



Reclamação Constitucional 29.303 e audiências de custódia

O processo penal humanitário segue as diretrizes constitucionais e convencionais, buscando sempre a máxima eficácia dos direitos humanos. A audiência de custódia, importante instrumento de combate às prisões ilegais, está prevista no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos ratificados pelo Brasil em 1992. Em que pese a incorporação destes tratados internacionais ao Direito interno, suas normas não eram aplicadas na atividade jurisdicional [1], o que se insere em uma longa tradição de descumprimento de compromissos internacionalmente assumidos. Não por outra razão que se tem a origem do ditado popular "para inglês ver" [2]. Somente em 2015, por intermédio da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, esse importante direito foi implementando no sistema de Justiça



contra-se regulamentado também no CPP, por força da Lei 13.964/19.

Todavia, afirmamos que alguns Estados brasileiros ainda não estão

cumprindo integralmente o compromisso internacionalmente assumido pelo Estado, vez que as audiências de custódia apenas são realizadas em caso de prisão em flagrante. Essa limitação não tem razão de ser, afinal da mera leitura dos artigo 7.5 da CADH e artigo 9.3 do PIDCP conclui-se que tais normas tutelam todos os presos e não apenas aqueles detidos em flagrante.

O anseio pela efetivação das audiências de custódia a todos os presos ensejou a impetração da Reclamação Constitucional nº 29.303, cuja continuação do julgamento está prevista para esta quarta-feira (9/12). Esperamos que o STF determine a realização das custódias também para as prisões preventivas, temporárias e definitivas, afinal essa previsão encontra guarida nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, de forma que é obrigação do Estado efetivar os direitos ali consagradas.

Em que pese o fato de a Reclamação Constitucional nº 29.303 ter sido ajuizada para questionar a Resolução do TJ-RJ (artigo 2º, Resolução TJ-RJ nº 29/2015), impede pontuar que a restrição das audiências de custódia às prisões em flagrante não é um fenômeno tipicamente fluminense, podendo ser observado no cotidiano dos Poderes Judiciários de Pernambuco e do Ceará, o que somente engrandece a importância do julgamento dessa ação constitucional.

A audiência de custódia consiste no direito que todo preso tem, sem demora, de ser entrevistado por um juiz, objetivando que: a) se verifique a eventual ocorrência de maus tratos e (ou) tortura; b) se analise a (i)legalidade; e c) (des)necessidade de sua prisão.



Sobre o objetivo de combater tortura e maus tratos, impende ressaltar que não pode mais vigorar um verdadeiro estado de negação com relação à violência policial, e, nesse ponto, salutar a atuação do STF ao conceder liminar (julgamento virtual concluído em 17/8/2020) nos autos da ADPF nº 635 (conhecida como "ADPF das Favelas pela Vida"), e decidir, entre outros pontos, pela proibição de operações policiais nas favelas do Estado do Rio de Janeiro, mais especificadamente em locais de escolas, creches, hospitais e postos de saúde, exceto em situações singulares, nas quais exige-se a fundamentação por escrito das circunstâncias autorizadas da excepcionalidade e ainda comunicação no prazo de até vinte e quatro horas ao representante do Ministério Público. A ADPF nº 635 tem um objetivo em comum com a Reclamação Constitucional nº 29.303, qual seja, contribuir para o controle e diminuição da violência policial, que é uma consequência imediata da formação de um servidor público a partir do *ethos* do guerreiro [3]. Será que não há possibilidade de tortura ou maus-tratos por ocasião do cumprimento de um mandando de prisão preventiva, temporária ou definitiva?

No que tange ao outro objetivo da audiência de custódia, consistente na análise da legalidade/necessidade da prisão, também lançamos alguns questionamentos: será que é legal uma prisão cujo mandado é cumprido quando o delito já se encontra prescrito? E nos casos em que o réu encontrava-se em lugar incerto e não sabido, e a prisão preventiva foi decretada juntamente com a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 366 do CPP, questiona-se: após a localização do acusado, será que a sua liberdade não poderia ser prontamente restabelecida na audiência de custódia, após o fornecimento de seu endereço completo ou seria realmente necessário aguardar encarcerado vários dias enquanto a defesa técnica faz o requerimento, o promotor de Justiça apresenta parecer e o juiz decide? Essas indagações são apenas exemplificativas, mas ilustram bem a necessidade da realização de custódia para todos os presos.

Sem a implementação da audiência de custódia para todas as modalidades de prisão, os presos preventivos ou temporários não terão oportunidade de ficar "frente a frente" com o juiz para exercer o Direito Constitucional ao contraditório antes da ocorrência da primeira ou próxima audiência de instrução e julgamento que, na imensa maioria das vezes, ocorre meses após a prisão. Pensamos que isso configura um insofismável cerceamento de defesa.

Nessas situações, como pondera Caio Paiva:

"A finalidade da realização do ato será predominantemente prospectiva, voltada para o futuro, para verificar ou reavaliar a necessidade da prisão, notadamente os fundamentos que ensejaram a sua decretação" [4].

Em uma perspectiva de um Direito Processual Penal humanitário, a audiência de custódia goza de indiscutível importância, pois, além de servir como instrumento hábil para diminuir a quantidade de maus-tratos/ torturas sofridas pelos presos, evita prisões ilegais, o que não pode ser desconsiderado diante da reconhecida falência do sistema prisional materializada com o estado de coisas inconstitucional. Ademais, a audiência de custódia pode ser compreendida como um mecanismo para frear o processo de banalização das prisões preventivas e reduzir consideravelmente a (enorme) quantidade de presos provisórios no Brasil, o que implica ainda uma redução considerável nos gastos do Estado para manutenção do sistema penitenciário.



Ressaltamos ainda que a audiência de custódia não extermina a possibilidade de manutenção da prisão preventiva, temporária ou definitiva, mas apenas serve como filtro moderador para evitar prisões desnecessárias ou ilegais. Ou será que essa pecha é exclusiva das prisões em flagrantes?!

Outrossim, o STF decidiu pela constitucionalidade das audiências de custódia durante o julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº 347 e também da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, e, nesses julgados, em momento algum se restringiu a audiência de custódia à prisão em flagrante.

Nesse momento, ratificamos o que já foi dito outrora por um dos autores deste texto:

"Diante desse mosaico normativo, é perfeitamente possível assinalar que a audiência de custódia, que possui a natureza de direito subjetivo da pessoa privada de liberdade, não pode ser limitada em razão do título prisional" [5].

Ora, não se pode pestanejar na assertiva, é preciso bradar com todos os pulmões: todos os presos importam!

A questão fere ainda o prisma constitucional da isonomia porque temos, injustificadamente, tratamento díspar entre, de um lado, os presos em situação de suposta flagrância e, de outra banda, os presos preventivos, temporários e definitivos. Colacionamos as palavras de Lenio Streck:

"Segundo o princípio da consideração igualitária, a comunidade política deve considerar de maneira equivalente a vida e os direitos de todos que estão sob a sua esfera de ação. A democracia, então, é um sistema sujeito a condições, por intermédio das quais se preserva a igualdade de status dos cidadãos" [6].

Por fim, entendemos que a restrição das audiências de custódia à prisão em flagrante viola a regra *pro homine*, que deve ser a baliza interpretativa das normas convencionais que versam sobre direitos humanos.

Quando o assunto é audiência de custódia, podemos dizer que tudo foi alcançado com muita luta. Primeiramente, as custódias foram efetivamente implementadas em nosso ordenamento jurídico interno em 2015, ou seja, após quase 23 anos das obrigações assumidas pelo Brasil ao se tornar signatário do CADH e do PIDCP. Nossa peleja agora, nos ditames da Reclamação Constitucional nº 29.303, é a extensão das audiências de custódia para os casos de prisão preventiva, temporária e definitiva. Destarte, acreditamos que o STF, pelas razões acima elencadas, julgará procedente essa ação constitucional, de forma a alinhar o processo penal brasileiro em uma perspectiva constitucional e convencional e também como forma de reafirmar o compromisso do Brasil com a efetivação dos direitos humanos. Não se pode esperar algo diferente de quem possui imprescindível papel na construção da democracia brasileira, tal como apontado por Lêda Boechat Rodrigues:



"(...) A democracia brasileira teria funcionado de modo ainda mais defeituoso sem o símbolo do Supremo Tribunal Federal e de sua capacidade de encarnar, em determinados momentos, o que existe de melhor na consciência nacional" [7].

Mais um desafio foi colocado diante para a Suprema Corte, os direitos fundamentais não esperam outra solução que não o fim da indevida restrição das audiências de custódia. Resta esperar agora como a história será escrita.

[1] O Brasil foi denunciado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela ausência da implementação da audiência de custódia, tendo sido inclusive condenado, em março de 2004, por não ter assegurado o direito previsto convencionalmente ao preso Jailton Neri da Fonseca. Para a leitura completa da sentença, vide <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>.

[2] *"A Lei de 7 de novembro de 1831 foi a primeira lei nacional a proibir o tráfico de escravos. Conhecida vulgarmente como 'lei para inglês ver', por estar associada à pressão inglesa e também ao extenso contrabando das décadas seguintes, ela tem sido largamente pesquisada desde o início dos anos 2000. A legislação não só teve a intenção de enganar os ingleses, como foi pivô de vários embates políticos e jurídicos, e esteve no centro do debate sobre a legalidade da escravidão brasileira no século XIX".* (MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti & GRINBERG, Keila. Lei de 1831. In: SCHWARCZ, Lilia M. & GOMES, Flávio (organizadores). Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 285..

[3] *"O discurso do guerreiro sobe, sorrateiramente, os fóruns judiciais. O ethos guerreiro, conceito desenvolvido por Norbert Elias ao analisar a sociedade alemã pré-nazismo, mas também perfeitamente adequado a outras sociedades ocidentais belicistas da época, como já eram (e são) os Estados Unidos, terminou sendo importado por aqui da matriz estadunidense durante a ditadura civil-militar, sendo introjetado enquanto habitus dos membros de nossas forças policiais".* (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. A guerra ao crime e os crimes da guerra. Uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de Justiça criminal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 111).

[4] PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.85.

[5] NEWTON, Eduardo Januário. A Reclamação Constitucional nº29.303 merece ser decidida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-09/eduardo-newton-reclamacao-constitucional-29303-merece-decidida>.



[6] STRECK, Lenio Luiz. Audiência de custódia para todos os presos é um direito constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/streck-audiencia-custodia-todos-presos-direito-constitucional>.

[7] RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I: 1891-1898 (defesa das liberdades civis). 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 6.

Date Created

08/12/2020