

Questões que Envolvem a Denominada “Audiência de Custódia”

Marcellus Polastri Lima*

Sumário

1. Introdução. 2. A Audiência de Custódia, sua Origem e Implantação no Brasil. 3. A Regulamentação Deve Ser Feita por Lei ou Existe a Possibilidade de se Fazer a Regulamentação por Resoluções de Tribunais? 4. As Resoluções dos Estados e o Confronto com a mais Defeituosa: a do Estado do Rio de Janeiro 5. Conclusão. Referências.

Resumo

A chamada “audiência de custódia”, adotada no Brasil como a forma de se representar o “sem demora” na apresentação do preso ao juiz, vem sendo implantada por resoluções, atos ou provimentos de Tribunais dos estados no país. O presente estudo procura identificar a origem da garantia e, principalmente se está ou não correto esse modo de implantação do instituto. Procura, ainda, depois de análise de algumas resoluções ou provimentos estatais, e principalmente se detendo na resolução do Rio de Janeiro, resolver questões que envolvam o tema e que precisam ser solucionadas, como são os casos do prazo ideal de apresentação do preso, a forma do procedimento e, ainda, se é possível que esse procedimento fique em sigilo, não sendo juntado nos autos do flagrante e, por consequência, não acompanhe a futura denúncia.

Palavras-chave

Prisão Provisória. Audiência de Custódia. Implantação. Prazo. Previsão legal.

1. Introdução

O presente estudo pretende analisar o instituto que é chamado de “audiência de custódia” e sua regulamentação, sendo que procura delinear a origem, as condições para implantação no Brasil e seus reflexos.

Além de fazer uma crítica sobre a questão da implantação e suas impropriedades, traz exemplos das regulamentações experimentais que estão sendo feitas no Brasil e,

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

especificamente, traz a lume a regulamentação levada a efeito no estado do Rio de Janeiro, procurando mostrar suas imperfeições, contra as quais vêm se insurgindo membros do *Parquet* fluminense, ressaltando-se, diga-se de passagem, que essa Instituição não participou da Comissão de Estudos do Judiciário (Presidência e órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) que resultou na redação da referida Resolução, o que era aconselhável, já que o Ministério Público é uma Instituição, acima de tudo, *custos legis*.

Na verdade, a apresentação do preso ao juiz “sem demora” apesar de ser uma garantia recomendada por Convenções Internacionais, como se verá, no Brasil são evidentes as imperfeições e a falta de simetria das regulamentações administrativas feitas por Judiciários dos estados-membros, o que vem gerando, na prática, um problema jurídico crônico no país, a partir do momento em que o CNJ lançou a bandeira em prol da criação de projetos-piloto para a implantação experimental do sistema nos estados brasileiros.

Assim, depois de fazer um introito sobre a medida e sua adoção no Brasil, o estudo irá se deter no exemplo de algumas regulamentações de alguns Estados, fazendo um paralelo com a Resolução do Rio de Janeiro, que tem, como já referido, graves defeitos.

Por fim, se concluirá sobre a melhor forma de se regulamentar a matéria, preservando a legalidade e sem incidir em vícios formais, além de que, segundo se pensa, com a solução que será apontada melhor se atenderá à prática do foro e o intuito tanto do legislador federal ordinário como das próprias Convenções Internacionais.

2. A Audiência de Custódia, sua Origem e Implantação no Brasil

É sabido que a apresentação do preso provisório ao juiz, em ato que no Brasil se convencionou chamar de audiência de custódia, é prevista em vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos, podendo ser elencados os seguintes:

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

Art 7.5 Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...).

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

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)

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

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

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

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

Situação mais demorada ocorre com a recomendação de apresentação do preso provisório ao juiz e, mesmo tendo havido em 2011 uma reforma acerca das cautelares pessoais no Brasil, que resultou na alteração e inclusão de vários dispositivos do CPP, e mesmo tendo, à época, sido aventada a questão sobre a implantação de uma chamada "audiência de custódia", tal medida, ao final, acabou por não ser reconhecida no texto final da reforma.

O que fez a reforma foi somente se determinar o "imediato" encaminhamento da cópia do flagrante (o que chamam de auto, mas na verdade o que encaminha é uma cópia) ao juiz (como já estava previsto e determinado na Constituição Federal), até porque, como previsto no art. 10 do CPP, o auto de prisão em flagrante, na delegacia de polícia, dá início ao "inquérito policial de investigado preso" que tem o prazo de dez dias para encaminhamento ao Ministério Público que, com base nele, apresentará denúncia ao juiz competente.

Assim, na forma do art. 310 do CPP o juiz, ao receber o "auto de flagrante" da Polícia (que pode enviá-lo ao juiz até o último minuto da 24ª hora da prisão, de acordo com o artigo 306 do CPP, deve se manifestar por uma dessas medidas: 1. Decretação da prisão preventiva; 2. Decretação de liberdade provisória; 3. Reconhecimento de eventual relaxamento de prisão; 4. Ou, ainda, substituição por medida alternativa (art. 319 do CPP).

O ponto é importante de ser aqui ressaltado, pois, apesar da CIDH já ter sido ratificada no Brasil desde 1992, até hoje não foi regulamentada em lei e, mesmo a reforma de 2011 sobre cautelares pessoais que poderia fazê-lo, não o fez, só se estabelecendo o envio dos autos "imediatamente" ao juiz, mas não a apresentação do preso "sem demora" (a chamada audiência de custódia) como preconiza a CIDH.

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

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

é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal (...) o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente².

Mas, o que se deve indagar é se a Convenção Internacional poderia ser aplicada diretamente no Brasil ou se, primeiro, precisaria ser regulamentada por lei federal³, o que se examinará no tópico seguinte.

3. A Regulamentação Deve Ser Feita por Lei ou Existe a Possibilidade de se Fazer a Regulamentação por Resoluções de Tribunais?

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

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

² Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 78 e; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 01/02/2006, § 87; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 22/11/2005, § 221.

³ “A ADEPOL adentrou com ADI para ver reconhecida a inconstitucionalidade de resolução paulista que implantou a audiência de custódia em São Paulo. Porém o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, se manifestou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) questionando provimento que instituiu “audiência de custódia” em São Paulo. A ADEPOL sustentava que a audiência de custódia é uma inovação no ordenamento jurídico paulista, não prevista no Código de Processo Penal (CPP), e somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, já que o poder de legislar sobre a matéria é do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos delegados de polícia, cujas atribuições são determinadas pela Constituição (artigo 144, §§4º e 6º). Porém não foi concedida a liminar e o PGR, Rodrigo Janot, em sua manifestação afirma que a regulamentação da audiência de custódia pela resolução paulista de forma experimental não seria inconstitucional e só “objetiva permitir que a autoridade judicial não só analise de pronto a existência dos pressupostos de manutenção da prisão e de imposição de outras medidas cautelares, mas também permita o exame da existência de indícios de tortura ou abuso de poder na prisão dos cidadãos”. Completando: “Infelizmente, como se sabe, a despeito da maioria de policiais honestos e dedicados, ainda são numerosos e frequentes os episódios de tortura e abuso perpetrados por policiais contra cidadãos, sobretudo os de condição econômica vulnerável, como é notório e apontam entidades nacionais e internacionais de defesa de direitos fundamentais”.

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

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

A questão foi apreciada no julgamento ocorrido no dia 03.12.2008 perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no HC 87.585-TO. A Corte, instada sobre o *status* da norma inserida em tratados internacionais referentes a direitos humanos ratificados pelo Brasil, por maioria, julgou que qualquer que seja a norma proveniente de convenções ou de tratados internacionais que verse sobre qualquer direito (ou seja, até mesmo sobre direitos humanos), se tiverem sido aprovadas antes da emenda complementar 45, independentemente de que tenha sido aprovação com quórum qualificado no Congresso ou não, possuem somente *status* supralegal, não tendo, assim, valor constitucional, só podendo o juiz aferir a convencionalidade de sobreposição sobre a lei em caso concreto a ser examinado. Segundo o Pleno do STF as normas de Convenções ou Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos só teriam equiparação ou *status* de norma constitucional se aprovados ou ratificados no Congresso Nacional com o *quorum* especial (quórum qualificado) de 3/5.

Como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi ratificada em 1991 (antes da EC 45), vigorando em 1992, e sem quórum qualificado e, portanto, a norma que estabelece a apresentação "sem demora" do preso ao juiz somente pode, segundo os parâmetros traçados pelo STF, ser considerada uma norma supra legal, e nunca ser equiparada a uma norma constitucional.

Destarte, o que é certo é que no Brasil o juiz, caso a caso, pode aferir a convencionalidade de uma lei federal em contraposição à norma da Convenção, ou seja, fazer com que se aplique, em detrimento do disposto em lei, norma do Tratado ou Convenção (e, no caso, é o que pode ser feito em relação à norma da CIDH que determina a apresentação sem demora do preso ao juiz). Mas atente-se: caso a caso, ou em hipótese concreta.

O que se deve indagar é se, prevendo o Pacto Internacional *de San José da Costa Rica* a apresentação do preso "sem demora" ao juiz e considerando que esse Pacto Internacional foi ratificado pelo Brasil, o mesmo já teria uma aplicação direta ou se necessitaria de uma lei federal para regulamentá-lo antes da aplicação da regra da CIDH no país. E, de outra parte, se indagar, ainda, se já se poderia adiantar sua aplicação direta, administrativamente, mediante resoluções do judiciário, como se está fazendo no Brasil.

Como é sabido, procurando fazer uma “experiência” de implantação da audiência de custódia no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça lançaram um plano piloto o “Projeto Audiência de Custódia”, advindo daí a Resolução do TJ/SP visando, de forma experimental, que os presos em flagrante fossem apresentados ao juiz no prazo de 24 horas.

A “experiência” já foi seguida por outros estados no Brasil, com o defeito de serem as normas de cada estado diferentes, ou seja, cada Tribunal está dispondo de forma diversa.

É muito questionável essa experiência feita por portarias, provimentos ou resoluções do Judiciário, pois o correto é que tudo deveria ser feito por lei federal, como já alertou Lenio Streck:

[...] pode-se dizer que a disciplina do CNJ a partir daí foi “além das suas sandálias”, que misturou alhos com bugalhos e que, a pretexto de dar consequência a uma garantia, acabou invadindo competência legislativa, ao dar nova rotina às prisões em flagrante, criando uma espécie de “etapa” para a sua conversão em preventiva. E, neste caso, dando até mesmo um tratamento desarmônico nessa coisa de subverter a “garantia de ser ouvido ao final” (pelo visto, se o legislador tivesse adaptado o CPP à Convenção, esse dispositivo não teria sido aprovado...). De todo modo, insisto, trata-se de uma questão que deveria ser debatida no plano da legislação e de uma alteração do CPP, adaptando o direito processual penal à norma da Convenção (uma vez respondida a questão dos limites desta em relação à Constituição). Cabe à legislação fazer isso [...]. Embora a AC seja uma medida bem-vinda em face da realidade de descumprimentos da própria Constituição – uma vez que a “comunicação imediata” já de há muito deveria ter resolvido o imbróglio – *isso não quer dizer que o judiciário, mormente por via administrativa, possa vir a fazer a regulamentação, mesmo que para “acatar” um dispositivo de uma Convenção. Quem deve fazer essa adaptação é o parlamento, com sanção ou veto do poder executivo [...]* (grifo nosso).⁴

É que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria e, ainda mais, o fazendo por via administrativa (já que a Audiência de Custódia no Brasil vem sendo criada por iniciativa administrativa do poder judiciário e não sendo interpretada por uma atividade jurisdicional, como

⁴ STRECK, Lenio. *Site Senso Incomum*. CONJUR. Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações? Consultado em 23 de julho de 2015.

deve ser no controle de convencionalidade). Esse é, assim, um problema de ordem constitucional-formal.

É preciso atentar ainda que, na verdade, a Constituição Federal "exige somente uma comunicação imediata (art. 5º LXII) da prisão", o que já foi, inclusive, regulamentado pela Lei Federal em 2011, mas a CIDH vai muito mais longe do que isso, pois recomenda a necessidade da apresentação do próprio preso ao juiz, sem demora.

Assim, a Convenção Internacional dispõe de uma outra forma do que reza a Constituição e, portanto, não pode ser aplicada diretamente, pois aqui não se tem uma Convenção se sobrepondo à Lei, mas sim se sobrepondo à própria Constituição. Ora, é a Constituição que agora passaria a ser lida em conformidade a uma norma supralegal? Ou o correto seria o inverso?

Evidente que deveria ser o inverso. A se defender que a norma da Convenção Internacional se aplicaria diretamente sem necessidade de uma lei federal, seria forçoso se reconhecer que aquela norma da CIDH estaria em vigor desde a ratificação da mesma pelo Congresso em 1991 e, assim, todas as prisões provisórias no Brasil desde àquela época (1992) seriam ilegais e sujeitas à anulação, o que seria absurdo.

Aliás, isso também foi notado prontamente por Lenio Streck:

[...] reconhecida a necessidade de implantação da AC, como se dará a modulação dos efeitos dessa providência? Soltemos todo mundo? Apresentemos todos os presos imediatamente aos respectivos Juizados, para "esquentarmos" as prisões? Consideremos o passado como "mera irregularidade"? [...] É claro que não é assim, machadadas, que se trata desse tipo de coisa. Ou seja: se a Convenção vale – como norma supralegal – em Pindorama desde 1992 e só agora será cumprida, não seria bom fazer uma lei regulamentando a AC, inclusive com modulação de efeitos, para evitar uma enxurrada de ações exigindo anulação de todas as ações penais em que a Convenção não foi cumprida? Ou indenizações? Não esqueçamos que os EUA pensavam que uma nulidade decorrente de inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, até que veio a primeira anulação de uma lei penal. Aí se deram conta de que, nestes casos, tinham que dar efeito *ex nunc*. As razões eram óbvias. Por aqui o CNJ pensou nisso? Já que estão pensando em análise econômica, indenizações poderiam/poderão ser um tiro no pé da Viúva"⁵.

Por todos estes motivos é que se vê que se faz necessária a aprovação de uma lei para que se legitime e se regulamente a medida. Só com uma lei federal teríamos uma efetiva implantação de uma "Audiência de Custódia" no Brasil de forma

⁵ STRECK, artigo citado.

efetiva, geral, e legítima, e não apenas uma “mera experiência, o que não se pode dar diretamente somente em vista da ratificação da Convenção Internacional, ou apenas sendo regulada administrativamente por resoluções do Judiciário. Em caso de uma mudança de lei processual penal, aí sim, teríamos a implantação efetiva a nível nacional da audiência de custódia, e com o advento de uma nova lei processual teríamos o efeito *ex nunc* (*tempus regit actum*) e, assim, a norma passaria a ter exigida sua aplicação a partir dessa lei, não havendo nulidades de procedimento diverso para casos anteriores à lei.

Na verdade, assim, a normatização da audiência de custódia no Brasil deve ser feita pela lei federal, sobretudo fixando-se um prazo que seja razoável como significante da expressão “sem demora” e se estabelecendo normas de procedimento, pois se é verdade que, supletivamente, o Estado-membro pode até fazer regulamentações que se traduzam em experiências temporárias, como está sendo feito, certas normas de validade geral e nacional têm que constar de lei federal, sob pena de se incidir em uma inconstitucionalidade formal e se dar um conflito com o CPP e, assim, ser passível de impugnação.

Se pretender aplicar direto um termo vago da Convenção (o “sem demora”) fixando-se prazos por resolução, e, ainda, de forma diferente em cada local ou estado do país, com regras diversas, de molde a se obrigar autoridades policiais e do Ministério Público e mesmo do Judiciário a cumprir tais normas, sem uma lei federal que tenha feito a regulamentação, é a meu ver muito temerário e pode incidir em vício de forma, já que é prevista a lei ordinária para tal fim na própria Constituição Federal (art. 22). Ademais, outras regras como o processamento da “audiência” seu registro e consequências do mesmo, se forem disciplinadas somente em resoluções administrativas acabarão por trazer vício de forma quando houver a confrontação disforme com a Constituição e o próprio Código de Processo Penal (os dois diplomas dispõem de outra maneira a respeito).

Além de tudo isso, necessária a implantação de uma estrutura para que a nova regra seja aplicada em todo país (e não só em algumas capitais e/ou locais como está se fazendo com as experiências feitas pelo Judiciário), tendo que ser levado em conta o risco, diante de uma provável falta de gestão adequada (o que é comum no Brasil), o que acabaria por implicar em um não cumprimento da futura norma, que ficaria só na lei (a tal da “lei que não pega”, como dito no popular). Pois, faltando estrutura, não se efetiva a Lei.

4. As Resoluções dos Estados e o Confronto com a mais Defeituosa: a do Estado do Rio de Janeiro

Grande parte dos Estados do Brasil tem aproveitado Varas Criminais ou órgãos já previstos em Organização Judiciária e com competência para atuar em flagrantes criminais para se determinar que ali se realize a chamada audiência de custódia, como se dá em São Paulo que aproveitou a estrutura do DIPO, só aumentando o número efetivo de juízes ali lotados, sendo que os juízes lotados no DIPO já seriam

"competentes" para atuar em flagrantes e, assim, se bem que de maneira duvidosa, já existiria em São Paulo obediência ao princípio constitucional do "Juiz Natural".

Após essa primeira implantação experimental em São Paulo, outros estados brasileiros também aderiram à experiência, como se vê das hipóteses mais importantes abaixo elencadas:

1. O Provimento 24.2014 do estado do Maranhão, implantou nesse estado a experiência que se dá principalmente na capital, cabendo ao juiz competente para o inquérito (central de inquéritos) ou do plantão, a realização da audiência de custódia, fixando-se, assim, um juiz natural.

De forma correta, ali se prevê o "prazo de 48 horas", como é comum na Europa e países Latinos Americanos, sendo nesse ponto elogiável, pois com a aplicação do CPP se já se dá o envio imediato dos autos e, assim, o "sem demora" deve ser ato posterior, como deflui de pura lógica (art. 2º do provimento).

Do exame do provimento, se vê que a audiência se dá "nos autos do flagrante" e ali fica registrado, não havendo qualquer "apartamento" ou o que é pior, imposição de sigilo, dizendo o art. 5º que:

Finda a audiência de custódia, a Secretaria Judicial competente deverá:

I – lavrar ata de audiência, com a decisão judicial e assinaturas dos presentes;

II – gerar cópia em mídia física (CD, DVD ou similar) da gravação da audiência, para juntada aos autos, certificando a providência.

2. A Resolução 796/2015 de Minas Gerais, fixou que a implantação na Capital e interior seria gradativa, sendo o preso encaminhado em 24 horas, junto com os autos de flagrante (art. 2º) e dispõe o §4º do art. 5º que: "§4º A audiência de custódia deverá ser registrada, preferencialmente, por meio digital, sempre que tal medida seja viável, anexando-se a respectiva mídia ao auto de prisão em flagrante".

3. Na Resolução nº 14 de Mato Grosso, se estabelece que o ato da audiência de Custódia "será juntado ao flagrante", consoante se vê no §5º do artigo 3º: "O termo de audiência, instruído, se for o caso, com a mídia, será anexado ao auto de prisão em flagrante delito, cabendo à equipe de apoio providenciar o imediato encaminhamento, ao Juízo competente, fazendo o registro respectivo".

4. Já a Portaria nº 1272/2015 do estado do Amazonas, estabelece que o preso será encaminhado em 24 horas a Juízo, "mas tal se dará somente após o encaminhamento do auto de flagrante ou da cópia do mesmo a Juízo, e assim, na prática, a apresentação do preso se dará, na verdade, em 48 horas". Acertada a medida, pois diferencia o termo "imediatamente" do termo "sem demora", como faz a legislação da maioria dos países do mundo.

Haverá um juiz natural de custódia e o juiz e todos os presentes assinam o ato, de acordo com art. 7º será lavrado auto, com preparo processual (art. 5º) e tudo se dará, como é o correto, nos autos do flagrante (art. 3º).

5. Na Resolução nº 17 de Tocantins, a apresentação do preso também “se dará em 24h depois da comunicação da prisão” e, assim, na prática, “o agente será encaminhado 48 horas depois de preso”.

E, como se vê do §7º do art. 6º: “§7º Após a realização da audiência de custódia, os autos serão encaminhados ao juízo competente”.

6. Na Resolução do OE/TJ nº14/2015 do Ceará só se dará a “audiência” na Comarca de Fortaleza, sendo remetido o auto de prisão em flagrante e o preso em 24 horas ao CIAAC, com intimação obrigatória do MP e defesa, para o ato, e dispõe o §12 do art. 4º: “Concluída a audiência de custódia, cópias dos termos serão disponibilizadas ao autuado e às partes, tomando-se a ciência de todos”.

E, conforme o art. 5º, “os autos deverão ser dirigidos ao Juízo para o qual for distribuído o expediente”.

7. Na Resolução nº 35/2015 do estado de Goiás, existe o Juízo Natural, que é o Juízo da Sétima Vara Criminal da Comarca de Goiânia, que além de aferir as providências dos artigos 310, 318 e 319 do CPP, fará a audiência de Custódia, sendo que não haverá audiência durante plantões ordinários e fins de semana.

Mas, como todas as demais resoluções até agora examinadas, não haverá qualquer “sigilo” ou “apartamento” do ato, pois, na forma dos artigos. 2º e 4º sempre se dará a audiência de custódia nos próprios autos de prisão em flagrante.

8. Por fim, a Resolução nº 1087/2015 do Rio Grande do Sul a audiência de custódia acertadamente “é feita depois do encaminhamento dos autos do flagrante conforme o CPP , ou seja, será realizada em 48 horas”.

Existe um Juiz natural, que é o Juízo da 2º Vara de Execução Penal, e é obrigatória a ciência e presença tanto do MP como da defesa.

O ato da audiência de custódia acompanhará, também, os autos de flagrante, *verbis*: “Art. 6º Parágrafo único. A mídia será encartada em envelope que acompanhará o auto de prisão em flagrante”

Mas, de todas as Resoluções ou Provimentos feitos pelo Judiciário dos estados do Brasil para se implantar experimentalmente a chamada audiência de custódia, sem dúvida que a pior é a do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa Resolução apenas se prevê uma “designação de juízes” (art. 9º) o pior que ainda o faz “temporariamente” (§2º), em um órgão que a resolução chama de CEAC – Central de Audiências de Custódia (art. 3º), sendo que a tal CEAC não é prevista em Lei de Organização Judiciária ou no Código de Normas da Corregedoria de Justiça. Ao contrário, a Organização Judiciária do Rio de Janeiro já dispõe sobre a competência dos juízes na área criminal e, em nenhum momento, se traz uma competência exclusiva (ou atribuição) para funcionar em flagrantes ou inquéritos policiais. Assim, existe um

vício formal evidente na Resolução do TJ/RJ, ou seja, a afronta ao princípio do Juiz Natural e, nesse ponto, poderá ser impugnada.

E, além disso, a Resolução no artigo 6º, estranhamente dispõe que: "Art.6º Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando-se, em seguida, o MP e defesa, se presentes ao ato". (grifo nosso)

Ora, pelo exame do dispositivo se vê que tanto a defesa como o próprio Ministério Público não precisariam estar presentes ao ato de audiência de custódia, pois só se manifestariam na audiência "se presentes ao ato".

Procura retomar assim, a Resolução do Rio de Janeiro, de forma absurda, o sistema inquisitivo do Medieval, pois, pela letra da mesma, o juiz poderá realizar a audiência sem presença das partes, só ele e o preso, agindo, portanto, de ofício ao decretar uma medida cautelar, como se isso fosse possível em vista da Constituição e do próprio Código de Processo Penal.

Afronta, assim, a Constituição ao ferir o princípio acusatório insculpido no art. 129, I, sabido que, constitucionalmente, a promoção da ação penal é ato privativo do Ministério Público. Podem querer alegar que ao se realizar a "audiência de custódia" não se tem ainda processo, mas, na verdade, o que ocorre é que nessa audiência será decretada uma medida cautelar, seja uma prisão ou seja uma liberdade provisória ou mesmo uma medida alternativa à prisão preventiva e o juiz não pode fazer isso de ofício, conforme, aliás, reza o art. 282, §2º, do CPP. Ademais o juiz não pode sair de sua imparcialidade, agindo de ofício e procedendo de forma inquisitória.

Diga-se o mesmo da falta de defesa. Como agir em uma audiência sem o defensor do preso?

E uma vez decretada uma medida cautelar, não caberia recurso ou ação de impugnação? Ora, a vingar a possibilidade de se realizar a "audiência" sem presença das partes, essas nem estariam ali para exercer o direito de impugnar qualquer ato ou recorrer.

O defeito já foi detectado por Gustavo Badaró, um dos maiores defensores da "audiência de custódia" no Brasil, mas que logo apontou o desvio da Resolução do Rio de Janeiro, *verbis*:

[...] é criticável a previsão de facultatividade da presença do Ministério Público e do defensor na audiência de custódia [...] invocando o posicionamento da CADH, a presença do Ministério Público e do defensor é obrigatória em tal ato. A presença do defensor é fundamental para fazer respeitar os direitos do preso, por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência. Além disso, possibilitará que argumentos estritamente jurídicos sobre a legalidade da prisão e mesmo sobre a necessidade e adequação de sua manutenção, substituição e revogação, possam ser expostos em paridade

de armas com o Ministério Público [...] o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bifronte: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar. Por outro lado, a presença do Ministério Público, tratando-se de ato jurisdicional, ainda que praticado na fase de investigação, também será obrigatória. Mais do que isso, com a presença do Promotor de Justiça, será possível efetivar a regra do artigo 282, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, que não permite que o juiz decrete, *ex officio*, medidas cautelares na fase de investigação. Logo, se o Ministério Público não estiver presente na audiência de custódia, e não houver requerimento de que a prisão em flagrante seja “convertida” em alguma medida cautelar, no termos do artigo 310, *caput*, do mesmo código, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, por falta de requerimento do Ministério Público. A audiência de custódia converte-se em ato essencial para completar o ato complexo e de duração continuada que se transformou a prisão em flagrante. Sem a presença de defensor e do Ministério Público, a prisão em flagrante não poderá ser convertida em qualquer medida, devendo ser considerada ilegal e relaxada a prisão [...]⁶

Além do mais, a Resolução do Rio de Janeiro, também de forma lacônica, não define o que seria o “sem demora” ou qual o prazo de apresentação do preso, dispondo o seu artigo 2º *caput* que: “Art. 2º Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, *sem demora*, ao juiz competente, a fim de realizar-se audiência de custódia” (grifo nosso).

Ora se o primeiro ponto a ser fixado nas Resoluções Estaduais é exatamente esse, no Rio de Janeiro o Tribunal de Justiça e o seu Órgão Especial ao menos se preocuparam com o óbvio, ou seja, se fixar o prazo em que o preso deveria ser apresentado. Assim, se um juiz entender que o prazo seria de dez dias poderia exigir que a audiência se realizasse nesse prazo, ou se outro magistrado, de forma mais restritiva, entender ser o prazo de oito horas, também estaria atendendo a Resolução.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível no site CONJUR DE 09.09.2015.

O defeito também foi notado por Gustavo Badaró:

(...) o artigo 2º, *caput*, limita-se a estabelecer que o preso será apresentado "sem demora", ao juiz. De todos os tribunais que disciplinaram em atos normativos internos a Audiência de Custódia, o Rio de Janeiro foi o único que não adotou um prazo cronologicamente definido, limitando-se a repetir os termos do artigo 7.5 da CADH. Toda e qualquer prisão cautelar deve estar sujeita ao princípio da legalidade, e a utilização de uma expressão sem contornos precisos aumenta a discricionariedade, o que se mostra uma opção criticável.⁷

Mas o maior defeito da Resolução do TJ/RJ (e esse é intransponível!!), é a previsão existente no parágrafo único do seu art. 6º, *verbis*: "Parágrafo único. As declarações do preso colhidas, preferencialmente, por meio digital, *serão lacradas e mantidas em separado*".(grifo nosso)

A disposição afronta o CPP e é inconstitucional na medida em que faz entender que ficarão as declarações efetuadas na "audiência de custódia" em segredo e "não sendo acessíveis" as declarações, seja para o Ministério Público, seja para a defesa.

De uma só vez afronta o art. 129, I, e VI, da CF, pois se retira o poder de promoção e tomada de providências do *Parquet* em um devido controle externo de atividade policial, em caso de haver abuso de autoridade, tortura, prática de atos passíveis de instauração de procedimento investigatório ou mesmo denúncia contra coautores (pode haver delação, chamada de *corrêu* etc), e o art. 40 do CPP, no qual se estabelece encaminhamento ao Ministério Público de notícia de crime e, ainda mais, fere mortalmente o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois impede que o *Parquet* tome conhecimento de fato que possa se constituir em crime e, dessa forma, obsta a imediata promoção pelo órgão que, privativamente deve agir de imediato.

Trata-se, assim, de norma totalmente afrontosa à lei e à CF e, portanto, também passível de impugnação.

Tal previsão não tem identidade com outras resoluções do país, como se pode ver, por exemplo, do Provimento Paulista, que no ponto dispõe nos parágrafos 4º, 5º e 6º art. 6º, que:

§4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.

⁷ Obra citada.

§5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.

§6º As partes dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.

Como argumenta Lenio Streck ⁸, tal audiência de custódia se trata de uma “audiência” “com a presença das partes”, sendo que nessa poderá haver notícia de crime, até porque será realizado exame pericial, e o acusado, mesmo tendo direito ao silêncio, pode narrar prática de crimes por outrem, o que exigirá imediato agir do Ministério Público.

Assim, é imperioso que fique o ato registrado nos autos de flagrante, e uma vez juntado ao auto do flagrante, deve se dar a obediência à Súmula Vinculante 14 do STF, ou seja, o acesso aos autos para a defesa e, quanto ao Ministério Público, é de uma clareza solar que não pode lhe ser subtraído o teor do ato. E, em se afrontando a Súmula Vinculante, seria passível até de ser impugnada a norma experimental administrativamente implantada pelo TJ/RJ por Reclamação Constitucional.

Não se pode querer entender que o “lacramento” evitaria a “contaminação” do juiz do processo pelas declarações do preso. Pois, ao contrário disso, não se pode tirar da apreciação do juiz do processo uma declaração que é produzida em audiência jurisdicionalizada, mesmo que em fase de investigação. A Itália tentou retirar a vista dos elementos de investigação do futuro juiz do processo quando de sua reforma processual penal, eliminando-se dos autos que formariam o processo penal as peças de investigação preliminar (*indagine preliminari*), para não “contaminar o juiz,”⁹ mas, na própria Itália leis posteriores mudaram esse sistema, ante a falência na luta contra o crime.

Aliás, os legisladores da reforma processual brasileira de 2008 não adotaram a novidade que quiseram implantar na Itália, pois, apesar de proposta inicial naquele sentido, foi aprovada emenda ao art. 155 do CPP, que anteriormente dizia que não poderia ser considerado o constante em inquérito ou investigação policial em decisão futura no processo, e com a emenda ficou constando do artigo 155, inserido pela Lei nº11.690/2006 de 2008, a expressão “exclusivamente”¹⁰, o que deixa transparecer

⁸ “(...) devemos tentar ler isso sob a sua melhor luz. Se for para considerar a Audiência de Custódia uma garantia, deve-se dar a ela um tratamento harmônico com as demais garantias consagradas às pessoas sob esta condição (presas). Não se pode, por exemplo, reduzir a coisa ao ponto de simplesmente levar o sujeito à presença do juiz, *sem que possa dizer nada ou sem que o juiz deva perguntar coisas a ele.* (...)” – grifo nosso – (obra citada *supra*).

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano: Cedam, 1997, p.568; GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código – Modelo Penal para a Ibero-América na Legislação Latino Americana. Convergências e Dissonâncias com os Sistemas Italiano e Brasileiro *in: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.227.

¹⁰ “Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

que tais elementos investigatórios (os inquisitoriais) ainda podem ser examinados e utilizados em fundamentação de decisões, desde que não exclusivamente, ou seja, se ratificados por provas judiciais, justamente para que não ficasse o juiz impedido de se utilizar de elementos inquisitoriais quando ratificados por provas colhidas mediante o contraditório.

Neste sentido Audrey Borges de Mendonça:

A restrição constante é que o magistrado considere *exclusivamente* os referidos elementos. A *contrario sensu*, é possível que sejam reputados na sentença condenatória elementos produzidos durante o inquérito policial, desde que apenas como reforço às provas produzidas em juízo... Dito de outra forma: o juiz pode levar em conta as provas produzidas no inquérito desde que conjuntamente com provas produzidas em *contraditório judicial*.¹¹

E pergunta-se, uma simples resolução de um estado-membro poderia dispor de forma diferente da legislação ordinária federal. É evidente que não!

A propósito, bem alertou Lenio Streck:

Alguns preconizam que esse depoimento não seja valorado como prova, ou que o juiz que o colheu fique impedido de julgar (problema: em uma análise econômica – que não é minha, é claro – isso gerará mais despesas...). Ok, mas como e por que, no sistema que temos? Seria incompreensível a não valoração. Vejamos: *Primeiro*, se nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP), não é possível que se crie administrativamente um impedimento para o juiz que fez essa audiência, que, no mínimo, nada teria de ilegal. Senão, imaginem o paradoxo: o juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas o juiz que ouviu o réu em audiência, na presença de defensor, fica impedido. *Segundo*, não há fundamento para declarar essa prova inadmissível. Se entendermos que o ato é realizado por imposição convencional (ou seja, com fundamento jurídico), a prova não tem nenhum vício processual. Qualquer provimento administrativo que diga o contrário é inconstitucional na medida em que, quando menos, interfere em questão jurisdicional, de interpretação da lei processual¹²

¹¹ MENDONÇA, Audrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 155.

¹² STRECK, artigo citado.

Assim, não se pode impedir que o depoimento do agente não seja valorado posteriormente pelo juiz, ou que o magistrado que o colheu fique impedido de julgar, já que nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto presidencial ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP ocorrido no texto reforma processual penal de 2008), e não é possível se criar administrativamente um “impedimento” para o juiz.

E, completamos que, por coerência, nem uma futura lei poderá fazê-lo, pois, caso contrário, teríamos o absurdo de que um juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura continuar podendo julgar o processo, mas aquele juiz que ouviu o réu em audiência (a de custódia), na presença de defensor, tudo de forma regular ficaria impedido. Verdadeiro contrassenso.

5. Conclusão

A apresentação do preso provisório em juízo “sem demora” é medida que deverá ser regulamentada no Brasil, já que prevista em Pacto Internacional ratificado pelo Congresso brasileiro. Porém, tal regulamentação deve ser feita por lei federal, não podendo ser regulamentada de forma definitiva por normas administrativas do Judiciário, até porque a Constituição Federal só determina que os autos sejam encaminhados ao juiz imediatamente, o que a lei ordinária já regulamenta nos arts. 306 e seguintes do CPP, e assim, uma resolução que regulamenta situação diversa, que é a apresentação da pessoa presa “sem demora”, está modificando a lei e adentrando em tema que não foi disciplinado na CF. Haveria, assim, um vício formal-constitucional.

Isso não quer dizer que não possam ser feitos projetos-piloto ou experiências, como têm sido feitos, enquanto não vem a lei federal, mas há de se ter o cuidado para que tais experiências não se tornem regulamentações definitivas, e se ter o mínimo de coerência e uniformidade dentre essas resoluções administrativas do Judiciário, sendo que o que está ocorrendo no Brasil é uma regulamentação disforme e contraditória, em uma verdadeira prática de um condenável ativismo judicial-administrativo.

Exemplo claro disso é a Resolução do Estado do Rio de Janeiro que trata da matéria, pois somente repete os termos da convenção, não estipulando qualquer prazo para apresentação do preso e, ainda, faz entender a desnecessidade da presença do Ministério Público e defesa ao ato.

Além desses claros defeitos, afronta o princípio do juiz natural, já que o órgão para o qual se dá a apresentação do preso não é previsto em lei estadual, ou seja, o juiz da audiência de custódia fixado pela resolução é um juiz meramente designado, a sabor de discricionariedade da Presidência do Tribunal e do Órgão Especial, em clara afronta ao princípio do juiz natural que é princípio constitucional.

E, ainda, na Resolução do TJ/RJ existe uma inconstitucional previsão de sigilo do ato, ou seja, o seu “lacramento” e, com isso, afronta o art. 129, I, e VI, da CF, pois retira o poder de promoção e tomada de providências do *Parquet* em controle externo de

atividade policial, em caso de haver abuso de autoridade, tortura, atos passíveis de instauração de procedimento investigatório ou mesmo denúncia contra coautores (pode haver delação, chamada de corrêu etc) maculando, ainda, o art. 40 do CPP, no qual se estabelece encaminhamento ao Ministério Público de notícia de crime.

Ora, é evidente ser necessário que o ato fique registrado nos autos de flagrante, e uma vez juntado, deve se dar obediência à Súmula Vinculante 14 do STF, ou seja, o acesso aos autos para a defesa, e não pode ser subtraído do Ministério Público o teor do ato, pois esse órgão exerce, privativamente, a promoção da ação penal pública e lhe cabe o controle externo da atividade policial.

Todo este desencontro entre as resoluções estaduais elaboradas pelos respectivos Tribunais de Justiça dos estados no Brasil, vem demonstrar como se faz urgente e necessária a aprovação de uma lei federal que implante o modelo no País, com regras uniformes e com alteração do CPP, tudo com efeito *tempus regit actum*.

Outro ponto importante é a fixação razoável do que seria o "sem demora", já que como visto já existe o envio imediato encaminhamento do auto de flagrante (ou cópia) para o juiz e, assim, o sem demora deveria ser algo posterior, até porque, com o encaminhamento do flagrante, já poderá o juiz ter relaxado a prisão, concedido a liberdade provisória, ou aplicado medida alternativa ao investigado que estava provisoriamente preso em flagrante, tornando, assim, desnecessária a chamada audiência de custódia.

O prazo, a exemplo do que ocorre em algumas resoluções de estados do Brasil, deve ser igual ou superior a 48 horas.

Aliás, somente à guisa de exemplificação trazemos alguns exemplos alienígenas, *verbis*:

- Reino Unido: 24 horas sem comunicação e depois dois dias para a apresentação ao juiz;
- França: crimes leves 24 horas, mas em crimes com pena de mais um ano 48 horas e, em circunstâncias especiais, 76 horas. Crimes de especial gravidade de 96 a 120 horas (ex. terrorismo).
- Espanha: prazo de 72 horas.
- Alemanha: "no dia seguinte", o que se entende ser um máximo de 47 horas e 59 minutos.
- Portugal: após 48 horas.
- Suécia: prazo de 72 horas.
- Colômbia: 36 horas.
- Chile e México: promotor em 12 e juiz em 24 horas.
- África do Sul: 48 horas.

No Congresso Nacional já existe proposta legislativa de alteração da redação para o art. 306 do CPP, *verbis*:

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Projeto de Lei nº 554/2011).

Em 2013 foi aprovado substitutivo que acrescentou parágrafos, delineando participação da defesa e Ministério Público na audiência, inclusive com manifestação prévia do *Parquet* e prevendo inquirição do preso por este órgão.

O projeto, entretanto, ainda pode ser aperfeiçoado, tendo em vista a consideração das seguintes possíveis modificações:

1. o estabelecimento de uma não obrigatoriedade da condução do preso, que ficaria dependente de requisição judicial, após o exame da legalidade da cópia do auto de prisão em flagrante que lhe seria encaminhado imediatamente (em até 24 horas, inclusive);

2. a dilação do prazo da audiência (passando para 48 h) e a necessária juntada do auto da audiência no flagrante integrando o feito criminal (Notas Técnicas nº 14/2014 do Ministério Público de São Paulo, e 05/2015 da CONAMP).

E, evidentemente, trata-se de “audiência” com presença de partes onde será decretada uma cautelar ou contracautela e, assim, é necessária a presença das partes e não se pode se falar em “sigilo” ou “lacramento” do ato, que deverá acompanhar o flagrante que servirá de base ao início da ação penal.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível no site CONJUR de 09.09.2015

FERRAJOLI, Luigi. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano: Cedam, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do Código-Modelo Penal para a Ibero-América na Legislação Latino Americana. Convergências e Dissonâncias com os Sistemas Italiano e Brasileiro in: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STRECK, Lenio. *Site Senso Incomum*. CONJUR. Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações? Consultado em: 23 de julho de 2015.