamento entre fato-prisão, sem a mediação do processo penal.¹⁸

A doutrina majoritária quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), através de sua jurisprudência, reconhecer o caráter excepcional que deve ser dado à prisão provisória. Essa excepcionalidade está vinculada também ao reconhecimento da relevância do princípio

¹⁷ Nos termos do art. 282: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

¹⁸ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>>. Acesso em 22 mai 2019.

supracitado, a presunção de inocência, norteadora da persecução criminal e do sistema penal como um todo.

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrado o *fumus commisi delicti e o periculum libertatis*.¹⁹

O que era para ser considerado exceção, torna-se regra. A banalização das prisões preventivas tem colocado milhares de pessoas encarceradas sem a presença de justificativas juridicamente satisfatórias, que se atentem aos requisitos previstos em lei em vez de considerar apenas anseios populares de soluções imediatas guiadas por uma devoção ao punitivismo penal.

1.2.7 Proporcionalidade

A observância do princípio da proporcionalidade nas medidas cautelares pretende, basicamente, harmonizar as medidas aplicadas com a gravidade da situação fática, que não sejam aplicadas medidas insuficientes e tampouco excessivamente gravosas para o réu. Tutela-se aqui uma via de mão dupla onde o Estado precisa respeitar ao máximo o direito de liberdade das pessoas ao mesmo tempo que também precisa adotar medidas eficazes para repreender a prática delituosa.

As gravidades das medidas cautelares precisam estar alinhadas com a finalidade pretendida com a sua aplicação. Não pode a autoridade judicial se deixar levar pelo fetiche punitivista pregado excessivamente pela mídia sensacionalista. É preciso se ater ao caso concreto para analisar qual medida deve ser aplicada para que aquela finalidade seja atingida de forma menos gravosa possível.

Existem três vertentes principais dentro do princípio da proporcionalidade que são: (a) necessidade, (b) adequação e (c) proporcionalidade “stricto sensu”. Como ensina MIRANDA, a adequação consiste em verificar a existência de um meio adequado para atingir determinado fim,

¹⁹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2017, p 593.

ou seja, identificar um meio adequado para tutela daquele bem jurídico específico; a necessidade é a relação entre um bem que precisa ser juridicamente protegido com as possibilidades legais de intervenção ou decisão que poderiam ser aplicadas àquele caso; por fim, a proporcionalidade “stricto sensu” é basicamente o termômetro necessário para que a medida seja aplicada na dose correspondente ao resultado que pretende atingir, ou seja, o cuidado para que a medida aplicada não fique aquém ou além do necessário para alcançar o resultado desejado.

1.3 Modalidades de Prisão Provisória

Após essa breve elucidação sobre a principiologia das medidas cautelares, será abordado a partir de agora um estudo teórico sobre as modalidades de prisão provisória. Será compreendido aqui como prisão provisória toda privação de liberdade feita antes da sentença condenatória. Desse modo, estão englobadas aqui a prisão em flagrante (arts. 301 a 310, CPP), a prisão temporária (Lei nº 7.960/89), a prisão preventiva (arts. 311 a 316, CPP) e, por fim, a prisão resultante da pronúncia (arts. 282 e 408, §1º do CPP).

1.3.1 Prisão em Flagrante

De acordo com o art. 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Essa previsão se estende pelos artigos seguintes, delimitando os contornos da primeira modalidade de prisão provisória que estudaremos aqui: a prisão em flagrante. De acordo com o Gustavo Badaró²⁰, essa modalidade de prisão se trata de uma modalidade pré-cautelar e que também deve ser compreendida como um ato complexo.

O artigo seguinte²¹, prossegue estabelecendo critérios para delimitar o flagrante delito que enseja esse tipo de prisão. A inteligência do artigo nos mostra que o momento flagrancial abrange

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1011.

²¹ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

desde o sujeito que for detido enquanto comete uma infração penal, assim como aquele que acabou de cometê-la, também aquele que foi perseguido numa situação fática onde haja indícios da sua autoria na infração, ou ainda, o que é encontrado, logo depois, portando coisas que indiquem indícios da sua autoria. O art. 303 pontua ainda com relação as infrações permanentes – cujo momento da consumação se prolonga no decorrer do tempo por vontade do agente, como acontece, por exemplo, no crime de sequestro. Nessas situações, a situação flagrancial permanecerá válida enquanto durar essa permanência.

O mestre italiano CARNELUTTI²², sintetiza a definição do momento flagrancial como nada mais nada menos que a visibilidade do delito. Faz também a brilhante colocação “la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se v ella llama, es indudable que alguna cosa arde”. Nessa metáfora, a chama que denota a certeza de uma combustão coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprová-la mediante a prova direta.

Essa é uma modalidade de prisão pessoal e precária, devendo ser avaliada num prazo de 24 horas por autoridade judicial competente²³, afinal, o objetivo dela é apenas deter aquele agente que está cometendo (ou acabou de cometer) um delito. Com relação a quem pode realizar essa prisão flagrancial, é importante dizer que não apenas o policial, como também a própria vítima ou qualquer outra pessoa estão legitimados a agir para conter aquela ação delituosa. Há de se fazer uma diferenciação aqui somente com relação ao dever dos policiais que é objetivo em razão da própria função que assumem enquanto a vítima e qualquer outra pessoa é facultado agir ou não.

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

²² CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. In: LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Ed. X, Ano. p. 598.

²³ Até então essa avaliação judicial da prisão em flagrante era feita nos moldes do art. 310, ou seja, com o auto de prisão em flagrante sendo encaminhado para o juiz competente. Com a adoção das audiências de custódia, a avaliação passa a ser realizada presencialmente, nesse novo ato da persecução penal, objeto principal desse estudo.

1.3.2 Temporária

A prisão temporária foi instituída pela Lei 7.960/89²⁴ e nos termos dela é aplicada “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”. Além disso, também pode ser aplicada quando a pessoa não fornecer dados comprovados sobre a sua identidade ou não tiver residência fixa. O mesmo artigo indica ainda a possibilidade de aplicação da prisão temporária em casos onde o indiciado for suspeito da autoria ou participação em um ou mais crimes listados pelas letras do inciso III.

Essa modalidade é aplicada durante a investigação criminal e, via de regra, tem prazo de 5 (cinco) dias. Há ainda a previsão de prorrogação do prazo por mais cinco dias quando for comprovado a extrema necessidade da manutenção dessa prisão²⁵.

²⁴ Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso;

b) sequestro ou cárcere privado;

c) roubo;

d) extorsão;

e) extorsão mediante sequestro;

f) estupro;

g) atentado violento ao pudor;

h) rapto violento;

i) epidemia com resultado de morte;

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando;

m) genocídio;

n) tráfico de drogas;

o) crimes contra o sistema financeiro;

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

²⁵ Nos termos do art. 2º, da Lei 7.960/89: “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”.

1.3.3 Prisão Preventiva

Sabe-se que Brasil ocupa o quarto lugar do ranking das maiores populações carcerárias do mundo e quando 40% desse corresponde a presos provisórios, é um indicativo de que precisamos repensar nosso modelo de sistema carcerário.

Nesse cenário, a prisão preventiva é a modalidade mais preocupante. Talvez justamente por uma característica que a difere das demais: não há um prazo máximo estabelecido para ela. Prevista no art. 311, do CPP, a prisão preventiva é uma modalidade de prisão de natureza cautelar que pode ser decretada pela autoridade judicial competente de ofício, por requerimento do Ministério Público ou querelante, ou ainda, mediante representação da autoridade policial. Aury Lopes inclusive entende que o legislador deveria ter suprimido a possibilidade de prisão preventiva decretada por meio de ofício de juiz, uma vez que esta ofende o sistema acusatório e a imparcialidade do julgador.²⁶

Diferente do que acontece na modalidade supracitada, aqui temos uma prisão que pode ser aplicada tanto durante as investigações quanto já no transcorrer da própria ação penal, desde que, obviamente, estejam preenchidos os requisitos do art. 312, CPP²⁷. Aliás, o mesmo dispositivo que, em primeira análise, parece estabelecer um freio para o poder punitivo estatal, é controverso, pois, ao estipular a “garantia da ordem pública” e “garantia da ordem econômica” como justificativas para decretação da prisão preventiva, o legislador acabou criando uma larga margem de discricionariedade com situações delicadas dada a dificuldade de definir esses conceitos.

²⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 630.

²⁷ Art. 312, CPP: “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.”

II AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS

2.1 Conceito e previsão normativa

Por mais indesejado que seja pela sociedade, o ato de cometer um crime por si só não faz – ou pelo menos não deveria fazer – com que uma pessoa perca seu status de ser humano²⁸, alguém menos digno ou menos merecedor de qualquer direito relacionado à dignidade humana ou ainda que tenha sua integridade física e moral violadas indiscriminadamente em razão disso.

As audiências de custódias, em primeira análise, visam garantir justamente o cumprimento e respeito aos direitos humanos daquele que está tendo sua liberdade retida momentaneamente por ato do Estado colocando-o diante de um juiz desde o primeiro momento da sua privação de liberdade²⁹. Propõe-se com ela assegurar que, desde o início da persecução criminal, aquele indivíduo seja respeitado física e moralmente, independentemente da natureza ou gravidade do delito que tenha cometido, conforme preceitos da dignidade da pessoa humana.

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões de maus tratos ou tortura.” (OLIVEIRA, 2017, p. 54).

Audiência de custódia ou de garantia, é ato judicial pré-processual que assegura a garantia de todo cidadão preso em flagrante tem (deveria ter) em face do Estado de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro) competente para a aferição da legalidade de sua prisão (princípio do controle judicial imediato). Nessa audiência, o juiz ouvirá o próprio preso, a acusação e a defesa, exclusivamente sobre questões concernentes direta ou indiretamente à prisão e suas consequências, à sua integridade física e psíquica e aos seus direitos. Em seguida, proferirá decisão fundamentada sobre a continuidade ou não da custódia (MASI, 2015, p. 79).

²⁸ Nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais precisamente no art. 1, item 2, o termo “pessoa” equivale a todo “ser humano”: “Artigo 1.2: Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.”

²⁹ IDDD – INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Audiências de Custódia: Panorama Nacional. São Paulo, 2017, p. 6.

Até então tanto a Constituição Federal quanto o Código Processo Penal preconizavam apenas que a prisão em flagrante deveria ser comunicada imediatamente ao juiz competente³⁰. O artigo 306, §1º do CPP determina ainda que em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o auto de prisão em flagrante seja encaminhado ao juiz competente, mas não menciona nada em relação a apresentação pessoal do preso. Dessa maneira, por mais que o CPP esteja alinhado com a inteligência da Constituição Federal, não é possível dizer o mesmo em relação aos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Nesse sentido, cabe a afirmação de Nereu Giacomolli que diz:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitária, ou seja, o do devido processo³¹.

Embora não haja até o momento uma regulamentação legislativa sobre o tema³², não é possível falar em ausência de fundamento legal das audiências de custódia uma vez que, segundo o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, é reconhecido o status de supralegalidade³³ das normas internacionais da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assim como do Pacto Internacional sobre Direitos

³⁰ Nos termos do art. 5º, inciso LXII da Constituição Federal: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”

³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: A abordam conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

³² Está em tramitação o Projeto de Lei do Senado 554/2011, que versa sobre as audiências de custódia. Seu texto foi aprovado pelo Plenário em 2016, porém aguarda ser apreciado.

³³ No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados internacionais que não foram submetidos ao procedimento de incorporação estabelecido no art. 5º, § 3º da CRFB mas que versarem sobre direitos humanos, possuem status supralegal e infraconstitucional, ou seja, estão hierarquicamente acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal. Ainda sobre o status de supralegalidade, o ensinamento de Carlo Velmo Masi “O Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem eficácia plane e imediata, isto é, não precisam de regulamentação normativa alguma para operarem seus efeitos e devem ser cumpridos de acordo com o princípio pacta sunt servanda internacional. Nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ademais, dispõe o § 2º do mesmo art. 5º 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’. As normas internacionais que preveem a apresentação física do preso não estão em contradição com nenhuma norma interna. A relação entre elas é de complementariedade, uma vez que a Constituição admite a ampliação do rol de garantias fundamentais nela previsto por meio dos tratados internacionais de Direitos Humanos.”

Civis e Políticos (PIDCP), que tratam das audiências de custódia precisamente no art. 7º, item 5 e art. 9º, respectivamente³⁴.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

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 julgada dentro de um prazo razoável ou 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.

Artigo 9.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

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 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.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

Esses tratados representam avanço significativo em matéria de garantia de proteção aos direitos humanos, na medida em que estabelecem uma série de direitos humanos que devem ser tutelados pelos Estados signatários. Sobretudo pela forma como o Pacto de San José da Costa Rica, que reuniu países membros da OEA – Organização dos Estados Americanos, preocupou-se em condensar o ordenamento interno dos Estados signatários com as garantias trazidas pelas normas de âmbito externo³⁵.

³⁴ OLIVEIRA, Gisele Souza de et al.. **Audiência de Custódia: Dignidade Humana, Controle de Convencionalidade, Prisão Cautelar e Outras Alternativas** (Lei 12.403/2011). Lumen Juris. 2017. p. 15.

³⁵ Art. 1º, Pacto San Jose da Costa Rica: Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma,

Esses artigos preocupam-se em assegurar que as pessoas presas tenham direito a um procedimento pré-processual que seja capaz de verificar a legalidade, necessidade e adequação daquela prisão (CPP, art. 282)³⁶, sem prejuízo do prosseguimento daquela ação penal.

Entretanto, em que pese esses tratados tenham sido incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com status de supralegalidade há mais de duas décadas. Foi através de uma regulamentação administrativa dos tribunais³⁷ que nasceu o projeto de implementação das audiências de custódia no Brasil. Tendo seu pontapé inicial dado pela Resolução nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça, aprovada por unanimidade na 223ª Sessão Ordinária e que visa dar cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5240, além dos pactos internacionais supracitados. Com a Resolução nº 213, o procedimento foi uniformizado, sendo devidamente detalhado, a fim de aprimorar as rotinas procedimentais da audiência de custódia. Incluindo ainda dois protocolos de atuação – o primeiro versando sobre aplicação de penas alternativas e o segundo sobre os procedimentos que devem ser adotados diante de denúncias de tortura feitas pelos custodiados.

O projeto-piloto “Audiências de custódia” nasce então do esforço conjunto entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro Estado a realizar audiências de custódia no território nacional. Para garantir o acompanhamento do projeto, foi assinado um Termo de Cooperação Técnica (TCOT nº 007/2015)³⁸ entre Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministério da Justiça e Instituto de Defesa do Direito

religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

³⁶ Art. 282, CPP: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

³⁷ De acordo com a letra “a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, os Tribunais são competentes para dispor sobre a competência e o funcionamento interno dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos.

³⁸ TCOT nº 007/2015. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Termo de Cooperação Técnica 007/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>. Acesso em 10/06/2019.

de Defesa (IDDD). Posteriormente, outro Termo de Cooperação Técnica (TCOT n° 16/2015), desta vez agregando o Conselho da Justiça Federal (CJF)³⁹.

Portanto, até o ano de 2015, não existiam, no Brasil, atos normativos que delineassem um modelo procedimental para a realização da audiência de custódia ou de apresentação do preso. Só quando o Supremo Tribunal Federal definiu a obrigatoriedade dessa audiência é que as cortes de justiça, por meio de resoluções, provimentos e portarias, passaram a fixar os ritos a serem observados em analogia com a audiência de interrogatório, dirigindo a atuação judicial para a análise da legalidade da prisão e da real necessidade de manutenção da custódia cautelar.⁴⁰

(ANDRADE, 2017, p. 226)

A supracitada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5240 - que precedeu a Resolução do Conselho Nacional de Justiça - foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) contra o Tribunal de São Paulo e questionou constitucionalidade da realização de audiências de custódia no país. Nesse julgamento, em 20 de agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da disciplina feita pelos tribunais e reconheceu ainda a existência de previsão legal para as audiências de custódia em virtude sobretudo do Pacto de São José da Costa Rica.

Posteriormente, levando em consideração que as decisões do Supremo Tribunal Federal até então não tinham sido efetivadas na prática, foi ajuizada, em junho de 2017, pelo Partido Socialismo e Liberdade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347 onde foi pedido que o Supremo reconhecesse o Estado de Coisa Constitucional⁴¹ do sistema penitenciário brasileiro, ou seja, a violação dos direitos fundamentais da população carcerária, incluindo aqui o descumprimento do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no que tange a realização das audiências de

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Termo de Cooperação Técnica 16/2015 e Termos de Adesão ao TCOT 007/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-decustodia/documentos>. Acesso em 09/09/2019.

⁴⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no Projeto de Lei do Senado 554/2011. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 137, p. 226, 2017.

⁴¹ O termo foi cunhado pela Corte colombiana, em 1997, quando um grupo de professores entraram com uma demanda na Corte Constitucional colombiana por descumprimento de direitos previdenciários. Para a Corte, o descumprimento ultrapassa aquelas pessoas que entraram com a demanda.

custódia⁴². Essa ADPF culminou numa medida cautelar deferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que determinou que todos tribunais do país tornassem a realizar as audiências no prazo de 90 dias.

Aliás, é importante destacar que essa Resolução do CNJ foi responsável não somente pela normatização como também por adotar o termo “audiência de custódia” uma vez que nem a CADH, nem o Código de Processo Penal e tampouco as leis complementares haviam mencionado anteriormente esse termo para se referir a este ato judicial. Inclusive, quanto a escolha de uma nomenclatura adequada, há quem prefira o termo “audiência de garantia”⁴³ ou ainda, “audiência de apresentação”, conforme o posicionamento do Ministro Luiz Fux durante a relatoria da ADI 5.240, de São Paulo. Para o Ministro, o termo “audiência de custódia” transmite a ideia de que a finalidade da audiência seja custodiar, e não de liberar, conforme apuração das circunstâncias do caso concreto⁴⁴. Preferências terminológicas a parte, a audiência acabou se mantendo como “de custódia” como já havia sendo consolidado pela doutrina nos últimos anos⁴⁵.

Ainda sobre a Resolução 213 do CNJ, cabe ressaltar como o Estado brasileiro lida com a questão da tutela e efetivação de direitos humanos garantidos em âmbito internacional. Como observado por Caio Paiva:

Conforme já vimos anteriormente, o Brasil aderiu aos termos da Convenção Americana há mais de vinte anos, o que, por si só, já seria o bastante para que a audiência de custódia fosse respeitada e observada no nosso país. Ao direitos e as garantias previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos não podem ficar, sob pena de ineficácia e enfraquecimento do sistema internacional de

⁴² “Decisão: O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que deferia parcialmente a medida liminar requerida para determinar: [...]”

⁴³ Em alguns países da América Latina como Argentina, Colômbia e México adota-se a nomenclatura “audiência de garantia” para o que aqui no Brasil chamamos de “audiência de custódia”.

⁴⁴ Nos termos do Ministro Fux, conforme relatoria na ADI 5.240/SP: “Senhor Presidente, aqui como foi destacado, tem-se revelado extremamente eficiente a audiência de custódia, a respeito da qual, depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.”

⁴⁵ Gustavo Badaró chegou a posicionar sobre o assunto em um dos artigos: “Todavia, não me parece errado continuar a utilizar a expressão “audiência de custódia”, que já se pode considerar consolidada pela doutrina. Isso porque, uma das acepções da palavra custódia é exatamente, a de “proteção, guarda”;^[1] ou ser “conservado sob segurança e vigilância, como medida de preservação, prevenção ou proteção”. Na referida audiência, o juiz zela, cuida, protege a liberdade do indivíduo.

proteção dos direitos humanos, condicionados à correspondência normativa no Direito interno de cada país. A regulamentação no Direito interno, porém é benéfica sob vários pontos, mas principalmente porque (1) tratamos de enunciados normativos com algumas expressões abertas, passíveis de ajustamento às realidades locais, e também porque (2) ainda não temos uma cultura às realidades locais, e também porque (2) ainda não temos uma cultura – social ou jurídica – de cumprimentos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não raramente tidos como meras *recomendações*.⁴⁶

Dessa forma, foi necessária a edição de uma norma com nível hierárquico inferior (portaria) para consolidação de algo que foi garantido há mais de duas décadas através de um tratado internacional em matéria de direitos humanos (incorporado no nosso ordenamento com status de supralegalidade como supracitado).

Após o pontapé inicial dado pela parceria do Conselho Nacional de Justiça com o Tribunal de Justiça da São Paulo, outros Estados como Espírito Santo, Maranhão, Rio de Janeiro, Roraima, Mato Grosso e Paraná também passaram a oferecer às pessoas presas em flagrante delito a oportunidade de serem apresentadas a uma autoridade judiciária antes mesmo do início da ação penal. Apesar da forte resistência⁴⁷, o projeto piloto iniciado em São Paulo, acabou sendo replicado pelos demais Tribunais Estaduais e Federais sendo, gradativamente, inserido à dinâmica da prática penal, ocorrendo também a judicialização coletiva do tema provocada pela Defensoria Pública da União⁴⁸.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que havia se comprometido com os termos de cooperação técnica já mencionados neste capítulo, regulamentou o procedimento das audiências

⁴⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 1º edição. Florianópolis: Editora Emporio do Direito, 2015. p. 58.

⁴⁷ Uma das opiniões que ganharam forte repercussão no início da adoção das audiências de custódia, em meados de 2015, foi a do Desembargador Guilherme de Souza Nucci que teceu duras críticas ao instituto. Como pode se ver a seguir: “Enfim, o mito dessa audiência é que ela é essencial para tirar presos provisórios do seu calvário. Aliás, a moderna Constituição de 1988 (a Constituição-cidadã) nem percebeu que estava olvidando a audiência de custódia no art. 5o. Outra ironia do destino. De minha parte, continuarei a ler atentamente as peças escritas de habeas corpus e soltar quem considero merecer, seja pela ilegalidade da prisão, seja porque faz jus à liberdade provisória. E se for esta a vontade do STF, ouvirei sem problema o preso, mas continuarei mantendo a prisão cautelar ou concedendo liberdade provisória, de acordo com a lei – e não com lamúria de pessoa detida, por vezes, autora de crime grave.”

⁴⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.

de custódia em âmbito carioca, foco deste trabalho, através da Resolução TJ/OE/RJ n° 29/2015, posteriormente atualizado com a Resolução TJ/OE/RJ n° 5/2017.

2.2 Projeto de Lei do Senado n° 554/2011

Como discutido anteriormente, apesar de atualmente das audiências de custódia serem uma realidade em todos os Estados brasileiro, o Brasil não possui ainda legislação ordinária sobre o tema. Por mais que os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos tenham sido incorporados ao nosso ordenamento jurídico há mais de vinte anos, os legisladores ainda não se preocuparam em editar uma lei que atenda os ditames trazidos pelos pactos internacionais incorporados. A edição de uma lei seria interessante pois existem alguns termos dos tratados que são vagos e poderiam ser mais bem esclarecidos⁴⁹ a partir de uma lei feita pelos legisladores daquele país, atendendo de forma mais eficiente aquela nação até mesmo por entender as peculiaridades dela. Inclusive a própria CADH recomenda que os Estados signatários devem adotar as medidas legislativas necessárias para respeitar os direitos e liberdades ali reconhecidos.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Outro motivo interessante para motivar a edição de uma lei seria o fato de o Brasil não der desenvolvido a cultura de cumprimento aos tratados internacionais, sendo confundidos como meras recomendações.

O Projeto de Lei do Senado (PSL) 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, traz, entre outras, a alteração do art. 306 do CPP nos seguintes termos:

⁴⁹ LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 10/06/2019.

Art. 306. (...)

§ 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.⁵⁰

Como justificção do PSL, foi destacado que a determinação do prazo de vinte e quatro horas para apresentação pessoal do preso à autoridade judicial tem como objetivo garantir a integridade física e psíquica daquela pessoa que está tendo sua liberdade cerceada pelo Estado. Além de reconhecer a importância de adequar o ordenamento jurídico brasileiro aos ditames dos tratados internacionais incorporados pelo Brasil, nos seguintes termos:

A prática mundial vai nesse sentido. A Alemanha determina que o preso seja apresentado no dia seguinte à prisão. Constituições mais modernas, como da África do Sul, preveem medidas idênticas.

É, portanto, no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz.

Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária.

Essa definição de tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardadas, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário.⁵¹

⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, PSL, n. 554 de 2011**. 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 vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>> Acesso em: 12/06/19.

⁵¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, PSL, n. 554 de 2011**. 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 vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>> Acesso em: 12/06/19.

Prosseguindo com os trâmites do projeto lei, a relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, no comando do senador Randolfe Rodrigues, aprovou o PSL e aceitou ainda as sugestões dadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o que fez com que o projeto de lei ganhasse os seguintes contornos:

Art. 306. (...)

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas do 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 § anterior, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa da prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 3º A oitiva 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.

§ 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 das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no §3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código. (...)⁵²

Antes que a votação da PL na CCJ fosse concluída, esta foi encaminhado para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, onde foi aprovada da seguinte forma:

⁵² BRASIL. Senado Federal. **Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado, PSL, n. 554 de 2011, do Senador ANTONIO CARLOS VALADARES, 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 vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/101393.pdf>>.

Art. 283. (...)

§3º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão, a pessoa presa, acompanhada de seu advogado ou, na falta deste, de defensor público, deverá ser conduzida à presença do juiz que decretou a medida, ou do juiz do local, ocasião em que será apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e do exame do corpo de delito.

§4º Na ocasião da apresentação a que se refere o §3º, o juiz deverá inquirir a pessoa presa e respectivo defensor se houve violação dos direitos e garantias fundamentais e ordenar, diante da suposta ocorrência, as medidas cabíveis para a preservação da integridade da pessoa presa e a apuração das violações apontadas.

§5º Cópias dos documentos referidos no §3º serão imediatamente disponibilizadas ao advogado da pessoa presa ou, caso não seja informado o nome deste, à Defensoria Pública

Em outubro de 2015, foi encerrado o prazo para apresentação de emendas ao projeto. Sendo apresentadas até ali emendas de autoria dos senadores Humberto Costa e Randolfe Rodrigues. Em 6 dezembro de 2016, o projeto foi remetido à Câmara dos Deputados. Passados mais de dois anos desde sua aprovação no Plenário, o texto aguarda atualmente apreciação pelo Congresso Nacional.

2.3 Projeto de Lei 882/2019

Em 2019, o Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, elaborou um pacote de propostas com alterações na legislação criminal. Esse pacote ficou popularmente conhecido como “Pacote anticrime” e trouxe uma proposta de regulamentação das audiências de custódia, ou seja, que ela seja devidamente incluída no Código de Processo Penal, em consonância com os pactos internacionais.

Cabe aqui reconhecermos que, ao menos primariamente, a proposta apresenta algo que há muito tempo se esperava: a inclusão das audiências de custódia dentro da nossa legislação ordinária. Se aprovada pelos nossos congressistas, será um avanço em relação ao reconhecimento do instituto.

Em um contexto onde o panorama político está cada vez mais polarizado, a cultura punitivista parece conquistar cada vez mais adeptos. Curiosamente, o Projeto de Lei 882/2019 proposto pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro pode se tornar a primeira vez que o termo aparecerá em uma lei ordinária.

Art.185.....

 § 2o O juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

 IV - responder à questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso.

 § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, audiência de custódia e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

 § 10. Se o réu preso estiver recolhido em estabelecimento prisional localizado fora da Comarca ou da Subseção Judiciária, o interrogatório e a sua participação nas audiências deverão, preferencialmente, ocorrer na forma do § 2º, desde que exista o equipamento necessário. (NR)⁵³

Se por um lado o Projeto de Lei representa um avanço ao finalmente citar as audiências de custódia dentro da nossa legislação ordinária, por outro trouxe trechos preocupantes para a plena realização dela. A sutil alteração feita no art. 185, parágrafo 2º, onde suprimiu-se o “excepcionalmente” a fim de possibilitar ao juiz um manejo maior dessas audiências realizadas através de videoconferência.

Prosseguindo com a leitura da proposta legislativa, há ainda a alteração do inciso IV do mesmo artigo para incluir como hipótese para a determinação do interrogatório por

⁵³ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei, n. 882 de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019> Acesso em: 15/06/19.

videoconferência, a circunstância de a medida ser apropriada para “prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso”. Não é difícil imaginar qual a implicação prática dessas alterações? O juiz poderá sempre determinar que a audiência de custódia seja realizada por videoconferência. No caso da CEAC-Benfica, por exemplo, onde são apresentadas todas as pessoas presas em flagrante delito na região metropolitana do Rio de Janeiro. A possibilidade de cortar gastos com transporte, combustível e escolta dos custodiados apreendidos em locais mais distantes, pode parecer bastante tentadora, ainda que sob custo da ampla defesa. Nesse sentido inclusive é posicionamento da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) que se manifestou da seguinte forma:

Portanto, o interrogatório de pessoa presa, de regra, será por videoconferência. É verdade que a participação do acusado estando presente na audiência é uma das dimensões da ampla defesa. Mas não se pode fechar os olhos para a realidade, diante de episódios já registrados de ataques a juizes e servidores – a população em geral também, em alguns casos é atingida, como episódio no Rio de Janeiro, em que uma criança que trafegava nas proximidades do fórum findou sendo atingida por um disparo de arma de fogo. Isso sem falar que o momento da ida do preso para a audiência é o mais propício para operações de resgate. Diante dessas considerações, somos favoráveis à proposta.⁵⁴

2.4 Organização das Audiências

Não abordar questões referentes ao mérito da causa, não torna a audiência de custódia um ato judicial menos importante, já que nela serão analisadas tanto a legalidade daquela prisão em flagrante como também a necessidade ou não da manutenção daquele encarceramento, ou seja, questões importantes para definir a imediata situação do custodiado. É nessa audiência também que o juiz, após a devida manifestação do Ministério Público e, logo em seguida, da defesa técnica, irá decidir, conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal, se converte o flagrante em prisão preventiva, se concede a liberdade provisória (com ou sem medidas cautelares), ou ainda, se decide pelo relaxamento⁵⁵. Sendo essa última alternativa indicada para os casos onde fique constatada a ilegalidade daquela prisão.

⁵⁴ O parecer da AJUFE foi dado através da Nota Técnica nº 03/2019 onde foi pontuado ponto a ponto das propostas do Ministro Sergio Moro.

⁵⁵ JUSTIÇA GLOBAL E MECANISMO DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. Quando a liberdade é exceção: a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. p. 31.

Apesar de não poder adentrar a análise do mérito da ação penal, a audiência de custódia precisa sempre prezar em respeitar o direito ao contraditório. Nessas audiências é primordial a presença daquele a quem está sendo imputada a prática de um ato criminoso, não sendo possível que ela se realize sem a presença do custodiado. Essa “presença” será melhor discutida no decorrer deste trabalho já que existe uma divergência sobre a possibilidade ou não de mitigar esse conceito.

A denominada audiência de apresentação do preso ou audiência de custódia implica uma novidade para o sistema processual penal brasileira, a qual consiste no fato de, antes de qualquer ato processual no âmbito da ação penal, ser oportunizado ao preso participar de uma audiência presidida por uma autoridade judiciária e com a obrigatória presença de sua defesa técnica, constituída ou nomeada, bem como, em regra, também com a presença do futuro órgão de acusação. (OLIVEIRA, 2017, p. 54).

Sendo assim, a audiência de custódia se propõe a analisar a prisão pelo prisma da legalidade, necessidade e adequação da continuidade da prisão ou de uma eventual concessão de liberdade. Sendo também momento oportuno para decretação de medidas cautelares e verificação de eventual tortura e maus tratos. Este último, aliás, destaca-se como um dos principais objetivos da audiência de custódia que, além de decidir sobre a liberdade da pessoa custodiada, visa também coibir e combater excessos cometidos anteriormente à apresentação ao juiz, garantindo com isso o direito à integridade física e psicológica do custodiado. A adoção da audiência de custódia como método de combate à tortura foi destacada no relatório produzido pela Comissão Nacional da Verdade (CNV)⁵⁶. Além disso, o Estado brasileiro também é signatário da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁵⁷ e da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁸ onde se compromete a tomar as medidas necessárias para combater as práticas de tortura em âmbito do seu território nacional.

⁵⁶ “[25] Introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal 44. Criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia 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.”

⁵⁷ Artigo 2.1 Cada Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza com o intuito de impedir atos de tortura no território sob a sua jurisdição.

⁵⁸ Artigo 5. Direito à integridade pessoal 5.2 Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Ao reconhecer a legalidade das audiências de custódia, estamos reconhecendo também a necessidade que temos de harmonizar o Código de Processo Penal brasileiro com os Tratados Internacionais que foram incorporados - voluntariamente, diga-se de passagem - ao nosso ordenamento jurídico. Buscando cada vez mais alinhar a interpretação do nosso ordenamento interno conforme as disposições desses tratados, não se limitando a observar somente a Constituição Federal. “Pouca ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos se cada país dispusesse de uma ‘margem de apreciação’ a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos Tratados a que – voluntariamente – aderiram.”⁵⁹

Para além das determinações do artigo 310 do Código de Processo Penal, atendendo as disposições do Protocolo I da Resolução nº 213, nessa mesma audiência, a autoridade judiciária terá a oportunidade de tomar outras providências como encaminhamentos sociais de caráter assistencial que julgarem cabíveis. Tais encaminhamentos podem servir, por exemplo, para amparar custodiados se encontrem em situação de rua, que sejam dependentes químicos ou que possuam algum outro tipo de vulnerabilidade.

Ao reconhecer a legalidade das audiências de custódia, estamos reconhecendo também a necessidade que temos de harmonizar o Código de Processo Penal brasileiro com os Tratados Internacionais que foram incorporados - voluntariamente, diga-se de passagem - ao nosso ordenamento jurídico. Buscando cada vez mais alinhar a interpretação do nosso ordenamento interno conforme as disposições desses tratados, não se limitando a observar somente a Constituição Federal. “Pouca ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos se cada país dispusesse de uma ‘margem de apreciação’ a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos Tratados a que – voluntariamente – aderiram.” (PAIVA, 2015, p. 34)

Mesmo considerando que não deve ser tocado no mérito da ação penal neste momento, é possível afirmar que um dos motivos que torna a audiência de custódia um ato tão importante, seja

⁵⁹ PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> Acesso em: 12 de jun de 2019.

o fato dela discutir a imediata situação daquele sujeito, seja com sua liberdade plena - através do relaxamento - ou com o estabelecimento da forma como ele responderá aquele processo - através da prisão preventiva, domiciliar ou liberdade provisória. Cria-se aqui um momento pré-processual onde será observada se realmente há necessidade de aprisionar aquela pessoa ou se existem outras medidas cautelares suficientes para garantir o sucesso da instrução criminal e, posteriormente, assegurar também a futura aplicação da lei penal.

2.5 Finalidade política – a audiência de custódia como meio de evitar prisões desnecessárias e arbitrárias

Além da função que exerce enquanto garantidora de direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia surge também como alternativa de uma política criminal que visa conter o crescimento da população carcerária do país – 726 mil presos, segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias (Infopen)⁶⁰, publicado pelo Ministério da Justiça, em 2016, trazendo dados do sistema prisional brasileiro colhidos nos anos de 2015 e 2016, atualizando assim com dados que foram publicados em dezembro de 2014. Desse total de presos, 40% são de presos que ainda não foram julgados, ou seja, presos provisórios. No tocante a realidade da capital fluminense o estudo aponta que a população prisional do Rio de Janeiro corresponde a 50 mil detentos, sendo que 40% desses são compostos por presos provisórios. O Levantamento revela ainda que a capacidade do sistema carcerário do Rio de Janeiro é de 28.443 vagas, ou seja, quase a metade do número real de detentos sob tutela do Estado atualmente. O último levantamento pela Defensoria Pública do Rio, em 2018, corroborou o estado de calamidade dos presídios fluminenses: são 51.511 presos para 28.688 mil vagas existentes no Estado⁶¹.

Em tese, a prisão preventiva é entendida como uma medida excepcional que deve ser decretada apenas em último caso, quando as medidas cautelares não forem suficientes. Entretanto,

⁶⁰ INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 10 de Mai 2019.

⁶¹ Disponível em: <<http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/a-situacao-dos-presidios-no-estado-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 25 mai 2019.

num país onde a seletividade do nosso sistema penal perpetua há séculos a segregação de jovens e negros dentro da nossa sociedade⁶², fica claro que essa é uma daquelas garantias que ficam distantes da aplicação prática. O que nos remete o pensamento de Foucault “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”⁶³, por outro lado, temos o preciso diagnóstico do Ministro Marco Aurélio: “No Brasil, exceção virou regra: prende-se para depois apurar”⁶⁴, ou ainda, a constatação de Francesco Carnelutti de que estamos num ciclo vicioso “já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar”⁶⁵. e o que era para ser exceção torna-se regra para uma significativa parcela população que parece ficar à margem de algumas normas do Estado Democrático de Direito. Sobre isso, um dado interessante colhido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a pedido do DEPEN, revelou que 37,1% dos réus que responderam a um processo criminal preso não foram posteriormente condenados a uma pena privativa de liberdade⁶⁶, ou seja, foram submetidos a uma prisão cautelar mais severa que a própria condenação, o que evidencia a clara banalização dos decretos de prisão preventiva em nosso cotidiano forense. Há aqui um grupo de pessoas que não teriam que passar necessariamente pelo sistema carcerário, que eventualmente podiam ter cumprido alguma medida cautelar diversa da prisão, sem precisar destinar dos cofres públicos recursos para o custeio de mais um detento e, principalmente, sem a necessidade de terem respondido aquele processo com privação de algo tão importante como a própria liberdade.

Esses dados alarmantes trazidos pelo IPEA deixam claro a necessidade que temos de pensar uma política criminal que busque conter o crescimento da população carcerária do nosso país - que hoje já ocupa a quarta posição no ranking mundial. Um dos caminhos que podem se revelar eficientes para alcançar esse objetivo é justamente a criação de meios de contenção do poder

⁶² 64% da população prisional no país é negra. Esse número sobe para 72% quando se faz o recorte considerando apenas aqueles que estão presos no Estado do Rio de Janeiro, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen.

⁶³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 39º ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011, p. 218.

⁶⁴ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>>. Acesso em: 25 mai 2019.

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria el foro, 1994, p.36.

⁶⁶ Sumário executivo disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depn_2016-relatoriogestao.pdf/view>. Acesso: em 23 abr 2019.

punitivo do Estado, não é o mesmo que compactuar com a impunidade, como alguns insistem em alegar.

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as normas de devido processo legal)⁶⁷

Mesmo antes das audiências de custódia o juiz já tinha como atribuição a decisão de manter ou relaxar a prisão⁶⁸, a novidade é que agora esse processo não se dá mais através de um papel frio, sem que a autoridade judicial tenha contato direto com a pessoa que foi presa em flagrante delito. Com as audiências de custódia, supera-se a fronteira do papel⁶⁹, o custodiado passou a ser colocado de frente a um juiz que deixa de decidir tendo como base apenas algumas peças administrativas (auto de prisão em flagrante, registro de ocorrência e certidão de antecedentes criminais, por exemplo) e passa a olhar efetivamente para o preso, logo após a prisão, o que - pelo menos em tese - pode aumentar a sensibilidade da autoridade judiciária para perceber e identificar qual a medida mais adequada para aquele caso. Esse encontro entre acusado e juiz, que só aconteceria no final da instrução criminal, na audiência de julgamento, é então deslocado para uma etapa pré-processual onde, logo após ser preso, esse custodiado terá o primeiro contato com ele.

Para fins de melhor ilustrar a argumentação, vamos considerar que o fortalecimento da política de alternativas penais (com a implantação de Centrais Integradas nas principais cidades brasileiras) seja capaz de contribuir com a redução de 30% do total de presos provisórios. Na prática, representaria a redução de 74.900 pessoas que deixariam de responder ao processo penal em privação de liberdade. O déficit nacional de vagas reduziria de 250.318 para 175.418. Financeiramente, levando em conta que o custo mensal de manutenção de um preso no Sistema Prisional é de aproximadamente R\$2.500,00, a redução de 74.900 pessoas proporcionaria uma economia mensal de R\$187.251.000,00 nas despesas afetas a gestão das Unidades Prisionais. Por sua vez, levando em consideração que o custo mensal de atendimento e acompanhamento de uma pessoa em cumprimento de alternativa penal é de aproximadamente R\$225,00, o investimento necessário para estruturar as Centrais Integradas de Alternativas Penais visando o acompanhamento de 74.900 pessoas seria de R\$16.852.590,00.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62.

⁶⁸ Art 310, CPP.

⁶⁹ A expressão foi usada por Caio Paiva na obra “Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro” p. 57

O relatório de gestão da DEPEN publicado em 2016, demonstrou como a redução do número de presos provisórios pode resultar em uma economia satisfatória para o Estado, sobretudo neste período onde tanto a União como diversos Estados e Municípios procuram enxugar as contas públicas. O relatório demonstrou que se conseguirmos reduzir em 30% o número de presos provisórios do país, considerando que cada presidiário custa R\$2.500,00 mensais, teríamos uma economia de R\$187.251.000,00 nas despesas ligadas a gestão das Unidades Prisionais. Em contrapartida, o acompanhamento de uma pessoa que cumpre medida cautelar diversa da prisão é de R\$225,00. “Não haverá esperança enquanto não forem implementadas medidas que enfrentem a cultura do encarceramento em massa, sendo necessário iluminar o debate sobre a política de segurança pública e a política prisional para que medidas eficazes e racionais sejam adotadas”⁷⁰

2.6 Mecanismo de combate à tortura

Além de ser um meio de conter o crescimento da população carcerária, a audiência de custódia pode também ser um importante instrumento de prevenção e repressão à tortura. É de conhecimento público que por vezes policiais tenham comportamento inapropriado em suas atividades, extrapolando os limites legais e aquilo que seria compreendido como aceitável dentro de suas atribuições de combate ao crime, chegando a ferir a integridade física e psicológica do indiciado. Ressalvados aqui, sempre, os policiais que exercem suas atividades com responsabilidade e coerência e, portanto, não devem temer a apresentação do preso a uma autoridade judiciária⁷¹.

Sobre isso destaca-se o quinto artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, mais especificamente no artigo 2º, ambos tratados assinados e ratificados pelo Brasil:

⁷⁰ IDDD – INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Propostas para Reduzir a Superlotação e Melhorar o Sistema Penitenciário.** Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 24 mai 2019.

⁷¹ PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades.** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> Acesso em: 12 de jun de 2019.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Artigo 2º

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificção para tortura.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes deu origem ao Protocolo Facultativo da Organização das Nações Unidas (ONU) que estabelece orientações aos Estados comprometidos com o combate à tortura. Um dos resultados da adoção dessas diretrizes é o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro que surge como um órgão comprometido com a prevenção da tortura, na medida em que visa compor um sistema preventivo por meio de visitas regulares nos lugares de privação de liberdade. Entendendo como “lugares de privação de liberdade” desde uma penitenciária até um abrigo ou hospital de custódia.

Uma das preocupações da audiência de custódia é justamente verificar indícios de maus tratos, devendo o juiz inclusive perguntar ao réu se ele sofreu maus tratos ou algum tipo de tortura. É isto que está disposto no artigo 8º, inciso IV da Resolução 213 do CNJ.

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

Através da audiência de custódia, é oportunizado ao custodiado algo que só seria aferido talvez no final da instrução criminal, depois de transcorridos vários meses desde o fato, na audiência de instrução e julgamento, quando por vezes já não seria possível verificar certos acontecimentos devido ao próprio decorrer do tempo. Imagina como seria difícil - em alguns casos até impossível - apurar atos de tortura supostamente cometidos por agentes policiais no momento

flagrancial, meses ou até mesmo anos depois do ocorrido. Ao trazer a verificação de eventuais relatos de violência e tortura policial para o início da persecução criminal, estar-se-á potencializando as chances de identificar os agressores. Dessa forma, os mecanismos de apuração e investigação de tortura serão mais eficientes.

III ANÁLISE COM BASE NAS OBSERVAÇÕES FEITAS NA CEAC-BENFICA

3.1 Observações na CEAC-Benfica

A observação que gerou este trabalho foi fruto da minha participação durante quase dois anos como pesquisador no Observatório de Audiências de Custódia (OBSAC), um projeto que possibilita aos alunos de Direito da FND/UFRJ compreender o instituto da audiência de custódia e suas implicações no campo sócio-jurídico e político-criminal. Usando como ferramenta para alcançar esse objetivo, o estudo teórico do próprio instituto, das prisões provisórias e medidas cautelares associado às observações realizadas periodicamente na CEAC-Benfica, ambos coordenados pela Profa. Dra. Junya Barletta.

O projeto de pesquisa foi formado com a finalidade de realizar pesquisa empírica de observação das audiências de custódia, focando principalmente em acompanhar como essa garantia estava sendo assegurada no Estado do Rio de Janeiro. Assim, possibilitando um vasto aprendizado aos pesquisadores por meio do contato direto com as atividades realizadas na Central de Custódia.

Observando a dinâmica das audiências de custódia e utilizando as experiências adquiridas ao longo desse processo, foi possível analisar a prática deste ato garantidor de direitos fundamentais do custodiado. Além disso, como será possível observar no decorrer deste capítulo, foi possível identificar por meio das observações conflitos entre a teoria e a prática.

O Rio foi o vigésimo Estado a aderir as audiências de custódia e, considerando que 20.785 presos atualmente no sistema fluminense são provisórios, trazer para o Estado um projeto que tem como um dos seus principais objetivos justamente conter o crescimento do número de presos provisórios é de extrema importância.

Em contato direto com a realidade do sistema de justiça criminal carioca, foi possível observar a dinâmicas das audiências de custódia sendo possível identificar pontos positivos e

negativos da sua recente implementação. Pontos estes que serão melhor relatados ao longo desse capítulo.

O primeiro ciclo durou aproximadamente dois meses e o segundo quatro. Tendo eu tido a oportunidade de participar de ambos, geralmente uma vez na semana, a cada quinze dias. A oportunidade de ter participado de ambos os ciclos, em espaços diferentes, foi de extrema importância para o enriquecimento deste trabalho uma vez que essa alteração (do TJ/RJ para o Presídio José Frederico Marques) implicou numa série de alterações a dinâmica das audiências, principalmente naquelas relativas a nuances do espaço físico que puderam ser presencialmente percebidas.

3.2 Sobre o campo, o espaço e o funcionamento da CEAC-Benfica

No Rio de Janeiro, as audiências começaram em 18 de setembro de 2015, tendo a Central de Custódia sido inicialmente instalada no interior do Tribunal de Justiça. Dois anos depois, foi transferida para uma estrutura no interior da Cadeia Pública José Frederico Marques, em Benfica. A CEAC-Benfica não é a única Central de Custódia do Estado. Além dela, foram construídas outras, uma em Volta Redonda, na Cadeia Pública Franz de Castro Holzwarth, que recebe os presos da região sul fluminense, e outra em Campos, mais precisamente no Presídio Carlos Tinoco da Fonseca, recebendo os presos do norte e noroeste fluminense. Para este estudo trataremos especificamente das audiências realizadas na CEAC-Benfica, onde tive oportunidade de realizar as observações.

Para ter acesso a estrutura da CEAC, é necessário entrar no complexo penitenciário e atravessar o pátio principal. Esse acesso é feito através de um grande portão de ferro, comum a todos os atores envolvidos (policiais militares, juízes, promotores de justiça, advogados, defensores públicos, servidores, agentes penitenciários). O controle de acesso à CEAC é feito pela SEAP – Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro.

O espaço da CEAC é organizado em seis salas de audiências, uma secretaria (cartório), salas para os Juízes, a Defensoria Pública e o Ministério Público, sala da OAB e outros ambientes que não tivemos acesso.

As salas de audiência são semelhantes as salas do Tribunal de Justiça do RJ, seguindo aquele modelo de espaço formal e hierarquizado. As salas comportam uma mesa em patamar superior onde ficam o Juiz e o representante do Ministério Público. A disposição especial da sala parece favorecer inclusive uma certa proximidade entre esses atores. Foi possível perceber diálogos que perpassavam por opiniões políticas, assuntos gerais e até de lazer. Abaixo, outra mesa é colocada em frente ao juiz. Na ponta desta segunda mesa fica sentado o custodiado e, ao seu lado, o advogado ou defensor público responsável pela sua defesa técnica. Geralmente havia ainda duas cadeiras no canto da sala que eram disponibilizadas para que nós assistíssemos às audiências.

Uma curiosidade com relação as salas das audiências é que todas elas eram conectadas entre si por portas internas. Possivelmente, colocadas ali para evitar que os atores envolvidos na audiência tivessem que transitar pelo corredor por onde circulam os custodiados que serão apresentados.

3.3 Prazo

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]” é o que dispõe o artigo 8.1 da CADH sobre a primeira apresentação ao juiz após a prisão cautelar. A partir daí, ainda sem a consolidação de uma legislação específica sobre audiências de custódia, começou uma busca pelo melhor entendimento do que seria afinal um “prazo razoável” como foi colocado.

A Resolução n. 213/2015 do CNJ, que regulamentou as audiências de custódia em todo território nacional, determinou que o custodiado devia ser apresentado à autoridade judicial em 24

horas⁷² – mesmo prazo recomendado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pouco depois, em cumprimento a determinação do CNJ, o TJ/RJ editou a Resolução TJ/OE/RJ nº 29/2015, ato normativo interno que disciplina a audiência de custódia no âmbito do TJ/RJ, mas foi omissivo em relação ao prazo de apresentação do custodiado, limitando-se na época a repetir o “sem demora” cunhado anteriormente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. A atualização do dispositivo, feita em 2017 através da Resolução TJ/OE/RJ nº 5/2017, alterou – entre outros – o artigo 2º acrescentando a possibilidade da audiência ser realizada através de videoconferência quando “circunstâncias pessoais” do custodiado inviabilizassem a apresentação, mas continuou omissivo em relação a definir um prazo de forma expressa.

Art. 2º - Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz com atribuição junto aos CEAC's, a fim de permitir a realização de audiência de custódia.

Parágrafo único - Por decisão judicial, devidamente fundamentada, será dispensada a apresentação do preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que inviabilizem, podendo na avaliação discricionária do juiz responsável por presidir o ato processual que a audiência de custódia seja realizada pelo sistema de videoconferência.

Na data da publicação do primeiro ato normativo feito pelo TJ/RJ, a maior parte dos Estados que já haviam implantado as audiências de custódia haviam adotado expressamente o prazo de 24 horas, com exceção do Maranhão, que adotou prazo de 48 horas.

Na prática, desde a implementação em setembro 2015, até outubro de 2018, as audiências de custódia foram realizadas apenas nos dias da semana. Pela falta de realização de audiências de custódia nos finais de semana, por aproximadamente três anos houve violação do prazo estabelecido pelo CNJ já que aqueles custodiados que eram presos na sexta-feira, só teriam como ser apresentados ao juiz, no mínimo, na segunda-feira, ou seja, 72 horas após a sua apreensão.

Os custodiados que eram presos nos dias descobertos de audiência, tinham a apreciação da prisão em flagrante feita pelo juiz de plantão daquela competência territorial. Só então com o

⁷² De acordo com o art. 1º da Resolução 213/2015: “Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”.

retorno do funcionamento da central, na segunda-feira, era que aquele custodiado era finalmente apresentado pessoalmente a uma autoridade judicial que, em geral, homologava a decisão anterior.

A partir daí temos a divergência entre as teorias de defesa – que acreditam que a ausência ou extrapolação do prazo de apresentação em audiência seja suficiente para decretar nulidade – e o Superior Tribunal de Justiça que entende que, caso a audiência não se realize, mas a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, afasta-se então a possibilidade de decretação de nulidade da prisão.

Esta Corte tem entendimento reiterado segundo o qual, realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, como no presente caso, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia.⁷³

Sem audiências nos finais de semana, havia também um aumento expressivo do número de audiências na segunda-feira quando precisavam ser apresentados todos aqueles que foram presos em flagrante no Rio de Janeiro desde a sexta-feira anterior.

Sem dúvida, a expansão do funcionamento da CEAC-Benfica para os sábados, domingos e feriados representa um avanço – ainda que tardio – na apresentação rápida do preso em flagrante à Justiça. Além de dar cumprimento ao prazo estabelecido pelo CNJ, a apresentação diária de custodiados beneficia tanto o custodiado – que não precisa mais aguardar tantos dias até ser apresentado ao juiz – como também ao próprio Estado que ao diminuir esse tempo de custódia (entre a prisão em flagrante e apresentação), terá um número menor de pessoas sobre sua tutela, diminuindo assim o número de pessoas encarceradas.

3.4 Publicidade

Dentre todas as alterações decorrentes da transferência da Central de Custódia do TJ/RJ para a Cadeia Pública José Frederico Marques a que pôde ser notadamente percebida foi, sem dúvidas, o acesso às audiências. O local anterior era o prédio do Tribunal de Justiça que, antes de

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 104.319**. Relator: Laurita Vaz. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 22 jun. 2019.

qualquer coisa, é um local de exercício cívico, de livre acesso, no centro da cidade do Rio de Janeiro. Enquanto a Cadeia, bem longe disso, parece representar o ponto mais baixo dessa civilidade humana.

Em um primeiro momento, essa falta de acessibilidade se apresentou inclusive como um obstáculo para nós (pesquisadores) que, ainda acostumados com a dinâmica da Central de Custódia quando ainda sediada no prédio do TJ/RJ, nos deslocamos para Benfica na expectativa de permanecer assistindo às audiências. Foram algumas tentativas – sem sucesso – até que finalmente conseguimos finalmente reestabelecer o acesso às audiências através de uma parceria acertada com o Instituto de Direito de Defesa e Direitos Humanos (IDDD), uma organização não governamental que possui um termo de Cooperação Técnica assinado com o CNJ e o Ministério da Justiça, sendo responsável pelo monitoramento das audiências de custódia a fim de promover as medidas cautelares alternativas à prisão provisória, coletando dados sobre a aplicação das mesmas. Mesmo cumprindo as exigências do TJ/RJ e enviando um ofício detalhado com os dados de todos os alunos que fariam as observações, acessar o interior do presídio permaneceu sendo uma dificuldade para nós por algum tempo ainda. Por algumas vezes fiquei esperando no portão principal, aguardando que alguém liberasse minha entrada, ou então que encontrassem o já citado ofício⁷⁴ que havia sido enviado formalmente.

O acesso a CEAC não é dificultado apenas para alunos de graduação interessados em pesquisa, os próprios advogados não têm em Benfica a mesma facilidade que tinham enquanto a Central de Custódia era localizada no TJ/RJ. Muitos chegam a ficar longos períodos esperando na sala da OAB – uma pequena cabine localizada no lado de fora, sem ar condicionado, onde é disponibilizada a pauta – enquanto aguardam a confirmação de que seus clientes serão ou não apresentados naquele dia. Essa dificuldade de comunicação atrapalha consideravelmente o trabalho dos advogados, sobretudo por que a pauta dos custodiados que serão apresentados naquele dia vai sendo atualizada algumas vezes ao longo do dia, até que finalmente saia a definitiva.

⁷⁴ Os pesquisadores eram sempre orientados a carregar consigo uma cópia do ofício contendo os dados dos alunos-observadores relacionados a pesquisa do OBSAC/IDDD. Isso entretanto não era garantia de acesso facilitado.

Se por um lado a mudança da CEAC foi positiva em relação a economia de custos com relação a transporte de custodiados, combustível e escolta. Por outro, também impactou significativamente no aspecto da publicidade das audiências. Criou-se uma situação no mínimo curiosa pois apesar de, em regra, as audiências de custódia serem públicas, o presídio não é. Essa situação conflitante entre publicidade da audiência vs. restrições do presídio contraria um dos principais princípios que regem os atos da administração pública: a publicidade. Nos termos do art. 37 da CRFB da 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

3.5 Algemas

De acordo com a inteligência da Súmula n. 11 do Supremo Tribunal Federal, o uso de algemas só é lícito em casos excepcionais, e ainda assim, com a devida fundamentação. A Súmula prevê ainda a aplicação de penalidades pelo abuso nesta forma de constrangimento físico e moral do preso.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Nesse sentido ainda, precedentes representativos também oriundos do STF confirmam a natureza excepcional da utilização das algemas e estabelecem ainda que as hipóteses de utilização da mesma precisam ser fundamentadas a partir do caso concreto, ou seja, a autoridade judicial precisa ter indícios consistentes de que a não utilização delas colocará o preso, os policiais ou qualquer ator envolvido naquela audiência em risco.

O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a

ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.⁷⁵

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos — a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País — repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. *Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante.* O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.⁷⁶ (grifo nosso)

Apesar do entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a apresentação do custodiado algemado deva ser uma excepcionalidade, isso parece uma realidade distante das audiências na CEAC-Benfica. Mais do que dizer que exista uma violação dessa Súmula, é possível afirmar que existe uma absoluta inversão do entendimento dela: com algema é a regra, sem algema, a exceção.

Essa utilização das algemas é respaldada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça que vem firmando entendimento jurisprudencial no sentido de que a apresentação do custodiado com algemas não justifica por si só a nulidade da prisão. Para o STJ, apesar da regra ser a apresentação sem algemas, é perfeitamente possível que a circunstâncias do caso concreto justifiquem a apresentação do custodiado algemado. Conforme podemos observar a seguir:

Nos termos do que dispõe o Enunciado 11 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal – STF, o uso de algemas constitui medida que somente deve ser empregada em casos excepcionais, que devem ser justificados. No caso dos autos, não há falar em nulidade na prisão em flagrante, uma vez que, conforme se verifica dos autos, na audiência de custódia, a Magistrada justificou satisfatoriamente a necessidade do uso de algemas no momento da prisão em flagrante do recorrente, ressaltando que os policiais militares depararam-se com “situação extrema, com vítima fatal”. Ademais, é certo que, com a decretação da

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 89.429**. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em 22 mai. 2019.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.952**. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 22 mai. 2019.

preventiva, fica superada a alegação da existência de irregularidades no flagrante, tendo em vista a superveniência de novo título apto a justificar a segregação.⁷⁷

Até então nenhuma novidade, afinal, esse entendimento é o da própria Súmula Vinculante n. 11 que confere ao juiz essa possibilidade. O problema está nesse entendimento do que seria uma justificativa satisfatória, uma vez que nas audiências de custódia observadas pareciam genéricas e replicadas em larga escala.

Sobre a utilização de algemas e o controverso entendimento do que pode ser considerado uma justificativa satisfatória, um caso ocorrido na CEAC-Benfica chamou atenção da mídia nacional ao mostrar um homem sem mão foi algemado durante a audiência de custódia. O caso foi levado ao STF (RCL 34.822) pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sob alegação de ter ocorrido descumprimento da Súmula Vinculante n. 11. Entretanto, o Ministro Luis Edson Fachin negou a reclamação entendendo que ao justificar a necessidade das algemas “em virtude da situação recente de flagrância, dimensões da sala de audiências, bem como pela necessidade de preservação da integridade física dos presentes” já estaria presente a fundamentação mínima necessária.

Ao longo de quatro meses de observação, foi possível perceber que quase a totalidade dos custodiados apresentados permanecem algemados durante a audiência, mesmo quando consignado pela defesa o pedido de retirada delas. Submeter o custodiado ao uso de algemas durante a audiência gera uma estigmatização desnecessária, além de ir de encontro ao princípio de presunção de inocência, na medida em que estar-se-á algemando uma pessoa que pode nem vir a se tornar réu. Além disso, seguindo a linha de raciocínio do Min. Marco Aurélio, cabe refletir se a permanência do custodiado algemado não pode sugestionar também o próprio juiz ou representante do Ministério Público na medida em que, apesar de serem obviamente preparados e dotados de vasto conhecimento jurídico, continuam sendo seres humanos e, portanto, estão sujeitos ao impacto daquilo que enxergam, como qualquer outra pessoa. Com isso, uma audiência que pretende estabelecer um canal direto entre o custodiado e o juiz

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 91.748**. Relator: Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1720532&num_registro=201702944150&data=20180620&formato=PDF> Acesso em 16 jul 2019.

É possível afirmar que existe certa conformação por parte dos próprios atores envolvidos na audiência com relação a utilização de algemas pelos custodiados na medida em que a CEAC-Benfica foi instalada no pátio de um presídio, onde é mais naturalizada a imagem de pessoas algemadas. A princípio essa alteração de espaço pode não significar nada, afinal a própria Resolução TJ/OE/RJ n. 05 /2017⁷⁸ concedeu aos Tribunais essa possibilidade de instalação das centrais de custódia em locais do sistema carcerário, mas quem teve oportunidade de observar presencialmente essas audiências e sobretudo quem teve anteriormente a chance de observá-las quando ainda realizadas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, percebe como a mudança de um local conhecido por ser, público para um presídio tem capacidade de mudar o clima da audiência. Soma-se isso ao fato desses custodiados estar sendo apresentados com algemas, muitas vezes sujos e até descalços, como se já estivessem inseridos no sistema penitenciário, desde antes mesmo de ter sua prisão preventiva decretada, parece que já foram iniciados no processo de desumanização no cárcere.

A instalação da Central de Custódia dentro do próprio presídio parece interessante ponto positivo do ponto de vista econômico – afinal de contas isso representa economia com transporte, combustível e escolta de custodiados até o Tribunal de Justiça, localizado no Centro do Rio. No entanto, é preciso ter preocupação com a forma como a dinâmica da audiência de custódia é construída nesse novo ambiente, ou então teremos então a concretização do receio do Ministro Fux de que as audiências se tornem um ato que visa prioritariamente prender, em vez de soltar.

3.6 Transporte de retorno após a apresentação pessoal do custodiado

A CEAC-Benfica atende toda região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, por esse motivo, não raras vezes pude assistir à audiências com custodiados que haviam sido presos em flagrante em diversos municípios vizinhos. Esses custodiados são trazidos até o presídio, onde permanecem custodiados até o momento da apresentação.

⁷⁸ Art. 1º (...)

Parágrafo Único - O Presidente poderá instalar Centrais de Audiência de Custódia, em locais do Sistema Carcerário, onde haja ingresso de presos, que passarão a ser denominadas CEAC's.

Numa das audiências, pouco antes de ser conduzido pelo agente penitenciário para fora da sala, o custodiado perguntou ao juiz se podia fazer uma pergunta. O juiz assentiu. O custodiado, um jovem de 16 anos, que acabará de receber a liberdade provisória, queria saber como faria para voltar para Teresópolis, município do interior do Estado localizado a cerca de 96 km da capital. A defensora pública respondeu que provavelmente seus parentes estavam lá, mas que se não tivessem ele deveria apresentar o alvará de soltura para o motorista de ônibus que deveria deixá-lo entrar no veículo para retornar então a sua cidade.

Enquanto isso na sala, os atores da audiência começaram a conversar sobre o assunto, falando sobre como esse procedimento era feito anteriormente, em outras comarcas que haviam trabalhado. Até que um deles comentou que já tinha tomado ciência de pessoas que encontraram dificuldades de ter esse direito reconhecido. Acreditando que essa pessoa que acabará de ser libertada pelo sistema pudesse incorrer novamente na prática delituosa, alguns motoristas se recusam a permitir que essas pessoas entrem no veículo. Há ainda a justificativa de que supostamente esse direito de gratuidade de passagem conferido a pessoas que acabaram de receber um alvará de soltura concorre com o direito de gratuidade de passagem dado a idosos.

De acordo com a Lei Estadual 8032/18:

Art. 1º

Fica o Governo do Estado do Rio de Janeiro obrigado a fornecer transporte gratuito para o apenado que receba o alvará de soltura ou livramento condicional.

I – O transporte de que trata o caput deste artigo é válido para distâncias com alcance máximo de 300 (trezentos) km, da unidade prisional, que poderá ser feito em valor pecuniário.

II – O transporte será concedido uma única vez ao apenado que deixar o sistema prisional após o alvará de soltura ou livramento condicional.

Art. 2º

Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.⁷⁹

⁷⁹ RIO DE JANEIRO. Lei estadual n. 8032 de 29 de junho de 2018
<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fe7d379cac525094832582bf00695b7d?OpenDocument>> Acesso em 20/06/2019.

Conforme visto acima, existe de fato uma lei sobre o fornecimento de transporte gratuito para pessoas que acabaram de receber alvará de soltura, em vigor desde 29 de junho de 2018. O primeiro inciso dela indica que esse pagamento “poderá” ser feito em dinheiro, mas pelo o que foi possível observar, não é como está sendo praticado nas audiências realizadas na CEAC-Benfica. A prática de orientar o custodiado a apresentar o alvará de soltura para o motorista do ônibus, parece um caminho tomado diante da necessidade de enxugar as contas públicas, mas, por outro lado, há de se considerar também que esta medida coloca a pessoa, que já está numa situação vulnerável por acabar de sair do sistema prisional, numa situação ainda mais vexatória. Válido ressaltar ainda que, na maioria dos casos, estamos falando de pessoas que foram provisoriamente liberadas, mas continuarão prestando constas com a justiça e, além disso, não foram condenadas ainda. Muitas dessas pessoas que se veem obrigadas a apresentar o alvará de soltura para voltar pra casa, sujeitando-se aos mais diversos tipos de retaliações e preconceitos, são pessoas que, futuramente, com o decorrer do processo, podem ser consideradas inocentes e absolvidas pela justiça. Ou seja, passaram por aquele constrangimento sem se quer terem cometido algum delito.

CONCLUSÃO

Repensar o modo como encaramos o encarceramento de pessoas é, definitivamente, algo que precisa ser revisado por nós enquanto sociedade. Sarmiento defende que as prisões brasileiras “são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos”⁸⁰. Corroborando o entendimento de que o sistema penitenciário brasileiro merece ser urgentemente revisado e debatido de forma honesta, sem preconceitos e senso comum.

Sendo a presunção de inocência, a jurisdicionalidade, o contraditório, a provisionalidade, a provisoriedade, a excepcionalidade e a proporcionalidade os mais relevantes princípios norteadores da aplicação de medidas cautelares. Com isso, se esses princípios fossem devidamente aplicados configurariam as prisões provisórias como verdadeiras medidas cautelares.

Com relação a falta de legislação ordinária para as audiências de custódia, entende-se que, apesar de não ter sido ainda regulamentada internamente, isso seria positivo considerando que o nosso país não tem ainda a cultura de respeitar tratados internacionais, considerando-os somente meras orientações. A regulamentação ainda seria interessante pela possibilidade de esclarecer pontos vagos nos tratados internacionais. Neste sentido, entende-se que a ausência de regulamentação interna não pode ser usada como argumento para deslegitimar a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, visto que, o Estado brasileiro espontaneamente optou por ratificar e incorporar esses tratados.

Ao relacionar as observações feitas na CEAC-Benfica com os dispositivos legais embasadores da audiência, observou-se, entre outras coisas, que as relações entre os atores da audiência de custódia – Juiz, Ministério Público e Defesa Técnica – eram harmônicas e isto ficava ainda mais acentuado entre os juízes e promotores de justiça. A própria organização da sala de audiência parece incentivar isso ao colocar esses dois atores lado a lado, em patamar superior aos

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade:** As masmorras medievais e o Supremo. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>. Acesso em 10 de jun. de 2019.

demais. Inicialmente, essa proximidade percebida pelas observações na CEAC-Benfica e que atualmente está sendo verificada pelo IDDD através da análise quantitativa dos dados, denota a violação ao princípio da imparcialidade do juiz.

Apesar da Súmula Vinculante n. 11 do STF determinar que a utilização de algemas deva ser uma excepcionalidade, observou-se que esse entendimento é claramente invertido nas audiências de custódia. Em todas as audiências observadas por mim, sem exceção, os custodiados foram apresentados algemados.

As audiências de custódia precisam ser realizadas respeitando o prazo de apresentação de 24h definido pela Resolução 213/2015 do CNJ assim como também devem primar pela apresentação pessoal do custodiado. Além disso, importante também garantir a publicidade dessa audiência, já fragilizada com a retirada da central de custódia do TJ/RJ – um prédio público, de livre acesso e localizado na parte central da cidade – para o interior de uma unidade prisional, em Benfica, uma região com acessos reduzidos em relação ao endereço anterior. Compreende-se, obviamente, que a CEAC-Benfica está situada num espaço prisional. No entanto, se a nova localização dificulta a pesquisa acadêmica e a publicidade (que é uma característica essencial aos atos públicos) é preciso que algo seja feito para que as audiências de custódia sejam realizadas aliando o respeito à dignidade do custodiado e à publicidade dos atos processuais.

A audiência de custódia é potencialmente capaz de se estabelecer como um ato judicial essencial para resguardar direitos fundamentais das pessoas que têm sua liberdade, ao menos momentaneamente, cerceada pelo Estado. Entretanto, para que isso se torne realidade é preciso que a implementação dela seja pautada pelos mesmos valores contidos nos dispositivos legais que a fundamentam, ou seja, é preciso verificar se durante o percurso entre o papel e a aplicação prática deste instituto não serão desvirtuados os valores que permeiam essa garantia.

Para que a audiência de custódia se consolide como ato capaz de realizar o controle imediato da prisão e de verificar eventuais relatos de violência e tortura policial, bem como de frear o crescimento do número de pessoas encarceradas no país, é preciso zelar para não se esvaziar o

instituto. Pois, inegavelmente, a audiência de custódia representa um considerável avanço rumo à humanização do processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. **Projeto de lei do Senado nº 554, de 2011.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5.240/SP.** Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em 23 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>>. Acesso em 23 abr. 2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5240.** Relator Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563579&ext=.pdf>>. Acesso em mar. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 89.429.** Relator: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em 22 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.952.** Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 22 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal Federal. **HC 104.319.** Relator: Laurita Vaz. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 22 jun. 2019.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termo de Cooperação Técnica 007/2015.** Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>>. Acesso em 10 de jun. 2018.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termo de Cooperação Técnica 16/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/b16d31d90cc505b6f0c17b951e6c7f06.pdf>>. Acesso em 09 de jun. 2019.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tribunais têm 60 dias para regularizar audiências de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87448-tribunais-tem-60-dias-para-regularizar-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. **Resolução n. 213, de 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 23 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 91.748**. Relator: Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1720532&num_registro=201702944150&data=20180620&formato=PDF> Acesso em 16 jul. 2019.

COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de San Jose da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 39º ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011, p. 218.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo. 2002. P. 441.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Martins Fontes. 1991. P. 34.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: A abordam conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria el foro, 1994, p.36.

PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable en El Proceso Del Estado de Derecho: una investigacion acerca del problema de la excesiva duración del processo penal y sus posibles soluciones**, cit., p. 131.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. **Audiência de Custódia: Dignidade Humana, Controle de Convencionalidade, Prisão Cautelar e Outras Alternativas (Lei 12.403/2011)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. p. 15.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Rio de Janeiro, 2014. Tese (doutorado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

IDDD – INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de Custódia: Panorama Nacional**. São Paulo, 2017, p. 6.

_____. **Propostas para Reduzir a Superlotação e Melhorar o Sistema Penitenciário**. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

JUSTIÇA GLOBAL E MECANISMO DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. **Quando a liberdade é exceção: a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2016.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 10 de mai. 2019.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>>. Acesso em 22 mai. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em 22 mai. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os mitos da audiência de custódia**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em 22 mai. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Resolução TJ/OE/RJ nº 29/2015**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/atosoficiais/resolucaotjoe/resolucaotjoe-29-2015-TEXTOCOMPILADO.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2019.

_____. **TJ/OE/RJ n. 05/2017**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=202658&integra=1>. Acesso em 22 mai. 2019.

ASSOCIAÇÃO DOS JUIZES FEDERAIS DO BRASIL. **Nota Técnica nº 03/2019**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190527-05.pdf>> Acesso em 22 mai. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASI, Carlo Velmo. **A Audiência de Custódia frente a cultura do encarceramento**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 960, p. 94, out 2015.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 10/06/2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, PSL, n. 554 de 2011**. 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 vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>> Acesso em: 10/06/18.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei, n. 882 de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019> Acesso em: 15/06/19.

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no Projeto de Lei do Senado 554/2011. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 137, p. 226, 2017.

PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> Acesso em: 12 de jun de 2019.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade: As masmorras medievais e o Supremo**. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>. Acesso em 10 de jun. de 2019.

RIO DE JANEIRO. **Lei estadual n. 8032 de 29 de junho de 2018**.

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fe7d379cac525094832582bf00695b7d?OpenDocument>> Acesso em 20/06/2019.