

Sistemas Judiciales

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia

Litigación y sistema por audiencias

Ileana del Rosario Pérez López Litigación oral con perspectiva de género, la experiencia de Nicaragua en materia procesal civil • **Mauricio Duce** Condena de inocentes y litigación en juicio oral: resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial • **José Luis Castellón Sosa y David Fernández Mena** La litigación de las medidas cautelares en un entorno hostil: la experiencia mexicana • **C. Adèle Kent y Peter Aadoson** La conducción de audiencias con litigantes auto representados: la experiencia de Canadá • **Alexandre Morais Da Rosa y Fernanda E. Nöthen Becker** Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação • **Constanza Gigena** Audiencias cautelares en Bolivia: hallazgos centrales de un estudio empírico • **Reflexiones** • **Temas generales** • **Debates** La litigación oral en los procesos reformados: experiencias de México, Panamá, El Salvador y Uruguay • **Reseñas**

Alexandre Morais Da Rosa y
Fernanda E. Nöthen Becker

Doutor em Direito (UFPR). Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC). // Mestranda em Direito (UFSC). Analista jurídico (TJSC)

Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação

Introdução

Sem dúvidas, a dimensão em que a audiência de custódia se localiza é a da vida real; do estado de coisas que acabou por conformar ou deformar a previsão em abstrato da lei. A realidade em termos de recursos finitos com que o Estado conta, mais finitos ainda quando se trate do sistema prisional e de persecução penal, recomenda e dá razão de ser à medida da audiência de custódia. A repelência que casos de injustiça provoca para aqueles que tratam do problema do delito e sua gestão legítima o esforço e os custos da medida, bem assim sua imediatidade no ordenamento jurídico brasileiro pela via rápida da edição de resolução administrativa. Essa repelência diante da possibilidade de injustiças e erros, ademais, deveria existir. E para isso a audiência de custódia. Porém, como em outras searas, a generalização é uma atitude que despreza a complexidade do real e representa um modo confortável de viver, em que não se é confrontado pela possibilidade maior de errar. Afinal, para aqueles que judicam no crime, quanto não custará tomar

consciência de que, da grande parcela de culpados, existem os azares da existência, as injustiças, o jogo sujo, que resultam nos casos dramáticos de prisões malconduzidas, de prisões desnecessárias, de prisões desproporcionais. Viver fundamentando a existência numa dicotomia facilitada e pronta para usar das generalizações denota um conforto monárquico daqueles que detêm o poder e com ele identificam-se. Assim, as generalizações em desfavor dos que estão expostos ao sistema prisional medieval em vigor são a raiz cínica que resiste à efetivação real da audiência de custódia.

No entanto, para aqueles que partem de matriz cognitiva que leva a presunção de inocência a sério, a ideia da “audiência de custódia” é solução intuitiva de modelo possível para se coibir os conhecidos abusos da prisão em flagrante e seu mau uso. A louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça apenas regulamentou a previsão legal já existente no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica),

reforçada diante do reconhecido *status* supralegal desses documentos. Abusos, ilegalidades, torturas ou maus-tratos que até então eram (deveriam ser) verificados apenas após o decurso de longos dias, meses (em alguns casos até anos) até quando da audiência de instrução e julgamento – e se nela pudessem ser verificados. Assim como a prisão em flagrante exige o calor da evidência do delito ainda, da mesma forma a audiência de custódia se fundamenta nessa premissa, pois o contato imediato do juiz com o conduzido e testemunhas pode representar aproximação mais fiel dos fatos, do suposto autor do delito e de suas circunstâncias e risco à garantia da instrução.

Em ambiente em que a racionalização em desfavor do acusado é premente, quantas prisões já não foram mantidas “já que o acusado ficou preso até agora”, dentre outros argumentos confessos ou inconfessos de natureza pouco republicana. Tudo isso para que se mantivessem coerência procedimental e racional, diante de erros que a falta de uma iniciativa tal qual a da audiência de custódia poderia conduzir o juiz. Da análise das prisões em flagrante, um contato imediato juiz-conduzido sempre figurou como alternativa à narração padronizada dos Autos de Prisão. Os mecanismos práticos que se instauram em qualquer profissão compreendem a narrativa e instrução pasteurizada dos autos, em que cada um é mais um, e perfeitamente aptos a diluir abusos, inclusive de ordem física. O auto de flagrante se torna, assim, incapaz de coar as peculiaridades de cada caso, e a decisão que se seguirá tendo em vista apenas a narrativa é angustiada. Ou deveria ser, diante da gravidade da prisão preventiva e seus impactos no sujeito. Daí a importância das regras do jogo, da legalidade, serem respeitadas.

A perspectiva da audiência de custódia que ora se propõe apresentar considera a interação da normativa, dos agentes e da realidade tal como acontece, e que foi desenvolvida em sentido amplo no livro “Guia do Processo Penal

conforme a Teoria dos Jogos”¹. E essa perspectiva se dá com base na metáfora do Jogo², aproximada à disputa no processo, em que a matriz formal teórica encaixa-se como dispositivo possível para que se possa analisar de forma mais aproximada ao que efetivamente acontece, dada a relevância do fator da interação em sua abordagem.

A capacidade de se desenhar a interação possível e seus resultados, antecipando consequências em vista de se estar diante de jogadores distintos, com mapas mentais e convicções que não são homogêneas apesar da homogeneidade das posições que ocupam no processo, e a capacidade de lhe reconhecer as peculiaridades ganha relevância maior: pode ser a diferença entre vitória e derrota. Isso porque a partir da matriz do jogo pode-se estar preparado para atuar diante da multifacetada realidade, cuja intromissão violenta no mundo das prescrições abstratas é impactante. Assim é que a relevância e importância que se deve dar à leitura dos contextos, bem como à interação humana no âmbito da audiência de custódia, implica compreender que, dada a largada, isto é, aberta a audiência, esta passa a se situar no campo do acontecimento, deixando de ser um sistema estável e linear, transmudando-se em instável e dinâmico – daí que o seu objetivo pode ser descaracterizado, em espécie de protesto contra a medida, em demonstração de que a matriz inquisitória pode continuar operando apesar de se realizar a audiência de custódia.

1 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

2 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 40: “Daí a Teoria dos Jogos para compreender o comportamento dos jogadores (internos e externos), capazes de, a partir deles, indicar as regras do jogo, mapeando as recompensas e estabelecendo as táticas e estratégias (dominantes e dominadas) em face de jogadores processuais reais. Explicar depois – retrospectivamente – os acontecimentos é tarefa mais fácil do que prever. O desafio será antecipar os movimentos de cada um dos jogadores, monitorando as recompensas e, assim, as táticas e estratégias dominantes/dominadas, o que fornecerá maior amplitude de visão e movimentação.”

1. Audiência de custódia e legalidade³: sua implementação

O julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 declarou “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional brasileiro; ainda, definiu que todos os estados deveriam adotar a audiência de custódia dentro de 90 (noventa) dias da publicação do acórdão. Essa medida possibilitou a edição da Resolução n. 213/2015 pelo Conselho Nacional de Justiça.

A implementação da audiência de custódia no Brasil surge no contexto da nova Política Nacional de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). As diretrizes gerais do Projeto Audiências de Custódia foram sedimentadas como finalidades dessa política, consagrada pela Portaria n. 495, de 28 de abril de 2016, do Ministério da Justiça (MJ), em que constam cinco eixos de atuação: I– promoção do desencarceramento e da intervenção penal mínima; II– enfrentamento à cultura do encarceramento e desenvolvimento de ações de sensibilização da sociedade e do sistema de justiça criminal sobre a agenda de alternativas penais e o custo social do aprisionamento em massa; III– ampliação e qualificação da rede de serviços de acompanhamento das alternativas penais, com promoção do enfoque restaurativo das medidas; IV– fomento ao controle e à participação social nos processos de formulação, implementação, monitoramento e avaliação da política de alternativas penais; e V– qualificação da gestão da informação⁴.

Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal tem determinado ao juiz local que este

cumpra a audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. A título de exemplo, a Medida Cautelar na Reclamação n. 27757/SC segue a linha de decisão que determinou a realização de audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas em caso de descumprimento, que normalmente ocorre pela falta de estrutura do Poder Executivo em apresentar o preso para a audiência, providenciando o aparato de condução, conforme Rcl n. 27.393, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, Dje 19.6.2017; Rcl n. 25.717-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, Dje 8.5.2017, dentre outras.

Apesar de prevista internamente em Resolução do Conselho Nacional de Justiça, é o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que determina: “Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. Diante do já reconhecido caráter supralegal das normas internacionais incorporadas em nosso ordenamento, não se pode falar de ausência de lei para a consolidação da audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça⁵.

Quanto ao que seja a “condução sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei”, é interessante trazer o paralelo de legislações estrangeiras, quanto ao prazo de apresentação do preso⁶. No Reino Unido: 24 horas sem comunicação e depois dois dias

³ Extraído de compilação por mim elaborada no artigo <http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>

⁴ www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf/@download/file. Pág. 5-6. Acesso em 17.11.2017.

⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça e os pactos internacionais de direitos humanos. Revista Jurídica, Porto Alegre, v.63, n.454, p. 81-86, ago./2015. P. 83.

⁶ LIMA, Marcellus Polastri. Questões que envolvem a denominada “audiência de custódia”. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.60, p. 205-222, abr./jun. 2016. P. 221.

para a apresentação ao juiz; França: crimes leves 24 horas, mas em crimes com pena maior de um ano 48 horas, e, em casos especiais, 76 horas. Crimes de gravidade especial de 96 a 120 horas (ex. terrorismo); Espanha: prazo de 72 horas; Alemanha: “no dia seguinte”, o que é entendido como um máximo de 47 horas e 59 minutos; Portugal: após 48 horas; Suécia: 72 horas; Colômbia: 36 horas; Chile e México: apresentação ao promotor em 12 horas e ao juiz em 24 horas; África do Sul: 48 horas.

Em 20.08.2015, na ADI 5.240/2015, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o Provimento-Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que criou a audiência de custódia. Também julgou a ADPF 347 MC/DF, que estabeleceu a obrigatoriedade de comparecimento em 24 horas perante a autoridade judiciária com base na normativa internacional⁷.

Por fim, mediante regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia transformou-se em política pública. Trata-se da Resolução CNJ 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Os fundamentos da normativa se encontram em diversos documentos: o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, dispondo a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; a letra

“a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, que defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos; a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente; uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; a previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), que consigna ser a prisão medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas; as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão; o fato de que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

⁷ VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia - A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.105, n.970, p. 195-208, ago./2016. P. 196.

Assim, toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou condução. Nesta audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. A não realização da custódia torna ilegal a prisão.

Veja-se que a previsão constante do art. 9º, “3”, do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político das Nações Unidas e art. 7º, “5”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ganhou caráter obrigatório e vinculante após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (Adin 5240 e ADPF 347), nas quais se reconheceu a eficácia normativa da determinação em território brasileiro. Assim é que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou as Resoluções ns. 213 e 214 dispondo sobre a forma como a Audiência de Custódia deve ser realizada, bem assim os Protocolos I (Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia) e II (Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

O CNJ apenas conferiu densidade à normativa internacional, a ser substituída por lei assim que o Congresso Nacional deliberar sobre o tema. Mas diante da mora do Congresso Nacional a atitude do CNJ está em consonância com as decisões do STF. A sistemática do art. 306 do CPP, pois, com a incidência da normativa internacional, não será mais suficiente (CNJ, Res. 213, art. 1º, § 1º), devendo acontecer o contato direto do conduzido com

a autoridade judiciária, em audiência (que poderá ser no estabelecimento prisional – parágrafo único do art. 2º), salvo as hipóteses do § 4º, do art. 1º, da Resolução n. 213.

Excepcionalmente, segundo a Corte Interamericana, pode-se realizar por videoconferência, desde que justificada a situação fática, não podendo advir da mera comodidade dos sujeitos (Juiz, Ministério Público, Defensor, etc.). Se o defensor do custodiado estiver noutra comarca é viável sua participação por videoconferência.

A audiência será conduzida pelo Juiz, com a participação do Ministério Público e Defensor (particular ou público). No caso de defensor ter acompanhado o flagrante, deverá ser notificado para comparecer à audiência de custódia (CNJ, art. 213, art. 5º); nas demais hipóteses o conduzido será atendido pela Defensoria Pública (CNJ, art. 213, art. 5º, parágrafo único). Onde não houver Defensoria instalada, o Juiz deve previamente nomear defensores dativos para a audiência de custódia.

É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia (CNJ, art. 213, art. 4º, parágrafo único), justamente para evitar qualquer modalidade de pressão, dadas as finalidades do ato. A audiência de custódia tem por objetivos precípuos verificar a regularidade da prisão (CPP, art. 302 e 303) e eventual prática de tortura; e analisar a necessidade de medidas cautelares diversas da prisão cautelar (CPP, art. 319 e Lei da Violência Doméstica, art. 22) e os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312), bem assim promover o encaminhamento de providências sociais.

O acusado deve ter assegurado o direito de atendimento prévio e reservado com o defensor, sem a presença dos agentes policiais ou de segurança, mas possível outro servidor público neutro, tendo em vista a garantia da

confidencialidade (CNJ, art. 213, art. 6º). Se for estrangeiro a assistência consultar e de tradutor, caso necessário, bem assim de LIBRAS. Registre-se que o uso de algemas é exceção, diante da Súmula Vinculante 11, do STF, o uso e manutenção de algemas deve ser modificado, não bastando a conveniência ou práticas já consolidadas, uma vez que a justificação deve ser idônea e analisada em cada caso, sob pena de nulidade do ato⁸.

No ato da audiência, as perguntas devem se vincular às finalidades. Não serve para confissão preliminar da conduta. O objeto da audiência é o de verificar a regularidade da prisão (em flagrante ou do mandado), a existência dos requisitos legais para decretação ou manutenção (no caso de cumprimento de mandado de prisão), sempre à requerimento do acusador, vedado de ofício, salvo nos casos de leniência com a tortura por parte do Ministério Público e da função de garante do Juiz que pode ser responsabilizado pela omissão (Lei da Tortura n. 9.455/07, art. 1º, § 2º). Isso porque a finalidade é a de averiguar a prática de tortura pelo Estado em face da contenção cautelar do agente. Os Protocolos I e II, anunciados pelo CNJ, auxiliam na orientação das perguntas e formas de atuação do Juiz Garante.

Ainda, é relevante a criação do Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), mediante o qual o CNJ criou um sistema de registro das informações referentes à audiência de custódia como um todo – tipo de delito flagrante, tipo e quantidades de medidas cautelares concedidas, partes, denúncias de tortura, etc. Assim, cada preso no Brasil terá uma autoridade judicial responsável pelo ato, com as consequências daí advindas (CNJ, art. 213, art. 7º). Por este mecanismo, a cadeia de custódia do

conduzido será monitorada, facilitando a obtenção de dados e apontando quem poderá ser responsabilizado pelas violações de Direitos Humanos.

Ainda, a fim de concretizar a monitorar a aplicação da audiência de custódia, bem como da prisão de adultos e adolescentes, a Resolução CNJ 214, de 15 de dezembro de 2015 criou o Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório. O objetivo é dar transparência às prisões e conduções realizadas. Cabe ao GMF a estipulação dos procedimentos à efetivação da normativa do CNJ, bem assim articular com a rede e as Centrais de Penas Alternativas e de Monitoramento, ações conjuntas de efetivação de controle das cautelares e encaminhamentos sociais.

Embora se saiba da falta de estrutura do sistema penal em geral, não se pode tolerar a não implementação sob justificativas dessa natureza. O grave problema é manter-se um regime de prisão cautelar em que não há controle efetivo sobre as práticas da força policial, em que as reiterações de violações não são exceção. O Juiz precisa assumir seu lugar de garante e responder por sua atuação. O CNJ ao dar efetividade à normativa internacional, no fundo, promove a transparência e *accountability* do Poder Judiciário em face de qualquer pessoa segregada do seu direito de ir, vir e ficar. A qualidade da prisão e da decisão judicial restam potencializadas. Daí a importância da normativa complementar editada pelo Conselho Nacional de Justiça que torna homogênea a prática das audiências de custódia.

8 CANI, Luiz Eduardo. Não realização de audiência de custódia gera defeito processual insanável, sendo necessário revogar medida(s) cautelar(es) sem possibilidade de exercício do contraditório. Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.18, n.71, p. 141-158, nov./dez. 2015. P. 154.

2. Fatores que limitam a cognição na audiência de custódia

O processo de tomada de decisão deve ser transparente e a maneira de abordá-lo deve necessariamente passar pelo diálogo necessário sobre impacto humano e emoções⁹. O objetivo é discutir os processos mentais subjacentes de tomada de decisão no momento da audiência de custódia¹⁰. A bifurcação que atravessa o caminho entre a prisão e a soltura na audiência de custódia é povoada por critérios individuais no tocante à gravidade, probabilidade de ação futura do conduzido e o impacto emocional que a conduta, o acusado e eventual vítima promovem no sujeito juiz. Há um juízo de utilidade da prisão, com postura de assunção ou aversão ao risco da liberdade, enfim, da utilidade esperada da decisão no contexto da recompensa individual (do juiz) e dos efeitos coletivos da decisão, como será desenvolvido a seguir.

Discutir-se-á, assim, os possíveis comportamentos do julgador. Como abordar a tomada de decisões? Do ponto de vista abstrato e normativo o caminho deveria ser: 1) Há prisão em flagrante, nos termos dos arts. 302 e 303 do CPP? 2) O conduzido é presumivelmente inocente a partir do art. 5º, LVII, da CR; 3) A prisão cautelar deve se fundamentar na garantia do processo, em geral, pela garantia da ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal, na diretriz do art. 312 do CPP, de caráter instrumental; 4) Devem existir elementos palpáveis e concretos do preenchimento dos requisitos legais, não bastando a gravidade abstrata do crime ou a opinião do julgador.

Mas a questão ganha contornos trágicos porque não se trata de discussão teórica. Há um caso a ser construído e uma decisão a ser tomada, em face da verificação do risco e da incerteza. A distinção entre risco e incerteza, todavia, pode se mostrar ambígua do ponto de vista fático. Daí que o comportamento judicial encontra no mapa mental do julgador questões emocionais, não tratadas normativamente, que podem roubar a cena decisória. É sob esse fluxo que a atitude do julgador pode modificar a diretriz da solução, devendo-se inventariar o contexto e os critérios pessoais que incidirão no momento de tomada de decisão.

A função que o julgador atribui ao processo penal (segurança pública, garantia individual ou a mescla das duas funções) altera os destinos do texto normativo. Assim, arrisco dizer que, diante dos aspectos fáticos e do impacto emocional decorrente do contato com as narrativas e com o conduzido, as motivações individuais podem ser tomadas por diversas heurísticas e vieses. Embora se pretenda – imaginariamente – uma decisão isenta de fatores emocionais, a realidade da decisão (basta perguntar privadamente aos julgadores) desliza para razões subjetivas omitidas na motivação. Há um modo ornamental de apresentar a decisão, subtraindo aspectos que não poderiam compor o mecanismo da decisão. Mas o problema é que operam. Dar-se conta desse oceano subjetivo é um ganho para quem pretende atuar em jogos processuais de custódia, porque do contrário, será incapaz de entender os desafios reais do caso penal.

A questão será a do enquadramento dos riscos e da responsabilidade pessoal, inserida em um contexto de decisão. Isso porque a depender da “sensação de violência” construída (pessoal e midiaticamente) na comunidade em que a decisão será tomada, bem assim dos efeitos (positivos e negativos, em síntese: externalidades decisórias), o julgador pode adotar uma postura de aversão ou não ao risco da liberdade.

⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2017; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; MAIS, Carlos Velho. A audiência de custódia e cultura do encarceramento no Brasil. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

A postura *standard* será a da manutenção da prisão para evitar a responsabilidade da liberdade. De certo modo, uma “aversão ao risco decisório” que o impele a tomar medidas de contenção que servem de mecanismo de proteção pessoal (reputação, responsabilidade, etc.). Ainda que do ponto de vista normativo a racionalidade indique a liberdade, os deslizamentos imaginários negativos sobre os possíveis efeitos da decisão de liberdade servem de freio e de constrangimento à decisão. Pode-se arriscar, deste modo, afirmar que tal motivação subjacente do comportamento vai figurar como razão maior para uma prisão, ainda que não dita.

A decisão de prisão cautelar incide, também, no viés invertido: em vez de se focar nas evidências da necessidade, adequação e proporcionalidade da prisão (CPP, art. 282), enquadra-se na ausência de informações adequadas do “direito à liberdade” que é transferido à defesa que, diante do exíguo prazo da audiência, tem dificuldades probatórias, já que não consegue, em geral, amearhar documentação hábil a demonstrar os vínculos (pessoais e de trabalho) do conduzido.

O dilema se posta nos critérios para tomada de decisão na bifurcação: manter ou não o conduzido preso? O trajeto mental/narrativo do comportamento decisório, então, faz diferença. Se o julgador reconhece que a carga probatória é da acusação –como deveria ser– comporta-se de modo diverso do que o padrão; fortemente influenciado pela mentalidade inquisitória, indica, a saber, o da necessidade de contenção até prova em contrário das garantias de liberdade. O modo prevalente de pensar, então, inverte a lógica democrática. Não se dar conta do viés cognitivo incidente na ampla maioria da magistratura é um erro tático comum. Essa explicação parece plausível no contexto brasileiro, embora de tão evidente, pareça novidade para alguns.

O fator decisivo será o nível de aversão ao risco associado ao baixo nível de informação

aderido ao contexto da decisão que posterga a análise para momento posterior, especialmente depois de citado o acusado. Aliás, a garantia de citação do acusado é um fator de gerenciamento de processos criminais que deveria ter maior preocupação. A não localização gera o efeito de suspender o processo (CPP, art. 366) e a cobrança do representante do Ministério Público sobre o possível erro de avaliação que, embora se dê em um processo singular, gera efeitos nas decisões posteriores. O julgador tem memória e as experiências negativas com acusados não localizados pode ser um dos critérios para o comportamento futuro. A apresentação do acusado e as garantias de comparecimento, sem caráter postergatório, podem auxiliar na argumentação pró-soltura.

A audiência de custódia acaba com o conforto da decisão imaginada pelo flagrante¹¹, exige contato humano, com o impacto que proporciona, fazendo com que se possa prender melhor, a partir das razões que forem apresentadas. Nos estados em que já está sendo implementada, muitos opositores se renderam à qualidade do ato, até porque sustenta o lugar de garante do Juiz, tanto pelos flagrantes, prendendo quando for o caso, bem assim evitando que pessoas fiquem presas para além do necessário. Controla-se, por fim, os casos de tortura reais ou inventadas, e os casos bizarros de prisões insignificantes que duram meses até anos.

Você pode estar pensando que não deveria ser assim. Concordo com você. Entretanto, em um processo penal como ele é, no estilo Nelson Rodrigues, pode ser muito mais inteligente e estratégico considerar esses fatores do que viver no mundo da lua, sem considerar que emoções podem predominar. A embalagem de racionalidade das decisões é violada reiteradamente, embora a cegueira deliberada,

11 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Júnior, <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>

em nome da absoluta razão, seja o semblante do que se passa. Mas você escolhe como proceder. Se você ficou indignado com essas considerações, pode compreender como a emoção participa do processo de decisão.

Tome-se como exemplo o chamado efeito *priming*¹², que é o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que nossos sentidos acabaram de captar, mesmo ausentes informações do caso. É o que ocorre quando se depara com a narrativa de uma peça de flagrante, que dê conta de um crime bárbaro, por exemplo – a antecipação do sentido vai operar.

O efeito *priming*, aliás, é um grande justificador da razão de ser da audiência de custódia. Isso porque não se terá à frente de si o papel e sua narrativa que muitas vezes pinta de forma pior (ou melhor) o conduzido. Tere-mos defronte um sujeito de carne e osso, idade, contexto, história, razões que o levaram a estar nessa situação. O impacto humano proporcionado pela imediatidade da apresentação poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos, e as decisões poderão partir de outras premissas, e considerarem maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação. Nesse contexto é que a substituição da apresentação por videoconferência é preocupante, uma vez que garante o cumprimento apenas formal da normativa, esvaziando o instituto¹³, especialmente diante dos objetivos de humanização que representa.

Um dos aspectos não contabilizados pelo modo de pensar inquisitório é que o recrutamento nas prisões preventivas gera a situação clássica da Tragédia dos Comuns;

isso porque o Estado, quanto mais prende (e prende mal) tem de arcar com mais recursos para prender gente. Pode-se dizer que sofrem da deformação do especialista, pois como são agentes vinculados ao sistema penal, respondem, quase sempre, com pena. E essa atitude está levando à falência. Portanto, ainda que não se adote a linha constitucional da presunção de inocência, pode-se pensar a partir da teoria dos custos – a prisão não é grátis, e, apesar de sua gritante aberração estrutural, continua sendo muito cara.

3. Artíficos da narrativa: quando o juiz manipula a audiência de custódia

O relatório do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) “Implementação das Audiências de Custódia no Brasil – análise de experiências e recomendações de aprimoramento”, publicado em 2016 menciona que o acompanhamento presencial das audiências efetuados pela consultoria confirmou “o relato de que as audiências de custódia ocorrem muito mais voltadas ao cumprimento do ritual que lhes foi imposto do que para averiguar a real necessidade de manutenção da prisão e as reais circunstâncias da prisão”¹⁴.

A potencialização do caráter antropológico do ritual judiciário¹⁵ é um valor inestimável da audiência de custódia, pois fortalece o contato pessoal, o olho no olho, a responsabilidade pela palavra dada, seja por parte do imputado (que ali assume um compromisso com o juiz pela liberdade concedida), seja por parte do juiz. É ainda um ato ético, alinhado com a ética da alteridade. Na dimensão processual,

12 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Junior. <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>

13 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Junior. <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>

14 <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf/view>. Pág. 43.

15 Extraído do artigo publicado no Conjur com Aury Lopes Júnior, <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>

fortalecemos a estrutura dialética, pela presença do Ministério Público (que pedirá ou não a prisão preventiva, acabando com a absurda ‘conversão do flagrante em preventiva sem pedido’), e também da defesa (permitindo o real contraditório neste ato tão importante). Tudo em contraditório, com oralidade e contato direto e pessoal com o juiz.

Claro que não se olvida a periclitante situação que os policiais militares, agentes públicos, estão expostos. Fatores desde carência de recursos humanos e materiais, contato intenso e violento com a criminalidade em todos os níveis, a necessidade do embrutecimento para “aguentar” trabalhar nas ruas, são causas complexas que envolvem esses agentes na violência policial¹⁶. Portanto, com mais razão a audiência de custódia tem o condão de estabelecer espécie de contraditório necessário com essa realidade das ruas, uma vez que o contato direto com o magistrado pode deflagrar diferentes conclusões a partir de detalhes, os quais não se imagina assumirem relevância.

O objetivo é o de reduzir os custos do encarceramento. Afinal, a prisão deveria ser o último recurso, em face de o condenado retornar ao convívio social¹⁷. Ainda, a ideia fundamental do ato da audiência de custódia é a possibilidade de garantia da celeridade, de modo que a prisão seja examinada por diferentes perspectivas¹⁸, ainda sob o calor da imediatidade dos acontecimentos. Na verdade, trata-se de triagem mais consistente do trabalho da

polícia militar nas ruas, que pode ser vista como um importante coador dos fatos graves que realmente ensejem prisão dos não graves, mas que, pela simples narrativa e burocracia, talvez se revertissem em preventiva.

Não somente isso: o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski escreveu¹⁹ que “o prematuro ingresso no sistema prisional de pessoas não comprometidas com o crime organizado fortalece as facções criminosas”, aduzindo ainda que além da economia aos cofres públicos, a medida pode diminuir os impactos sociais da prisão preventiva, impostos às famílias e comunidades. Portanto, aqueles que manipulam a audiência de custódia, cinicamente, podem compreender que estão agindo como parte da estrutura que apenas retroalimenta mais violência. Do mesmo artigo extrai-se relevante dado: cerca de cinquenta por cento dos presos em flagrante apresentados face a face com um juiz são soltos, representando economia de R\$ 4,3 bilhões ao poder público nos próximos doze meses.

Entretanto, para movimentação pela desnaturação da audiência de custódia em suas premissas. Atos coletivos, videoconferência, dentre outras posturas revelam a assepsia que se quer instaurar, a fim de que não possa haver contato sensível entre magistrado e conduzido. Quer-se cada vez mais distância, sem sentir nem o cheiro daquela pessoa que se está destinando à morte social, na prática²⁰. É mais fácil virtualizar, distanciar, dessensibilizar. Quando os acusados se tornam meras presenças no cotidiano de trabalho do juiz, existe algo muito errado. Esse deslocamento, a retirada do caráter humano e da realidade

16 ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.13, n.73, p. 106-129, ago./set. 2016. P. 114.

17 OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MESSIAS, Wellinton Jacó. Audiência de custódia como garantia dos direitos fundamentais do acusado e concretização de política pública eficiente na área de segurança. *Revista jurídica Porto Alegre*, v.63, n.456, (out./2015), p. 77-97.

18 LEAL, César Barros. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a audiência de custódia. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre, v.5, n.20, p. 5-19, jan./mar. 2017. P. 17.

19 LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.12, n.67, p. 114-115, ago./set. 2015. P. 115.

20 LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.10, n.60, p. 5-17, jun./jul. 2014. P. 16.

da vida (injustiça, azares, estar no lugar errado na hora errada) do espectro de decisão do juiz pode ser uma forma de defesa diante do sofrimento²¹ e diante da possibilidade de erro – como uma linha de montagem de um abatedouro, feita para que o trabalhador isolado não entre em contato com a realidade da morte. Se erro, não importa, é mais um nome, como muitos tão parecidos, que figuram nos autos de condução. É nesse contexto que a audiência de custódia se erige como garantia basilar da concretização da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Do mesmo modo, atitudes como a insistência na permanência de acusados algemados, algumas vezes uns aos outros, todos assistindo a audiências coletivas, viola a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal e podem ser anuladas por força de reclamação junto ao STF. Mas outros problemas são advindos das tentativas de descaracterização. A primeira é a transformação do crime de ação pública incondicionada de tortura (Lei 9.455/97) em simples lesões corporais, indagando-se sobre o interesse do conduzido em representar contra o agente. Quando realizam tal conduta, magistrados e membros do Ministério Público podem estar incidindo na conduta criminal do parágrafo 2º, do artigo 1º, da Lei 9.455/97, por não exercerem a função de garante. A omissão pode ser criminosa.

A segunda é a manipulação da finalidade da audiência, transmutada em verdadeiro interrogatório, sem acusação formalizada. Confundem o ato de audiência de custódia com a produção antecipada de provas, em que se busca, não raras vezes, a confissão do conduzido. É a inversão da lógica do devido processo legal. Munidos de mentalidade inquisitória, buscam facilitar a instrução e eventual condenação, mediante perguntas sobre a conduta e com

sorriso nos lábios. Nesse caso, o material da audiência viola diversas garantias constitucionais e deveria ser declarado nulo, com a exclusão do ato, inclusive física. Trata-se, assim, de uma economia mental perniciosa, custosa ao Estado e apenas mais geradora de violência.

Conclusões

A audiência de custódia se constitui de mecanismo democrático de garantia da apresentação física do conduzido à autoridade judiciária para fins de verificação da legalidade da prisão, ocorrência de abusos pela autoridade policial, análise da custódia cautelar e/ou aplicação das medidas cautelares. Entretanto, como configura inovação à rotina previamente estabelecida dos juízes, acaba por se sujeitar à má compreensão de certa parcela da magistratura²². Alguns de má-vontade, e outros por má-fé, muito em decorrência da mentalidade inquisitória, assim, a audiência de custódia acaba por ser instrumentalizada para finalidades desconformes a seus objetivos de criação.

A audiência de custódia é ato individual, feito para aferir, em cada condução, os requisitos de validade e, também, diante da intervenção do Ministério Público e do defensor/advogado, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade de sua manutenção. Proporciona melhor qualidade e quantidade de informação capaz de tornar, tanto a decisão que decreta a preventiva, como a decisão que solta o agente, mais próxima da realidade e do impacto humano proporcionado pelo contato pessoal do conduzido. Logo, audiências coletivas, com diversos acusados em conjunto, violam a individualização do caso penal e devem ser anuladas.

21 <http://emporiiododireito.com.br/impressoes-sobre-direito-e-literatura/>, Alexandre Morais da Rosa e Fernanda Becker, em 25/02/2017.

22 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Cabe aos operadores do Direito lutar pela implementação da audiência de custódia em patamares democráticos, convencendo parcela da magistratura da relevância do ato. A postura autoritária do magistrado implicará, em breve (assim se espera), decretações de nulidade e, por via de consequência, maior ineficiência do sistema penal. A ausência de cultura democrática servirá, paradoxalmente, para nulificar atos judiciais por ausência de conformidade legal, colocando muitos conduzidos que poderiam ficar presos — já que não defendemos soltar todos — liberados pela má-vontade de parcela da magistratura que se nega a cumprir regras.

As regras do jogo mudaram. Não se pode ficar como adolescentes revoltados negando-se a cumprir normas jurídicas declaradas constitucionais pelo STF. Podemos ou não concordar. Deixar de cumprir não é algo que se espera de agentes públicos que fizeram o juramento de cumprir a Constituição e as leis em vigor. A arrogância e a má-vontade corroboraram o quadro do paroxismo do sistema penal, em que a pena real é aumentada muitas vezes por condutas como esta. ■

Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.13, n.73, p. 106-129, ago./set. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Autora: Paula R. Ballesteros. Coordenação: Victor Martins Pimenta (Coordenador-Geral de Alternativas Penais) e Diogo Machado de Carvalho (Coordenador de Promoção da Política de Alternativas Penais). Documento resultado do produto “Relatório sobre a implementação das audiências de custódia” no âmbito de consultoria técnica especializada para produção de subsídios com vistas ao fortalecimento da política de alternativas penais, sob supervisão de Diogo Machado de Carvalho, projeto BRA/011/2014 – Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro, parceria entre Departamento Penitenciário Nacional e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>.

CANI, Luiz Eduardo. Não realização de audiência de custódia gera defeito processual insanável, sendo necessário revogar medida(s) cautelar(es) sem possibilidade de exercício do contraditório. *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v.18, n.71, p. 141-158, nov./dez. 2015.

LEAL, César Barros. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a audiência de custódia. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre, v.5, n.20, p. 5-19, jan./mar. 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.12, n.67, p. 114-115, ago./set. 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. Questões que envolvem a denominada “audiência de custódia”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.60, p. 205-222, abr./jun. 2016.

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

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.10, n.60, p. 5-17, jun./jul. 2014.

MAIS, Carlos Velho. A audiência de custódia e cultura do encarceramento no Brasil. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 2) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O que você precisa saber sobre audiência de custódia. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; NÖTHEN BECKER Fernanda E. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/impressoes-sobre-direito-e-literatura>.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça e os pactos internacionais de direitos humanos. Revista Jurídica, Porto Alegre, v.63, n.454, p. 81-86, ago./2015. P. 83.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MESSIAS, Wellinton Jacó. Audiência de custódia como garantia dos direitos fundamentais do acusado e concretização de política pública eficiente na área de segurança. Revista jurídica Porto Alegre, v.63, n.456, (out./2015), p. 77-97.

PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia - A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.105, n.970, p. 195-208, ago./2016.