

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUÍS GUILHERME FERRANTE VIEIRA SCHERMA REIS

**As audiências de custódia e sua implementação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio
de Janeiro: a liberdade como regra?**

Rio de Janeiro, novembro/2016

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUÍS GUILHERME FERRANTE VIEIRA SCHERMA REIS

As audiências de custódia e sua implementação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: a liberdade como regra?

Trabalho de Conclusão de Curso,
sob a orientação do professor
Thiago Bottino do Amaral
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Rio de Janeiro, novembro/2016

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

As audiências de custódia e sua implementação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: a liberdade como regra?

LUÍS GUILHERME FERRANTE VIEIRA SCHERMA REIS

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1:

Examinador 2:

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, _____ de _____ de 2016.

TERMO DE COMPROMISSO DE ORIGINALIDADE

Eu, LUÍS GUILHERME FERRANTE VIEIRA SCHERMA REIS, estudante, portador do RG nº 26.527.367-2 DETRAN/RJ, na qualidade de aluno da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto, PLÁGIO, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O Professor responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o documento em anexo para apreciação da Fundação Getúlio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data: ____ de _____ de 2016.

LUÍS GUILHERME FERRANTE VIEIRA SCHERMA REIS

*“Se o homem falhar em conciliar a justiça e a
liberdade, então falha em tudo.”*

Albert Camus

RESUMO

REIS, L. G. F. V. S. *As audiências de custódia e sua implementação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: a liberdade como regra?* 75f. Monografia (Graduação em Direito) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

O trabalho tem como escopo analisar o surgimento das audiências de custódia no Brasil e, em especial, os resultados de sua implementação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Para melhor compreensão do tema, a monografia se inicia com a definição do conceito e da natureza jurídica das audiências no processo penal brasileiro. Em seguida, parte-se para o estudo da institucionalização das audiências de custódia no Brasil, desde sua previsão em tratados internacionais que integram o ordenamento jurídico brasileiro, a sua regulamentação pelo Poder Judiciário e a tentativa de sua normatização pela via legislativa. Ainda, são apresentadas críticas formuladas pelas doutrinas às audiências. Ao final, é examinada a experiência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com as audiências de custódia, comparando os resultados das audiências com os objetivos que o instituto se propõe a alcançar.

Palavras-Chave: Direito processual penal. Audiências de custódia.

ABSTRACT

REIS, L. G. F. V. S. *As audiências de custódia e sua implementação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: a liberdade como regra?* 75f. Monografia (Graduação em Direito) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

The objective of the present work is to analyze the emergence of the *audiências de custódia* (preliminary hearings) in Brazil and, in particular, the results of its implementation in the Rio de Janeiro State Court of Justice. To the better comprehension of the theme, the paper begins with the definition of the concept and the juridical nature of the hearings in the Brazilian criminal procedure system. Then, follows the study of the institutionalization of the preliminary hearings in Brazil, since its prediction in international treaties which are part of the Brazilian law system, to its regulation by the Judiciary and the attempt of its normalization by federal legislators. Moreover, some critics of the hearings made by Brazilian jurists are presented. Lastly, the experience of the Rio de Janeiro State Court of Justice with the preliminary hearings is examined, comparing the results of the hearings with the objectives the institute is supposed to achieve.

Keywords: Brazilian criminal procedure. Preliminary hearings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1. LEGISLAÇÃO

CR – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CP – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal Brasileiro

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

PLS – Projeto de Lei do Senado Federal

2. TRIBUNAIS E ÓRGÃOS ESTATAIS

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

DPERJ – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	13
2.1. Conceito e natureza jurídica	13
2.2. O objeto principal das audiências: as prisões em flagrante	20
2.3. A institucionalização da audiência de custódia no Brasil	25
2.3.1. A previsão das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro	25
2.3.2. A adesão dos tribunais brasileiros às audiências e a Resolução nº 213/2015 do CNJ	32
2.3.3. O Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal	39
2.4. Críticas às audiências	45
3. A EXPERIÊNCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	51
3.1. A implementação das audiências de custódia no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	51
3.2. A pesquisa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	53
3.3. Dados coletados	56
3.4. Resultados da pesquisa	61
4. CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

1. INTRODUÇÃO

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, revelou, em seu “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – 2014”, que o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo¹, com 607.731 presos. Desse universo, salta aos olhos a quantidade de encarcerados sem condenação definitiva: 250.213 pessoas, ou seja, 41% (quarenta e um por cento) do total.

Dentre as prisões provisórias, responsáveis por essa expressiva parcela, os flagrantes possuem uma particularidade sob a ótica das garantias individuais: prescindirem de uma ordem prévia, escrita e fundamentada, emanada por autoridade judicial competente. Tendo tal prisão como finalidades impedir a consumação ou perpetuação de um crime, a evasão de seu autor e a perda da prova necessária à ação penal, admite-se que qualquer cidadão possa e toda autoridade pública deva prender aquele encontrado em flagrante delito.

Justamente por não necessitar de uma decisão judicial para sua ocorrência, o CPP requer que a detenção seja imediatamente comunicada a um magistrado e que os autos de prisão em flagrante sejam enviados num prazo de até 24 (vinte e quatro) horas para o Poder Judiciário, a fim de que sua legalidade e sua necessidade sejam apreciadas. Nessa análise da prisão em flagrante, o juiz pode decidir pelo seu relaxamento, se for ilegal, ou pela sua homologação, deliberando, em seguida, sobre a conversão do flagrante em custódia preventiva (caso haja requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial) ou sobre a sujeição do detido ao regime de liberdade provisória, com eventual aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

Contudo, este modelo de apreciação jurisdicional se pautava na simples leitura dos autos do flagrante elaborados pela autoridade policial, sem que o preso tivesse contato com o magistrado e pudesse, assim, minimamente se defender. Dado o grande número de ações penais em trâmite nas varas criminais, os flagrantes se somavam aos processos já conclusos para serem decididos. Por conseguinte, eram comuns os casos de presos em flagrante que ficaram encarcerados por longos períodos de tempo até que tivessem suas custódias relaxadas

¹ Atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia. In: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

(em se tratando de prisões ilegais ou abusivas) ou revogadas, com a concessão de liberdade provisória.

Portanto, diante do cenário de hiperencarceramento no Brasil e com a finalidade de agilizar o primeiro contato entre o preso e o Poder Judiciário, tornando mais célere a apreciação das prisões em flagrante, o Conselho Nacional de Justiça criou o projeto-piloto das audiências de custódia no Brasil, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em janeiro de 2015.

As audiências consistem na obrigatoriedade do comparecimento pessoal do preso perante um magistrado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a comunicação de sua detenção, com presença de seu advogado ou de um defensor público, para que o juiz decida, após oitiva do preso e manifestação do Ministério Público e da defesa, sobre a manutenção de sua prisão.

Cuida-se, desse modo, de um instrumento destinado a assegurar a efetividade dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da imediata comunicação da prisão à Justiça e da excepcionalidade da prisão cautelar (ou da liberdade como regra processual penal) e também das disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos – que previam o direito de comparecimento do preso perante autoridade judicial sem demora após sua prisão nos artigos 9.3 e 7.5, respectivamente –, dos quais o Brasil é signatário. Justifica-se, assim, a importância das audiências como um mecanismo capaz de conferir eficácia às garantias do processo penal brasileiro e adequá-lo ao sistema internacional de direitos humanos.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é avaliar empiricamente a introdução das audiências de custódia no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a partir dos dados coletados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro desde o início de sua realização, em setembro de 2015. Serão apresentados os resultados do primeiro ano da experiência fluminense com as audiências, analisando a sua eficácia em face dos objetivos que sua implementação visa a alcançar.

A pergunta orientadora do trabalho é “Nas audiências de custódia do TJRJ, a concessão da liberdade provisória foi a regra para os presos em flagrante?”. A hipótese é de que sim, durante as audiências de custódia, mais presos terão sido colocados em liberdade provisória do que terão suas prisões mantidas.

Para tanto, será preciso, inicialmente, conceituar as audiências de custódia, tentando definir sua natureza jurídica (Capítulo 2.1) e seu objeto (Capítulo 2.2). Em seguida, será

abordado o histórico das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua previsão em tratados internacionais, à sua implementação por iniciativa do CNJ, com respaldo das decisões do STF que confirmaram sua constitucionalidade, e à sua possível normatização no Brasil por meio do Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal (Capítulo 2.3). Serão expostas, ainda, algumas críticas formuladas pela doutrina às audiências (Capítulo 2.4).

A partir deste referencial teórico, o estudo dedicar-se-á ao seu principal objetivo, a realidade das audiências de custódia no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Capítulo 3) Por fim, as conclusões do trabalho serão apresentadas (Capítulo 4).

2. AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

2.1. Conceito e natureza jurídica

No processo penal brasileiro, a audiência de custódia consiste na obrigatoriedade de comparecimento pessoal do preso, acompanhado do seu advogado ou de um defensor público, perante o juiz competente num prazo de 24 (vinte e quatro) horas contadas a partir da comunicação de sua prisão ao Poder Judiciário. Nessa oportunidade, após parecer do Ministério Público e oitiva da defesa técnica e do preso, o juiz decide pela manutenção da custódia ou por sua revogação, seja por considerar que se trata de prisão ilegal ou de hipótese de concessão de liberdade provisória ao preso, com ou sem a imposição de medidas cautelares alternativas.

É importante registrar, desde já, que as audiências de custódia não se restringem às prisões em flagrante. As previsões contidas em tratados internacionais sobre o tema são mais amplas, assegurando o direito de ser ouvido em juízo a todos aqueles cuja liberdade de locomoção esteja sendo, de qualquer forma, restrita.

Logo, como assinala a doutrina, o direito internacional garantiria as audiências de custódia também para a prisão para cumprimento de pena definitiva, as prisões preventiva e temporária, a prisão civil por dívida de alimentos, a apreensão de adolescente pela suposta prática de ato infracional análogo a crime e as prisões militares¹. Tanto é assim que o CNJ, por meio de sua Resolução nº 213/2015, assegurou a audiência também aos presos “*em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva*” (art. 13).

Não obstante, tentar solucionar alguns dos problemas dos flagrantes era o principal objetivo dos entusiastas brasileiros das audiências com sua implementação, o que resultou na

¹ Nesse exato sentido, Aury Lopes Jr.: “*Mais um detalhe: a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva*”. In: **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 637-638.

E ainda Gustavo Badaró: “*Assim, por exemplo, qualquer forma de prisão no processo penal deve observar a regra do art. 7.5: prisão cautelar ou prisão como cumprimento de pena privativa de liberdade. Entre as prisões cautelares, tanto a prisão em flagrante delitos, quanto a prisão preventiva ou temporária. Mas o direito também se aplica, por exemplo, à prisão civil por dívida alimentar, ou a apreensão do adolescente, no regime do ECA*”. In: **Processo penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1050-1051 e 1058.

Caio Paiva aponta também para o cabimento das audiências em prisões no âmbito da Justiça Militar, em prisões decorrente de situação migratória e em prisões para extradição. In: PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 100-104.

escolha político-criminal de alguns dos tribunais que as implementaram de restringi-las às prisões em flagrante delito², incluindo o TJRJ, que, por ser o objeto deste estudo, justifica uma especial atenção a esta modalidade de prisão no tópico 2.2.

Quanto à nomenclatura das audiências, cabe uma observação. O Ministro Luiz Fux optou por utilizar o termo “audiência de apresentação” quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que confirmou a compatibilidade do instituto com a CR, por considerar que a liberdade é a regra, enquanto a custódia (prisão) é exceção, em nosso ordenamento jurídico³. Gustavo Henrique Badaró lembra, por outro lado, que a designação mais difundida das audiências revela um significado menos comum da palavra custódia, o de “*proteção*” ou “*guarda*”⁴. Desta forma, as audiências seriam um espaço para a preservação da liberdade e demais direitos do preso.

Essa terminologia se mostra coerente (e, por isso, será utilizada ao longo deste texto), já que as audiências de custódia possuem natureza jurídica de direito fundamental do preso, segundo posição firmada pelo STF no julgamento da ADI nº 5.240⁵. Representariam as audiências, ainda, a concretização do procedimento do *habeas corpus*, por possibilitarem a apresentação do corpo do preso a um juiz.

Constituindo uma garantia fundamental, caso a audiência não se realize após a prisão em flagrante, isto é, sem a condução do preso à presença de um magistrado no prazo determinado, a custódia torna-se ilegal, motivo pelo qual deveria ser imediatamente relaxada⁶, com fulcro no art. 5º, LXV, CR⁷. Desta forma, a ocorrência da audiência é “*etapa procedimental essencial para a legalidade da prisão*”⁸, que se soma às demais formalidades do flagrante previstas nos arts. 304 a 310 do CPP e que serão abordadas no tópico seguinte (2.2).

² ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48-51.

³ Em seu voto na referida ADI, manifestou-se o Min. Luiz Fux: “*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.*” (STF, ADI nº 5.240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 20 ago. 2015)

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1049.

⁵ O magistrado fluminense André Luiz Nicollit partilha do mesmo entendimento. In: NICOLLIT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 770.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1058; NICOLLIT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 780-781.

⁷ CR, art. 5º, LXV: “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*”.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1058.

Logo, o mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o magistrado no prazo legal (art. 306, §1º, CPP) não supre a necessidade da audiência, devendo o auto, na realidade, subsidiar o magistrado com informações sobre o caso na ocasião de sua oitiva pessoal do detido.

Nicollit possui interpretação diversa, no sentido de que a audiência de custódia precisa ocorrer somente quando o juiz, ao receber a comunicação do flagrante, não relaxar ou conceder liberdade provisória imediatamente ao preso, decretando sua prisão preventiva⁹. Dessa maneira, não seriam necessárias audiências quando o magistrado revertere os flagrantes com a mera leitura dos autos da prisão.

Esse entendimento, contudo, não parece se coadunar com realidade brasileira após a entrada em vigor do sistema de audiências de custódia. Nesta nova dinâmica, não há dois momentos de apreciação judicial do auto de prisão em flagrante, mas somente um, o da própria audiência, na qual o auto físico lavrado pela autoridade policial acompanha o detido e faz parte do convencimento do juiz, em conjunto com manifestações do Ministério Público e da defesa e à oitiva do preso.

Embora o CPP estabeleça, como se verá adiante, o prazo idêntico de 24 (vinte e quatro) horas para encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário, de forma a garantir uma rápida prestação jurisdicional, a realidade de muitas comarcas brasileiras era de muita demora para apreciação dos flagrantes pelos magistrados¹⁰. Não raros eram exemplos de autos de flagrante decididos meses após a detenção do preso, quando, apesar da

⁹ NICOLLIT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 773.

¹⁰ Daniel Nicory do Prado aponta esse problema nos seguintes termos: “o Código de Processo Penal fixa em 24 horas o prazo de comunicação da prisão em flagrante pela autoridade policial ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Embora o CPP determine que o juiz deve, “ao receber o auto”, decidir fundamentadamente sobre a prisão ou liberdade do flagrado, denotando brevidade, não estabelece, para tal ato, um prazo máximo”. PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 23, nº. 276, nov., 2015.

Neste sentido, destaca Guilherme Madeira Dezem que o CPP não fixa prazo específico para que o magistrado aprecie o auto de prisão em flagrante. “Ao receber o flagrante o juiz poderá, a teor do art. 310 do CPP: a) relaxar a prisão em flagrante; b) conceder liberdade provisória ou outra cautelar diversa da prisão ou c) decretar a prisão preventiva. É importante notar que a lei não fixa prazo para que o juiz tome estas decisões. A rigor, seria caso de seguir o disposto no art. 800 do CPP, que fixa o prazo de 5 dias para o magistrado proferir este tipo de decisão. No entanto, a observância deste prazo pode ser dar de forma aleatória. Daí porque entendemos que o prazo adequado a ser observado pelo magistrado é o prazo de 48 horas. Isto porque este foi o prazo fixado no art. 322 do CPP para que o juiz analise a concessão da fiança negada pela autoridade policial. Uma vez que as medidas tomadas no art. 310 são, salvo o relaxamento, medidas cautelares, a analogia deve ser feita com o art. 322 do CPP”. DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 745.

superveniente revogação da custódia, o prejuízo à sua liberdade de ir e vir já estava consumado¹¹.

Do mesmo modo, prisões evidentemente ilegais, por erros¹² ou abusos¹³ policiais, ou manifestamente desnecessárias, como aquelas nos quais o preso fica mais tempo preso provisoriamente do que a condenação definitiva pelo crime imputado contra si permite¹⁴, se postergavam no tempo, até a prolação da ordem judicial de seu relaxamento ou revogação. Há, dessarte, uma ampliação da celeridade na supervisão jurisdicional dos flagrantes, visto que, com a garantia de que os presos compareçam em juízo dentro de 24 horas após a comunicação de sua prisão, será na própria audiência que o flagrante será resolvido pelo magistrado.

Outra novidade trazida pelas audiências é o comparecimento pessoal do preso perante o juiz, que pode, então, após devida orientação de seu advogado ou defensor público, contrarrazoar os fundamentos de sua detenção e o eventual requerimento de prisão cautelar formulado pelo Ministério Público, assegurando seus direitos à assistência de um advogado, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LXIII e LV, respectivamente, CR¹⁵). Como a defesa se manifesta nas audiências após o requerimento formulado pelo *parquet*, respeita-se a ordem

¹¹ Por todos os inúmeros casos brasileiros, cite-se: LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Inocente preso 13 anos sem sentença é retrato da falência do Estado**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/limite-penal-inocente-presos-13-sentenca-retrato-falencia-estado>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

¹² Caso paradigmático de prisão manifestamente ilegal por erro policial foi trazido pelo Juiz de Direito José Henrique Rodrigues Torres, titular da 1ª Vara do Júri de Campinas/SP, que realizava audiências de custódia antes de sua implementação pelo CNJ por direta aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Narra ele que “*Um homem foi preso e, ao ser realizada a audiência de custódia, foi possível verificar que ele e o réu tinham o mesmo nome. O homem preso por equívoco foi colocado em liberdade imediatamente; se a audiência de custódia não tivesse sido realizada, esse homem teria ficado preso injustamente por muito tempo*”. TORRES, José Henrique Rodrigues. *Com a palavra o juiz*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 4, ed. 7, 2014. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/11/boletim_07jurisprudc3aancia_rjc_0511_web.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹³ Em editorial, o IBCCrim comparou prisões de manifestantes em São Paulo em 2013 e 2016. Os manifestantes presos durante as Jornadas de Junho de 2013 necessitavam aguardar, frequentemente, a concessão de sua liberdade pela via do *habeas corpus*. Em 2016, nos processos contra o impeachment da Presidenta Dilma Rousseff, após prisões arbitrárias realizadas pela Polícia Militar paulista, os manifestantes foram imediatamente colocados em liberdade por decisão proferida numa audiência de custódia. Vide: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. “*Esse tempo, felizmente, já passou*?”. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 21, nº. 287, out., 2016, p. 1.

¹⁴ Sobre a desnecessidade de prisões preventivas em face da pena cominada ao crime, indica-se a pesquisa de Fabiana Costa Oliveira Barreto. BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

¹⁵ CR, art. 5º, 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*”; LV: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

geral de manifestação no processo penal, na qual o órgão acusador formula o pedido, a defesa o contrapõe e, só então, o juiz decide.

No modelo anterior, a maioria dos presos, que é atendida pela Defensoria Pública, só passava a dispor da defesa técnica realizada pela instituição a partir de sua citação para apresentar a resposta à acusação, ou seja, no início da ação penal¹⁶. No procedimento tradicional de controle jurisdicional das prisões em flagrante, ainda, o primeiro contato pessoal entre juiz e preso costumava ocorrer somente na audiência de instrução e julgamento da ação penal, cuja designação, dependendo da vara criminal, poderia se dar para meses após a data da detenção¹⁷. É de se ressaltar, inclusive, que o interrogatório do acusado é o último ato probatório de uma ação penal¹⁸.

Algumas juristas veem, por isto, a audiência como uma oportunidade de humanização do processo penal brasileiro, com o contato direto entre o preso jurisdicionado e aquele que irá julgá-lo, substituindo a chamada “fronteira do papel”¹⁹, que representaria a mera leitura dos autos físicos da prisão. Em outras palavras, “*se o preso for levado à presença desse magistrado para que possa ser entrevistado, propiciando uma prestação jurisdicional real,*

¹⁶ É o resultado trazido por Márcia Adriana Fernandes, a partir de pesquisa sobre a assistência jurídica a presos provisórios na cidade do Rio de Janeiro, realizada entre 2010 e 2011. “*No plano formal, em 24h a Defensoria Pública é comunicada da prisão em flagrante. Assim, se o acusado não constituiu advogado particular, em tese, já estaria contando com a assistência da defensoria pública. Importante mencionar que 69,4% dos casos acompanhados pelo projeto foram assistidos pela Defensoria Pública. Entretanto, a efetividade do atendimento só se dá após a citação (que ocorre, no mínimo, 20 dias após a distribuição do Auto de Prisão em Flagrante)*”. FERNANDES, Márcia Adriana. *Uso indevido da prisão provisória: a cultura punitiva em números*. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 20, nº. 239, out., 2012.

¹⁷ Apesar do art. 400 do CPP estabelecer que a audiência de instrução e julgamento deve ocorrer em até 60 (sessenta) dias após a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa, trata-se de prazo impróprio, amplamente descumprido. É o que aponta Maria Laura Canineu: “*Muitas vezes, os detentos passam meses sem ver um juiz. Por exemplo, no estado de São Paulo (que abriga 37% da população carcerária total do Brasil), a maioria dos detentos não comparece perante um juiz antes de pelo menos três meses após a detenção*”. CANINEU, Maria Laura. *O direito à ‘audiência de custódia’ de acordo com o direito internacional*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: < <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf> >. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁸ “*Ou seja, absurdamente, o juiz não tem contato com o cidadão preso e, se decretar a prisão preventiva, somente irá ouvi-lo no interrogatório muitos meses (às vezes anos) depois, pois agora o interrogatório é o último ato do procedimento*”. LOPES JR., Aury. *Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz: uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: < <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf> >. Acesso em: 10 out. 2016. E ainda: “*Ao lado dessas, outras deficiências devem ser lembradas, como o tempo extremamente longo que costuma transcorrer para o preso ser levado à presença de um juiz, algo que somente ocorre no momento do interrogatório, último ato da instrução*”. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *O esforço de Sísifo e a audiência de custódia*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 21, nº. 252, nov., 2013, p. 1.

¹⁹ LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. In: **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, ano 6, nº. 17, set./dez., 2014, p. 16.

transparente e eficaz. E não meramente formalística”²⁰. Nesse diapasão, o preso é também informado da função da audiência de custódia, de seus direitos e, diretamente, do provimento judicial sobre sua liberdade e dos fundamentos dessa decisão.

Ainda, por contarem com a presença física do preso, as audiências têm como uma de suas finalidades facilitar a apuração da prática de tortura ou de violência policial²¹, problema ainda presente no sistema penal brasileiro. Caso o preso relate em sua oitiva ou a ocorrência de maus-tratos seja perceptível, o magistrado deve determinar imediatamente a investigação de abusos praticados pelas autoridades policiais, requisitando que seja ele submetido a exame de corpo de delito e encaminhando-o à assistência médica²², em respeito ao art. 5º, XLIX, CR²³. Nessa toada, o defensor público Carlos Weis assevera que a condução do preso perante as autoridades judiciais “*aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência*”²⁴.

O juízo formulado ao término da audiência diz respeito somente quanto à legalidade e necessidade da prisão, não importando em antecipação do mérito da ação penal. Como leciona Badaró

o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bifronte: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado,

²⁰ LEONARDO, Hugo. *O castigo no limite do aceitável*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013, p. 7-8. Disponível em: < <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf> >. Acesso em: 10 out. 2016.

Em clave semelhante: “*A fiscalização da legalidade do ato de aprisionamento e tudo que o circunda, de há muito já se sabe, não se basta com a fria afirmativa de que o “flagrante está formalmente em ordem”, sobretudo após exarada após a leitura de um monte de papéis, no mais das vezes, meticulosamente formalizados exatamente para acobertar abusos cometidos na ação policial. Sabem todos que o papel e o contato pessoal com o cidadão não são fungíveis entre si. Um conjunto de peças processuais nunca foi e nunca será tão eficaz quanto uma audiência presencial entre juiz e jurisdicionado, particularmente em matéria de prisão*”. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 23, nº. 268, mar., 2015, p. 1.

²¹ LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência...*, p. 15.

²² A importância das audiências de custódia no combate à tortura a presos pode ser sintetizado em exemplo descrito por Vanessa de Castro Rosa. “*Em 2015, no Ceará, uma transexual foi levada à audiência de custódia, ocasião em que, com marcas de espancamento, chorando e vomitando, ela relatou que não queria voltar à prisão, e, se isso acontecesse, ela se mataria. Isso porque passou 20 dias presa na Penitenciária masculina de Caucaia, sendo espancada e estuprada por quatro detentos. Durante a audiência de custódia, um dos presos disse ao juiz que ouviu os gritos da transexual durante a noite pedindo socorro. O caso ainda está sendo apurado*”. ROSA, Vanessa de Castro. *Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 280, mar., 2016.

²³ CR, art. 5º, XLIX: “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”.

²⁴ WEIS, Carlos. *Trazendo a realidade para o mundo do direito*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão, ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar²⁵

Logo, esclarece Cláudio do Prado Amaral que o réu não será interrogado, mas somente entrevistado sobre as circunstâncias de sua prisão.

Não se trata de um “interrogatório”, mas, sim, de uma “entrevista”. Por isso, o julgador não deve fazer perguntas ao preso sobre ter ele cometido ou não o fato. E se o fizer MP e defesa deverão protestar. Não se busca saber quem foi o autor do fato, mas, sim, de que modo foi feita a prisão do suposto autor. É vedado indagar: “o sr. praticou o crime?”. Em lugar disso, deve-se perguntar: “como, onde e quando o sr. foi preso?”²⁶

Como não se trata de interrogatório, o depoimento prestado pelo preso também não poderá ser utilizado em seu prejuízo quanto à imputação que pesa contra si, em respeito ao princípio da vedação à autoincriminação, insculpido no art. 5º, LXIII, CR²⁷. O CNJ impede a juntada do termo da audiência aos autos da ação penal (art. 8º, §2º, Resolução 213/2015). O interrogatório do réu permanece, portanto, sendo o último ato probatório de uma ação penal, permitindo a ele que se manifeste sobre cada item da acusação que pende contra si e cada prova produzida no curso do processo.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1056.

²⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. *Da audiência de custódia em São Paulo*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: ano 23, nº. 269, abr., 2015, p. 4-6.

Pedro Abromovay critica a definição arbitrária do que seria a incursão no mérito da causa, o que tem sido utilizado, segundo ele, nas audiências de custódia como empecilho à defesa dos réus, mas não tem impedido juízes e promotores de utilizarem aspectos atinentes ao mérito do feito para optarem pela decretação de sua prisão preventiva. “(...) os juízes se utilizam da ideia de que não se julga o mérito nas audiências de custódia de maneira bastante arbitrária. As audiências de custódia, de fato, não são audiências finais, nas quais se profere uma sentença de condenação ou não do réu. Mas é claro que o mérito é relevante. Isso aparece em muitos momentos na justificativas dos juízes para manter os réus presos. Mas cada vez que a defesa tenta levantar uma questão de mérito os juízes não admitem escutá-los”. ABRAMOVAY, Pedro. **Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia**, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

²⁷ “(...) em resumo, a oitiva do preso realizada em audiência de custódia não pode ser utilizada como prova para eventual condenação, caracterizando-se uma regra de exclusão probatória, pois: 1) isso desvirtuaria a finalidade da audiência de custódia, causando uma completa inversão em sua essência; 2) haveria violação ao contraditório e ao direito de defesa, pois se inverteria a ordem dos atos acusatórios e defensivos, já que o imputado se manifestaria antes do estabelecimento da denúncia e da delimitação da imputação; 3) isso violaria a sistemática adotada pela reforma de 2008, que deslocou adequadamente o interrogatório para o final do procedimento, em prol do contraditório e da ampla defesa; e, 4) possibilitar-se-iam indevidos espaços para manifestações de arbitrariedades e ilegítimas negociações, visando à obtenção de condenações antecipadas por meio de barganhas, incompatíveis com o processo penal de um Estado Democrático de Direito.”. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 283, jun., 2016.

2.2. O objeto principal das audiências: as prisões em flagrante

Como mencionado, a previsão da Resolução nº 213 do CNJ não restringe o direito à realização das audiências de custódia aos presos em flagrante. Contudo, alguns tribunais limitaram as audiências, em seus provimentos administrativos que as implementaram, às prisões em flagrante. Dentre eles, está o TJRJ, cuja experiência com as audiências de custódia é o objeto deste estudo. Dessa forma, é necessária uma breve análise do flagrante, enquanto instituto processual penal, com a delimitação de suas hipóteses de ocorrência, para que se determine o escopo do que foi submetido ao juízo custodiante no tribunal fluminense.

As prisões sem sentença condenatória penal definitiva comportam três espécies principais no ordenamento jurídico brasileiro: a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante. Dessas modalidades, a prisão em flagrante se distingue das demais por ter natureza pré cautelar²⁸ e administrativa, ou seja, por não necessitar de uma decisão judicial prévia²⁹.

Como leciona Paulo Rangel, flagrante “*vem do latim flagrans, flagrantis, do verbo flagrare, que significa queimar, ardente, que está em chamas, brilhando, incandescente*”³⁰. Para que se fale em flagrante, requer-se, assim, que o delito seja atual e visível³¹.

O art. 302 do CPP traduz esses requisitos na autorização da prisão daquele que está cometendo ou acaba de cometer a infração penal (os denominados flagrantes próprios); daquele que, perseguido após o cometimento da infração, encontra-se em situação que faça

²⁸ O flagrante seria uma medida pré-cautelar, e não cautelar “no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”. LOPES JR., Aury. **Direito...**, p. 617. Poderia se falar numa pré cautela porque “a prisão em flagrante somente substituirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão”. ²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1011.

²⁹ Neste sentido, é sintomático o art. 5º, LXI, da CR, cuja redação diz que “ninguém será preciso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, ressalvada a hipótese de “flagrante delito”. Tourinho Filho aponta que “(...) o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, grosso modo, pela Polícia Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. Se for o particular, ainda assim continua sendo um ato administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política”. In: **Código de processo penal comentado**. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 429. Segundo Guilherme de Souza Nucci: “Autoriza-se essa modalidade de prisão, inclusive na Constituição Federal (art. 5º, LXI), sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, daí porque o seu caráter administrativo (...)”. In: **Código de processo penal comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 560.

³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed., atual. até 1º de janeiro de 2013. São Paulo, Atlas, 2013, p. 760.

³¹ *Ibidem*, p. 761.

presumir ser autor da infração penal (o flagrante impróprio); ou daquele que é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (o flagrante presumido).

Não é por outra razão que o art. 301 do CPP³² admite que qualquer pessoa pode (hipótese de flagrante facultativo) e toda autoridade pública deve (hipótese de flagrante obrigatório) decretar a prisão daquele que se encontra em flagrante delito, justamente para impedir a sua consumação ou exaurimento ou a perda de sua prova³³. Tanto é assim que a própria CR excepciona a inviolabilidade do lar, mesmo à noite, nos casos de flagrante delito (art. 5º, XI, CR)³⁴.

Desta forma, a prisão em flagrante excepciona a regra geral presente em nosso ordenamento jurídico segundo a qual a liberdade individual só pode ser restringida por ordem de autoridade judicial de forma coerente com os demais objetivos do sistema de persecução penal, principalmente com sua função de “*evitar quanto possível, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos*”³⁵. Segundo Aury Lopes Jr., a lei faculta este poder aos particulares e às autoridades policiais

principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h, como determina o art. 306 do CPP. Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial³⁶.

Logo, a prisão em flagrante é um ato complexo, que não se exaure na captura do suspeito³⁷, mas, como restrição de liberdade, deve, ainda assim, ser imediatamente comunicada ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por

³² CPP, art. 301: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

³³ “Hoje, entre nós, a prisão em flagrante justifica-se como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria (...)”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 668.

³⁴ Conjugação do art. 5º, XI, CR com o art. 306, *caput*, CPP. CR, art. 5º, XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. CPP, art. 306: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 430.

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito...**, p. 616-617.

³⁷ A prisão-captura dos presos em flagrante é realizada, na maioria das vezes, pelas Polícias Militares, às quais incumbe a função de policiamento ostensivo, conforme preceito do art. 144, §5º, CR.

ele indicada³⁸. A detenção do indivíduo implica na sua condução à delegacia policial, onde o delegado analisa se lavra, ou não, o flagrante, de acordo com o caso concreto³⁹. Esta opção deriva, num primeiro momento, da verificação negativa das hipóteses de vedação legal à lavratura do flagrante quanto à pessoa do preso⁴⁰ ou quanto ao crime a ele imputado⁴¹.

A autoridade policial deve, então, cumprir as formalidades do art. 304, *caput*, do CPP⁴², procedendo à oitiva do condutor do preso, das testemunhas do delito e do próprio preso. O delegado de polícia poderá também deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante se o teor dos depoimentos não apresentar fundadas suspeitas sobre o detido⁴³, em observância ao §1º do art. 304⁴⁴. Após a lavratura do ato, a prisão propriamente dita (“prisão-detenção”) do detido pode não se consumir, se a autoridade policial arbitrar e o detido prestar fiança, com base no art. 322, *caput*, CPP⁴⁵.

³⁸ CR, art. 5º, 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”.

³⁹ De acordo com o art. 307 do CPP, é possível, também, que autoridades públicas lavrem autos de prisão em flagrante em casos de infrações penais praticadas em sua presença ou contra elas, no exercício de sua função.

⁴⁰ Não podem ser presos em flagrante: os diplomatas, em qualquer hipótese (art. 29 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, incorporada pelo Decreto 56.435/1965); o Presidente da República, em qualquer hipótese (art. 86, §3º, CR); senadores, deputados federais e estaduais, ressalvado a hipótese de crime inafiançável (art. 53, §2º, e 27, §1º, CR); e magistrados, membros do Ministério Público e advogados, estes se no exercício de sua profissão, também ressalvada a hipótese de crime inafiançável (art. 33, II, LOMAN, art. 40, III, LONMP e art. 7º, §3º, EAOAB, respectivamente).

⁴¹ Hipótese das infrações penais de menor potencial ofensivo (crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos e as contravenções penais), desde que haja assinatura do termo de comparecimento em Juizado Especial Criminal em sede policial, conforme disposição do art. 69, p. ú., da Lei 9.099/95, ou dos crimes de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada, que não podem ter a prisão em flagrante lavrada em sem a correlata manifestação de vontade da vítima. Neste sentido, “em se tratando de crime de ação penal privada, ou pública condicionada, o auto de prisão só pode ser lavrado se houver manifestação de vontade do ofendido”. NICOLLIT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 732. Gustavo Henrique Badaró trata da necessidade da presença da vítima nas audiências de custódia de presos pela prática desses crimes. Para ele, quanto às ações públicas condicionadas: “tendo a vítima representando [em sede policial], satisfeita estará a especial condição de procedibilidade da ação penal. Não há necessidade alguma, portanto, de participação da vítima na audiência de custódia” BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1.062. Quanto às ações penais privadas, contudo, a vítima deveria participar da audiência, já que, como parte principal do futuro processo, é sua vontade que deve prevalecer. *Idem*.

⁴² CPP, art. 304: “Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto”.

⁴³ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 787. Outra parte da doutrina entende que nesta hipótese a autoridade policial deveria lavrar o auto de prisão em flagrante, mas não realizar a prisão-detenção do detido (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1017).

⁴⁴ CPP, art. 304, §1º: “Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja”.

⁴⁵ CPP, art. 322: “A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.

Lavrado o auto de prisão em flagrante, inicia-se a contagem do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para sua comunicação ao juiz competente e ao advogado do detido ou à Defensoria Pública (art. 306, §1º, CPP)⁴⁶. Requer-se nesse mesmo lapso temporal a apresentação ao preso da nota de culpa (art. 306, §2º, CPP)⁴⁷, documento que o informa sobre os motivos da sua prisão e o nome do seu condutor e das testemunhas, assegurando o seu direito constitucional à identificação dos responsáveis por sua detenção (art. 5º, LXIV, CR)⁴⁸.

É desta forma que os autos de prisão em flagrante chegam ao Poder Judiciário – desacompanhados do próprio preso, ressalte-se, até o surgimento das audiências de custódia. Por representarem uma privação da liberdade individual, que prescinde de autorização judicial prévia, as prisões em flagrante devem ser imediatamente submetidas ao crivo de um magistrado que deve analisar sua regularidade e sua necessidade. Como visto, entretanto, os flagrantes não tem prazo definido em lei para serem decididos pelos juízes, o que leva, infelizmente, inúmeras a permanecerem presas por longos períodos sem pronunciamento judicial sem necessidade ou a partir de prisões evidentemente ilegais.

A apreciação do auto de prisão em flagrante pelo juiz, que obedece ao art. 310 do CPP, se dá em dois planos: o formal e o material⁴⁹. Primeiramente, o magistrado avalia a correição procedimental do auto, bem como a legalidade da prisão, ou seja, se havia, de fato, situação flagrancial de acordo com o art. 302 e 302 do CPP. Considerando a prisão ilegal, deve relaxá-la imediatamente, conforme comando constitucional expresso do art. 5º, LXV⁵⁰; caso contrário, entendendo-a legal, deve homologa-la. Neste segundo caso, o julgador passa à análise da necessidade da prisão, devendo interpretar se o caso demanda a decretação da custódia preventiva ou a colocação do preso em liberdade provisória, com ou sem fiança ou as demais medidas cautelares diversas da prisão.

Para que haja a conversão do flagrante em prisão preventiva, exige-se, *a priori*, que haja nos autos requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, posto que a lei proíbe sua decretação de ofício fora do curso da ação penal (art. 311, *caput*,

⁴⁶ CPP, art. 306, §1º: “*Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública*”.

⁴⁷ CPP, art. 306, §2º: “*No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas*”.

⁴⁸ CR, art. 5º, LXIV: “*o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial*”.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito...**, p. 634.

⁵⁰ CR, LXV: “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*”.

CPP). Ainda, a custódia preventiva só é permitida, de acordo com o art. 313 do CPP, em se tratando de crime doloso cuja pena máxima seja superior 4 (quatro anos); se o réu já tiver sido condenado por crime doloso; ou se o delito envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, como garantia das medidas protetivas de urgência. Além disso, esta modalidade de prisão cautelar requer a demonstração de sua necessidade e adequação, por meio das balizas trazidas pelo art. 312 do CPP⁵¹.

Ainda, a decisão que impõe uma prisão preventiva, sobretudo convertendo um flagrante, deve conter fundamentação capaz de *“apontar – além do fumus comissi delicti e o periculum libertatis – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa”*⁵². Afinal, a regra para o processo penal brasileiro, por comando constitucional expresse (art. 5º, LXVI⁵³), é a liberdade, enquanto as restrições à liberdade seriam excepcionais, o que se coaduna com a dimensão do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR) enquanto regra de tratamento ao réu, denunciado ou preso. Nesta toada, Guilherme Madeira Dezem preceitua que a prisão preventiva *“pode ser considerada como um termômetro sobre como determinado sistema se relaciona com a presunção de inocência. Quanto mais larga for a admissão da prisão preventiva, menor será o compromisso com a presunção de inocência”*⁵⁴.

Portanto, para que o magistrado não conceda a liberdade provisória, com ou sem fiança ou as demais medidas cautelares diversas da prisão⁵⁵ ao preso é preciso que justifique o porquê de não fazê-lo, antes mesmo de fundamentar a conversão do flagrante em prisão preventiva. Se tanto as medidas alternativas à prisão como a custódia preventiva têm como finalidade tutelar o processo, a instrução criminal ou seu resultado final, deve-se *“privilegiar*

⁵¹ CPP, art. 312: *“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”*.

⁵² LOPES JR., Aury. **Direito...**, p. 635.

⁵³ CR, LXVI: *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*.

⁵⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Op. cit.*, p. 748.

⁵⁵ A fiança está prevista no art. 320, inciso VIII, e 321 do CPP. As demais medidas cautelares diversas da prisão são: o comparecimento periódico em juízo (inciso I), a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (inciso II), a proibição de manter contato com pessoa determinada (inciso III), a proibição de ausentar-se da Comarca (inciso IV), o recolhimento domiciliar noturno (inciso V), a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica (inciso VI), a internação provisória (inciso VII) e a monitoração eletrônica (inciso IX), todas previstas no art. 320; a prisão domiciliar (art. 317) a proibição de ausentar-se do Brasil, prevista no art. 321. As medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme dispõe o §1º do art. 282 do CPP.

o meio menos gravoso e que causa menor restrição possível ao direito de liberdade”⁵⁶ para tal. Ainda, as medidas cautelares diversas da prisão devem ser estritamente respeitadas, pois, caso descumpridas, faculta-se ao juiz a decretação da prisão preventiva⁵⁷.

Muito embora a liberdade provisória deveria ser, por lei, a regra para os presos em flagrante, enquanto a manutenção da prisão – com a decretação da prisão preventiva – a exceção, percebe-se, de forma inequívoca, a contradição entre o texto legal e a realidade de superlotação carcerária apresentada pela pesquisa do DEPEN, no qual aproximadamente metade dos presos brasileiros ainda não foram condenados definitivamente⁵⁸.

Reduzir o número de presos provisórios foi o principal dos objetivos das audiências de custódia, como se verá no item seguinte (2.3.1), cujo desenho institucional, supunha-se, incentivaria que magistrados substituíssem prisões pelas medidas gravosas menos severas. A pergunta orientadora deste trabalho é justamente se nas audiências do TJRJ isto tem ocorrido, com a concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante sendo preponderante em relação à conversão da prisão em prisão em custódia preventiva.

2.3. A institucionalização da audiência de custódia no Brasil

2.3.1. A previsão das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro

Apesar de presentes na maioria de países latino-americanos e em vários outros ao redor do mundo⁵⁹, as audiências de custódia não possuem previsão expressa nos planos constitucional ou legal brasileiros. Este é a principal razão pela qual diversos juristas apoiam a aprovação do Projeto de Lei nº 554 do Senado Federal, que as regulamentariam dentro do CPP, como se verá no tópico 2.3.3. Contudo, as audiências estão asseguradas em diplomas

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1010.

⁵⁷ CPP, 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)”. CPP, art. 312, p. ú.: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”.

⁵⁸ Deve-se ressaltar que o DEPEN não distinguiu no seu relatório a quantidade de presos em flagrante, de presos preventivos e de presos temporários, apresentando somente o número de prisões provisórias.

Também apontam para a prisão como a regra na apreciação judicial dos flagrantes Aury Lopes Jr. e Caio Paiva: “(...) que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como regra no sistema processual penal brasileiro”. LOPES JR., Aury; PAIVA. *Audiência...*, p. 12-13.

⁵⁹ São exemplos Reino Unido, França, Espanha, Portugal, Alemanha, Suécia e África do Sul. Entre os países latino-americanos, são exemplos Peru, México, Argentina, Chile, Colômbia e Equador.

internacionais, dos quais o Brasil é signatário, que integram o nosso ordenamento jurídico, por força do art. 5º, §2º, CR⁶⁰.

Muito embora esse dispositivo mencione somente “tratados”, a doutrina lê este termo como gênero do qual são espécies os pactos e convenções⁶¹. Dessa forma, demais compromissos internacionais assinados pelo estado brasileiro poderiam gerar direitos e garantias fundamentais de igual relevo àqueles enunciados de forma explícita ou implícita pela Carta Magna⁶². Especificamente quanto à área do processo penal, há quem defenda que, dada a amplitude de convenções sobre o tema, a satisfação do devido processo legal só é possível se este for “*não apenas legal e constitucional, mas também convencional*”⁶³.

Dentre esses compromissos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) – o Pacto de San José da Costa Rica –, internalizada por força do Decreto nº 678, têm, respectivamente, as seguintes redações:

PIDCP, art. 9º, 3: “**Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais** e terá o direito de ser 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.” (grifou-se)

CADH: art. 7º, 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.” (grifou-se)

⁶⁰ CR, art. 5º, §2º: “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”.

⁶¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios de direito internacional contemporâneo**. Brasília: UnB, 1981, p. 12 *apud* NICOLLIT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 769.

⁶² Sobre a discussão acerca do caráter supraconstitucional, constitucional, de lei ordinária ou supralegal de tratados internacionais no ordenamento jurídico interno: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 648 e ss.

⁶³ LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência...*, p. 13. Em sentido semelhante: “Direitos Humanos e Direito Processual Penal dialogam estreitamente entre si e são extremamente sensíveis um ao outro, tendo em vista as consequências recíprocas de seus âmbitos de ação. Diversos direitos humanos afirmados em tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, todavia, ainda carecem de efetividade. Quando esses direitos carentes de efetividade se imbricam com o processo penal, o resultado é a falta de efetividade do próprio direito processual” AMARAL, Cláudio do Prado. *Op. cit.*, p. 4.

Ambos os tratados, que integram o ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, asseguram o direito do preso – qualquer preso, repise-se, não só o em flagrante, como visto no capítulo 2.1 – ser apresentado “sem demora” a um “juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”, precisamente o conceito da audiência de custódia. O movimento pela implementação das audiências em nosso país surge com o intuito de reconhecer a autoaplicabilidade dos dispositivos dessas convenções⁶⁴, para que não se tornem “letra morta”.

A observância dessas garantias é, inclusive, mais importante pelo caráter supralegal atribuído pelo STF aos tratados que as contêm⁶⁵. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, sendo supraleais

o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão⁶⁶.

Badaró, na mesma linha, assevera que

seja defendendo a natureza constitucional das normas internacionais garantidoras de direitos humanos, seja adotando a posição do STF, que lhes confere status supra legal, as leis ordinárias, anteriores ou posterior à CADH, que com ela colidirem não terão eficácia⁶⁷.

Este é precisamente o caso quanto ao controle jurisdicional das prisões em flagrante. Ainda que o CPP, de 3 outubro de 1941, seja anterior à CADH e ao PIDCP, suas disposições

⁶⁴ “A CoIDH, em seu Parecer Consultivo n. 07/86, estabeleceu que a CADH é autoaplicável. Isso significa que, uma vez em vigor, os direitos convencionais nela protegidos devem ser aplicados perante todos os órgãos estatais, inclusive os do Poder Judiciário, sem que haja necessidade de edição de lei ou de ato administrativo. (...) Aliás, a mesma regra de aplicação imediata dos direitos fundamentais está prevista no art. 5º, §1º, da Constituição”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1057.

Thiago Bottino destaca que: “A decisão do Supremo Tribunal Federal é importante na medida em que declara a autoaplicabilidade das normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico interno. Ao basear sua decisão no reconhecimento de uma norma criada no âmbito internacional, o STF exerce um papel fundamental na afirmação de uma prática institucional de respeito aos direitos fundamentais”. BOTTINO, Thiago; NUNES, José Luiz; CAMPOS, Larissa de Lima; COCHLAR, João Carlos. **Por que festejar a decisão do STF sobre a audiência de custódia**, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/por-que-festejar-a-decisao-do-stf-sobre-a-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

⁶⁵ Entendimento firmado pelo Pretório Excelso no julgamento do Habeas Corpus nº 95.967/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11 nov. 2008 e reiterado nos seguintes julgados: RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03 dez. 2008, RE 349.703/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03 dez. 2008; HC nº 92.566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 03 dez. 2008; HC nº 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 03 dez. 2008.

⁶⁶ Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes proferido no RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03 dez. 2008.

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1050.

devem se amoldar às prescrições internacionais, que possuem prevalência formal no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário em si, apesar de não contrariar esses tratados, também não é capaz de satisfazê-los integralmente, já que faltaria efetividade ao direito de pronta condução dos presos a um juiz, lacuna que as audiências de custódia buscam suprir, ajustando o processo penal brasileiro ao padrão dos direitos humanos em nível internacional⁶⁸.

Neste ponto, deve-se frisar que o texto dos tratados citados não é completamente preciso quanto à forma pela qual deve se efetuar o direito de comparecimento do preso em juízo. Sobretudo os termos “sem demora” e “juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais” possuem uma vagueza interpretativa ínsita, que se acentua face a sua aplicação em legislações e realidades diversas nos países signatários dessas convenções.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a quem compete a interpretação da CADH, já estabeleceu parâmetros para a satisfação dos requisitos da garantia contida no art. 7º, 5. Em primeiro lugar, como mencionado no capítulo 2.1, o direito de condução do preso à presença de um juiz não se restringe às prisões em flagrante, mas a toda e qualquer modalidade de prisão.

Ainda, a CIDH já firmou entendimento de que a garantia prevista pelo art. 7º, 5, da CADH, não se satisfaz com alternativas ao comparecimento do próprio preso em juízo. No caso *Tibi vs. Equador* (2004), o tribunal ressaltou que a simples notificação do Poder Judiciário sobre a realização da prisão, logo após sua ocorrência (tal e qual previsão do art. 5º, LXII, CR e 306, *caput*, do CPP) ou o mero envio do relatório policial sobre a prisão, como ocorre com o encaminhado do auto de prisão em flagrante à Justiça no Brasil (art. 306, §1º, CPP), não podem substituir a presença do preso em juízo:

This Court deems it necessary to specify certain issues regarding this point. First of all, the terms of the guarantee set forth in Article 7(5) of the Convention are clear regarding the need for the detainee to be brought promptly before a Judge or competent judicial authority, in accordance with the principles of judicial control and procedural immediacy. This is essential to protect the right to personal liberty and to protect other rights, such as the

⁶⁸ “São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência...*, p. 16. “Assim, com 23 anos de atraso, finalmente o Brasil começa a dar efetividade ao disposto no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos” AMARAL, Cláudio do Prado. *Op. cit.*, p. 4. “Sem embargo da espera de quase 23 anos para implementar o que diz o art. 7.5 do Pacto (Decreto Legislativo 678/1992), chegou a hora de o Brasil cumprir essa sua obrigação humanitária internacional”. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 23, nº. 268, mar., 2015, p. 1.

*right to life and to humane treatment. The fact that a Judge takes cognizance of the case or receives the respective police report, as the State argued, does not fulfill this guarantee, as the detainee must personally appear before the Judge or competent authority.*⁶⁹ (grifou-se)

No julgamento dos casos Acosta Calderón v. Equador (2005)⁷⁰ e Bayarri vs. Argentina (2008)⁷¹, este entendimento foi reiterado. Logo, somente o comparecimento pessoal do preso perante um magistrado, como o que se possibilita por meio da implementação das audiências de custódia, satisfaria a garantia do art. 7º, 5, CADH.

Outro aspecto sobre o qual a CIDH já teve oportunidade de se manifestar foi o escopo do termo “juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. Apesar da certeza quanto a “juiz” se referir a um integrante do Poder Judiciário, o alcance de autoridade que exerce funções judiciais causa controvérsias. Em Tibi vs. Equador (2004) e em Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs, Equador (2007)⁷², assentou-se um membro do Ministério Público não poderia ser considerado autoridade para fins da aplicação do art. 7º, 5, CADH. Para que a autoridade se coadune à garantia do art. 7º, 5, CADH, o tribunal exige que a função tenha poderes suficientes para garantir a liberdade do preso.

Há no Brasil uma corrente que entende que a autoridade policial é considerada apta, por lei, a exercer funções judiciais. Expoente deste entendimento é o desembargador Guilherme de Souza Nucci, que defende que “*no cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante*”⁷³.

⁶⁹ Em tradução livre: “A Corte julgou necessário especificar algumas questões sobre esse ponto. Primeiramente, os termos da garantia disposta no artigo 7(5) da Convenção são claros sobre a necessidade do detido ser conduzido imediatamente à presença de um juiz ou de uma autoridade judicial competente, em consonância com os princípios do controle judicial e imediatismo processual. Isso é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e de outros direitos, como o direito à vida e ao tratamento humano. O fato de um juiz tomar conhecimento de um caso ou receber o respectivo relatório policial, como o Estado argumentou, não satisfaz a garantia, posto que o detido deve comparecer pessoalmente perante um juiz ou uma autoridade competente”. CIDH, Tibi v. Equador (2004), §118. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁷⁰ CIDH, Acosta Calderón v. Equador (2005), §78. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁷¹ CIDH, Bayarri vs. Argentina (2008), §65. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁷² CIDH, Tibi v. Equador (2004), §119. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016. CIDH, Chaparro Álvarez v. Equador (2007), §84. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁷³ TJSP, HC nº 2016152-70.2015.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, j. em 12 mai. 2015.

Este entendimento, contudo, é amplamente criticado. Como lembra Nicollit, o delegado não ratifica, mas efetiva a prisão, posto que até a lavratura do flagrante “*não temos verdadeiramente prisão, temos apenas captura*”⁷⁴. Ainda, a interpretação dada pela CIDH ao art. 7º, 5, da CADH, exige que a “*autoridade prevista em lei deve ter o poder de reestabelecer a liberdade*”⁷⁵, mas o delegado de polícia só poderia fazê-lo na hipótese do art. 322 do CPP, qual seja a concessão da liberdade provisória pelo arbitramento de fiança ao preso em flagrante por crime cuja pena máxima não seja superior a 4 anos de prisão. Por isso, o erro do acórdão seria “*dar uma interpretação que cria um garantidor [da liberdade] que não tem poder de garantir, pois o preso é apresentado para alguém que não tem o pleno poder de soltar*”⁷⁶.

Na mesma linha, Badaró lembra também que delegados de polícia não gozam das garantias de independência, imparcialidade e competência, atribuídas aos magistrados⁷⁷. Como “*a Constituição Brasileira prevê que a comunicação seja feito ao “juiz competente” (art. 5º, caput, LXII) e que a prisão ilegal será relaxada pela “autoridade judiciária” (art. 5º, caput, LXV)*”, somente o juiz seria autoridade responsável pela realização da audiência de custódia no sistema de persecução penal brasileiro⁷⁸.

Não considerar o delegado de polícia autoridade apta para apresentação pessoal do preso parece ser a interpretação que mais se coaduna com o art. 7º, 5 da CADH e, ainda, com o caráter acusatório que o sistema processual penal brasileiro persegue.

Quanto ao aspecto temporal, as convenções se resumem à expressão “sem demora” para definir o momento de comparecimento do preso em juízo. Como leciona Badaró, “*não se trata de um marco cronológico fixo, mas de um standard no plano internacional, que decorre da necessidade de acomodar a convenção à legislação dos diversos países membros*”⁷⁹.

Desta forma, a CIDH analisa as circunstâncias do caso concreto, bem como o prazo para apresentação do preso definido pela lei nacional, para que determine se essa ocorreu com ou sem demora. No caso Bayarri vs. Argentina (2008), por exemplo, a corte entendeu que o art. 7.5 da CADH foi violado pela apresentação do preso em juízo uma semana após sua

⁷⁴ NICOLLIT, André Luiz. *Op cit.*, p. 779.

⁷⁵ NICOLLIT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 778.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 779.

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1053.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 1050.

detenção⁸⁰. O marco temporal inicial da corte na análise do cumprimento da garantia em tela é sempre o momento da prisão ou da privação da liberdade⁸¹.

Para além das convenções internacionais que garantem o direito do preso de comparecer em juízo, as audiências de custódia também foram citadas, direta ou indiretamente, em outras oportunidades no plano internacional como mecanismo para que o estado brasileiro demonstrasse seu compromisso com os direitos humanos e, em especial, no combate à tortura.

Uma delas foi o parecer emitido pelo Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, órgão que existe junto ao Alto Comissariado de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Esta comissão foi criada pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificado pela República Federativa do Brasil por meio do Decreto nº 6.085/2007, e tem como objetivo fiscalizar o cumprimento das disposições da convenção pelos estados-partes. Após sua visita ao Brasil em 2011, na qual constatou que os juízes brasileiros “*raramente faziam perguntas aos detentos sobre o tratamento que recebiam durante a investigação*” (item 28), o subcomitê recomendou

que os juízes sejam obrigados por lei a consultar todas as pessoas detidas acerca do tratamento recebido ao longo das investigações, a registrar por escrito quaisquer alegações de tortura ou maus-tratos, bem como a determinar a realização imediata de exames médicos forenses sempre que houver motivos para se acreditar que algum detido tenha sido submetido a tortura ou a maus-tratos (item 29)⁸²

Na mesma esteira, deve-se destacar o relatório final da Comissão Nacional da Verdade, publicado no fim de 2014. A CNV foi criada pela Lei 12.528/2011 para e examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período da ditadura civil-militar brasileira⁸³. Como é de conhecimento comum e ficou comprovado pela comissão, o

⁸⁰ CIDH. Bayarri v. Argentina (2008), §66 e 67. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf>. Acesso em 20 out. 2016.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1051.

⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁸³ Lei 12.528, art. 1º, caput: “*É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional*”.

recurso à prisões ilegais e arbitrárias e à tortura era frequente no regime militar⁸⁴. A CNV recomendou ao Estado brasileiro, por isso, a adoção das audiências, como forma de prevenir a perpetuação dessas práticas históricas no nosso país nos seguintes termos:

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 1992.⁸⁵

Outra crítica importante foi realizada pelo Relator Especial do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, o argentino Juan E. Mendéz. Após constatar um cenário de tortura e de maus-tratos institucionalizados aos presos em sua visita ao Brasil em 2015, o relator pode acompanhar algumas audiências de custódia em São Paulo e, por isso, recomendou que elas fossem expandidas, por lei, “*to the entire country*”, de forma a assegurar “*complete geographic coverage within each state*”⁸⁶.

A prevenção à tortura é uma das finalidades da audiência de custódia e o juiz deve indagar na audiência, como se verá a seguir, se o preso foi submetido a alguma forma de tortura ou de tratamento degradante, bem como averiguar se esta prática ocorreu pela análise do exame de corpo de delito do detido e requisitar a sua realização, caso este não tenha sido feito. Além do mais, a presença física do preso possibilita, em muitos casos, que o juiz constate diretamente a prática de alguma forma de tortura.

2.3.2. A adesão dos tribunais brasileiros às audiências e a Resolução nº 213/2015 do CNJ

Como se viu, a apresentação do preso em juízo imediatamente após sua detenção, além de dar efetividade a uma série de garantias já presentes no texto constitucional, representa, também, um compromisso assumido pelo Brasil em plano internacional, mas não

⁸⁴ Sobre as prisões ilegais e arbitrárias e torturas no período de ditadura civil-militar, recomenda-se a leitura dos Capítulos 8 e 9, respectivamente, do relatório final da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2018.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁸⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório – Volume I**, capítulo 18, item 25, §44º, p. 972. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2018.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil**, 2016, §147, “h”. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/G160141RelatorioTorturaVisitaBR2015.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

adimplido, por omissão dos Poderes Executivo e Legislativo. Coube ao Judiciário dar aplicabilidade a esse direito, como parte de um movimento mais amplo de reforma do sistema de justiça criminal, como se verá. Nessa linha, Cláudio do Prado Amaral aponta que

embora a CADH já fosse direito interno, foi necessária a edição de uma norma jurídica de nível hierárquico muito inferior (uma portaria), para dar vida à audiência de apresentação prevista no Pacto de San José⁸⁷.

As audiências de custódia foram implementadas no Brasil a partir de iniciativa do CNJ, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, em parceria com o TJSP e o Ministério da Justiça, no dia 6 de fevereiro de 2015⁸⁸. O projeto-piloto efetivamente se iniciou na justiça paulista no dia 24 de fevereiro, oportunidade na qual se realizaram as primeiras audiências⁸⁹.

No dia 6 de abril de 2015, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram convênio para estender as audiências pelos demais Estados da federação, além de estabeleceram uma “conjugação de esforços” para a ampliação do uso das medidas cautelares diversas da prisão e, em especial, do monitoramento eletrônico⁹⁰. A conjugação das medidas evidencia que o objetivo precípua do CNJ era reduzir o número de prisões desnecessárias e, conseqüentemente, a população carcerária brasileira.

Desde então, as audiências de custódia se expandiram em todo o país, estando presentes, atualmente, em todos os 26 (vinte e seis) tribunais estaduais, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e nos 5 (cinco) tribunais regionais federais⁹¹.

Antes mesmo da primeira audiência na justiça paulista, contudo, a ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – se insurgiu contra o provimento do TJSP⁹²

⁸⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. *Op. cit.*, p. 4-6.

⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁸⁹ A primeira audiência brasileira tratou da prisão em flagrante de um homem preso por posse de drogas, que foi liberado, com a aplicação da medida cautelar de comparecimento bimestral em juízo, e seu encaminhamento ao Serviço Social para que cuidasse de sua dependência. CARMO, Sidney Gonçalves do. **Primeiro julgado em audiência de custódia é liberado por juiz**, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/02/1594118-primeiro-julgado-em-audiencia-de-custodia-e-liberado-por-juiz.shtml>>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia: histórico**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 16 out. 2016. E ainda: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Relatório de Atividades 2015**. p. 36-41. Disponível em: <http://media.wix.com/ugd/e219bc_07fe56b557bc47099d8edac845b60eaa.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia: mapa de implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 12 jun. 16.

que criou e regulamentou as audiências no Estado de São Paulo, ingressando com a ADI nº 5.240 no STF. A ADEPOL arguia que o tribunal teria violado competência privativa da União para legislar sobre matéria processual e, desta forma, o princípio da separação dos poderes.

Entretanto, o Pretório Excelso julgou improcedente o pedido por maioria de votos, ficando vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, no dia 20 de agosto de 2015⁹³. Prevaleceu o entendimento de que o TJSP não teria legislado, mas somente refletido a garantia fundamental contida no art. 7.5 da CADH, que possui aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, e o procedimento de *habeas corpus*, previstos na Constituição e no CPP. Ademais, assim teria feito o tribunal paulista nos limites do seu poder de autogestão, de acordo com o art. 96, I, 'a', CR⁹⁴. Os demais tribunais brasileiros não só poderiam, como deveriam implementar as audiências, se assim decidissem.

Durante o julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente da corte e grande entusiasta das audiências, enquanto presidente do CNJ, destacou uma face diferente do instituto, a econômica. Segundo ele, as audiências, quando implantadas em todo o Brasil, gerariam uma economia mensal de 360 milhões e anual de 4,3 bilhões de reais aos cofres públicos, cifra alcançada pela concessão de liberdade provisória àqueles que, presos, custariam, cada um, cerca de 3 mil reais por mês ao estado⁹⁵.

A premissa de que as audiências de custódia poderiam levar à redução da população prisional brasileira ficou evidente em outro julgamento do STF, o da medida cautelar da ADPF nº 347, realizado em 9 de setembro de 2015. A ação, movida pelo PSOL, buscava o reconhecimento da Suprema Corte da existência de um “estado de coisas inconstitucional”, isto é, a violação de uma série de garantias constitucionais, no sistema prisional brasileiro.

Diante das falhas estruturais do sistema, a cautelar do feito demandava uma série de medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Contudo, o STF acolheu o pedido liminar somente quanto à liberação imediata das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e à realização obrigatória das audiências de custódia em todos os tribunais do Brasil,

⁹² CONSULTOR JURÍDICO. **TJ-SP regulamenta audiências de custódia em até 24 horas no estado**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-28/tj-sp-regulamenta-audiencias-custodia-24-horas>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

⁹³ STF, ADI nº 5.240, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 20 ago. 2015.

⁹⁴ CR, art. 96: “*Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*”.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF, 20 ago. 2015**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 28 out. 2016.

viabilizando a apresentação do preso em juízo em até 24 horas de sua prisão, dentro de 90 (noventa) dias após a publicação do acórdão da decisão⁹⁶.

Destaca-se, assim, que instado a se manifestar sobre as audiências de custódia por duas vezes, em um período de menos de um mês entre elas, a Suprema Corte deixou de considera-las matéria de autogestão dos tribunais brasileiros e tornou-as de observância obrigatória, com a fixação de um prazo para sua implementação.

Essa mudança pode ser explicada por trecho do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da cautelar da ADPF nº 347, que sugere que o reconhecimento da obrigatoriedade das audiências de custódia pelo STF teria um efeito pedagógico para o restante do Poder Judiciário:

Nós julgamos aqui não tem duas semanas - e foi, inclusive, de minha relatoria - sobre aquela audiência de custódia. Isso vai resolver uma série de problemas e vai evitar aquelas prisões precipitadas, as prisões arbitrárias que, de alguma maneira, interferem na população carcerária. Mas o fato de existir a norma obrigando o juiz a fazer alguma coisa, e se ele não faz - por isso o estado de coisas é inconstitucional -, nos impõe que, além de ponderação e subsunção, **a jurisdição constitucional também tenha um efeito pedagógico. E não há efeito pedagógico melhor do que, num acórdão do Supremo Tribunal Federal, constar textualmente aquilo que os juízes devem fazer e não estão fazendo.** Logo, o efeito pedagógico dessa ação de descumprimento de preceito fundamental, no meu modo de ver, é extremamente didático para nós colocarmos as coisas no seu devido lugar⁹⁷ (grifou-se).

O fato de cada tribunal regular as audiências de custódia com atos normativos próprios foi o motivo pelo qual o CNJ editou a Resolução nº 213, em 15 de dezembro de 2015, dando uniformidade ao tratamento da questão em âmbito nacional, até a superveniência de legislação específica⁹⁸. O prazo de noventa dias para adoção das audiências pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais fixado pelo STF na ADPF 347 foi prorrogado por mais noventa dias com a publicação da resolução.

Apesar de ter entrado em vigor apenas em fevereiro de 2016, a normativa do CNJ foi imediatamente questionada na via judicial. A ANAMAGES – Associação Nacional de Magistrados Estaduais – ingressou com a ADI nº 5.448 no STF, alegando a violação, pelo CNJ, de competência privativa da União para legislar sobre o tema. O Ministro Dias Toffoli

⁹⁶ STF, ADPF nº 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09 set. 2015.

⁹⁷ Trecho do voto do Min. Luiz Fux na ADPF nº 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09 set. 2015

⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 28 out. 2016.

negou seguimento à ação⁹⁹, por considerar que não haveria legitimidade ativa para a ANAMAGES no feito. A associação interpôs agravo regimental contra esta decisão, ainda pendente de julgamento.

Merece destaque a forma por meio da qual a resolução regulamentou as audiências. Inicialmente, o art. 14 estabelece que os atos normativos dos tribunais se complementam à resolução do CNJ para adequação das audiências à “realidade local”. Serão, assim, os provimentos das próprias cortes, portanto, que definirão o juízo competente para realização da audiência, consoante o art. 1º, *caput* e §2º, da Resolução, em respeito ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CR).

A competência para a apresentação do preso em juízo tem sido atribuída a juízos específicos que formaram centrais de custódia ou ao juízo plantonista nos tribunais brasileiros. Não obstante, o provimento estabelece que em se tratando de prisão de autoridade com foro por prerrogativa de função, a audiência deve se dar perante o Presidente da corte que detiver a competência para seu julgamento ou perante o relator designado para o feito (art. 1º, §3º).

Outrossim, a resolução garantiu o direito de apresentação do preso em juízo tanto para as prisões em flagrante (art. 1º, *caput*), como para as prisões cautelares e, até mesmo, a definitiva (art. 13), como mencionado no Capítulo 2.1 O prazo para realização das audiências foi fixado em contagem cujo prazo inicial não é o momento da prisão, mas o da comunicação da detenção ao Poder Judiciário. Como o art. 306, §1º, do CPP determina que a comunicação do flagrante a um juiz deve ocorrer em 24 horas e a resolução estabelece que a audiência se sucede em até 24 horas após esta comunicação (art. 1º, *caput*), a audiência se executará em no máximo 48 horas da prisão¹⁰⁰.

Há exceções a esse prazo no §4º do art. 1º da Resolução 213/2015. São as hipóteses do preso que se encontra com grave enfermidade ou de circunstância comprovadamente excepcional que impossibilite a audiência no prazo do *caput*, quando a audiência se dará no local em que o preso estiver ou, se o deslocamento do juiz a este lugar for inviável, ela ocorrerá em juízo, após o restabelecimento da condição de saúde ou de apresentação do preso.

⁹⁹ STF, ADI nº 5.448, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02 fev. 2016.

¹⁰⁰ Adota este entendimento Daniel Nicory do Prado: “*Somadas as 24 horas entre a prisão e a comunicação do flagrante às 24 horas entre a comunicação e a apresentação do preso, vê-se que o lapso entre a captura e a audiência de custódia não pode ser superior a dois dias*” PRADO, Daniel Nicory do. *Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 23, nº. 276, nov., 2015.

O §5º prevê edição de nova resolução pelo CNJ para fixação de prazo para as audiências em municípios nos quais as 24 horas se mostrem muito exíguas. No mesmo sentido, dispõe o art. 3º, que excepciona o prazo geral nas comarcas em que não houver juiz titular, devendo o preso ser conduzido ao seu substituto legal.

O art. 2º impõe ao Poder Executivo, mais especificamente às Secretarias de Segurança Pública ou de Administração Penitenciária, dependendo do estado, os custos dos deslocamentos dos presos das delegacias policiais aos fóruns e dos fóruns aos estabelecimentos penitenciários, em caso de decretação de prisão preventiva na audiência.

A Resolução prevê também que, antes de seu comparecimento em juízo, o preso será cadastrado no SISTAC - Sistema de Audiência de Custódia -, meio eletrônico de coleta de dados das audiências de abrangência nacional, mantido pelo CNJ (art. 7º, *caput* e §1º), com as informações fornecidas pelo auto de sua prisão em flagrante (art. 7º, §3º). Esses dados encontram-se disponíveis no sítio eletrônico do CNJ¹⁰¹, em cumprimento ao §4º do art. 7º.

Em seguida, deve haver o protocolo e a distribuição do auto da prisão em flagrante e da nota de culpa ao preso na unidade judiciária (art. 7º, §2º). No procedimento estipulado pela Resolução 213/2015, a audiência só pode acontecer após contato do preso com seu advogado ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, em local reservado, sendo assegurada a confidencialidade dessa comunicação (art. 6º, *caput* e p. ú.).

Na audiência, é obrigatória a presença do Ministério Público ou do advogado ou defensor do preso (art. 4º, *caput*), sendo vedado o comparecimento dos agentes policiais responsáveis pela sua prisão (art. 4º, p. ú.).

A audiência, de fato, se inicia com a obrigação do juiz informar o preso sobre o conceito e o escopo do próprio instituto e sobre seu direito de permanecer em silêncio (art. 8º, I e III). O preso não deverá estar algemado, salvo necessidade excepcional justificada por escrito (art. 8º, II), e será questionado acerca dos respeito aos seus direitos fundamentais, sobretudo se oportunizados o contato com sua defesa, atendimento médico e comunicação com sua família (art. 8º, IV).

A entrevista do preso prossegue com o questionamento sobre as circunstâncias de sua prisão (inc. V), se houve ou não tortura ou maus tratos praticados pelas autoridades policiais (inc. VI). Da mesma forma, o magistrado deverá verificar se há nos autos exame de corpo de

¹⁰¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 28 out. 2016.

delito, requisitando sua realização se não tiver sido realizado ou se o preso alegar tortura após a sua realização (inc. VII). Havendo relato ou indícios de tortura, o juiz deverá determinar a apuração do crime e encaminhar o preso ao atendimento médico e psicossocial para preservar sua integridade física e psicológica (art. 11), sendo cumprido o Protocolo II da Resolução.

Cabe à autoridade judicial, ainda, averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados do preso, ou histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química (inv. X). Caso verifique algum problema de saúde, deve encaminhá-lo ao atendimento médico (art. 9º, §3º).

As indagações sobre a prisão, contudo, não podem se destinar à produção de provas sobre o mérito da ação penal (inc. VIII). Por isso, a mídia contendo o registro da oitiva do preso deve ficar arquivada na unidade judicial de custódia, não sendo apensada aos autos principais do feito. Não obstante, a ata da audiência, que contém somente a deliberação do magistrado quanto à legalidade e necessidade da prisão (art. 8º, §2º), deverá ser juntada aos autos do inquérito policial ou da ação penal (art. 12).

Após a oitiva do preso pelo juiz, é facultado ao Ministério Público e à defesa, nesta ordem, realizarem novas indagações, sem possibilidade de se imiscuir no mérito dos fatos ou da imputação. Em seguida, ambos, respeitada a mesma ordem de pronunciamento, poderão requerer o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória com ou sem a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação da prisão preventiva ou a adoção de outras medidas necessárias para a preservação de seus direitos (art. 8º, §1º, I a IV).

Caberá ao magistrado, então, julgar a legalidade ou a necessidade da prisão, nos termos do art. 310 do CPP. Em caso de relaxamento da prisão ou colocação do preso em liberdade provisória, o juiz expede na própria audiência alvará de soltura, informando seus direitos e obrigações (art. 8º, §5º).

Entendendo o flagrante legal, a autoridade judicial deve preferir, sempre que possível, as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP, com avaliação de sua real adequação e necessidade e com a estipulação de prazos para sua vigência e para sua reavaliação (art. 9º, caput). Dentre as cautelares, a Resolução considera que a monitoração eletrônica é, por ser mais gravosa, excepcional, cabendo, somente, quando as demais medidas não forem adequadas e necessárias e quando o crime imputado atender aos requisitos do art. 313 do CPP (art. 10).

O Protocolo I da Resolução, que dispõe sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, demonstra que tal expediente deveria ser a regra nas audiências, enquanto a decretação da prisão preventiva seria exceção. Nos termos da própria resolução,

a regra deve ser a concessão da liberdade provisória sem a aplicação de cautelares, resguardando este direito sobretudo em relação a segmentos da população mais vulneráveis a processos de criminalização e com menor acesso à justiça. (item 2.3 do Protocolo I da Resolução 213/2015 do CNJ)

2.3.3. O Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal

Em que se pese o fato das audiências de custódia terem surgido no Brasil a partir de iniciativa do CNJ e terem sido reguladas por este órgão, as iniciativas parlamentares sobre o tema ainda merecem considerações. A uma porque a aprovação legislativa das audiências representaria a sua normatização pela via mais adequada, a legal, respeitando a iniciativa privativa do Congresso Nacional sobre a matéria. A duas, o tratamento das audiências passaria a ser mais uniforme em âmbito nacional. Por fim, a promulgação de uma nova legislação possui um inequívoco caráter de promoção do direito nela contido¹⁰².

Dentre as proposições legislativas sobre as audiências, a principal é, sem dúvidas, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 554/2011, de autoria do senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), proposto antes mesmo do CNJ implementar as audiências. A redação original do PLS nº 554/2011, apresentado no dia 7 de setembro de 2011, que alterava o §1º do art. 306 do CPP, era a seguinte:

Art. 306. (...)

§ 1.º 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 Pública¹⁰³.

O projeto original tinha como objetivo conferir efetividade ao PIDCP e à CIDH, ajustando as disposições do CPP aos tratados, com o estabelecimento do prazo de 24 horas para apreciação da prisão em flagrante e fixando o delegado de polícia como autoridade para

¹⁰² Aury, PAIVA. *Audiência...*, p. 19

¹⁰³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

fins de apreciação da detenção¹⁰⁴. Apesar de determinar a presença do preso em juízo no referido prazo, a proposta ainda não tratava do procedimento das audiências, sem mencionar se o magistrado deveria entrevistar o preso ou se haveria espaço para manifestação do Ministério Público e da defesa técnica.

Encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça, o PLS foi alterado por uma emenda substitutiva de autoria do senador Randolfe Rodrigues (então do PSOL/AP, atualmente na REDE/AP) apresentada no dia 20 de dezembro de 2011. Sua proposta possuía o seguinte teor:

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 previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o § anterior, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere 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 ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.¹⁰⁵

Mais completa que sua versão anterior e bem próxima ao procedimento adotado pela Resolução 213/CNJ, a proposição avançava no sentido de atribuir às audiências a tarefa de

¹⁰⁴ “Já se fazia presente naquela iniciativa parlamentar que a apresentação da pessoa presa deve se dar à autoridade judicial competente – e não qualquer outra –, preocupação legislativa de grande importância prática para aqueles casos em que a formalização do auto de prisão em flagrante se dá em local distinto da competência para o julgamento da causa”. CHOUKR, Fauzi Hassan. *PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem*. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 22, nº. 254, jan., 2014, p. 2-3.

¹⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. **Emenda Substitutiva de 20.12.2011, Rel. Senador Randolfe Rodrigues**. Disponível: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/101393.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

apurar torturas ou de outras violações aos direitos do preso durante sua detenção (§1º e 3º), não só resolvendo sobre a legalidade e a necessidade da prisão.

Ainda, a nova redação do projeto fixava o procedimento das audiências, estabelecendo a obrigatoriedade da presença do Ministério Público e da defesa técnica (§5º), que poderiam, ambos, questionar o preso e formular seus requerimentos ao juiz antes da decisão sobre a manutenção ou revogação da prisão, sendo respeitada, assim, a ordem processual típica do processo penal (com requerimento do Ministério Público, manifestação da defesa e decisão do magistrado), vide §2º. A moção do senador Randolfe também impedia que a oitiva do preso pudesse ser utilizada em seu prejuízo no curso da ação penal, devendo, inclusive, ser autuada em autos apartados (§5º).

Antes de ser aprovado na CCJ, o PLS foi redistribuído à Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, onde foi alterado, no dia 25 de junho de 2013, por uma mova emenda substitutiva de autoria do senador João Capiberibe (PSB/AP), passando a contar com os seguintes dispositivos:

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 acompanhado de todas as oitivas colhidas e do laudo do exame de 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.¹⁰⁶

A principal inovação do texto do senador João Capiberibe em relação à proposição do senador Randolfe Rodrigues era a garantia do comparecimento em juízo para qualquer preso, não só aos presos em flagrante (como assegura a Resolução 213/2015 do CNJ). Por isso, a mudança ocorreria no art. 282, e não no art. 306, do CPP. Para o parlamentar, após ter ouvido diversas entidades ligadas aos direitos humanos, ficou evidente que “*as medidas garantidoras*

¹⁰⁶ BRASIL. Senado Federal. **Emenda Substitutiva de 25.06.2013, Rel. Senador João Capiberibe**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/130902.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

de direitos sejam aplicáveis a qualquer modalidade de prisão, e não apenas à prisão em flagrante”¹⁰⁷.

O senador João Capiberibe acabou substituindo esta emenda por outra, que praticamente repetia a proposição realizada pelo senador Randolfe Rodrigues, no dia 18 de setembro de 2013. Em suas justificativas, não explicou porque o fez¹⁰⁸. Esse texto foi, em seguida, aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado em 26 de novembro de 2013.

Contudo, após ser encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça, onde passou a ter a relatoria do senador Humberto Costa (PT/PE), o projeto recebeu uma nova emenda substitutiva, de autoria do senador Francisco Dornelles (PP/RJ), no dia 25 de junho de 2014. A proposição, basicamente, restabelecia a versão original, acrescentando a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência.

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, 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 Pública¹⁰⁹.

O senador Dornelles apresentou como justificativa que a possibilidade da audiência por videoconferência tinha como objetivo reduzir os custos para sua realização, bem como reduzir o trânsito de presos na cidade e nas instalações do Poder Judiciário. A proposta do senador Dornelles, todavia, foi amplamente criticada, porque a ideia de humanização da apreciação judicial da prisão em flagrante, buscada por meio das audiências, não admite a substituição do contato pessoal entre preso e magistrado por um contrato por audiovisual.

A emenda substitutiva do senador Dornelles foi indeferida pelo relator na Comissão de Constituição e Justiça, o senador Humberto Costa, no dia 6 de agosto de 2014, já que

a perda do contato pessoal conduz a uma atividade judiciária mecânica e insensível e é fundamental a presença física do preso perante o juiz, sob pena de esvaziar, reduzir ou debilitar o substrato humano do sistema penal¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ BRASIL. Senado Federal. **Emenda Substitutiva de 18.09.2013, Rel. Senador João Capiberibe**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/136748.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹⁰⁹ BRASIL. Senado Federal. **Parecer do Rel. Senador Humberto Costa sobre a Emenda Substitutiva nº 1 da CCJ ao PLS nº 554/2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=153845&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹¹⁰ *Idem*.

Até setembro de 2015, o projeto de lei permaneceu na CCJ, recebendo uma série de manifestações e notas técnicas de entidades da sociedade civil. O texto do senador Randolfe Rodrigues foi bastante modificado por emendas apresentadas por outros parlamentares, até chegar à forma da proposição aprovada na comissão¹¹¹.

Entre as novidades na iniciativa parlamentar introduzidas pela CCJ, destaca-se a obrigatoriedade do preso, ainda em sede policial, ter direito à defesa, ser submetido a exame de corpo de delito e de ficar, após a lavratura do flagrante e antes da realização da audiência de custódia, em estabelecimento prisional de acordo com os previstos na Lei 7.210/84 para os presos provisórios até a realização da audiência de custódia (§4º, §5º e 6º, respectivamente, que seriam acrescentados ao art. 304 do CPP).

Ademais, o projeto também estende ao delegado de polícia a responsabilidade pela integridade do preso (art. 306, §4º), incumbindo-lhe investigar possíveis violações, inclusive mediante imediata instauração de inquérito policial para essa finalidade.

Outra inovação da proposição é a disposição do §11º. Em se tratando de flagrante de crime de competência da Polícia Federal, caso não haja sede da Justiça Federal no município onde foi lavrado o flagrante, a audiência de custódia deverá ocorrer perante o Juiz de Direito local. Ou seja, por reconhecer que a Justiça Federal ainda passa por processo de interiorização, não estando presentes em vários municípios brasileiros, permite-se que um juiz diverso do competente para o feito aprecie a prisão para que se respeite a garantia do preso de comparecer em juízo.

A comissão optou, também, por alterar o prazo para comparecimento do preso em juízo. Seria mantido o prazo de 24 horas para encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o Poder Judiciário (art. 306, §1º) e a audiência, em si, ocorreria em idêntico prazo, iniciado com a lavratura do auto de prisão em flagrante (art. 306, §5º) e não com a detenção do preso, como previa o texto do senador Randolfe Rodrigues. Ainda, a nova redação determina que o descumprimento desse prazo para condução do detido à autoridade judicial competente não causaria a imediata ilegalidade de sua prisão (art. 306, §2º), o que fragiliza a própria garantia à audiência com urgência.

¹¹¹ BRASIL. Senado Federal. **Texto final do PLS nº 554/2011, aprovado na CCJ em 09.09.2015**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Quando finalmente deixou a CCJ, o projeto foi encaminhado pela Comissão Diretora para votação em plenário, oportunidade na qual acabou passando por novas emendas e foi aprovado em primeiro turno, no dia 13 de julho de 2016, nos termos do Parecer nº 709/2016¹¹². Com algumas mudanças na redação de seus dispositivos, a maior novidade foi a ampliação da possibilidade de arbitramento de fiança pelo delegado de polícia, para incluir infrações penais cuja pena máxima não sejam superiores a 6 anos de prisão, alterando o art. 322 do CPP.

Antes de ser submetido à votação em turno suplementar, a Comissão Diretora do Senado modificou a proposição para a forma do Parecer nº 876/2016¹¹³, no dia 1º de novembro de 2016, reestabelecendo a proposta final da CCJ. O projeto aguarda inclusão em pauta para votação no plenário do Senado Federal, até a presente data, no teor do referido parecer. Se aprovada, ainda será submetida à votação na Câmara dos Deputados. Caso aprovado na Câmara, o projeto prevê no seu art. 2º que suas disposições entram vigor imediatamente após sua publicação nos municípios que forem sede de comarcas judiciárias e em até 12 (doze) meses nos municípios que não forem sede de comarcas.

Tramitam no Congresso Nacional, ainda sem qualquer deliberação, duas propostas de emenda constitucional sobre o direito do preso de comparecer em juízo, como recordam Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen¹¹⁴. A primeira, a PEC 112/2011, de autoria do deputado federal Domingos Dutra, alteraria o art. 5º, LXII, da CR, nos seguintes termos:

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, **devendo em até quarenta e oito horas ser conduzida à presença do juiz competente que decidirá sobre a sua legalidade**¹¹⁵. (grifou-se)

¹¹² BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 709, de 2016, da Comissão Diretora do Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=197816&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹¹³ BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 876, de 2016, da Comissão Diretora do Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=202354&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹¹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 42.

¹¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 112/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A4DD40261D1A34D1E331A35B77F4CA05.proposicoesWebExterno2?codteor=941676&filename=Tramitacao-PEC+112/2011>. Acesso em: 30 out. 2016.

A segunda é a PEC nº 89/2015¹¹⁶, do deputado federal Hugo Leal, inserida numa proposição de reformas mais amplas sobre o sistema de persecução penal, com a figura do juiz de instrução e garantias, que seria a autoridade competente para a apresentação do preso. Veja-se:

Art. 98-A. Os juizados de instrução e garantias são órgãos do Poder Judiciário, providos por juízes de instrução e garantias, incumbidos da instrução probatória e do controle judicial dos procedimentos investigatórios criminais.

(...)

§ 3º **Toda pessoa presa em flagrante deverá ser apresentada sem demora ao juiz de instrução e garantias para realização de audiência de custódia, com a participação da defesa e do Ministério Público, em que se decidirá sobre a prisão e as medidas cautelares cabíveis.** (grifou-se)

2.4. Críticas às audiências

Apesar do Poder Judiciário ter se esforçado pela implementação das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e de boa parte da doutrina ter aplaudido sua entrada em vigor, algumas críticas sobre o mérito e a forma das audiências merecem menção.

Inicialmente, parecer haver um consenso, mesmo entre os defensores da introdução das audiências no Brasil, que sua regulamentação deveria ocorrer por lei em sentido estrito e não por mero provimento do Poder Judiciário, tal como arguido na ADI nº 5.240. Neste sentido, Aury Lopes Jr. assevera que é “*precisamos de uma Lei que discipline a matéria*”, pois “*estamos vendo os Estados legislarem (violando a reserva da União para legislar em matéria processual penal) à la carte, ou seja, sem uniformidade*”¹¹⁷. Gustavo Henrique Badaró adiciona que a normatização do direito à audiência lhe daria mais segurança, por meio do estabelecimento de requisitos mais claros para sua observância¹¹⁸.

Entre os processualistas penais, talvez o já citado Nucci seja o principal crítico das audiências de custódia. Para o desembargador paulista, seria inconcebível considerar o comparecimento pessoal do preso perante um juiz como um direito fundamental, já que tal

¹¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 89/2015**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359846&filename=Tramitacao-PEC+89/2015. Acesso em: 30 out. 2016.

¹¹⁷ LOPES J., Aury. **Direito...**, p. 641.

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 1057.

garantia se fundamental fosse não estaria “hibernada” há 23 anos em nosso ordenamento jurídico, nem poderia ser aplicada aos poucos, de comarca em comarca¹¹⁹.

Além disso, como exposto no item 2.2.1, Nucci defende que o delegado de polícia constituiria “autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”, já estando satisfeito o art. 7º, 5, da CADH, com a condução do preso à delegacia para lavratura do flagrante¹²⁰.

Quanto ao caráter humanitário das audiências, propalado por seus defensores, Nucci acha absurda a ideia de que “*caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em prisão preventiva*”. As audiências seriam somente um meio para “*dar um jeito*” na superlotação dos presídios sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas¹²¹.

Mesmo assim, segundo o jurista, para a liberdade ser a regra do processo penal bastaria o modelo de supervisão judicial dos flagrantes previsto no CPP. Crer que o desenho institucional das audiências incentivaria o magistrado a ter a liberdade provisória como regra seria acreditar ou que “*o juiz, antes da custódia, prevaricava, pois nem lia o auto de prisão em flagrante (ou o lia de má-vontade) e já convertia a prisão em preventiva*” ou que “*o juiz, escolhido a dedo, por meio de designações da Presidência do Tribunal, segue para as audiências de custódia quase instigado a soltar o máximo que for possível*”¹²².

A primeira alternativa seria, assim, uma agressão “*contra todos os juízes que leem os autos de prisão em flagrante todos os dias e prendem ou soltam os indiciados*”, “*aos membros do Ministério Público, que leriam ilegalidades e não tomariam providência*” e “*à*

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 560 e 563. Aury Lopes Jr. partilha da mesma preocupação: “*precisamos da implantação da audiência de custódia em todas as comarcas do Brasil (e não apenas nas capitais) sob pena de grave quebra de igualdade de tratamento*”. LOPES J., Aury. **Direito...**, p. 641.

¹²⁰ “*No Brasil, durante décadas, o preso, em geral pela Polícia Militar (polícia ostensiva segundo a CF) deve ser imediatamente apresentado ao Delegado de Polícia (polícia judiciária, segundo a CF). Este operador do Direito é um bacharel em ciências jurídicas, presta concurso de provas e títulos e assume o seu cargo, justamente para controlar as prisões feitas pela Polícia Militar. A primeira classificação do caso (tipificação) é feita pelo Delegado: se furto ou roubo, por exemplo. Ele analisa se cabe ou não o flagrante (art. 302, CPP); caso entenda não ser cabível recolher o preso, pode relaxar o flagrante e não leva-lo ao cárcere, soltando-o (art. 304, CPP). Formando a sua convicção no sentido de caber a prisão em flagrante, o Delegado ainda pode arbitrar fiança, que, uma vez paga pelo preso, o liberta de pronto (art. 322, CPP). Em nosso modesto entendimento, trata-se de uma autoridade com funções típicas do juiz (pode prender; pode soltar)*”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual...**, p. 560-561.

¹²¹ *Ibidem*, p. 561.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual...**, p. 561.

*classe dos advogados, que não conseguiriam expor aos juízes, por petição, os argumentos para soltar o preso*¹²³.

Quanto à segunda opção ventilada por Nucci, deve-se dedicar especial atenção. De fato, os magistrados do juízo custodiante têm sido, em geral, livremente indicados pela presidência dos respectivos tribunais de justiça. A livre indicação e destituição no juízo da custódia, enquanto expediente que fragiliza a garantia dos juízes de independência funcional, possui, no entanto, uma faceta dúplice. Se Nucci a enxerga como possível instrumento de pressão para que magistrados liberem muitos presos, defensores das audiências de custódia a veem como brecha para que sejam privilegiados juízes mais severos, que prendam mais¹²⁴.

Nucci critica também alerta para o perigo de que a oitiva do preso na audiência se transforme num pré-interrogatório e venha a ser utilizada contra ele no fim da ação penal¹²⁵, preocupação compartilhada pelos juristas favoráveis às audiências¹²⁶. Esse ponto parece resolvido, no entanto, pela Resolução 213/2015 do CNJ, que, como se mencionou, veda a juntada da oitiva do preso na audiência de custódia aos autos da ação penal (art. 8º, §2º).

Apona o desembargador paulista, por fim, para os custos necessários à realização das audiências, indagando se o Estado tem capacidade financeira de arca-los e se, tendo, estes recursos não deveriam ser prioritariamente aplicados na melhoria das condições dos presídios brasileiros¹²⁷. Também em razão dos investimentos que a audiência de custódia requer, Nucci sugere, subsidiariamente, que elas ocorram por videoconferência, tal e qual previsão do art. 185, §2º, do CPP para o interrogatório judicial do réu, evitando o deslocamento dos presos até os fóruns¹²⁸.

Outra crítica formulada às audiências, dessa vez por Nicollit, diz respeito ao prazo para realização das audiências. Como se viu, pela disposição da Resolução 213/2015, a

¹²³ *Ibidem*, p. 562.

¹²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia*. In: **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 23, nº. 268, mar., 2015, p. 1.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual...**, p. 562.

¹²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória*. In: **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 24, nº. 283, jun. 2016.

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual...**, p. 563-564. Em sentido contrário, Aury Lopes Jr. aponta que: “Trata-se de uma prática factível e perfeitamente realizável. O mesmo juiz plantonista que hoje recebe – a qualquer hora – os autos da prisão em flagrante e precisa analisá-lo, fará uma rápida e simples audiência com o detido. Não haverá qualquer aumento de custo, de trabalho ou necessidade de modificação na estrutura do Poder Judiciário. Representa muito mais, é uma mudança de cultura”. LOPES JR., Aury. *Imediata...*In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual...**, p. 664.

audiência de custódia deve ser realizada até 48 horas da detenção do preso. Se para alguns este prazo deveria ser mais curto, para o magistrado fluminense ele desconsidera a realidade da jurisdição brasileira. Aponta que países com “*um território inferior ao nosso, um índice de desenvolvimento e mobilidade urbana muito maior e o número de presos sensivelmente menor que o do Brasil*”¹²⁹ fixaram prazos para comparecimento em juízo do preso mais dilatados que o nosso¹³⁰.

Nicollit defende, assim, que 10 (dez) dias seria um prazo mais viável para os tribunais brasileiros. Este marco seria extraído do art. 55, §5º, da Lei 11.343/2006, que prevê a possibilidade do preso ser apresentado em juízo em até 10 dias, antes do recebimento da denúncia, como forma de ampliar o contraditório e evitar o prolongamento da prisão. Em que pese a opinião do autor, a CIDH já se manifestou a respeito de 10 dias ser um prazo que não se coaduna com a garantia do art. 7.5 da CADH.

Críticas também têm sido direcionadas à dinâmica real das audiências de custódia já em curso. Além de não estarem presentes em todas as comarcas, as audiências ainda se restringem aos dias úteis, o que prejudica a supervisão dos flagrantes dos presos nos finais de semana¹³¹. Mesmo durante a semana, algumas audiências não são realizadas no prazo de até 48 horas da prisão¹³², fixado pela resolução.

¹²⁹ NICOLLIT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 775.

¹³⁰ Como contraponto, é válido o relato do defensor público no Estado do Amazonas Roger Moreira de Queiroz: “Essa audiência de custódia poderia ser realizada perante um juiz de direito de uma comarca do interior? Certamente que sim. E mesmo nas comunidades ribeirinhas do interior do Amazonas, que ficam afastadas dessas comarcas, essa distância poderia ser vencida em menos de 24 horas com uma lancha ou mesmo uma simples canoa motorizada, caindo por terra a alegada “impossibilidade de cumprimento do prazo”. Inviabilizar uma importante e crucial alteração legislativa com base nas “grandes distâncias” do interior do Amazonas é um sofisma mal elaborado, por pessoas que não conhecem a realidade do interior do Brasil, revelando que o maior problema a ser enfrentado para o avanço legislativo em matéria de direito penal, processual penal e penitenciário não é a geografia – como dizem alguns mal informados – mas a vontade política”. QUEIROZ, Roger Moreira. *Com a palavra o defensor: entrevista com Roger Moreira de Queiroz – Defensor Público do Estado do Amazonas*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹³¹ “A pessoa presa não foi apresentada à autoridade judicial competente para audiência de custódia, pois se tratava de um fim de semana, quando tais audiências, lamentavelmente, ainda não são realizadas em São Paulo. Nesse ponto, forçoso reconhecer, passou da hora de se dar integral cumprimento – e não apenas em algumas Comarcas do país e somente nos dias úteis – ao disposto no art. 7.º, 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e sua combinação com a Resolução 213/2015 do CNJ, que impõe a obrigatoriedade de apresentação de qualquer pessoa presa em flagrante delito, no prazo de até 24 horas, à autoridade judicial competente.” INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Absurdo retrocesso*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 285, ago., 2015, p. 1.

¹³² Daniel Nicory do Prado publicou interessante pesquisa empírica sobre o cumprimento do aspecto temporal da Resolução 213/2015 no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. PRADO, Daniel Nicory do. *O tempo da Audiência de Custódia: pesquisa empírica participante no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 282, mai., 2016, p. 3-4.

Muito embora o STF tenha firmado posição sobre serem as audiências um direito fundamental do preso, parte da jurisprudência resiste a dar efetividade à garantia do art. 7.5 da CADH, deixando de declarar a ilegalidade das prisões em flagrante que não foram submetidas ao juízo custodiante¹³³. Dessa forma, o direito dos presos de comparecerem em juízo ainda não tem sido respeitado por alguns magistrados.

Nas próprias audiências, que tem como um de seus objetivos combater a tortura a presos, muitos juízes têm ignorado os relatos de maus-tratos praticados por agentes policiais, outros sequer indagado os presos sobre esse tema. Ainda, em muitas audiências policiais têm permanecido do lado daqueles que prenderam, o que é vedado pela Resolução 213/2015 do CNJ. Esta foi a realidade constatada por pesquisadoras sobre as audiências que ocorreram na cidade de Recife:

Raras foram as vezes em que vimos o autuado ser questionado acerca de maus-tratos, torturas, agressões ou ameaças ocorridos durante a prisão. Ainda, há sempre um policial militar dentro da sala das audiências, o que, para alguns, pode representar um elemento inibidor. Durante o período em que acompanhamos as audiências, notamos que uma parte dos autuados apresentava lacerações e machucados bastante visíveis, aferíveis mesmo ao olhar desatento. Uma das agressões mais comuns, e talvez a mais “discreta”, era a que deixava feridas na região dos pulsos, justamente onde ficavam as algemas, e provavelmente resultantes de “puxões”. Não era raro vermos os autuados massageando a área, algumas vezes em carne viva, quando liberados das algemas. Tal descaso em torno dos relatos de violência policial se mostrou visível em um caso em que vimos o autuado se queixar espontaneamente de ter sido vítima de maus-tratos por parte dos policiais que o prenderam. Ao final da revelação se seguiu um silêncio. Na decisão escrita acerca da decretação da prisão preventiva, não há qualquer menção ao que o cidadão havia alegado. Também não se manifestou a respeito o Ministério Público.¹³⁴

¹³³ Apontam nessa direção Soraia da Rosa Mendes e Ana Carolina da Rosa Longo: “A conclusão assentada na jurisprudência do STJ, desconsiderando a ilegalidade da prisão sem a realização de audiência de custódia, converte-se em proteção insuficiente à pessoa presa, pois com o enfraquecimento da força cogente da ordem emanada da decisão do STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, representada por estas decisões flexibilizadoras, debilita-se a própria garantia protetiva fundamental”. MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina da Rosa. *A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 287, out., 2016.

Similarmente, Luciano Bottini: “Advogados de comarcas paulistas onde o novo sistema ainda não foi implantado vêm apresentando uma verdadeira onda de recursos questionando por que seus clientes que não foram apresentados em juízo não obtiveram liberdade. Magistrados, por outro lado, afirmam que não há previsão legal para concessão de habeas corpus por não realização das audiências”. BOTTINI, Luciano. **Sem audiência de custódia e sem habeas corpus**, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/sem-audiencia-de-custodia-e-sem-habeas-corpus>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

¹³⁴ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena de Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. *Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 280, mar., 2016.

Pedro Abromovay constatou o mesmo fenômeno no Rio de Janeiro: “Outro ponto digno de nota e que parece estar ligado à desconstituição do sujeito no processo criminal, é a pouca importância dada aos relatos de

Pedro Abramovay, que observou as audiências de custódia no TJRJ, aponta também que a desconstituição dos presos ainda é predominante, não tendo as audiências sido capazes, como se supunha, de humaniza-los aos olhos de juízes, promotores e defensores, que, em suas palavras,

estão tão acostumados com aquele espaço que não parecem compreender a importância daquele momento na vida dos réus. Há uma clara mecanização do trabalho que cria uma distância profunda entre os operadores do direito e os réus, reforçando a reificação dos últimos.¹³⁵

*agressão. Essa pergunta, inserida no âmbito da criação das audiências de custódia, traz à luz para juízes, promotores, defensores e até para os policiais ali presentes, um tema incômodo porém muito presente. A regra parece ser a desconsideração dos relatos de agressão feitos pelos presos”. ABRAMOVAY, Pedro. **Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia**, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 06 ago. 2016.*

¹³⁵ *Idem.*

3. A EXPERIÊNCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

3.1. A implementação das audiências de custódia no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

As audiências de custódia se iniciaram no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no dia 18 de setembro de 2015, sob a presidência do desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Desde então, as audiências têm sido realizadas somente na Comarca da Capital, havendo planos de expansão para as comarcas do interior do estado¹.

Na cerimônia de lançamento das audiências de custódia no TJRJ, o Governador Luiz Fernando Pezão destacou que com elas seria possível uma economia de 72 (setenta e dois) milhões de reais aos cofres públicos, custo dos 18 mil presos provisórios nos estabelecimentos penitenciários do estado².

Essa conta, apesar de possuir falhas, por desconsiderar o custo necessário para que as audiências se realizem e por englobar junto aos presos em flagrante aqueles presos por prisões preventiva e temporária (que não são objeto das audiências fluminenses), deixa claro que o objetivo do instituto processual é tornar excepcional a detenção antes do trânsito em julgado. Testar se as prisões foram exceção nas audiências de custódia do Rio de Janeiro é justamente o intuito do presente trabalho, sendo objeto dos próximos tópicos.

Sem prejuízo, é preciso registrar que havia, antes mesmo das audiências, posicionamentos no próprio tribunal no sentido de reconhecer a autoaplicabilidade do direito de comparecimento do preso em juízo imediatamente após sua detenção previsto no PIDCP e na CADH. Dessa forma, a não observância dessa garantia tornaria a prisão em flagrante ilegal, motivo pelo qual seria imperativo o seu pronto relaxamento. Por todas as decisões

¹ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Audiência de custódia: presos poderão ser encaminhados para assistência social e médica**, 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23109?p_p_state=maximized>. Acesso em: 03 out. 2016. E ainda: ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **TJ do Rio vai implantar audiência de custódia no interior do estado**, 2016. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/ca/cluster/-/noticias/visualizar/31016>>. Acesso em: 03 out. 2016.

² ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **TJ do Rio implanta audiência de custódia**, 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23010?p_p_state=maximized>. Acesso em: 21 ago. 2015.

neste sentido, destaca-se uma da 6ª Câmara Criminal da corte, relatada pelo desembargador Luiz Noronha Dantas, ainda em fevereiro de 2015:

Por maioria e nos termos do voto do relator, foi concedida a ordem para relaxar a prisão do paciente, uma vez que, em dissonância com o disposto no art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678/92, não foi determinada em primeira instância a apresentação do paciente, imediatamente após a sua prisão, ao magistrado de primeiro grau para fins de audiência de custódia, ficando assim ratificada a liminar deferida pelo relator³.

A regulamentação das audiências no Rio de Janeiro, contudo, somente se deu por meio da Resolução nº 29/2015 do Órgão Especial do TJRJ⁴. Este provimento possui alguns aspectos similares e outros diversos em relação à Resolução 213/2015 do CNJ.

No aspecto procedimental, as audiências cariocas são praticamente idênticas à disposição do CNJ. Uma inovação, contudo, é a obrigatoriedade de exame pericial no preso na unidade judicial, de forma prévia à audiência (art. 4º e 5º). Para o CNJ, o exame só precisaria ser realizado por funcionários do Poder Judiciário caso ainda não houvesse sido feito em sede policial ou caso o magistrado suspeitasse da prática de tortura após a confecção do exame.

Outras disposições do ato normativo do tribunal fluminense merecem preocupação. Em primeiro lugar, não houve estabelecimento de prazo para a realização das audiências, com a vaga disposição de que elas devem ocorrer “sem demora” (art. 2º). Com a superveniente edição da normativa do CNJ em âmbito nacional, contudo, o prazo máximo de 24 horas posterior à comunicação da prisão ao Poder Judiciário deveria ser respeitado. Na prática, contudo, esse prazo é flexibilizado, sobretudo tendo em vista que as audiências não são realizadas nos fins de semana.

Ainda mais grave é a previsão do parágrafo único do art. 2º provimento do TJRJ, de que por decisão judicial fundamentada poderia se dispensar a audiência havendo circunstâncias pessoais que a inviabilizem. Como aponta Badaró,

³ TJRJ, 6ª Câ. Crim., HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Noronha Dantas, j. em 06 fev. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048C02147E04549A76D9BE47158D643AC3C504441B621D&USER=>>>. Acesso em: 13 out. 16.

⁴ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução do Órgão Especial nº 29/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e9c65ba8bd6e3ac3a9ee50be584e3f4a.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

a audiência é obrigatória segundo o CIDH. No caso, condições pessoais do preso podem justificar a demora maior na realização (por exemplo: se estiver hospitalizado), mas não a sua não realização. Não poderão, contudo, caracterizar motivos para não apresentação, por exemplo, a gravidade do crime ou mesmo a alegada periculosidade do agente⁵.

Outro ponto que merece destaque ainda é o fato de que os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia são livremente indicados e destituídos pelo Presidente do Tribunal (art. 9º, *caput*). Apesar da resolução conter critérios para indicação dos magistrados que trabalharão no juízo custodiante (art. 9º, I e II), estes são meramente preferenciais, não sendo obrigatórios. A designação de juízes para oficiarem na Central de Audiência de Custódia tem duração de 4 (quatro) meses, cabendo recondução (art. 9º, §2º).

Conforme mencionado no capítulo 2.4, a liberdade na indicação e na destituição dos juízes que farão o juízo de custódia fragiliza os princípios da inamovibilidade dos magistrados e do juiz natural. Ademais, o fato da designação do presidente do tribunal de justiça durar apenas quatro meses, podendo ou não haver recondução, gera suspeitas sobre orientações acerca do perfil a ser adotado pelo magistrado em suas decisões, seja para conceder muitas liberdades provisórias, seja para decretar prisões preventivas.

Quanto ao escopo das audiências no TJRJ, o provimento limita-as às prisões em flagrante delito (art. 2º, *caput*), restringindo a disposição do CNJ. Merece louvor, entretanto, a iniciativa recente da corte fluminense em implementar as audiências para os adolescentes detidos pela prática de atos infracionais análogos a crimes, garantindo sua apresentação perante a Vara da Infância e da Juventude em até 24 horas de sua detenção⁶.

3.2. A pesquisa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Os dados utilizados na pesquisa foram extraídos dos 4 (quatro) relatórios publicados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro⁷ sobre as audiências de custódia

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 13 out. 2016.

⁶ CONSULTOR JURÍDICO. **Menor apreendido no RJ terá de ser apresentado a juiz antes da internação**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/menor-apreendido-rj-levado-juiz-antes-internacao>>. Acesso em: 13 out. 2016.

⁷ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia**, 18.11.2015. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6f06805a.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016. **2º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia**, 26.02.2016. Disponível

realizadas no TJRJ entre os dias 18 de setembro de 2015 – data de início das audiências no tribunal fluminense – e 18 de setembro de 2016.

Estes dados foram coletados pela DPERJ, a partir da entrevista dos defensores com os 5.319 custodiados neste período, ainda que este fosse acompanhado na audiência por um advogado, por meio do preenchimento de um questionário. Desses, 5.302 efetivamente participaram das audiências, enquanto 17 presos deixaram de fazê-lo.

Este questionário era composto por uma série de indagações sobre a pessoa do preso, que incluíam: suas informações básicas (nome, endereço, etc.); seu sexo (e, em se tratando de mulheres, se grávida ou não); sua auto declaração de cor da pele; sua alfabetização e grau de escolaridade; se possuía filhos (e, em caso positivo, a idade deles e se estes são portadores de deficiência); sua saúde (se portador de doença, se usuário de medicamentos com regularidade e se dependente de alguma droga); sua família (com a indicação do familiar que deveria ser contactada sobre a prisão); sua vida profissional (se trabalhava e, em caso positivo, sua profissão e renda); e seus eventuais antecedentes prisionais (se possuía ocorrências na Vara da Infância e Juventude, se possuía condenação criminal anterior e se estava gozando de algum benefício de execução penal).

A inquirição do preso prosseguia com perguntas sobre sua prisão: a data de sua ocorrência; a delegacia policial responsável pelo flagrante; a capitulação do crime imputado ao preso; se havia outros presos pelo mesmo fato (em caso afirmativo, se o preso os conhecia, e, em nova resposta positiva, há quanto tempo os conhecia e onde os conheceu); se houve arbitramento de fiança e, havendo, de qual valor teria sido a fiança e se havia sido informado da fiança fixada.

O defensor perguntava ao preso, ainda: se havia sido agredido na ocasião de sua prisão e, em caso positivo, se conseguia identificar seu agressor; se havia sido torturado (sendo a resposta afirmativa, o preso deveria esclarecer as circunstâncias da tortura); e se teve

em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/6163ecf96c05425791905cc295e8223e.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016. **3º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia**, 13.07.2016. Disponível em: <http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagens-dpge/public/arquivos/relatorio_audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016. **Relatório: Um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro**, 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>>. Acesso em: 17. Set. 2016. Gostaria de registrar dois agradecimentos: à Professora Carolina Haber, que forneceu a íntegra dos relatórios da DPERJ que embasaram a presente monografia e ao amigo André Rodrigues Vizzoni, que me auxiliou a plotar os gráficos apresentados a seguir.

o rosto fotografado por policiais militares⁸. Os presos poderiam ainda narrar sua versão para os fatos a ele imputados, que geraram sua prisão, bem como indicar suas testemunhas.

Por fim, o questionário devia ser preenchido com dados sobre as próprias audiências de custódia, com a sua data e o seu resultado (se a prisão foi relaxada, se o flagrante foi convertido em preventiva, se foi determinada a liberdade provisória do preso e, neste caso, com ou sem aplicação de medidas cautelares, se foi imposta a prisão domiciliar ou se foi imposta monitoração eletrônica).

Esta pesquisa recorreu a uma fonte de dados externa em razão da inviabilidade do subscritor em coletar por si próprio as informações que buscava num período considerável para que os dados tivessem relevância estatística suficiente para embasar conclusões sobre a experiência do TJRJ sobre as audiências de custódia. Da mesma forma, foi facilitador o fato de uma instituição respeitada e com mais recursos, como a DPERJ, já estar produzindo os dados sobre as audiências desde seu surgimento no tribunal fluminense no momento de definição do escopo deste trabalho.

Todavia, é preciso destacar que não foi possível acessar o banco de dados da DPERJ, contendo a soma das respostas de todos os questionários respondidos. Isto limita as informações disponíveis à consulta àquelas que constam nos relatórios. Muito embora a hipótese principal do trabalho – se a liberdade provisória foi ou não a regra nas decisões das audiências realizadas – possa ser verificada por meio dos parâmetros fixados pela Defensoria e constem de seus relatórios, alguns outros fatores importantes não puderam ser investigados justamente por não constarem nos informes da Defensoria (eg., quais foram as medidas cautelares diversas da prisão mais aplicadas aos réus colocados em liberdade provisória ou se foram concedidas mais liberdades aos presos assistidos por advogados ou por defensores públicos).

Neste sentido, deve-se ressaltar que algumas respostas aparecem isoladamente em um relatório, sem aparecer nos demais, o que dificulta a comparação entre períodos diversos e a extração de conclusões mais amplas dos dados apresentados. Por exemplo, a taxa de concessão de liberdade provisória de acordo com o magistrado que presidiu a audiência está disponível somente no 3º relatório, não sendo sequer citada nos demais, o que impede que se

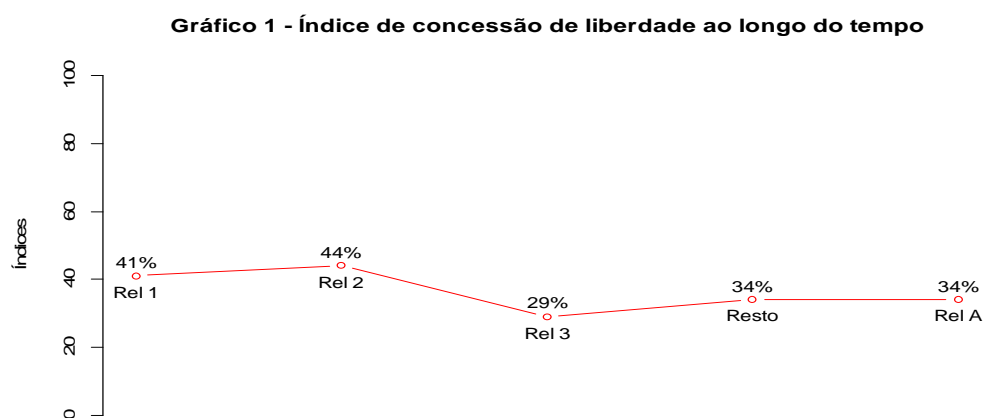
⁸ A DPERJ ajuizou a Ação Civil Coletiva nº 0131366-09.2013.8.19.0001, julgada procedente pela 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, para que agentes policiais deixassem de fotografar presos provisórios, ressalvada a sua identificação na delegacia de polícia, de forma a impedir a veiculação dessas imagens na mídia e assegurar, assim, os direitos dos presos à intimidade e à presunção de inocência. Desta forma, para a DPERJ, a fotografia de detidos em flagrante realizada por policiais enquadra-se como exemplo de abuso policial.

vislumbre paralelos entre a recondução ou destituição do juiz para a Central de Audiências de Custódia da Comarca da Capital em função do percentual de liberdades ou de prisões em suas audiências.

Feitas essas considerações, repisa-se que o objetivo do trabalho é analisar a experiência do TJRJ com as audiências de custódia, sobretudo investigando se as audiências tornaram a decretação da prisão preventiva excepcional na apreciação jurisdicional das prisões em flagrante, conforme o direito processual penal brasileiro determina, como se viu nos capítulos 2.1 e 2.2. A hipótese de que se parte é de que nas audiências cariocas foram concedidas mais liberdades provisórias do que custódias preventivas foram impostas.

3.3. Dados coletados

Dos 5.032 presos em flagrante apresentados às audiências de custódia no TJRJ, entre 18 de setembro de 2015 e 18 de setembro de 2016, somente 1.710 foram colocados em liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medidas cautelares, e outros 82 tiveram suas prisões relaxadas. Assim, a liberdade do preso ocorreu em aproximadamente 34% das audiências. Este índice, contudo, variou entre os relatórios, alcançando seu ápice no 2º relatório (44%) e chegando ao seu pior resultado no período do 3º relatório (apenas 29%), conforme demonstra o gráfico a seguir:



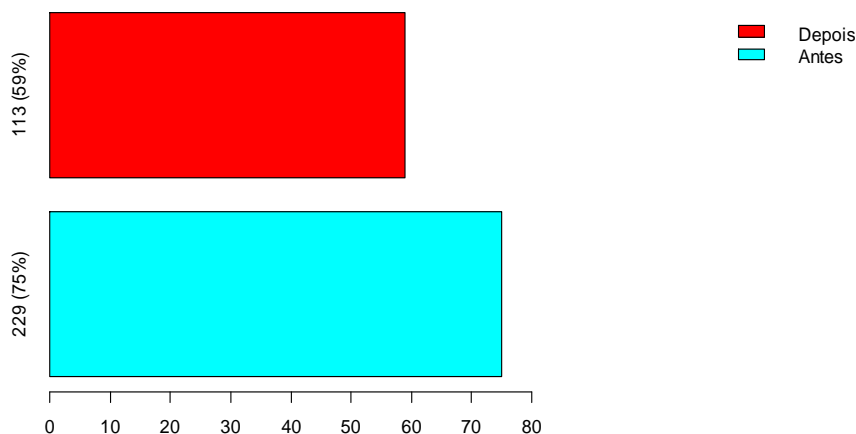
Comparação do índice de concessão de liberdade nas audiências entre os relatórios divulgados pela DPERJ.

Para poder analisar o impacto das audiências, a DPERJ, em seu 1º relatório, traçou a comparação entre as decisões judiciais sobre as prisões em flagrante realizadas um mês antes

(entre 21 de agosto e 16 de setembro de 2015) e um mês após (entre 18 de setembro e 13 de outubro de 2015) a sua implementação no TJRJ. Foram selecionados dentre os autos de prisão em flagrante anteriores às audiências apenas aqueles provenientes das delegacias policiais que faziam parte do projeto das audiências, à época da publicação do relatório.

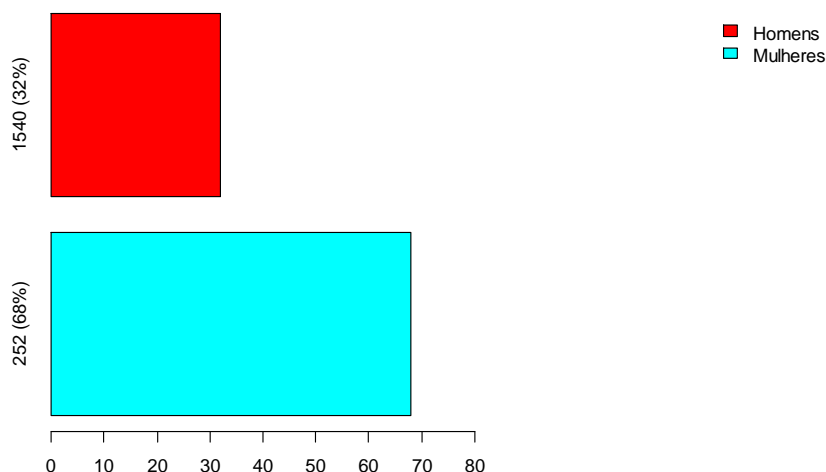
Desta forma, integraram a pesquisa 304 prisões em flagrante anteriores às audiências e os 199 primeiros presos submetidos ao juízo custodiante no TJRJ. O gráfico abaixo aponta a diferença na taxa de decretação da prisão preventiva entre os dois modelos de supervisão judicial dos flagrantes: de 75% antes e de 59% após as audiências.

Gráfico 2 - Índice de decretação de prisão preventiva antes e após as audiências de custódia



Índice de decretação de prisão preventiva um mês antes e um mês após as audiências de custódia no TJRJ.

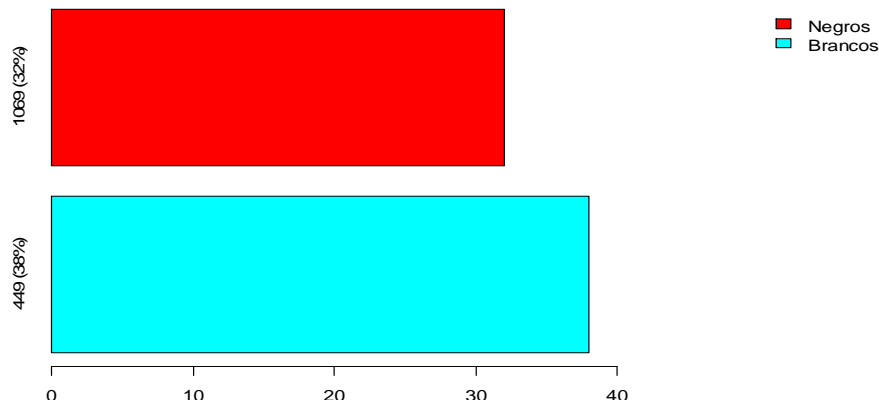
O questionário elaborado pela DPERJ permite também que se trace um perfil daquele que é submetido ao juízo custodiante no primeiro ano de audiências no TJRJ. Sobre o sexo, os homens foram maioria absoluta nas audiências (93%), enquanto as mulheres representaram apenas 7% dos custodiados nesse período. Entre os homens, o percentual de liberdade provisória concedida é de somente 32%, enquanto o de mulheres é de 68%.

Gráfico 3 - Índice de concessão de liberdade por sexo do preso

Comparação entre o índice de concessão de liberdade para homens e mulheres nas audiências de custódia.

Das 378 mulheres submetidas às audiências de custódia, 41 estavam grávidas, 8 suspeitavam que estavam e 130 não responderam. Dentre as 49 mulheres, grávidas ou com suspeita de gravidez, 27 (55%) foram colocadas em liberdade provisória e 22 (45%) tiveram suas prisões mantidas.

Quanto à cor dos presos, o critério utilizado foi o da autodeclaração. Pretos ou pardos representaram 74% dos custodiados, enquanto apenas 26% dos apresentados eram brancos (valores arredondados, já que amarelos e indígenas somados não chegaram a 1% do total de presos). Segundo a DPERJ, a taxa de concessão de liberdade a brancos foi de 38%, ao passo que o índice de soltura de pretos ou pardos ficou em 32%.

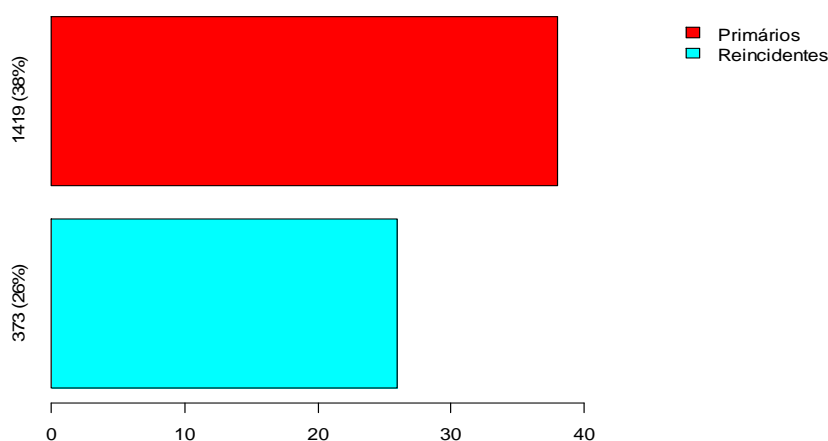
Gráfico 4 - Índice de concessão de liberdade por cor do preso

Comparação do índice de concessão de liberdade pela cor autodeclarada do preso.

Entre os custodiados, 3.526 (66%) afirmaram ter trabalho fixo no momento de sua prisão. Desses, somente 418 disseram poder comprovar a ocupação com a apresentação de sua carteira de trabalho assinada. A DPERJ não informou a taxa de liberdade provisória dentre aqueles que declararam ou comprovaram ter ocupação no momento de sua detenção.

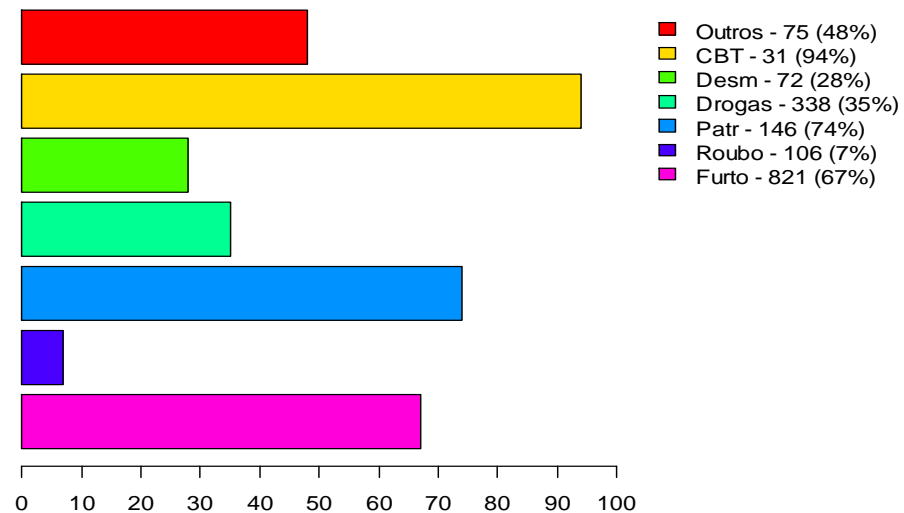
Quanto à existência de condenação criminal prévia, 1.441 responderam afirmativamente, 2.770 negativamente e 1.091 não responderam. Dentre os que afirmaram ter condenação criminal, a prisão preventiva foi decretada 1.068 vezes. Percebe-se, dessa forma, que a taxa de soltura para os custodiados que não são primários é de apenas 26%.

Gráfico 5 – Índice de concessão de liberdade para primários e reincidentes



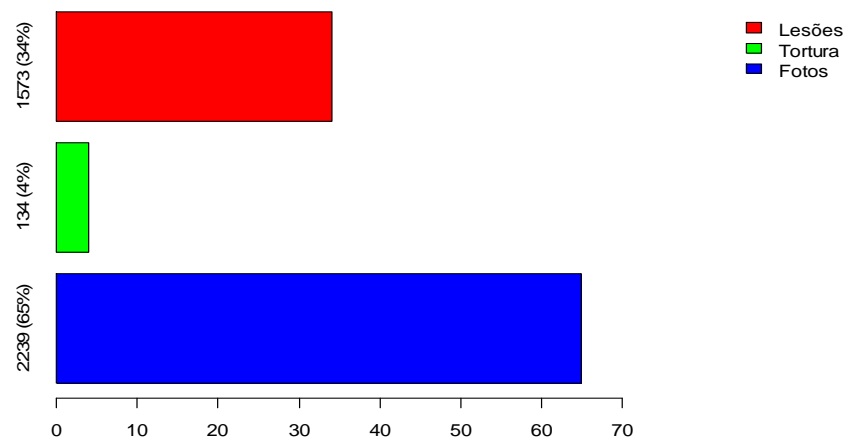
Comparação entre índices de concessão de liberdade de presos reincidentes e de presos primários.

Os delitos mais comuns entre os presos que compareceram às audiências foram furto (art. 155, CP) e roubo (art. 157, CP) e aqueles previstos na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Foram concedidas mais liberdades provisórias aos presos pela suposta prática dos crimes, nesta ordem, previstos no Código Brasileiro de Trânsito (Lei 9.503/97); de dano (art. 161, CP), estelionato (art. 171, CP) e receptação (art. 180, CP); e de furto. Os menores índices foram os dos crimes de roubo e dos delitos previstos no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003).

Gráfico 6 – Índice de concessão de liberdade por crime

Comparação entre índices de concessão de liberdade de acordo com o crime.

Como se apontou ao longo do trabalho, uma das principais finalidades das audiências é a de combater a prática de tortura ou de abusos por parte das autoridades policiais. Para avaliar o sucesso das audiências em fazê-lo, a DPERJ indagou aos próprios presos se haviam sido vítimas, de alguma forma, de maus tratos policiais. Este gênero abrigou três hipóteses indagadas aos custodiados: tortura, agressão ou ter sido fotografado na prisão. O questionário apontou que 4% dos presos disse ter sido torturados, 34% alegou ter sofrido agressão no momento de sua detenção e 65% teria sido fotografada por policiais.

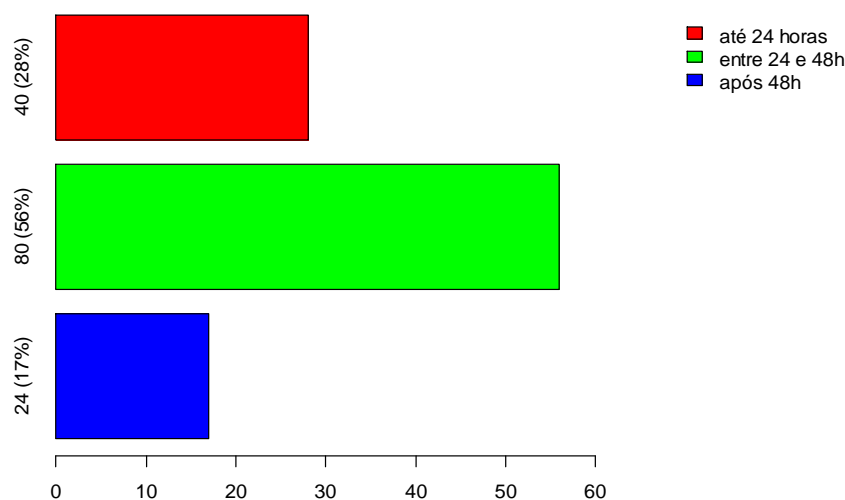
Gráfico 7 – Taxa de alegação de má-conduta policial

Taxa de ocorrência de má-conduta policial, por espécie, de acordo com as alegações dos presos.

Um dado importante sobre a efetividade da garantia do direito de comparecimento a um juiz sem demora é o efetivo intervalo entre a prisão e a realização da audiência de custódia. Este dado só consta do 1º relatório da DPERJ, quando ainda não vigorava o prazo de 24 horas para a audiência a partir da comunicação do flagrante ao Poder Judiciário previsto na Resolução 213/2015 do CNJ, não sendo citado nos demais.

Das 199 primeiras audiências no TJRJ, em 22 a data de sua realização não estava disponível. No restante, 40 ocorreram no mesmo dia da prisão, 80 em até 48 horas do momento da detenção e 24 após em mais de 72 horas da prisão.

Gráfico 8 – Tempo de realização das audiências de custódia



Tempo de demora, contado a partir da detenção do preso, para realização das audiências de custódia.

3.4. Resultados da pesquisa

A pesquisa empírica não confirmou a hipótese do trabalho. No primeiro ano de audiências de custódia no TJRJ, a liberdade não foi regra, mas exceção para os presos em flagrante. Em somente 34% dos casos, foi concedida a liberdade provisória ou relaxada a custódia. Este número, além de contrariar toda a sistemática processual penal exposta nos

capítulos 2.1 e 2.2, é também significativamente menor do que a média nacional de concessão de liberdades nas audiências, de aproximadamente 47%, segundo o CNJ⁹.

Evidencia-se, portanto, que a adoção desse novo instituto no Rio de Janeiro foi incapaz de, por si só, tornar a liberdade a regra de tratamento para o preso em flagrante. Esta foi a conclusão também alcançada por pesquisadores que estudaram a experiência de outros tribunais com as audiências de custódia¹⁰.

Apesar das audiências trazerem muitas vantagens em seu desenho institucional, antecipando o momento de apresentação da defesa do preso e permitindo seu contato direto com um juiz, subsiste a necessidade de alterar o pensamento punitivo dominante em muitos magistrados. É preciso Cláudio do Prado Amaral sobre a insuficiência das audiências para alterar todos os paradigmas do sistema de persecução penal:

O fato de se criar um momento no qual a pessoa recém detida e o juiz colocam-se frente a frente dá ensejo a um ato processual que permite o aguçamento dos sentidos e da humanidade do julgador. A medida, contudo, depende em sua maior parte da direção que os magistrados darão ao procedimento, ou dito de outro modo, dependerá da política criminal que cada juiz vier a aplicar ao velho-novo instituto¹¹.

Entre as características que se sobressaem da cultura punitiva quanto às custódias preventivas, destacam-se o juízo de periculosidade sobre os presos e prisão como antecipação

⁹ Dado disponível em: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia: dados estatísticos / mapa de implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 16 nov. 16.

¹⁰ Sobre as audiências no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: "*Tal divergência indica que as Audiências de Custódia não têm surtido efeito significativo nem quanto ao percentual de conversão do flagrante em preventiva, nem quanto ao reconhecimento da ilegalidade da prisão em flagrante, no caso específico de Salvador, em que já existia um núcleo judicial especializado na apreciação dos APFs. Por outro lado, a sua implementação é decisiva para que o magistrado possa ponderar, conforme o caso, qual a medida cautelar alternativa à prisão mais adequada às condições sociais e pessoais do flagrado*" PRADO, Daniel Nicory do. *Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 23, n°. 276, nov., 2015. Quanto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: "*De acordo com este levantamento inicial, foi possível observar que, mesmo sendo garantida ao flagrado sua apresentação sem demora a um magistrado, este não é o caminho mais seguro para se evitar ou diminuir os abusos praticados quando do decreto de prisões cautelares em nosso país. Bem demonstra isso, a lembrança de que os requisitos e fundamentos para as prisões provisórias permaneceram exatamente os mesmos, pois não foram objeto de qualquer alteração legislativa posterior a 2011. Além do mais, todo o tratamento internacional dado à audiência de custódia é claro ao apontar sua falta de vocação para abrandar a forma como cada magistrado interpreta os requisitos legais para aqueles tipos de prisão cautelar, muito menos, como pensam alguns, para diminuir o número de pessoas segregadas provisoriamente em nosso país*". MARQUES, Mauro; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, n°. 282, mai., 2016.

¹¹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Da audiência de custódia em São Paulo*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: ano 23, n°. 269, abr., 2015, p. 4-6.

de pena, desvinculada de justificativas concretas sobre sua adequação ou necessidade¹². Amplia este fenômeno o fato de que os critérios legais de decretação da prisão preventiva, como a garantia da ordem pública, são excessivamente abertos, dando margem a uma maior discricionariedade judicial, apesar da liberdade estar erigida como regra do sistema processual penal brasileiro.

Não obstante, os dados apontados pela DPERJ demonstram que as audiências tiveram, sim, um impacto na apreciação jurisdicional das prisões em flagrante, sendo capazes de diminuir o número de presos provisórios fluminenses. Em relação aos últimos trinta dias em que o modelo de leitura dos autos de prisão em flagrante estava vigente na Comarca da Capital, a porcentagem de decretação de prisões preventivas foi reduzida em 16% no primeiro mês e em 9% ao término de um ano após o início das audiências no Rio de Janeiro.

As audiências de custódia foram bem sucedidas, portanto, em reduzir o número de encarcerados no estado. Segundo os cálculos da instituição, com base nas informações do DEPEN, aplicando essa redução percentual ao total de presos provisórios no Estado do Rio de Janeiro (18.087), as audiências tirariam aproximadamente 1.630 pessoas do sistema prisional fluminense. Considerando que o Governo Estadual calcula em 3 mil reais o custo mensal de cada preso, as audiências de custódia economizariam, assim, quase 5 milhões de reais por mês aos cofres públicos.

O panorama sobre o primeiro ano das audiências apresenta, também, uma série de informações relevantes sobre o perfil dos custodiados. Apesar da dificuldade para traçar correlações entre as características dos presos e o resultado das audiências de custódia, em

¹² A prisão como antecipação indevida da pena ocorre até mesmo em imputações que não colocariam o réu em regime fechado se condenado. Neste sentido: “*Os resultados da pesquisa evidenciam que juízes e promotores de justiça não trabalham com a ideia de que a prisão preventiva é uma medida excepcional e provisória. Nesse aspecto, a virtude da pesquisa reside no fato de demonstrar que de cada três presos provisórios, cujos casos foram acompanhados até a sentença (339 de 575 processos), dois presos permaneceram privados da liberdade durante o processo para ao final serem colocados em liberdade*”. FERNANDES, Márcia Adriana. *Uso indevido da prisão provisória: a cultura punitiva em números*. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 20, nº. 239, out., 2012. Sobre o juízo de periculosidade como elemento que enseja a decretação da custódia cautelar: “*Diversas pesquisas realizadas no Brasil sobre prisões preventivas apontam para uma persistência em sua utilização como uma medida punitiva e de segurança pública, aplicável, sobretudo, àqueles indivíduos considerados perigosos, e uma ameaça à ordem pública. A medida cautelar perde a sua justificativa processual para servir às finalidades do Direito Penal, funcionando como verdadeira pena antecipada. (...) Assim, as audiências de custódia, embora se apresentem como uma medida político-criminal de redução do encarceramento provisório, pouco poderão alterar as percentuais dos presos sem julgamento no Brasil, se não houver uma mudança na percepção da finalidade da cautelar*”, VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena de Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. *Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 280, mar., 2016.

função da forma de acesso aos dados da DPERJ, cuja disponibilidade se limita àqueles presentes nos relatórios publicados pela instituição, algumas observações são pertinentes.

Enquanto as mulheres possuem o dobro de probabilidade de serem colocadas em liberdade provisória do que os homens, brancos possuem um percentual de liberdade concedida em audiência superior ao de negros. Entre as mulheres grávidas, o índice de concessão é menor do que a taxa média para o sexo feminino. Isto ocorre apesar da gravidez ser uma hipótese expressa de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, de acordo com o art. 318, IV, CPP.

De forma similar, a reincidência em crime doloso, que é um critério permissivo da decretação da custódia preventiva, ainda que se tratando de crime imputado inferior a 4 anos de prisão, por força do art. 313, II, CPP, parece ser um fator de peso na apreciação do flagrante pelo magistrado. É o que sugere o dado de que, dentre os reincidentes, somente 26% foi colocado em liberdade provisória.

Outras informações sobre o perfil dos custodiados, como possuir trabalho fixo ou filhos, que por lei afetam¹³, ou deveriam afetar, a análise sobre o cabimento da prisão preventiva não puderam ser adequadamente investigadas. Nos relatórios, estavam disponíveis apenas a porcentagem de presos que tinham trabalho ou filhos. Para relacionar essas circunstâncias com o resultado das audiências, seria preciso ter acesso à íntegra das respostas do questionários de cada preso, por meio de consulta ao banco de dados da DPERJ que não foi permitida.

A análise da taxa de concessão de liberdade por infração penal permite inferir algumas conclusões. São mais propensos a serem colocados em liberdade provisória os presos por crimes cujo cometimento não envolve violência ou grave ameaça. Tomando os delitos contra o patrimônio, por exemplo, esse fato explica a diferença entre os índices de liberdade para os detidos pela prática de furto (67,41%) ou de dano, estelionato ou receptação (74,11%) e o índice de liberdade para os presos por roubo (7,31%).

As exceções seriam as infrações penais previstas na Lei de Drogas (Lei 11.343/06) e no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). Esses diplomas não descrevem condutas de violência ou grave ameaça à pessoa em si mesmas. Todavia, as disposições jurídico-penais sobre drogas e armas estão atreladas a um imaginário de criminalidade urbana, fortemente

¹³ Possuir ocupação lícita sugere ao magistrado a aplicação da medida cautelar de recolhimento noturno (art. 319, V, CPP), enquanto ter filhos menores de idade ou deficientes permite a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar (art. 318, III, V e VI, CPP).

relacionado à noção de periculosidade, que ajuda a compreender os índices relativamente mais baixos de concessão de liberdade, de 35% e de 28%, respectivamente.

O fato de algumas das categorias que constam na pesquisa conterem mais de um crime dificulta que também seja verificada a porcentagem de imposição de prisão preventiva tendo como parâmetro a pena máxima imputada ao delito. A pena máxima atribuída ao delito, além de ser o critério mais objetivo para cabimento da custódia preventiva (art. 313, II, CPP), é capaz de demonstrar se a privação de liberdade será a reprimenda adequada àquele crime em caso de condenação ao fim da ação penal (cf. art. 44, CP).

Sendo um dos principais objetivos das audiências de custódia, os relatórios da DPERJ puderam contribuir parcialmente sobre a ocorrência de tortura ou de maus-tratos aos presos em flagrante. Embora se desconheça a existência de algum dado sobre o tema anterior às audiências, é improvável que a mera efetivação do direito do preso de comparecer em juízo já não tenha impactado positivamente no tratamento conferido aos detidos por agentes policiais.

Se somente 4% dos presos alegou ter sido vítima de tortura, consideráveis 34% disseram que foram agredidos no momento da prisão e a maioria absoluta de 65% foi fotografada por policiais (dado que mostra desrespeito à decisão do próprio TJRJ sobre a ilicitude dessa conduta). Pode-se afirmar que as audiências de custódia deram espaço para que os presos expressassem se houve violação no momento e após sua detenção. A pesquisa não possibilitou saber o que foi feito com os relatos dos custodiados, isto é, se nas audiências em que houve alegação de tortura ou de agressão, o juiz e o representante do Ministério Público tomaram providências para que a denúncia fosse investigada.

Por fim, o cumprimento da garantia de apresentação pessoal do preso quanto à sua dimensão temporal pode ser verificado apenas em relação ao primeiro mês de audiências no TJRJ, informação disponível somente no 1º relatório da DPERJ. Dessas primeiras prisões, em 56% a audiência ocorreu no dia posterior à detenção, enquanto em outras 26% no mesmo dia da detenção.

Tendo em vista que a Resolução 213/2015 do CNJ fixa o prazo de 24 horas após a comunicação do auto de prisão em flagrante à Justiça para ocorrência da audiência (fixando, assim, que esta deve ocorrer no prazo máximo de 48 horas após a detenção, como se mostrou no tópico 2.3.2), conclui-se que este prazo foi majoritariamente cumprido. Os 17% de audiências realizadas após 48h de prisão se explicam, majoritariamente, pela não ocorrência de audiências aos sábados e domingos, prejudicando os presos no fim da semana.

4. CONCLUSÃO

No Brasil, que possui a quarta maior população carcerária do mundo, 41% dos presos não foram condenados de forma definitiva. Dentre as prisões provisórias, os flagrantes são mais problemáticos sob o ponto de vista das garantias individuais porque prescindem de uma ordem judicial para sua ocorrência.

Antes das audiências de custódia, os flagrantes eram apreciados por um juiz por meio da simples leitura dos autos da prisão elaborados por um delegado de polícia. Este modelo não contava, portanto, com o contato pessoal entre o magistrado e o detido, não havendo espaço para que o preso apresentasse sua defesa.

Além disso, não havia prazo para que o juiz se manifestasse sobre a manutenção ou a revogação da custódia. Desta forma, eram frequentes casos de prisões em flagrantes manifestamente ilegais ou desnecessárias que se protraíam no tempo antes de serem invalidadas, gerando danos irreversíveis aos custodiados.

As audiências de custódia consistem na obrigatoriedade de condução do preso à presença de um magistrado no prazo de 24 horas a partir do envio do auto de sua prisão à Justiça, quando, após oitiva do preso e manifestação de Ministério Público e da defesa, o juiz decide sobre a prisão.

Surgem as audiências, assim, como modelo alternativo de supervisão das prisões em flagrante. Entre suas vantagens estão: ser mais célere na apreciação da prisão, facultar ao preso contrapor o relato policial e possibilitar que o magistrado, vendo o detido, avalie a real necessidade e adequação da prisão preventiva, reduzindo o número de presos provisórios. Ainda, têm como um de seus principais objetivos combater a tortura e os maus-tratos aos presos, prática comum na persecução policial que provoca severas críticas ao estado brasileiro.

Outrossim, as audiências dão efetividade à garantia contida no PIDCP e no CADH de comparecimento do preso imediatamente após sua prisão perante um magistrado que decidirá sobre sua liberdade, ajustando o processo penal brasileiro aos padrões internacionais. Cuida-se também de adimplir uma obrigação assumida pelo Brasil perante os demais estados signatários dessas convenções.

Por todos esses motivos, o CNJ tomou a iniciativa de implementar as audiências no Brasil no início de 2015. Provocado sobre o tema, o STF afirmou não só a constitucionalidade

das audiências de custódia, como determinou que elas fossem observadas em todo o país. Desde então, todos os tribunais estaduais e federais as adotaram.

Em que se pesem as boas intenções do CNJ em introduzir as audiências no Brasil e de regula-las por meio da Resolução 213/2015, trata-se de matéria que deve ser tratada por meio de lei em sentido estrito. Dessa forma, é preciso a aprovação do PLS nº 554/2011, apesar de pontos críticos na sua redação (como, por exemplo, a disposição de que as audiências realizadas fora do prazo não se tornam ilegais), sobretudo para que haja uniformidade na forma de realização das audiências nos Estados brasileiros.

Não obstante, devem os tribunais avançar em assegurar a plena observância da garantia do preso de comparecer em juízo, relaxando as prisões sempre que estas não forem acompanhadas da realização da audiência. No mesmo sentido, é adequado que as audiências se estendam: quanto ao objeto, para, além do flagrante, as demais formas de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro; geograficamente, para todas as comarcas brasileiras, não apenas nas capitais; e, temporalmente, para que ocorram também aos finais de semana.

O objetivo principal do presente trabalho foi avaliar a experiência de um ano do TJRJ com audiências de custódia, verificando se nessas oportunidades a concessão de liberdade provisória foi a regra para os presos em flagrante. A hipótese de pesquisa que partiu foi de que, sim, a liberdade seria regra, enquanto as prisões exceção nas audiências. Contudo, a hipótese não se verificou com os dados da pesquisa, já que a taxa de concessão de liberdade provisória no tribunal foi de apenas 34%, índice muito inferior à média nacional, de aproximadamente 47%.

Por outro lado, as informações coletadas pela DPERJ permitem afirmar que as audiências de custódia tiveram, sim, um significativo impacto na diminuição das prisões provisórias no Rio de Janeiro. Antes das audiências, a decretação da prisão preventiva ocorria em 75% dos casos; após a sua implementação no TJRJ, este número foi reduzido para 59%, no primeiro mês, e 66%, ao fim de um ano. Ao curso desse período, houve a diminuição de 9% de presos provisórios nos presídios fluminenses, o que representa aproximadamente 1.630 pessoas.

Conclui-se, por conseguinte, que as audiências de custódia são insuficientes, em si mesmas, para tornarem a liberdade regra no processo penal brasileiro, mas contribuem bastante nessa direção. É preciso conjugar os esforços pela implementação das audiências com a mudança de pensamento dos magistrados sobre a concepção das prisões preventivas

como antecipação da pena definitiva e o estereótipo de periculosidade vinculado à prática de alguns crimes que, por isso, dificilmente geraram liberdades provisórias.

Para toda mudança num sistema mais amplo, requer-se uma análise de médio a longo prazo para que suas repercussões sejam avaliadas com mais profundidade. Com as audiências de custódia, não é diferente. Desta forma, é preciso que os dados sobre as audiências permaneçam disponíveis para consulta, para que suas consequências sejam acompanhadas.

Sendo uma novidade positiva no processo penal brasileiro, é possível que o tempo confira às audiências resultados ainda mais expressivos quanto ao aumento de concessão de liberdades provisórias e reduzindo, conseqüentemente, o número de presos provisórios no Brasil, bem como apresente dados mais precisos sobre a apuração e coibição da tortura por agentes policiais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. **Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia**, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Da audiência de custódia em São Paulo*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: ano 23, nº. 269, abr., 2015, p. 4-6.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 13 out. 16.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BOTTINI, Luciano. **Sem audiência de custódia e sem habeas corpus**, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/sem-audiencia-de-custodia-e-sem-habeas-corpus>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BOTTINO, Thiago; NUNES, José Luiz; CAMPOS, Larissa de Lima; COCHLAR, João Carlos. **Por que festejar a decisão do STF sobre a audiência de custódia**, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/por-que-festejar-a-decisao-do-stf-sobre-a-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 112/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A4DD40261D1A34D1E331A35B77F4CA05.proposicoesWebExterno2?codteor=941676&filename=Tramitacao-PEC+112/2011>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____ **PEC 89/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359846&filename=Tramitacao-PEC+89/2015>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório – Volume I**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2018.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. _____. **Audiência de custódia: histórico**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. _____. **Audiência de custódia: mapa de implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 12 jun. 16.

_____. _____. **Audiência de custódia: dados estatísticos / mapa de implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 16 nov. 16.

_____. _____. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. _____. **Audiência de custódia: perguntas frequentes**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. Senado Federal. **Emenda Substitutiva de 20.12.2011, Rel. Senador Randolfe Rodrigues**. Disponível: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/101393.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____. **Emenda Substitutiva de 25.06.2013, Rel. Senador João Capiberibe**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/130902.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____. **Emenda Substitutiva de 18.09.2013, Rel. Senador João Capiberibe**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/136748.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____. **Parecer do Rel. Senador Humberto Costa sobre a Emenda Substitutiva nº 1 da CCJ ao PLS nº 554/2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=153845&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____. **Parecer nº 709, de 2016, da Comissão Diretora do Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=197816&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____. **Parecer nº 876, de 2016, da Comissão Diretora do Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=202354&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011.** Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. _____. **Texto final do PLS nº 554/2011, aprovado na CCJ em 09.09.2015.** Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF, 20 ago. 2015.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 28 out. 2016.

CANINEU, Maria Laura. *O direito à 'audiência de custódia' de acordo com o direito internacional.* In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CARMO, Sidney Gonçalves do. **Primeiro julgado em audiência de custódia é liberado por juiz,** 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/02/1594118-primeiro-julgado-em-audiencia-de-custodia-e-liberado-por-juiz.shtml>>. Acesso em: 28 out. 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem.* In: **Boletim IBCCRIM**, ano 22, nº. 254, jan., 2014, p. 2-3.

CONSULTOR JURÍDICO. **TJ-SP regulamenta audiências de custódia em até 24 horas no estado,** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-28/tj-sp-regulamenta-audiencias-custodia-24-horas>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. **Menor apreendido no RJ terá de ser apresentado a juiz antes da internação,** 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/menor-apreendido-rj-levado-juiz-antes-internacao>>. Acesso em: 13 out. 16.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014.** Disponível em:

<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia**, 18.11.2015. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6f06805a.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. _____. **2º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia**, 26.02.2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/6163ecf96c05425791905cc295e8223e.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. _____. **3º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia**, 13.07.2016. Disponível em: <http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/relatorio_audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. _____. **Relatório: Um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro**, 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>>. Acesso em: 17. Set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução do Órgão Especial nº 29/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e9c65ba8bd6e3ac3a9ee50be584e3f4a.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. _____. **Audiência de custódia: presos poderão ser encaminhados para assistência social e médica**, 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23109?p_p_state=maximized>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. _____. **TJ do Rio implanta audiência de custódia**, 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23010?p_p_state=maximized>. Acesso em 21 ago. 2015.

_____. _____. **TJ do Rio vai implantar audiência de custódia no interior do estado**, 2016. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/ca/cluster/-/noticias/visualizar/31016>>. Acesso em: 03 out. 2016.

FERNANDES, Márcia Adriana. *Uso indevido da prisão provisória: a cultura punitiva em números*. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 20, nº. 239, out., 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Absurdo retrocesso*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 285, ago., 2015, p. 1.

_____. Editorial. *Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 23, nº. 268, mar., 2015, p. 1.

_____. Editorial. “*Esse tempo, felizmente, já passou*”? In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 21, nº. 287, out., 2016, p. 1.

_____. Editorial. *O esforço de Sísifo e a audiência de custódia*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 21, nº. 252, nov., 2013, p. 1.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Relatório de Atividades 2015**. p. 36-41. Disponível em: <http://media.wix.com/ugd/e219bc_07fe56b557bc47099d8edac845b60eaa.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

LEONARDO, Hugo. *O castigo no limite do aceitável*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013, p. 7-8. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz: uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. In: **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, ano 6, nº. 17, set./dez., 2014, p. 11-23.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes. **Inocente preso 13 anos sem sentença é retrato da falência do Estado**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/limite-penal-inocente-presos-13-sentenca-retrato-falencia-estado>>. Acesso em 28 jun. 2015.

MARQUES, Mauro; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 282, mai., 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina da Rosa. *A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 287, out., 2016.

NICOLLIT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil**, 2016. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/G160141RelatorioTorturaVisitaBR2015.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. *Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 23, nº. 276, nov., 2015.

_____. *O tempo da Audiência de Custódia: pesquisa empírica participante no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 282, mai., 2016, p. 3-4.

QUEIROZ, Roger Moreira. *Com a palavra o defensor: entrevista com Roger Moreira de Queiroz – Defensor Público do Estado do Amazonas*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed., atual. até 1º de janeiro de 2013. São Paulo, Atlas, 2013.

ROSA, Vanessa de Castro. *Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 280, mar., 2016.

TORRES, José Henrique Rodrigues. *Com a palavra o juiz*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 4, ed. 7, 2014. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/11/boletim_07jurisprud3aancia_rjc_0511_web.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios de direito internacional contemporâneo**. Brasília: UnB, 1981.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena de Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. *Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 280, mar., 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória*. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, nº. 283, jun., 2016.

VILELA, Augusto Tarradt. *Audiência de custódia: uma necessidade (in)aplicável*. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 23, nº. 269, abr., 2015.

WEIS, Carlos. *Trazendo a realidade para o mundo do direito*. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, ano 3, ed. 5, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.