

REFLEXÃO CRÍTICA AO INSTITUTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Carlos Eduardo Pinto Rosa Camboim¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a análise crítica das Reclamações Constitucionais n. 24.536/AM, n. 26.053/PI, n. 31.067/MG, n. 27.757/SC, à luz do instituto constitucional da audiência de custódia. Para isso, recorreu-se às mencionadas reclamações constitucionais, bem como à ADPF n. 347/DF. Não só a crítica será objeto deste artigo, mas também os contornos sociais das decisões em comento, fazendo-se, por conseguinte, um apanhado crítico da estrutura judiciária à luz da ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas). Este trabalho propõe uma crítica-reflexiva, no sentido da defesa do instituto como forma de contenção de arbitrariedades no âmbito da prisão provisória no Brasil.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Crítica. Análise. Prisão provisória.

CRITICAL REFLECTION TO THE INSTITUTE OF CUSTODY HEARINGS IN THE LIGHT OF STF JURISPRUDENCE

ABSTRACT: This article aims to critically analyze Constitutional Claims n. 24,536 / AM, n. 26.053 / PI, n. 31.067 / MG, n. 27,757 / SC, in the light of the constitutional institute for the custody hearing. To this end, the aforementioned constitutional complaints were used, as well as ADPF no. 347 / DF. Not only the criticism will be the object of this article, but also the social contours of the decisions under review, making, therefore, a critical overview of the judicial structure in the light of ADPF n. 347 / DF (Unconstitutional State of Things). This work proposes a reflexive criticism, in the sense of defending the institute as a way of containing arbitrariness in the context of provisional detention in Brazil.

Keywords: Custody hearing. Criticism. Analyze. Provisional arrest.

INTRODUÇÃO

Em fevereiro do ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP),

¹ Bacharel em Direito pelo UniCEUB, Especialização em Direito Penal e Processual Penal, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Email: eduardoelam@hotmail.com

lançou o projeto “Audiências de custódia”², com inspiração em pactos e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 1969), conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica.

Referido projeto buscou supedâneo fático nos supracitados documentos internacionais e foi implementado por força da Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015a), à época sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Como regra, a pessoa presa deve ser conduzida, em um prazo de até 24 horas, à autoridade judiciária competente, que avaliará a legalidade da prisão. Diga-se, por oportuno, que o instituto da audiência de custódia encontra fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXII, CF/88, que é clara: “A prisão de qualquer pessoa deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente” (BRASIL, 1988).

Após cinco anos de ser implementado em nível nacional, ainda há muitos problemas para a execução do projeto em todas as comarcas e, sobretudo, problemas em relação ao respeito às finalidades da audiência de custódia. Tais descumprimentos podem ser observados em análise de casos levados ao Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, nas Reclamações n. 24.536/AM, n. 26.053/PI, n. 31.067/MG e n. 27.757/SC, o que contraria a decisão paradigma, exarada na ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas), do Rel. Min. Marco Aurélio, de 9 setembro de 2015.

O presente trabalho tem por objetivo analisar esses casos, no sentido de investigar as causas do descumprimento dos preceitos definidos pelo próprio STF como fundamentais, no âmbito das audiências de custódia, para a análise de legalidade da prisão e para a discussão das possibilidades de prevenção e de combate à tortura no Brasil.

Assim, este trabalho subdivide-se em três momentos. No primeiro, será feita uma abordagem crítica-analítica das reclamações constitucionais citadas, objeto da delimitação temática aqui proposta.

Em momento posterior, a pesquisa fará um breve esboço analítico, tendo como norte o instituto das audiências de custódia à luz dos Direitos Humanos.

Por fim, será apresentado um apanhado crítico da ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas).

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213**, de 15 de dezembro de 2015.

1 BREVE HISTÓRICO DA ADPF N. 347/DF

As quatro reclamações constitucionais ajuizadas frente ao Supremo Tribunal Federal, objetos do presente trabalho, versam sobre a mesma problemática. As causas de pedir em ambas retroagem, a fim de alcançar a decisão paradigma, qual seja, a tese firmada pela ADPF n. 347/DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que se firmou entendimento da obrigatoriedade de se apresentar a pessoa privada de liberdade em até 24 horas ao juiz competente, para este decidir sobre tal prisão (BRASIL, 2015b). Nada obstante em relação ao afirmado, poder-se-ia perguntar oportunamente se a tese firmada na ADPF n. 347/DF já prenuncia o reconhecimento do Estado Inconstitucional de Coisas e se já estaria em curso, por meio do instituto da audiência de custódia, um panorama constitucional das prisões. Uma resposta possível a essa indagação encerra-se na atual possibilidade de um controle jurisdicional pré-processual, ante a manutenção da segregação cautelar, para posterior controle jurisdicional, sem, no entanto, ater-se a qualquer aferição prévia das condições pessoais e das circunstâncias jurídicas da prisão em flagrante.

A partir dessa constatação, é possível vislumbrar-se um panorama constitucional da prisão. Esse controle exercido aprioristicamente pela autoridade judiciária se amolda ao texto constitucional de 1988 (art. 5º, inciso LXII) e ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (Brasil, 1992, art. 9º, item 3).

Ponto central quando se vislumbra um prisma constitucional da prisão é o fundamento constitucional de que a liberdade é a regra. E a segregação, ainda que cautelar, é a exceção, tendo o Estado o poder-dever de readequar toda a sistematização penal, a fim de conferir tratamento constitucional ao encarceramento em massa.

O texto constitucional, no sentido de proteção à liberdade, é claro. E encerra em si a regra, quando se extrai do texto, no sentido de garantir a não privação de liberdade enquanto durar o devido processo legal, corroborado pela presunção de não culpabilidade até sobrevir sentença penal condenatória.

2 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 26.053/PI – CRÍTICA I

A Reclamação Constitucional n. 26.053/PI (BRASIL, 2016d) apresenta como objeto da demanda constitucional a suspensão das audiências de custódia durante o recesso natalino no estado do Piauí. O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e o Corregedor de Justiça, em ato conjunto, exararam o Provimento Conjunto n. 13, de 13 de dezembro de 2016, que assim dispõe: “Suspender, em caráter excepcional, a realização das audiências de custódia no período de 17 de dezembro de 2016 a 8 de janeiro de 2017” (BRASIL, 2016c).

Logo, percebe-se não só o descaso do Poder Judiciário para com as pessoas privadas de liberdade, mas também fica evidente o quanto o sistema de justiça penal está envolto em inconstitucionalidades. O que mais deveria importar em um sistema constitucional normal é o direito fundamental à liberdade, em especial das pessoas privadas de tal direito. Com esse nível de preocupação das autoridades em relação à massa excluída e impopular da sociedade, o prisma constitucional da prisão torna-se mais longínquo, uma vez que é incontestável país afora, salvo raríssimas exceções, que tudo funciona igual.

Referida reclamação, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, indica o fundamento do instituto das audiências de custódia, a saber:

Tal ato normativo, além de desrespeitar a autoridade de decisão proferida na ADPF nº 347, compromete a observância dos artigos 9.3 do Pacto do Direitos Cíveis e Políticos (ONU) e 7.5 da Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos (OEA).³

Resta, portanto, incontestável a violação dos dispositivos mencionados acima. Não obstante, violado dispositivo constitucional, esculpido no art. 5º, inciso LXII, CF/88, reza que: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada” (BRASIL, 1988).

Embora afirme-se que o instituto da audiência de custódia encontra fundamento no Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e no Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizados pelos Decretos n. 678/92 e n. 592/92, com força supralegal, tem-se a convicção de que o

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional n. 26.053/PI**. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de dezembro de 2016.

fundamento do instituto advém, também, da Carta da República de 1988, que está no topo da hierarquia das leis no Brasil.

Em brevíssima síntese, a Reclamação n. 26.053/PI buscava, em caráter liminar, suspender os efeitos do Provimento do TJ-PI, que ordenou a suspensão da realização das audiências de custódia na comarca de Teresina, no período natalino, pleito este que foi de pronto deferido pelo STF, em sede de medida cautelar. Chama a atenção o fato de o relator remeter-se à ADPF n. 347/DF, a fim de esposar o já decidido, qual seja: que, a partir do julgado, que reconhece o Estado Inconstitucional de Coisas do sistema penitenciário brasileiro, o prazo para a apresentação da pessoa presa ocorre em no máximo 24 horas, contadas a partir da prisão. Mesmo implementado, o instituto não garante a celeridade dessa apresentação, que pode se estender para muito além dessas 24 horas. A falta de pessoal especializado e a logística para as audiências também dificultam essa apresentação à autoridade judicial, restando prazo peremptório à tomada das providências cabíveis do Estado, o que, na melhor sorte, deve levar a um incremento na sistemática das audiências.

É possível afirmar que o sistema não padece de um mal em si. Ele pode e deve ser, dia após dia, pensado e aperfeiçoado, a fim de se excluir a peça mal encaixada e de encaixar-se outras no seu lugar. Dessa forma, constata-se e enfrenta-se possíveis e aceitáveis problemas sistemáticos, desde que eles não fujam ao controle do que se pretende, como é o caso da não realização das audiências de custódia.

O papel das audiências de custódia, em ditos encaixes, é o reconhecimento da legitimidade do instituto pelos atores incumbidos da persecução penal, visto que, para a plena implementação, demandar-se-á esforços no sentido de uma grande e rigorosa articulação, a fim de concretização plena do instituto. Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 33) entendem que:

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas “de outra natureza”. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.) Os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias, a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido.⁴

⁴ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Apesar das críticas que o instituto gera na sociedade, os números revelam um controle maior do uso da prisão preventiva e do controle da alegação de violência policial no Brasil. Dados estatísticos atualizados em 31/12/2016, passados quase dois anos da institucionalização das audiências de custódia pelo CNJ, mostram a necessidade do instituto: Total de audiências realizadas: 174.242; conversão do flagrante em prisão preventiva: 93.734 (53%); concessão de liberdade provisória: 80.508 (47%); alegação de violência policial: 8.300 (5%) (OLIVEIRA, 2017, p. 90)⁵.

Resta claro que ao menos duas finalidades do instituto vêm sendo alcançadas: readequar o processo penal ao prisma dos direitos e das garantias fundamentais, e, não obstante, o contato físico do juiz com o preso, o que propicia uma redução do uso da prisão provisória e um maior controle da violência estatal.

3 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 24.536/AM – CRÍTICA II

A Reclamação n. 24.536/AM (BRASIL, 2016b) insurge contra ato do juiz auditor da 12ª Circunscrição Judiciária Militar em Manaus/AM, em razão da não realização da audiência de custódia. É importante transcrever trecho da ADPF n. 347/DF, da lavra do Ministro Marco Aurélio, que assim sintetiza a pretensão constitucional:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.** Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. **FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS CONTINGENCIAMENTO.** Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e**

⁵ OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de. **A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização.** 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, grifo nosso) (BRASIL, 2015b, p. 3).

Em outro trecho dessa reclamação, afirma o relator, o Ministro Edson Fachin, ser a realização da audiência de custódia direito subjetivo do preso (BRASIL, 2015b). Contrário a isso, fundamento maior é trazido pela Carta de 1988, nada obstante em relação aos diplomas estrangeiros já devidamente internalizados e ratificados pelo Brasil. Conclui-se, assim, tratar-se de direito objetivo da pessoa privada de liberdade, uma vez que o mandamento constitucional se insere no capítulo dos direitos e das garantias fundamentais. Pode-se perguntar, por oportuno, como uma garantia fundamental da pessoa privada de liberdade não configura direito objetivo, já que o mandamento constitucional goza de eficácia plena, o que é corroborado pelo art. 5º, § 1º, do texto constitucional, que diz: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Se fosse direito subjetivo, o preso poderia renunciar ao direito à audiência de custódia, o que o ordenamento jurídico e a sistemática do instituto não permitem.

O subjetivismo da norma encontra guarida no ordenamento, quando não cogente, ou seja, quando não é uma garantia fundamental, e sim um juízo de conveniência e oportunidade processual, o que, com clareza, não pode ser visto, tratando-se de garantia que goza de fundamentalidade e de imediatidade.

Sustenta o autor da reclamação que a não realização da audiência de custódia viola o Pacto de San Jose da Costa Rica, e, não obstante, como já decidido na ADPF n. 347 MC/DF, pleiteia, por oportuno, a nulidade da segregação (BRASIL, 2015b).

Referenciado na decisão paradigma exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347/DF, o Min. Rel. Edson Fachin decide dar provimento à reclamação, determinando ao juízo *a quo* que realize a audiência em até 24 horas, nos termos do já decidido pela Corte, no bojo da ADPF n. 347/DF (BRASIL, 2015b).

Um ponto é comum a todas as reclamações em comento: a não realização da audiência de custódia em até 24 horas. Merece destaque a Reclamação do Estado do Amazonas, pois a segregação indevida se deu com um agente público militar, e não com

um civil, como nas demais reclamações aqui discutidas. Note-se que o descumprimento do instituto permeia toda a seara da persecução penal, e não atinge apenas a clientela preferencial do sistema punitivo.

O instituto da custódia percorre ao menos três vias constitucionais. No tocante à prisão, a retirada do controle da legalidade da autoridade policial – que, diga-se de passagem, até a implementação das audiências de custódia, lhe incumbia o mencionado controle, o qual era exercido sem amparo constitucional – proporcionou ao preso o contraditório e a ampla defesa, ainda que pré-processuais, e trouxe à autoridade judiciária o controle do abuso de autoridade e, como consequência, o combate à tortura e aos maus-tratos, quando da efetivação do flagrante delito.

Outro aspecto relevante legitimador do instituto da audiência de custódia refere-se à superação, ainda que embrionária, da sistemática inquisitiva do processo penal. Tal sistematização faz, às vezes, emergir a sistemática acusatória, uma vez que o instituto visa resguardar direitos e garantias fundamentais do acusado. Para isso, retira parcela da carga probatória do juiz prevento da fase de inquérito. Indubitavelmente, essa gestão, ainda que minimamente compartilhada da prova, evita prisões desnecessárias no curso processual. Assim, alcança-se o tão almejado processo penal constitucional, o que corrobora para a regra do *status libertatis* do acusado.

4 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 27.757/SC – CRÍTICA III

É certo que, em todas as reclamações constitucionais ajuizadas ao Supremo Tribunal Federal, a controvérsia é a mesma, qual seja, a conversão do flagrante delito em medida de segregação cautelar, sem o crivo constitucional da audiência de custódia. O mesmo ocorre no terceiro caso, que é a Reclamação n. 27.757/SC (BRASIL, 2017a).

Ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, que alega, em síntese, o descumprimento de norma, por parte do juízo da Unidade de Apuração de Crimes praticados por Organizações Criminosas da Comarca da Capital/SC, que convertera o flagrante (presumido) em segregação preventiva sem a realização da audiência de apresentação. De relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a reclamação determinou a apresentação do custodiado em até 24 horas, contadas da notificação da decisão (BRASIL, 2017a).

Nota-se que estamos diante de descumprimento de instituto de direito constitucional, uma vez que a via eleita para dirimir tal pleito foi a reclamação constitucional (BRASIL, 1988, art. 103-A). Quanto a isso, o mandamento da Carta da República é claro: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente [...]” (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LXII). Diante disso, é possível concluir que, sem a apresentação imediata do preso em flagrante à autoridade judiciária, é impossível realizar um juízo eloquente da legalidade da prisão, o que confere ao instituto da audiência de custódia alta carga de constitucionalidade. É dizer: é norma de eficácia plena.

A conjugação constitucional dos mencionados incisos, esculpido no rol de direitos e garantias fundamentais, só é possível com o respeito e com a observância ao instituto de audiências de custódia. Do contrário, é tornar letra morta o texto constitucional, não sem antes ultrajar os mencionados incisos constitucionais, que se complementam homogeneamente, pois um dá causa ao outro.

Diante do exposto, afirma-se que o instituto da audiência de custódia encontra indubitavelmente suporte fático constitucional. No âmbito formal, extrai-se do próprio texto magno; e, no âmbito material, está posto como supedâneo fático do Estado Democrático de Direito. Assim, materializa-se o texto constitucional à medida que se implementa o instituto em comento. Dessa forma, é obrigatória a observância a tal instituto por todos os atores do Judiciário.

Não sendo possível, deve-se aplicar um juízo discricionário, por parte das diversas autoridades incumbidas da persecução penal, quando da escolha conveniente pela realização da audiência de custódia. Isso conduz a uma segregação ilegal. Assim, deve-se impetrar ordem de *habeas corpus*, para só então ensejar a devida realização do controle flagrancial. Em outras palavras, a mera não realização da audiência de custódia já torna a prisão ilegal e deve o custodiado ser posto em liberdade até a audiência de custódia ou passar por ela de imediato. Esse é o panorama constitucional da prisão em flagrante.

A ADPF n. 347/DF (BRASIL, 2015b) torna o instituto da audiência de custódia obrigatório. E, se não fosse no Brasil, nem precisaria de tal imposição da corte suprema do país, pois, como já afirmado neste trabalho, o instituto goza de constitucionalidade. Isso está com clarividência tipificado no texto constitucional. Note-se que os tratados de San Jose da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que

internalizaram o instituto após ser ratificado têm força equiparada às emendas constitucionais, pois ambos os diplomas versam sobre direitos humanos. No entanto, uma emenda ao texto e o núcleo de fundamentalidade do texto são definições diferentes. Portanto, a Constituição da República (BRASIL, 1988) teria preferência quanto a essa observância, pois encontra-se no topo da hierarquia legal e, inclusive, por já dispor de dispositivo similar aos internalizados pelos diplomas legais.

Ao que parece, a Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015a), buscou tão somente a publicidade do instituto da audiência de custódia, pois, como já exposto, ele existe desde a promulgação do texto constitucional. O que não havia era uma legislação que o instituísse e lhe oferecesse suporte prático, visto que o suporte constitucional é indubitável.

Nessa esteira, é possível inferir que o panorama constitucional dos direitos dos presos e apenados é extraído da ADPF n. 347/DF (Estado Inconstitucional de Coisas) (BRASIL, 2015b), mas não só dela. É crível deduzir que a superlotação carcerária é objeto do instituto das audiências de custódia, que visa, a um só passo, controlar a legalidade das prisões, como evitar o estrangulamento carcerário, ainda mais na atualidade, em que as facções criminosas comandam as cadeias. Faz-se urgente, dessa forma, uma triagem minuciosa dos futuros presos, sendo certa a segregação carcerária medida excepcional, visto a maioria dos crimes não ter violência ou não ter grave ameaça à pessoa, quando não famélicos. Caracteriza-se, portanto, o mencionado instituto como política pública penitenciária, e não somente como uma medida processual.

5 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 31.067/MG – CRÍTICA IV

Na reclamação mineira (BRASIL, 2019), logo nas primeiras linhas da decisão, afirma o relator, o Ministro Edson Fachin, que a Primeira Vara Criminal da comarca de Sete Lagoas/MG ignorou a realização da audiência de custódia.

Em outro trecho da decisão, afirma o relator não ser possível a concessão do relaxamento imediato da prisão, como explica com clareza:

Por fim, consigno que, ao contrário da explicação do STJ, ao meu sentir, a conversão da prisão em flagrante em preventiva não prejudica a alegação em apreço. Isso porque, desde o início, o impetrante rechaça a validade da prisão preventiva em razão da inobservância de norma

cogente que compreende indispensável à legitimação e validade da formação do ato construtivo e cujos efeitos permaneceram acometendo o estado de liberdade do paciente. Outrossim, inexistente notícia de que o paciente tenha comparecido pessoalmente em juízo, circunstância apta a alcançar a finalidade perseguida pela audiência de apresentação. Não há por tanto, alteração do quadro processual a induzir prejudicialidade. Não se trata, nessa perspectiva, de reduzir a audiência de apresentação a ato direcionado à enunciação meramente formal da observância procedimental da prisão em flagrante. **Ao contrário, a presença pessoal do preso tem como supedâneo otimizar, sob a ótica dos direitos fundamentais, a avaliação judicial quanto as providências descritas no art. 310 do Código de Processo Penal, de modo que conversão da prisão em flagrante em preventiva sem tal proceder traduz a irregularidade da decisão proferida.** Por outro lado, a aferição da ilegalidade não acarreta imediata soltura, tendo em vista que o juízo de necessidade e adequação de eventuais medidas cautelares gravosas consubstancia tema a ser enfrentado, originariamente, pelo juiz natural (HC 133.992, Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 11.10.2016, grifo nosso). (BRASIL, 2019, p. 3-4)⁶.

A partir desse fragmento, é possível tecer algumas críticas. O Ministro Relator deixa claro, na passagem grifada, que a não realização da audiência de custódia em até 24 horas configura clara irregularidade, pois a finalidade da apresentação tem natureza constitucional, ao passo que afirma tratar-se de juízo que amplia a ótica da incidência de direitos fundamentais aos custodiados. É dizer que, uma vez não realizada a audiência de apresentação, que é de observância cogente, e não só isso, tem o escopo de auferir a legalidade da prisão em flagrante e fazer incidir direitos e garantias fundamentais. Daí é possível afirmar a legitimidade do relaxamento da prisão, ainda que este juízo de cognição fique a cargo do juiz natural, a um só tempo, viabilizou a implementação das audiências de apresentação, ao passo que o reconhecimento dos direitos fundamentais da carta maior seria viabilizado.

A reclamação constitucional data de 2019, ou seja, quatro anos depois da decisão paradigma que torna obrigatória as audiências de custódia, ADPF n. 347/DF, de 2015⁷. Ressalta-se que, na mencionada ADPF, fora dado prazo de 90 dias para a implementação do instituto. E o que vemos é que, passados 4 anos, ainda não foram implementadas as audiências de custódia em muitas comarcas brasileiras.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 31.067/MG**. Relator: Ministro Edson Fachin. 22 de maio de 2019.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 9 de setembro de 2015.

6 BREVE ESBOÇO DO INSTITUTO DA CUSTÓDIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Ao sair da crítica *stricto sensu*, propriamente dita, como as feitas em relação às reclamações constitucionais, passa-se a uma crítica *lato sensu*, em que será lançada luz ao instituto das audiências de custódia como um todo, analisando nuances ainda pouco debatidas.

Nota-se, por exemplo, que o estado de São Paulo, desde fevereiro de 2015, já vinha implementando as audiências de apresentação, por meio do Provimento Conjunto n. 3/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo (BRASIL, 2015c). É dizer, ainda que tardiamente, os Diplomas Supralegais ratificados pelo estado brasileiro, e nada obstante o já decidido liminarmente na ADPF n. 347/DF – dito expediente legal, ou supralegal, ou, melhor ainda, constitucional –, foram objeto de impugnação frente ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP, oposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. Afirmar que quem faz a prisão quer decidir pela legalidade dela parece contraditório e antijurídico, para não dizer inconstitucional. Dito isso, na inicial da citada ADI, reclamava a classe que o instituto de custódia carecia de previsão normativa ordinária que conferisse ao instituto legitimidade, e ainda arguia que só a União poderia legislar sobre matéria processual penal. Diante disso, uma pergunta é cabível: o Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) fora recepcionado pelo Estado brasileiro pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, e como tal providência do egrégio TJ-SP poderia padecer de supedâneo legislativo?

Na Carta da República consta tal supedâneo legislativo, e assim diz o já mencionado art. 5º, inciso 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” (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo constitucional não demanda muitos esforços interpretativos. Com isso, afirma-se que o instituto das audiências de custódia é consectário lógico da Carta da República. Portanto, fazem exatos 32 anos de sua legitimação jurídico-político.

Quando a Constituição da República traz no texto o já exaustivamente mencionado dispositivo fixado no art. 5º, inciso LXII, capítulo I, Dos direitos e das

garantias fundamentais, fica claro que os direitos ali elencados são normas de direitos humanos, referências para o convívio social e democrático (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, resume, com clareza, Robert Alexy (2014, p. 94), de que se trata de direitos humanos em imersão social:

[...] Os direitos humanos são definidos por cinco características. A primeira é a sua universalidade. Todo ser humano enquanto ser humano é portador ou possuidor de direitos humanos [...] A segunda característica dos direitos humanos é o caráter fundamental do seu objeto. Os direitos humanos não protegem todas as fontes e condições imagináveis do bem-estar, mas somente interesses e necessidades fundamentais. A terceira característica diz respeito ao objeto dos direitos humanos. É a abstração. Pode-se rapidamente concordar que todos possuem um direito à saúde, mas sobre o que isso significa em um caso concreto pode ocorrer uma longa disputa. A quarta e quinta característica não dizem respeito aos portadores, aos destinatários e nem ao objeto dos direitos humanos, mas sim à validade. Os direitos humanos possuem, enquanto tais, somente uma validade moral. A quarta característica dos direitos humanos é, assim, seu caráter moral. Um direito vale moralmente se ele pode ser justificado em relação a todo aquele que admite uma fundamentação racional. A validade dos direitos humanos é a sua existência. A existência dos direitos humanos consiste, por essa razão, em sua fundamentalidade e nada mais.⁸

Por certo, há uma indagação que deve ser analisada friamente. Existe uma retórica difusa no ambiente jurídico-penal desencarceradora. Há uma crise carcerária, e não é de hoje. Logo, a razão legislativa do instituto da custódia deve ser encarada como mecanismo de defesa pré-processual, garantidora de direitos humanos, dos direitos fundamentais do indivíduo privado de liberdade.

7 APANHADO CRÍTICO DA ADPF N. 347/DF (ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS)

Ao iniciar a “análise crítica” da ADPF n. 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL perante a Suprema Corte Brasileira, alguns esclarecimentos são necessários.

Na página 2 da peça inicial, o autor intitula como “dantesca” a situação dos cárceres brasileiros e reconhece que nem todos são iguais (BRASIL, 2015b). A partir de

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

tal afirmação, é possível inaugurar um diálogo franco com o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, objeto da ADPF mencionada. De pronto, pergunta-se: onde estão as prisões brasileiras em melhores condições? E por que estão em melhores condições?

É possível concluir que a legalidade, em sentido *lato sensu*, em alguma medida, está sendo observada. No entanto, é consectário lógico dessa afirmação que a falha não é sistêmica, e sim de peças do sistema. O sistema penal é complexo e heterogêneo. E é senso comum que a observância sistemática da lei em sentido *lato sensu* é minimamente eficaz, a fim de reedificar não só as prisões, mas também os atores envolvidos na persecução prisional, muito pelo poder-dever de *backup* a que é possível de se chegar para readequar práticas administrativas e extirpar outras. É claro que este é um parecer apriorístico, e não conclusivo.

Quando se chega a essa conclusão, percebe-se que o correto manejo do conjunto de leis e de políticas públicas oferece um razoável caminho a ser percorrido intrinsecamente pelo sistema de persecução penal, o qual deve ser analisado pelo plano horizontal da política encarceradora, que é: ser um meio, e não um fim em si mesmo, reedificando minimamente o apenado. É, em suma, afirmar: mudemos as práticas dos atores, e não o sistema como um todo; busquemos aperfeiçoá-lo.

Em outra passagem da petição (BRASIL, 2015b), na qual o autor dá nome aos males do cárcere, faz-se referência à cumplicidade do Poder Público no Estado de Coisas Inconstitucional, quando se reafirma a cumplicidade com facções criminosas que loteiam as cadeias brasileiras. Isso não é fenômeno novo. Há algumas décadas, o cárcere é loteado e hoje parece ser privativo das facções criminosas, pois, se agentes públicos disputam “lotes”, são facções também. Só existe legitimidade na persecução penal e no encarceramento com o intuito de obter a concretização da finalidade pública, a ressocialização.

Aspecto analítico relevante para a criminologia é abordado por meio de números, os quais deixam claro o estrato social predominante da massa carcerária. 51,3% dos presos possuem nível fundamental incompleto, segundo dados do Infopen (BRASIL, 2017b, p. 34). Dito isso, chama a atenção o fato de que presos com menos escolaridade, ou seja, analfabetos e alfabetizados, são minoria: apenas 3,4% e 5,8%, respectivamente (BRASIL, 2017b, p. 34).

A partir desses dados, discute-se o fato de a maior parcela da massa encarcerada no país possuir escolarização muito baixa. Ou seria isso mera coincidência? É nesse ponto da presente análise que o argumento de mera coincidência não é, de pronto, aceito. Assim, é possível a seguinte inferência: esta escolarização mínima teria criado uma visão ideológica superficial, capaz de criar no futuro apenas uma espécie de ressentimento que lhe permita concluir pela potencial falência das instituições, como escola, hospital, moradia, saneamento básico etc.

A partir dessa falência, é possível fazer um *link* com outro ponto incontroverso do sistema penal, que é a indiferença do Estado para com a massa carcerária. O Estado é de direitos difusos, que deve abarcar todos, ricos e pobres. No entanto, a falência das instituições conduz a coisas inconstitucionais, produto estatal.

Já o sistema de persecução penal demonstra certo vigor seletivamente recrudescido com a “ralé”, criada pela falência das instituições. O processo de criminalização inicia-se bem cedo. Em outras palavras: a falência das instituições alimenta o encarceramento brasileiro.

Imagine essa retroalimentação estatal que encarcera os desvalidos e os oferece tratamento animalesco. Há a imposição de pena que sequer é prevista no conjunto do ordenamento jurídico pátrio, não fosse um dos sustentáculos do sistema político. É possível concluir que o dito Estado de coisas inconstitucionais seria tragado pela onda da vergonha estatal. Sem falar na ressocialização do preso, que tornar-se-á impossível. Neste momento, é notório que a única finalidade do cárcere refere-se ao processo de deslegitimação do “sistema”, o que já levou há tempos ao Estado Inconstitucional de Coisas.

Corroboram com esses argumentos o número de presos provisórios, que é de 32,39% (BRASIL, 2017b, p. 8). O manejo da prisão preventiva parece ser padrão quando se trata dos desvalidos, e convenientemente interpretado pelo magistrado quando, a muito custo, chega à persecução penal um indivíduo que diverge do padrão construído pelo sistema, nas palavras de Vera Andrade (2006, p. 171): “[...] E não pode porque sua função real é construir seletivamente a criminalidade e a função real da prisão é fabricar os criminosos”.

Caminhando na análise da petição inicial, é feita uma menção aos direitos fundamentais das minorias. Logo indaga-se acerca do papel contra majoritário, não só da

Suprema Corte, que tem obrigação moral quanto à observância desse relevante papel, mas também convocando a prestar tal serviço os juízes e tribunais. Como esses atores poderiam abster-se de desempenhar esse papel sem, minimamente, comprometer-se moralmente com a causa do sistema penal? É de comprovada obviedade a omissão, para dizer o mínimo, estatal e, principalmente, do Poder Judiciário, por ser este o responsável pela tomada de decisões a contento do próprio sistema.

Dentre os muitos papéis do Poder Judiciário, encontra-se o de contra majoritário. Justo aí reside a altivez, o poder-dever de zelar pelos direitos das minorias. Daí extrai-se a fundamentalidade dos direitos, ainda mais quando se trata de direitos “fundamentais” das minorias.

É direito fundamental porque é de minorias, de quem tem menos, de quem é impopular, repugnado pela sociedade, como os apenados, mas ainda assim tem direitos. Daí percebe-se a relevância dos mutirões carcerários, sem olvidar que são possíveis por meio de articulações e de esforços de alguns atores do sistema de persecução penal, que acabam desempenhando uma tarefa contra majoritário, não sendo incomuns críticas de parcela da sociedade.

Outro ponto discutido na petição (BRASIL, 2015b) diz respeito ao aspecto jurídico legal do cabimento do instituto do Estado Inconstitucional de Coisas frente ao ordenamento jurídico brasileiro. E remete o autor ao direito comparado, o que não seria necessário por um motivo simples: o conjunto de normas – constitucionais, infraconstitucionais e administrativas – traz no bojo mandamentos, regras de conduta de observância necessárias para a funcionalidade do Estado de Direito. E esse conjunto de normas não está sendo observado, salvo raras exceções, e de direitos se trate. Então, o instituto é compatível com o sistema jurídico-constitucional. Se não fosse compatível com o ordenamento pátrio, estar-se-ia legitimando o produto inconstitucional do Estado.

Assim, volta-se à discussão da importância do papel contra majoritário do Poder Judiciário, quando o dever é garantir direitos fundamentais de minorias. Nota-se que, agora, ele é minoria frente aos outros poderes, que também devem participar da reestruturação do Estado Inconstitucional. Não se vislumbra indevida interferência na necessária independência e harmonia entre os poderes constituídos. O objetivo claro é superar o produto inconstitucional do Estado. Em outras palavras, é reconhecer a

inconstitucionalidade das coisas, mais precisamente do sistema de persecução penal, e o gerenciamento forçado das medidas impostas para a readequação do sistema.

O sistema de harmonia não se vislumbra comprometido por motivo óbvio. Todos os poderes almejam o Estado Constitucional de Coisas, o que impõe dever ético de superação do Estado Inconstitucional, sendo tão somente a Suprema Corte o exegeta originário da Constituição.

A superação se dará pela interação entre os poderes, por meio de diálogo institucional e de cooperação constitucional, ou seja, os atores estarão em contato constante, a fim de exercer o *check and balances*, de extrema necessidade entre os poderes da República. Não obstante as interações estatais, se faz necessária a interação com a sociedade civil, ou seja, dar ouvidos aos que diretamente são afetados pelas coisas inconstitucionais: aos próprios apenados, por meio de alguma associação de ex-detentos, por exemplo, e/ou de parentes de apenados, APACS, associações comunitárias, pastoral carcerária, dentre outros atores sociais.

A superação do Estado Inconstitucional se vislumbra possível. O instrumento jurídico da ADPF n. 347 é meio idôneo para o desencadeamento do processo de reversão por meio da Suprema Corte, que, por sua vez, usaria legitimamente e constitucionalmente o poder-dever de coercitividade. Isso impulsionaria a necessária interação entre os poderes, com fiscalização rigorosa intra-poderes, para trazer a si a gerência da superação do estado de coisas, dando ampla publicidade de todos os atos praticados. Em outras palavras, a superação do Estado Inconstitucional significa a ruptura com o Brasil Colônia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se a fundamentalidade do instituto constitucional da audiência de custódia, a fim de conferir maior garantia à pessoa privada do direito fundamental à liberdade. E extrai-se do texto constitucional o fundamento de validade, nada obstante os diplomas supralegais. É um direito objetivo do custodiado ser apresentado com presteza à presença do juiz competente e, a partir desse prisma, desenvolver-se um sistema constitucional de persecução penal.

É possível afirmar que muito já foi feito com a implementação das audiências de custódia. No entanto, ainda está em curso a aplicação prática dos fundamentos de um sistema constitucional atinente ao encarceramento em massa e a consequente superação do Estado Inconstitucional do sistema punitivo. E, como analisado neste artigo, o descumprimento de realização das audiências de custódia se dá em toda a seara jurisdicional e abrange, inclusive, clientes não preferenciais do sistema de persecução penal brasileiro.

Desse modo, é necessária a união de esforços de todos os atores, não só do Judiciário, mas do conjunto da sociedade, no sentido do reconhecimento da legitimidade jurídico-constitucional do instituto, para ensejar a aplicação prática do sistema constitucional de persecução penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/47426979_Minimalismos_abolucionismos_e_eficientismo_a_crise_do_sistema_penal_entre_a_deslegitimacao_e_a_expansao>.

Acesso em: 2 fev. 2020.

BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Doctrina penal. Teoria e pratica em lãs ciências penais*. **Revista Doutrina Penal**, Buenos Aires, Argentina: Depalma, n. 10-40, p. 623-650. 1987. Disponível em:

https://www.academia.edu/8937504/alessandro_baratta_princ%3%8dpios_do_direito_penal_m%3%8dnimo_para_uma_teor%C3%8dria_dos_direitos_humanos_como_objeto_e_limite_da_lei_penal_doctrina_penal_teor%C3%8dria_e_pr%3%8dctica_em_l%3%83s_ci%3%8ancia_s_penais Acesso em: 2 fev. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BRASIL. Decreto 678. **Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015**. 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 9 de setembro de 2015b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento Conjunto n. 03/2015**. 2015c. Disponível em:
<<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP**. 25 de março de 2015d. Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/177573307/andamento-do-processo-n-5240-do-dia-30-03-2015-do-stf?ref=feed>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional n. 26.053/PI**. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de dezembro de 2016a. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311018328&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional n. 24.536/AM**. Relator: Ministro Edson Fachin. 30 de junho 2016b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309859738&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento Conjunto n. 13, de 13 de dezembro de 2016**. 2016c. Disponível em:
<<http://www.tjpi.jus.br/corregedoria/uploads/atos/2439.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 26.053/PI**. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de dezembro de 2016d. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5113735>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional n. 27.757/SC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 16 de outubro de 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312309656&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen. jun., 2017b. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional n. 31.067/MG**. Relator: Ministro Edson Fachin. 22 de maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340248577&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? | *Custody hearings: institute of downcarcerization or reaffirmation of stereotypes?*. **Revista Justiça do Direito**, maio/ago, v. 31, n. 2, 2017, p. 279-303. Disponível em: <<https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7153>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de. **A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização**. 2017. 236 f., Dissertação (Mestrado em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.