

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM OLHAR SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CULTURA PUNITIVISTA NO BRASIL¹

Jaíse Burtet²

RESUMO: As audiências de custódia restaram implantadas no Brasil por meio da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, após muita discussão acerca da hierarquia que os diplomas internacionais sobre direitos humanos ocupam no nosso ordenamento doméstico. Assim, o trabalho se propôs a abordar o controle de convencionalidade do instituto, além de expor, de maneira crítica, as suas principais finalidades, confrontando-as com alguns resultados práticos encontrados, os quais desvelam a cultura punitivista que permeia o nosso Poder Judiciário. Pelo exposto, defendeu-se a possibilidade de a audiência de custódia contribuir para a modificação do cenário do superencarceramento, bem como da violência institucionalizada, mas não sem se olvidar da capacidade de banalização do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Controle de Convencionalidade. Cultura punitivista. Superencarceramento. Violência institucionalizada.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Convencionalidade da Audiência de Custódia. 3 Da Audiência de Custódia. 4 Problemática em torno da Audiência de Custódia. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre a audiência de custódia, para muito além de tão somente se expor as suas finalidades, bem como o seu caminho até a efetiva implantação, pressupõe uma necessária análise acerca de todo o sistema carcerário brasileiro.

Assim, na contramão do senso comum majoritário, o problema proposto consiste na demonstração do encarceramento em massa como um fator decisivo para o ciclo pernicioso de violência, razão pela qual a prisão

¹ Trabalho acadêmico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, avaliado com grau 10 pela banca examinadora na data de 31/07/2017.

² Advogada e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017). E-mail: ja_burtet@hotmail.com

como *ultima ratio* do sistema cautelar precisa ser compreendida de uma vez por todas.

Os motivos deste trabalho situam-se na perspectiva de se conferir esta outra ótica para o ciclo da violência no Brasil, colocando-se a necessidade de limitação do poder estatal como um meio realmente eficaz para a garantia de uma sociedade mais pacífica, uma vez que todos os outros métodos falharam, em que pese não haja a devida reflexão sobre o ponto.

A relevância do tema consiste, portanto, na tentativa de se efetuar um exercício de desconstrução de conceitos pré-determinados, apontando-se a seletividade do sistema penal como um fator responsável pelo problema do superencarceramento, sendo o advento das audiências de custódia mais uma tentativa de resguardo do Estado Democrático Brasileiro, malgrado todos os percalços pelos quais o instituto vem passando desde a sua implantação.

Assim, o que se pretende demonstrar é qual a hierarquia que os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil têm no âmbito da nossa legislação interna, sobretudo no que tange àqueles que digam respeito aos direitos humanos, a partir de um olhar crítico sobre a cultura punitivista brasileira, responsável pelos principais entraves no tocante ao cumprimento da norma internacional.

Pelo exposto, será feita uma análise jurídico-doutrinária acerca das disposições dos Tratados internacionais à luz da nossa Constituição Federal, cotejando-se os achados com a jurisprudência atual sobre a audiência de custódia, ao passo que serão também expostos os principais objetivos do instituto, ao lado das inúmeras tentativas de seu esvaziamento pela prática judiciária e também pelos Projetos de Lei que supostamente se prestariam a regulamentá-lo.

2 CONVENCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia vem enfrentando desafios das mais variadas estirpes, os quais vão desde o problema (de sempre) de estruturação do aparelho estatal, até a dificuldade de interpretação e aceitação dos tratados internacionais como impositivos ao ordenamento jurídico interno.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário,

traz em seu artigo 7.5 o comando o qual deixamos de seguir por muito tempo, qual seja, o de conduzir a pessoa presa, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais³.

Contudo, uma vez que o Brasil ratificou a CADH no ano de 1992, mas que o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal (CF)⁴ – que determina sejam os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados em quórum qualificado equivalentes às emendas constitucionais – foi inserido na Carta Magna somente no ano de 2004, para um impasse acerca de qual é, afinal, a natureza jurídica da CADH e, portanto, se ela seria realmente impositiva ou não para o Brasil.

Dentre comemorações de uns e protestos de muitos outros, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vêm tomando suas decisões acerca do tema, questões que serão agora analisadas, traçando-se uma linha do tempo desse processo desde a CADH até a implantação das audiências de custódia, sobretudo por meio da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mas cuja implementação ainda não é efetiva no Brasil.

2.1 DA PREVISÃO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS À AUTOMÁTICA INTEGRAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Na medida em que o Brasil ratificou diplomas internacionais, mormente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁵ e a CADH, acabou por incorporar a normatividade convencional ao seu ordenamento jurídico doméstico, “obrigando-se a cumprir e fazer cumprir o regramento protetivo dos direitos humanos, tendo como norte, inclusive, a jurisdição consultiva e contenciosa da Corte”⁶.

Desse modo, já em 1988, quando da redação primeira da nossa Constituição Federal, o parágrafo 2º, do artigo 5º restou claro no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros

3 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

4 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

5 BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

6 GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.22.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁷.

Por esta razão, Flávia Piovesan⁸ pondera que a Carta de 1988 inovou ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário: “esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos”.

Nesse mesmo viés, Nereu José Giacomolli⁹ argumenta que “os direitos e as garantias insculpidos nos diplomas internacionais, ratificados pelo Brasil, integram o denominado ‘bloco de constitucionalidade’, constituindo-se em fonte de proteção”.

Ante o exposto, constata-se que independentemente de o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal ter sido acrescido somente no ano de 2004, a CADH é, ou melhor, deveria ser de imposição automática ao ordenamento pátrio, tendo em vista que dispõe sobre direitos humanos, tendo caráter materialmente constitucional desde sempre.

Nesse sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli¹⁰ confere status constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos. A novidade aqui, no que concerne às ações do controle concentrado, é a de que são elas cabíveis fundamentadas “também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, §3º, da Constituição e em vigor no País”.

Em harmonia com a tese de Mazzuoli, Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen¹¹ afirmam que o controle de convencionalidade pode se dar tanto em nível concentrado, como em nível difuso, a depender do procedimento tomado pelo Estado brasileiro após a ratificação: “se o texto ratificado se submeter ao procedimento previsto no §3º do artigo 5º da CF, haverá a possibilidade do controle concentrado; do contrário, somente pode haver o controle difuso”.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.53. ⁹ GIACOMOLLI, 2016. p.18.

¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 12, n. 64, p.222-229, jul-ago 2015. p.224-225.

¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.24.

Para a dupla de autores recém citada¹², é justamente essa possibilidade do controle difuso que vem embasando as diversas iniciativas do Poder Judiciário nacional com o fim de suprir a inércia do legislador.

Não obstante esteja devidamente demonstrada a necessidade de os juízes e Tribunais levarem em consideração não somente as regras domésticas, como também aquelas referentes à normatividade convencional, fato é que existe um enorme problema acerca da compreensão desse ponto.

Ainda que seja de fácil entendimento que a CADH se encontra, sim, inserta em nosso ordenamento jurídico desde a sua ratificação pelo Brasil, com efeitos imediatos, de modo que o artigo 7.5, o qual trata do que viemos a denominar de audiência de custódia, deveria ter sido respeitado desde sempre, uma gama de desculpas - porque não se pode dar outro nome a tanto inconformismo - vem sendo utilizada para que não se cumpra o comando do Tratado.

Uma vez que o nosso legislativo não se deu ao trabalho de regulamentar a audiência de custódia, acertaram os Tribunais que tentaram o fazer por meio de Provimentos Internos, assim como foram de extrema relevância as decisões do STF acerca do tema. Finalmente, a regulamentação do instituto por meio da Resolução n. 213/2015, do CNJ¹³ exerce papel crucial ante a ausência de legislação ordinária que disponha sobre a solenidade.

Nesse viés, Nereu José Giacomolli¹⁴ muito bem elucida que os juízes e Tribunais estão obrigados a avaliar, além das regras domésticas, a normatividade convencional, aplicando em cada situação processual concreta a regra que garantir maior proteção ao direito fundamental (*pro homine*).

Assim, coloca ainda o autor¹⁵: “Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”.

No mesmo sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli¹⁶ esclarece que a primazia dos direitos humanos, consubstanciada no princípio internacional

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. Resolução nº 213 de 15 de dezembro 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

¹⁴ GIACOMOLLI, 2016. p.23.

¹⁵ GIACOMOLLI, 2016. p.13.

¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.227.

pro homine, é uma tendência dos tempos pós-modernos, e determina que haja um diálogo entre as fontes, sopesando-se qual o melhor direito para o ser humano no caso concreto.

Pelo exposto, filia-se ao entendimento dos autores trazidos até aqui, o qual confere à CADH status constitucional, na medida em que a nossa própria Carta Magna nos permite tal interpretação.

Desse modo, conforme já afirmado, a audiência de custódia passou a ser impositiva no Brasil a partir do momento em que o país se tornou subscritor de tratados internacionais dispendo acerca da necessidade de apresentação imediata da pessoa do preso ao juiz, não bastando a mera remessa de um papel ao magistrado, que é o auto de prisão em flagrante (APF), previsto pelo artigo 306, parágrafo 1º, do nosso Código de Processo Penal (CPP)¹⁷.

Vale dizer, o artigo 7.5 da CADH é, e sempre foi, norma cogente dentro do nosso ordenamento interno. Na dúvida entre essa obrigatoriedade e o que disciplina o ordenamento doméstico, a solução encontrada deveria ter sido desde sempre aquela que melhor atendesse aos direitos do homem, em conformidade com o visto princípio *pro homine*.

2.2 DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA COMO MEIO DE EFICÁCIA PARA A IMPLEMENTAÇÃO INTEGRAL NO BRASIL

Perante o exposto até então, tem-se que, teoricamente, não precisaria haver alteração na nossa legislação interna para que a audiência de custódia passasse a ser realizada. Contudo, para que se coloque uma pá de cal nas irrisignações no tocante ao tema, mister se faz a sua formalização pelo Poder Legislativo.

Em igual tom, Nereu Jose Giacomolli¹⁸ registra a seguinte compreensão: “A normatividade convencional impõe ao Brasil o seu cumprimento e adaptação legislativa interna, sob pena de responsabilidade internacional por descumprimento dos direitos que se comprometeu a respeitar”.

Assim, dentro da vasta gama de tentativas legislativas encontradas, evidenciam-se os Projetos de Lei (PL) de iniciativa do Senado Federal, números 156/2009 e 554/2011, hoje já reenumerados na Câmara dos Deputados.

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

¹⁸ GIACOMOLLI, 2016. p.22.

Antes mais nada, nota-se que desde 2009 existe uma tentativa no sentido de regulamentar a audiência de custódia. Ou seja, quando da reforma do CPP por meio da lei 12.403, de 2011¹⁹, já se poderia ter implantado a solenidade. Na realidade, parece que o tema da audiência de custódia está agora voga porque houve uma verdadeira imposição pelo Poder Judiciário, seja por meio das iniciativas dos Tribunais, seja pela Resolução do CNJ.

Quanto ao PL 156/2009²⁰, nasce ele em desacordo com o que dispõe o Pacto de San José da Costa Rica e com destino fadado ao fracasso, já que coloca como uma mera possibilidade ao alcance do juiz a realização da audiência de custódia, apesar de prever a figura do “juiz de garantias”.

Nesse viés, Andrade e Alflen²¹ colocam que, diante da facultatividade da apresentação do preso ao juiz, nem sequer se poderia afirmar que aquela proposição seria a precursora da audiência de custódia.

Deveras, o texto da forma como foi remetido para a Câmara não cumpre o que dispõe o artigo 7.5, da CADH e desafia todos os limites do bom senso. Parece que os nossos parlamentares querem ter o mérito pela suposta – para não dizer falsa – implementação da solenidade, sem desagradar aos que se opõem a ela.

Já o PL 554/2011²², arrastou-se pelo Senado Federal por cinco anos e, da leitura da sua redação final, observa-se que contém inúmeras falhas, a exemplo da exclusão dos demais tipos de prisão e da previsão de videoconferência, o que será tratado melhor a seguir.

Reitera-se que embora não necessitássemos propriamente de regulamentação, por se tratarem os termos da CADH e do PIDCP de norma cogente, urge que se alinhe de uma vez por todas o nosso ordenamento doméstico para que se honrem os Pactos ratificados.

No entanto, tem-se uma enorme desconfiança com relação aos aludidos Projetos, a julgar pela movimentação que o PL 554/2011 já sofreu ao

¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

²⁰ BRASIL. Parecer nº 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&disposition=inline>>. Acesso em: 15 maio 2017.

²¹ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 33-34.

²² BRASIL. Ofício nº 1.370. Brasília, 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=Tramitacao-PL+6620/2016>. Acesso em: 15 maio 2017.

chegar na Casa Revisora, uma vez que restou apensado a nada menos que outros 220 projetos²³.

2.3 OS IMPORTANTES JULGADOS DO STF, A RESOLUÇÃO 213/2015 DO CN E O INCONFORMISMO DO STJ

Inicialmente, cumpre destacar que o STF vem moldando seu posicionamento ao longo dos anos. Conforme Andrade e Alflen²⁴, a reserva com relação ao cumprimento dos tratados internacionais fez com que fossem necessários vários pronunciamentos do Supremo de modo a deixá-lo patente.

Assim, conforme Wesley Sanchez Lacerda:

Para o STF (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO):

- a) tratados de direitos humanos não aprovados com o quórum qualificado (art. 5º, §2º da CF) – valor supra legal;
- b) tratados de direito humanos aprovados com o quorum qualificado (art. 5º, §3º da CF) – valor de Emenda (portanto, constitucional);
- c) tratados comuns (alheios aos direitos humanos) – valor legal (equiparado à legislação ordinária);
- d) exceção – tratados sobre direito tributário (gozariam de valor supra legal por força do art. 98 do CTN)²⁵.

Não só o autor recém citado, como também a nossa Suprema Corte discordam da visão de Mazzuoli, minudenciada anteriormente. Nos julgamentos supracitados, o STF firmou a posição, portanto, de que a CADH tem valor supralegal, estando acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição.

Conforme Lopes Jr. e Paiva²⁶, inobstante tenha sido uma maioria apertada que tenha decidido desta maneira, superada a divergência, “ambas as posições coincidem em um ponto crucial: a CADH é um paradigma de controle de produção e aplicação normativa doméstica”.

²³ BRASIL. Projeto de Lei nº 6620 de 2016. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoes-Web/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em: 15 maio 2017

²⁴ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p.23.

²⁵ LACERDA, Wesley Sanchez. O controle Concentrado de Convencionalidade – da abertura principiológica ao fechamento hermético do sistema de direitos fundamentais: uma crítica à Valério Mazzuoli. In: MIRANDA, Jorge et al. (Coord.). *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p.242.

²⁶ LOPES Júnior, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, São Paulo, n. 17, p.11-23, set./dez. 2014. p.14.

Assim, segundo Carlo Velho Masi²⁷, em novembro de 2014, o estado do Maranhão implantou a audiência de custódia por meio dos Provimentos 21 e 23/14. Contudo, foi no início de 2015 que a Presidência e a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) editaram o Provimento Conjunto n. 03/2015, o qual determinou a implementação gradativa da audiência de custódia em todo o estado de São Paulo, dando maior visibilidade ao instituto.

O mesmo autor²⁸ nos expõe que tão rápido quanto um mandado de segurança (MS) impetrado pela Associação Paulista do Ministério Público (APMP), denegado de pronto, foi o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), sob a alegação usurpação da competência legislativa.

No entanto, a ADI 5240²⁹ não somente foi rechaçada pela maioria dos Ministros, como também motivou a indicação, pelo Pretório Excelso, da adoção da audiência de custódia por todos os Tribunais do país, repisando o status supralegal da CADH.

Importante frisar ainda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347³⁰ ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) naquele mesmo ano, cujo julgamento, por maioria de votos, determinou fossem as audiências de custódia realizadas em todo o território nacional.

Foi a alavanca que faltava para que o CNJ editasse a Resolução número 213/2015, cujo mérito, segundo Caio Paiva³¹, foi proceder uma unificação normativa no âmbito da audiência de custódia, superando as disparidades existentes nas regulamentações dos Tribunais.

No entanto, como se não bastassem todos os percalços no caminho da audiência de custódia até então, veio a vez do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ignorar o instituto. Isso porque as decisões têm sido no sentido da

27 MASI, Carlo Velho. *Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016. p.118.

28 *Ibid.* p.122.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 16 maio 2017.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF. Tribunal Pleno Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 16 maio 2017.

31 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.89.

desnecessidade da apresentação do preso para que goze do direito à realização da audiência de custódia.

Assim é o entendimento mais recente da 5ª Turma³² e também da 6ª Turma³³, sob o inacreditável argumento de que a convocação da prisão em flagrante em preventiva esvazia a necessidade de realização da audiência de custódia.

No tocante às decisões, Soraia da Rosa Mendes e Ana Carolina F. Longo³⁴ alertam para a sua capacidade de sufocar o instituto da audiência de custódia, o qual está ainda no berço, inobstante a Corte Constitucional brasileira tenha impulsionado a necessidade de um compromisso maior do Judiciário com os documentos internacionais de direitos humanos.

Finalizando, recorre-se novamente aos autores Lopes Jr. e Paiva, os quais expõem a nossa sensação em relação ao sistema carcerário e à irrealização em modificá-lo por meio das audiências de custódia:

Perdemos o pudor. Chegamos, conforme anota Carnelutti, a um círculo vicioso, 'já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar'. Entre mortos e feridos, **vamos nos assumindo como o país que transita – artificialmente – entre rebeliões e mutirões, numa autofagia que faz, então, que o sistema alimente-se de si mesmo.** Eis-nos, portanto, adverte Vera Regina P. de Andrade. [grifo nosso]³⁵.

3 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Para muito além dos objetivos imediatos da audiência de custódia que têm sido veiculados, insta que se destaque aquele que se considera o reitor de todo o instituto: a preservação do Estado Democrático de Direito.

Dele decorrem todas as outras finalidades, que vão desde o respeito aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, até a apuração

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 390.286 MG. Relator: Ministro. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700433710&dt_publicacao=12/05/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 388.105 SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700289713&dt_publicacao=17/04/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

³⁴ MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 287, p.9-10, out. 2016.

³⁵ LOPES; PAIVA, 2014. p.12.

de eventual violência policial e a tão falada humanização do processo penal, já que se leva o preso pessoalmente ao juiz.

Sob o viés do Estado Democrático de Direito, a audiência de custódia honra o princípio constitucional do contraditório, transpõe a barreira do papel e obriga os envolvidos, sobretudo os magistrados, a praticarem um exercício de alteridade, o que possibilita, assim, uma melhor análise acerca da necessidade de se enviar aquela pessoa detida para o sistema carcerário.

Ainda, com a apuração de eventuais abusos policiais quando das prisões, o que se pretende é justamente limitar o poder estatal, tendo em vista que, ao ser fiscalizada, a polícia tende a ter uma melhor compreensão no sentido de que tal poder do Estado não pode e não deve ser indiscriminado, segundo comando da nossa própria Carta Magna.

Desse modo, o que se pretende demonstrar agora são os principais porquês da audiência de custódia, sob a perspectiva da cultura punitivista no Brasil, bem como a sua funcionalidade a partir da Resolução 213/2015, do CNJ, cotejando-se os seus dispositivos com alguns resultados práticos encontrados desde já.

3.1 DA NECESSIDADE DA SUA REALIZAÇÃO COMO MEIO DE RESGUARDO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM OLHAR SOBRE A CULTURA PUNITIVISTA BRASILEIRA

A partir dos ensinamentos de Nereu José Giacomolli, tem-se que a fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, ao produzir efeitos jurídicos no âmbito do processo penal, estabelece que “o imputado não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, como se uma *res* fosse, mas como um sujeito de direitos, um sujeito do processo”³⁶.

Nesse sentido, Paulo Freire d’Aguar³⁷ aponta que, ao assumir instrumentos à operacionalização da audiência de custódia, “o Brasil pode superar o paradigma do indivíduo-objeto e avançar no aperfeiçoamento de sua forma Democrática de Direito”.

Deveras, ao entrarem em contato com o preso, obrigam-se os atores

³⁶ GIACOMOLLI, 2016. p.14.

³⁷ D’AGUIAR, Paulo Freire. Subjetividade, prisão em flagrante e audiência de custódia: a aproximação da proposta constitucional, com a superação do paradigma indivíduo-objeto, por meio do direito à audiência. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão Cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRASPP). *Anais...* Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.248.

do processo ao reconhecimento da condição humana dos custodiados, o que fica facilmente esquecido se considerarmos que impera no país uma perversa lógica de polarização, consubstanciada nos discursos inflamados de ódio, os quais dividem as pessoas entre boas e más, ignorando fatos como a nossa abissal desigualdade social, bem como a utópica ressocialização dos apenados.

Sobre o ponto, Bernardo de Azevedo e Souza e Daniel Kessler de Oliveira³⁸ brilhantemente comparam o Direito Penal com futebol, uma vez que, no Brasil, o crime e a criminalidade são vendidos como produtos rentáveis, o que fomenta um alarmismo injustificado em matéria de segurança, conduzindo a sociedade a exigir a intervenção das instâncias de controle social de solução de conflitos: “*É a futebolização do direito penal*”.

A partir daí o corolário é aquele que já bem conhecemos: políticos se aproveitam do clamor social para reproduzir discursos exaltados, cooptando assim mais eleitores, que ingenuamente, acreditam nas soluções mágicas por eles apresentadas.

A criação de “leis mais severas”, termo utilizado geralmente pelos mesmos que se autodenominam “cidadãos de bem”, surge como uma fórmula milagrosa para a erradicação da criminalidade, ao passo que defensores dos direitos humanos são vistos como cúmplices de tudo aquilo que representa o mal.

Sobre a questão, Salo de Carvalho muito bem sintetiza:

A pseudo-necessidade de controle da criminalidade por meio do processo penal é fruto do sintoma contemporâneo da vontade de punir, que assola o nosso país, fomentado pelo discurso de políticas punitivistas, movimentos encarceradores e sentimento de impunidade difundido pelos meios de comunicação em massa³⁹.

Destarte, Souza e de Oliveira⁴⁰ fazem um alerta para os números que não batem: “Ocorre que ‘o Direito Penal que não prende ninguém’ vem ge-

38 SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Daniel Kessler. A futebolização do direito penal. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 269, p.8, abr. 2015.

39 CARVALHO, Salo de apud GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. A Importância da audiência de custódia como efetivação do contraditório e legitimação da decisão judicial em um processo penal constitucional e democrático. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRASPP). *Anais...* Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.225.

40 SOUZA; OLIVEIRA, 2015. p.8.

rando uma população carcerária de mais de 700 mil presos e não há qualquer reflexão por parte da sociedade sobre a incompatibilidade destas informações [...]”.

De fato, olvidam-se os supostos “cidadãos de bem” que, ao longo dos anos, o recrudescimento da lei parece ter tido um efeito inverso daquele que acreditam, abstendo-se de pensar por si e de abrir-se para novas ideias sem apenas reproduzir o que lhes empurram via meios de comunicação.

Assim, o objetivo de coibir torturas no momento da prisão coaduna-se com o fato de liderarmos o *ranking*, dentre os 21 países pesquisados pela Anistia Internacional, cuja população mais teme sofrer algum tipo de tortura caso seja detida por alguma autoridade. Os dados conhecidos a partir dos manuscritos de Paulo Freire d’Aguiar⁴¹ dão conta de que 80% dos cidadãos brasileiros temem sofrer este tipo de violação.

Sobre esse resultado alarmante da pesquisa realizada, aliado aos comandos da nossa Lei Maior, pergunta-se: não estão aqueles que se insurgem contra a audiência de custódia, e mais, que negam que temos a polícia mais violenta do mundo⁴² furtando-se da sua responsabilidade nesse ciclo vicioso da criminalidade?

A corroborar o que conhecemos por seletividade penal, segundo dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁴³, no ano de 2014, 61,67% dos encarcerados possuem a cor da pele negra ou parda, ao passo que somente 37,22% declararam-se brancos; ainda, 75,08% frequentaram a escola somente até o ensino fundamental completo.

Atente-se para a predominância da pele negra e da baixa escolaridade dos presos no nosso país, duas variáveis que dizem muito sobre a já mencionada desigualdade social como mola propulsora de violência.

Ainda, depreende-se, a partir dos mesmos dados do INFOPEN⁴⁴, que

⁴¹ D’AGUIAR, 2016. p.253.

⁴² Informação obtida por meio do 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de segurança pública*. Ano 8, 2014, ISSN 1983-7364. p.43. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017).

⁴³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017. p. 36.

⁴⁴ *Ibid*, p. 33.

os principais tipos de crimes cometidos pelos encarcerados também dizem muito sobre as mazelas de uma sociedade desigual, na medida em que 46% estão presos por crimes contra o patrimônio e outros 28% pela Lei de Drogas, sendo que somente 13% dos encarcerados perpetraram algum crime contra a vida.

Por sua vez, o 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública⁴⁵, ocorrido em 2014, dá conta de que os negros são 18,4% vezes mais encarcerados e 30,5% mais vítimas de homicídios do que os brancos no nosso país. Quanto à letalidade policial, a conclusão é a de que as polícias brasileiras mataram o equivalente ao que as polícias dos Estados Unidos da América em 30 anos, sendo, em 2013, no mínimo seis pessoas mortas por dia pela polícia brasileira.

Conforme a mesma pesquisa⁴⁶, o número de encarcerados atingiu 574.207 pessoas, sendo 40,1% delas presas provisoriamente, desconsiderando-se os presos sob custódia das polícias, de modo que 75% dos crimes que ensejaram a privação da liberdade são patrimoniais ou de drogas.

Em uma sociedade em que se prende mais por dinheiro do que pela vida, embora esta seja o principal bem tutelado pelo Direito Penal – já que o crime de homicídio inaugura a parte especial do nosso Código Penal⁴⁷ – não é de se surpreender que haja uma sintomática inversão de valores na hora de se falar sobre o combate à criminalidade.

A partir do Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, depreende-se que temos, no Brasil, hoje, um déficit de 250 mil vagas no sistema prisional, de modo que representamos a 4ª maior população carcerária do planeta, segundo dados do DEPEN:

Resultado disso é que hoje os já hostis e barbarizados espaços de confinamento sofisticaram-se em crueldade, tortura e maus tratos dispensados a todos aqueles ali inseridos. Pior do que isso: **não logramos no Brasil, com a cultura do ‘prender cada vez mais, construir mais presídios e aumentar o contingente de presos’ uma sociedade mais pacificada.** [grifo nosso]⁴⁸.

45 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de segurança pública*. Ano 8, 2014, ISSN 1983-7364. p.06. Disponível em: <https://www.mppa.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

46 Ibid.

47 BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

48 Editorial. Audiências de Custódia: um ano desde a resolução CNJ 213. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 289, p.1-2, dez. 2016. p.1.

E está nessa informação de que não atingimos uma sociedade mais pacificada, mesmo com a explosão do sistema carcerário, o corolário lógico, elementar e cristalino de que o sistema, tal como ele está, não funciona. O excesso de adjetivos se deve ao fato de ser incompreensível que alguém possa acreditar que defender o respeito aos direitos básicos do ser humano esteja ligado com alguma espécie de “pena” ou de “cumplicidade” para com o indivíduo que pratica algum delito.

Daí a importância da audiência de custódia também com vistas ao que se tem denominado de desencarceramento em massa. No entanto, não adiantam mudanças de caráter legislativo descarcerizantes se não ocorrer, ao mesmo tempo, uma mudança de mentalidade no sentido de compreendermos, enquanto sociedade, que estamos errando, e muito, e há tempos.

Nesse viés, um exemplo colhido a partir do estudo de Silvestre e Melo é a Lei de Drogas, a qual trazia consigo a ideia de descriminalização dos usuários, mas que teve efeito exatamente contrário:

Como as mudanças legislativas de ordem ‘progressista’ nem sempre surtem efeitos sobre práticas conservadoras estabelecidas, o encarceramento de usuários e pequenos traficantes se tornou regra na atividade policial [...]”⁴⁹.

No mesmo caminho foi a já falada Lei 12.403/2011, cujo escopo era o de findar com o binômio da prisão-liberdade, oferecendo nove alternativas para o magistrado quando da desnecessidade do decreto de prisão preventiva. Ao contrário do que se almejava, “poucos são, no entanto, os juízes que conseguem se libertar do fetichismo da medida de prisão [...]”⁵⁰.

Responsável sempre por nos mostrar argumentos pouco conhecidos, Fauzi Hassan Choukr⁵¹ afirma que figura também dentre os objetivos da audiência de custódia a redução dos custos que o preso gera para o país. Conforme o autor, o Ministro Ricardo Lewandowski se lembrou, ainda que um pouco mais tarde no palco das discussões, que o preso custa, em média, cerca de três mil reais para os cofres públicos; multiplicado este valor

49 SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 293, p.8-10, abr. 2017. p.8.

50 Editorial. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 252, p.1, nov. 2013. p.1.

51 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Audiência de custódia*: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. 2015. Disponível em: <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 23 maio 2017.

por 120 mil presos e por 12, teremos a impressionante cifra de R\$ 4,3 bilhões em um ano.

Por fim, inerente ao Estado Democrático de Direito, conforme já referido supra, a audiência de custódia oportuniza o contraditório prévio, que até então era diferido para o momento do interrogatório, o qual poderia levar meses, por vezes até anos. A prisão preventiva da forma que se dava – e ainda se dá nas comarcas em que não foi implantada a audiência de custódia –, *inaudita altera pars*, constitui-se numa verdadeira violação ao princípio do contraditório.

Nesse sentido, segundo Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme⁵²: “[...] no Estado Democrático de Direito o contraditório deve ser a possibilidade real das partes influírem nas decisões proferidas pelo julgador”.

Feitas todas estas considerações acerca do intuito da audiência de custódia, resta-nos acreditar, mais uma vez, que elas vêm para contribuir um pouco na atenuação deste nosso vexatório cenário de encarceramento em massa, o qual é responsável - reitere-se, por nunca ser demais fazer um exercício de desconstrução de (pré)conceitos equivocados - pelo ciclo vicioso da violência em nosso país, dada a seletividade do sistema penal, a sua ineficiência e a total falta do seu controle por parte do Estado.

3.2 FUNCIONALIDADE A PARTIR DA RESOLUÇÃO DO CNJ EM COTEJO COM ALGUNS RESULTADOS PRÁTICOS DESDE JÁ

A partir de uma análise dos principais dispositivos da Resolução 213 do CNJ, observa-se que muito mais do que regulamentar as audiências de custódia em âmbito nacional, a aludida Resolução chama a atenção para a cultura do encarceramento, preocupa-se em finalmente operacionalizar as medidas cautelares diversas da prisão e, por fim, traça um verdadeiro manual de instruções, o qual deve(ria) ser utilizado pelos envolvidos quando da realização da solenidade.

Apesar de o CNJ ter oportunizado este código de conduta a ser seguido pelos juízes quando da audiência de custódia, observa-se que não é desta maneira que se tem procedido.

Depreende-se a partir de pesquisa recentemente publicada pelo Ins-

⁵² GUILHERME, 2016. p. 210.

tituto Conectas de Direitos Humanos⁵³, a qual observou e coletou dados em 393 casos de audiência de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda, na cidade de São Paulo/SP, entre julho a novembro de 2015 – durante o Projeto Piloto, portanto – e entre dezembro de 2015 até maio de 2016, que existe uma postura conservadora por parte do nosso judiciário, no geral, a qual acaba por obstaculizar todos os objetivos do instituto.

Tanto é que, apesar de o CNJ ter disposto acerca da impossibilidade de produção de provas durante a audiência de custódia, no caso-síntese extraído da pesquisa do Instituto Conectas⁵⁴, tem-se uma situação de suposto crime de roubo, na qual o magistrado indaga veemente se o custodiado confessaria a prática do crime.

Pelo Protocolo de número II, intitulado de “Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, inserto na Resolução, o CNJ é escorrido em explicar o que se entende por tortura, determinado quais as condições adequadas para a oitiva do custodiado na audiência de custódia, de modo a deixar o denunciante livre de ameaças ou intimidações em potencial que possam inibir o relato, ditando ainda os procedimentos relativos à coleta de informações sobre práticas de tortura durante a oitiva da pessoa custodiada, bem como para coleta do depoimento dessa vítima de tortura.

Outrossim, o mesmo Protocolo busca conscientizar os envolvidos na audiência de que as perguntas devem ser feitas de maneira simples, repetindo-as, se necessário, e compreendendo a eventual dificuldade de assimilação pelo preso.

Parece que também não houve o devido entendimento do ponto pelos envolvidos. A partir da mesma pesquisa⁵⁵, tem-se que a Defensoria precisou reformular as perguntas feitas aos presos diversas vezes, ou mesmo os próprios magistrados, sem que isso gerasse qualquer autocritica na maneira como estavam conduzindo aquilo que deveria ser um diálogo.

53 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017.

54 *Ibid.* p.100.

55 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017. p.56.

Por derradeiro, dispõe ainda o Protocolo de número II que a escuta deve ser priorizada, de modo que se deve adotar postura respeitosa com relação ao gênero e aos limites da vítima de tortura, não fazendo perguntas ameaçadoras.

Para aqui o principal ponto espinhoso da audiência de custódia. Em um sistema em que já temos jurisprudência aos montes dizendo que a palavra dos policiais tem um valor probatório incontestável, já era sabido que qualquer tentativa no sentido de se reduzir a violência policial seria duramente criticada, amplamente mal interpretada e largamente desrespeitada.

Ainda que todos saibamos que existe um excesso nas abordagens policiais, nem todos estão dispostos a assumir isto publicamente, seja porque enfraqueceria as teses acusatórias ou quiçá condenatórias, seja em virtude da variável estudada no subitem anterior: em se tratado dos “inde-sejáveis” permite-se que seus mínimos direitos sejam tolhidos, com o amplo apoio da população, da mídia e com a vista grossa dos que deveriam prezar pelo controle externo da atividade policial.

Deveras, ao longo das 128 páginas que revelaram como se realizaram as audiências de custódia na cidade de São Paulo, durante os meses de pesquisa, o Instituto Conectas de Direitos Humanos expõe a verdadeira face do nosso Poder Judiciário, e ela é seletiva e pouco sensível com as mazelas sociais. *In verbis*:

Juiz(a): Os policiais já conheciam a senhora? Como foi a abordagem? Fizeram a senhora tirar a roupa, não tinha policial feminina? Do nada falaram que se a senhora não assumisse a senhora ia morrer? Do nada assim? A senhora sabe o nome dos policiais? Por que a senhora não narrou isso pro delegado? Por que consta aqui que a droga era sua e o dinheiro também? (caso 251) [grifo nosso]⁵⁶.

Destaca-se, no caso acima, não somente a naturalização da violência policial, como também a normalização de uma conduta sexista, extremamente grave por parte dos agentes, segundo o relato da presa.

Quando, enquanto sociedade, acreditamos que uma pessoa acusada de um crime não merece ter sua dignidade sexual respeitada pelos pró-

56 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017. p.58.

prios que deveriam tutelar esse direito para todas(os), é sinal de que estamos realmente doentes: “Ele enfiou a mão no meu sutiã, colocou a mão dentro da minha calcinha para me revistar. Foram dois policiais’ (Relato em audiência de custódia caso 130)”⁵⁷.

Concluindo o estudo, o Instituto Conectas de Direitos Humanos responsabiliza a todos os envolvidos pela naturalização da violência policial:

De qualquer modo, Ministério Público, Magistratura, Defensoria e Instituto Médico Legal não podem se isentar da responsabilização diante deste cenário. O monitoramento demonstra haver atuação, via de regra, protocolar, o que contribui para a perpetuação da tortura e os maus-tratos [grifo do autor]⁵⁸.

Atualmente, todos os Tribunais dos estados da Federação e do Distrito Federal têm Provimentos próprios, embora alguns tenham inovado em comparação com a Resolução 213/2015, a qual entrou em vigor na data de 01/02/2016, conforme a própria determinou.

4 PROBLEMÁTICA EM TORNO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Na medida em que a audiência de custódia parece ser (felizmente) um caminho sem volta, restam superadas as longas discussões que se sucederam no âmbito da implantação do instituto.

O impasse agora se dá principalmente com relação à redação final do Projeto de Lei 554/2011, que acaba por modificar substancialmente os termos da Resolução 213/2015, tendo potencialidade para esvaziá-la.

Ainda, a capacidade da audiência de custódia alcançar os seus objetivos no Brasil desde a sua implantação não tem sido das mais satisfatórias, conforme se demonstrou durante vários momentos do subitem anterior.

Esses e os demais pontos espinhosos que circundam o instituto serão expostos a partir de agora.

4.1 DA NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO EM OUTRAS MODALIDADES DE PRISÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA SUA NÃO REALIZAÇÃO

57 *Ibid.* p.46.

58 *Ibid.* p.116.

Existe uma tendência de se falar da audiência de custódia como se abarcasse somente a modalidade da prisão em flagrante.

Isso ocorre tanto por parte da doutrina, como por parte da própria Resolução do CNJ, a qual dispõe que o instituto se aplica às outras modalidades de prisão somente no seu artigo 13, quando o parágrafo único esclarece que, nesse caso, devem ser aplicadas todas as demais disposições cabíveis.

Nesse sentido, Andrade e Alflen⁵⁹ colocam que, embora a Resolução 213/2015 não tenha uma redação tecnicamente perfeita, “seu artigo 1º já faz referência à apresentação da pessoa presa em flagrante ou apreendida, dando a entender que não só da prisão em flagrante trata aquela resolução”.

Ocorre que o PL 554/2011, tal como ele está, determina a realização da audiência somente nos casos de flagrante, deixando de conferir esta obrigação para as outras modalidades.

Se houver a aprovação do texto nestes moldes, seguirá o Brasil negando vigência à CADH, a qual em momento algum restringe a apresentação do custodiado a somente uma modalidade de prisão.

Assim, a utilização do instituto também nos casos de prisão temporária é de suma relevância, já que a nossa legislação é nada mais do que o reflexo da seletividade penal do nosso sistema, o que fica claramente demonstrado logo pelo artigo 1º, da Lei 7.960/89⁶⁰, o qual dispõe expressamente, por meio da parte inicial do inciso II, o fato de o indiciado não possuir residência fixa como uma hipótese de cabimento para prisão temporária⁶¹.

Por óbvio que os contrários à audiência de custódia dirão que a própria lei que regula a prisão temporária já traz a solenidade embutida. No entanto, cumpre observar que o parágrafo 2º, do artigo 3º, da referida lei traz como uma mera possibilidade ao magistrado, de ofício ou a requerimento de quaisquer das partes, determinar a apresentação do preso, sem especificar, entretanto, qual seria a finalidade dessa apresentação.

⁵⁹ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p.55.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

⁶¹ O Protocolo número I, da Resolução 213/2015, do CNJ, intitulado de “Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia”, traz em seu bojo um tópico específico pelo qual se determina não seja penalizada a pobreza, em uma tentativa de se afastar a vulnerabilidade social como critério de seletividade em desfavor das pessoas custodiadas. O alerta máximo se dá em relação aos moradores de rua, uma vez que a conveniência para a instrução criminal ou a dificuldade de intimação para comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar.

Quanto à prisão preventiva, assevera Caio Paiva⁶² que a audiência de custódia, nesses casos, propicia ao magistrado ratificar as razões que o levaram ao decreto.

Ademais, o já citado artigo 1º, da Resolução do CNJ é claro no sentido de que, independentemente da motivação ou natureza do ato, deve a pessoa detida ser apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas para que seja ouvida sobre as circunstâncias da sua prisão ou apreensão.

Parece que o Conselho já previu a necessidade de esclarecer que a gravidade do ato não é motivo para cercear o direito do preso de ser conduzido ao juiz para que possa exercer a ampla defesa e o contraditório.

Tal preocupação é legítima, na medida em que vemos nas decisões dos magistrados Brasil afora uma gama de decretos de prisão preventiva baseados tão somente na gravidade do delito ou no que denominam de clamor público/social, valendo-se da vagueza do termo “garantia da ordem pública”, expresso no caput do artigo 312, do CPP.

É justamente por esta banalização da utilização da prisão preventiva é que se reitera deva ser garantida a audiência de custódia também nos casos em que ela não decorrer da análise de uma situação flagrancial.

Ressalta-se, no entanto, que a situação pode se dramatizar ainda mais, uma vez que o PL 156/2009 coloca a realização da solenidade como uma mera possibilidade ao alcance do dito “juiz de garantias”, tal e qual faz a lei da prisão temporária supracitada, desvirtuando, portanto, simplesmente todos os objetivos do instituto.

No que se refere às consequências da não realização da audiência de custódia, nem o PL 554/2011, nem a Resolução 213/2015 tratam do assunto, limitando-se esta última a esclarecer que os que já se encontravam presos quando da implantação, teriam o direito garantido somente nos processos cuja apresentação não tenha ocorrido ao longo da instrução.

No entanto, se existe uma regulamentação que impõe o cumprimento da solenidade, bem como todo um movimento para que se dê vigência aos Tratados Internacionais com os quais o Brasil se obrigou, não é lógico, nem coerente com o discurso que não haja consequências pelo seu descumprimento.

⁶² PAIVA, 2017, p.93.

Assim, Carlo Velho Masi⁶³ pontua que quando houver demora na apresentação do preso, a consequência é a caracterização do excesso de prazo, o que constitui o constrangimento ilegal: “Já a sua não realização conduz à ilegalidade da prisão, que também leva ao seu relaxamento”.

Em igual tom, Caio Paiva⁶⁴ assevera que a não realização do ato torna a prisão ilegal, dando ensejo ao seu relaxamento, nos termos do artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal: “Trata-se de uma etapa procedimental de observância obrigatória para a legalidade da prisão”.

Pondera o mesmo autor⁶⁵ que equivocado é o entendimento de que basta o Tribunal determinar a realização da audiência de custódia quando, em sede de habeas corpus, alegar-se que ela não ocorreu oportunamente. Isto porque acaba por haver uma redução da potencialidade do instituto, porquanto o juiz a quo seria obrigado a realizar a audiência “sem espontaneidade para analisar, desarmado, eventuais pleitos de liberdade apresentados pela defesa”.

Entretanto, conforme exposto no item 2.3, a situação é ainda pior, uma vez que o STJ tem se posicionado no sentido de que a não realização da audiência de custódia resta superada quando a prisão em flagrante for convalidada em preventiva. Desta feita, forçosa a conclusão de que o “Tribunal da Cidadania” não está a par dos pressupostos básicos e elementares do instituto, já que se utiliza de justificativa completamente descabida.

Diante desse cenário, tem-se que a aprovação do PL 554/2011, tal como ele está, significa um retrocesso para o instituto. A alteração do CPP sem a ampla previsão das audiências de custódia seria uma frontal violação aos termos dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos, além de não se coadunar com a Resolução do CNJ.

4.2 A POSSIBILIDADE DE DILAÇÃO DO PRAZO E A UTILIZAÇÃO DE VIDEOCONFERÊNCIA SEGUNDO O PROJETO DE LEI EM TRÂMITE

Outro ponto que causa extrema preocupação com relação ao Projeto de Lei 554/2011 diz respeito à possibilidade de dilação do prazo para apresentação do preso em três hipóteses, quais sejam, dificuldades operacionais da autoridade policial, impossibilidade da autoridade judiciária em

⁶³ MASI, 2016. p.183.

⁶⁴ PAIVA, 2017. p.122-123.

⁶⁵ *Ibid*, p.123.

realizar a inquirição do preso e ainda, surpreendentemente, quando se tratar de crime que envolva organização criminosa.

Ou seja, além de se ampliar as hipóteses de descumprimento do lapso temporal de 24 horas após a lavratura do APF – 48 horas na prática, portanto –, está o Poder Legislativo propondo nada menos do que um elastecimento de até nove dias, a depender do caso, o que é absolutamente desproporcional à luz do Pacto de São José da Costa Rica e da Resolução 213/2015, do CNJ.

O grande risco do primeiro cenário é que, malgrado haja a previsão expressa de necessidade de decisão fundamentada por parte do juiz, acabe por ser invocada a dificuldade operacional de maneira indiscriminada e arbitrária, já que bem conhecemos o problema com o conceito da palavra “excepcionalidade” por parte do nosso Poder Judiciário.

Quanto à segunda hipótese, causa perplexidade a disposição em dias úteis para a reapresentação desse preso que teve o direito à entrevista com o magistrado cerceado em virtude da impossibilidade desta autoridade judiciária em realizar a inquirição. Vale dizer, então, que se este fato se der em uma sexta-feira, significa que quer o Senado Federal que o custodiado seja reapresentado somente na segunda-feira, sem falar nos dias em que houvesse feriado, o que esvazia totalmente o espírito do instituto.

Contudo, o maior destaque vai para a última hipótese, já que para os nossos parlamentares aqueles que cometem um crime mediante organização criminosa⁶⁶ devem receber tratamento diferenciado, não sendo seres detentores dos mesmos direitos que os outros.

Pela redação do dispositivo, é possível que o delegado decida, por conta própria, que não irá conduzir o(s) preso(s) à presença do juiz nos prazos delineados para os outros crimes, de modo que na pior das hipóteses, teríamos um prazo de nove dias neste caso (24 horas para remessa do APF + 72 horas no caso de dificuldades operacionais + cinco dias).

Felizmente, as audiências de custódia ainda estão sendo realizadas no âmbito da Resolução 213/2015, do CNJ, a qual veda que a motivação ou

⁶⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017

natureza do ato sejam balizadores para o prazo de apresentação, conforme já mencionado anteriormente.

Não obstante, como solução para os problemas envolvendo as tais dificuldades que seriam as responsáveis pelo elástico dos prazos, tem-se defendido o uso da videoconferência, sendo esta mais uma previsão expressa do PL 554/2011 da qual se discorda.

Tanto é que, além de esta possibilidade não ter vindo nem sequer prevista na Resolução do CNJ, a normativa internacional não deixa qualquer margem para que a apresentação seja mediante videoconferência, sendo os artigos 7.5 da CADH e 9.3 do PIDCP bastante claros no sentido de que: a) deve haver a condução da pessoa presa; b) deve ser esta condução sem demora; c) deve ser à presença da autoridade judiciária.

Sobre o assunto, apontam Andrade e Alflen⁶⁷ que “a jurisprudência da CIDH se estabeleceu no sentido de que a apresentação do preso ou detido deve ser pessoal”.

Podia se pensar que antes por videoconferência do que “nada”, já que existem comarcas de difícil acesso. Nessa esteira, tem-se que a falta de estrutura não pode mais ser a primeira escusa da qual se lança mão quando se fala de sistema carcerário.

É preciso franqueza: o problema todo gira em torno de uma mentalidade retrógrada que persiste e é frequentemente reproduzida, reiterada e acreditada pela sociedade. Tudo o que surgir com o potencial de quebrar esta mentalidade e tirar da zona de conforto essas pessoas que creem na prisão e nas penas mais duras como meios eficazes de combate ao “mal” será rechaçado de pronto. Não obtendo êxito, outras “soluções” serão trazidas, a exemplo da videoconferência. É bem por isso que ela não deve prosperar.

4.3 CRÍTICAS À CAPACIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ALCANÇAR SEUS OBJETIVOS: IMPACTOS DESDE A IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

A partir de tudo quanto foi exposto, é chegada a hora de se realizar uma conferência no que concerne à realidade atual da audiência de custódia sob o prisma da consecução dos seus objetivos.

⁶⁷ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p.63-66.

Desse modo, Fauzi Hassan Choukr⁶⁸ pondera que os primeiros números, na grande mídia, foram sensacionais para os que esperam uma equilibrada aplicação do modelo das cautelares com o efetivo emprego da prisão como *ultima ratio* cautelar.

De fato, noticiou-se no sítio eletrônico do CNJ⁶⁹, em 05/05/2015, que o projeto lançado experimentalmente no mês de fevereiro em São Paulo já teria sido responsável pela redução em 45% do número de prisões provisórias no estado. O Ministro Ricardo Lewandowski chegou a afirmar que o instituto teria potencialidade para promover uma profunda modificação no cenário do sistema carcerário brasileiro.

Em consonância com a desconfiança de Choukr no que se refere aos números, Carlo Velho Masi⁷⁰ assevera que os índices até então apresentados não podem ser tidos como conclusivos, pela falta de publicação de estudos científicos quantitativos mais abrangentes, especialmente pela ausência de dados disponíveis sobre os percentuais de manutenção da prisão em flagrante antes da implantação.

Nesse sentido, Mateus Marques e Mauro Fonseca Andrade⁷¹ observam que para que seja possível uma verdadeira mudança na realidade prisional brasileira, precisa-se investir não somente em mecanismos legais ou em logística, mas também na figura do juiz, bem como no seu processo contínuo de formação e qualificação para que, resguardadas as suas opiniões pessoais, possam “melhor aquilatar a real necessidade que a privação da liberdade de alguém possuirá para o atingimento dos fins da persecução penal em nosso país”.

Nesse viés, Thiago M. Minagé e Alberto Sampaio Jr.⁷² apontam que em nada adianta o juiz “olhar no olho”⁷³ do conduzido se o fizer com uma mentalidade de etiquetamento.

68 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Audiência de custódia*: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. 2015. Disponível em: <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 23 maio 2017.

69 ZAMPIER, Débora. Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento. *CNJ*, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

70 MASI, 2016. p.161.

71 MARQUES, Mateus; ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 282, p.11, mai. 2016. p.11.

72 MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO JR., Carlos Alberto. A Questão político-criminal da audiência de custódia. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, n. 93, v. 16, p.54-61, ago/set. 2015. p.58-59.

73 Pontuam os autores que a expressão foi cunhada por Aury Lopes Jr.

Partindo-se para uma análise geral, a partir de consulta ao sítio eletrônico do CNJ⁷⁴, depara-se com os dados estatísticos referentes à audiência de custódia em todo o território nacional até março de 2017. No total, 215.329 audiências foram realizadas, sendo que 97.704 dos casos resultaram em liberdade, o que representa 45,37%, ao lado 117.625 casos em que houve a conversão em prisão preventiva, representando 54,63%.

Chama a atenção para a mudança no cenário com relação à estatística anterior. Na obra de Carlo Velho Masi⁷⁵, sintetizou-se o mapa da implantação encontrado no sítio eletrônico do CNJ, na data de 03/05/2016, evidenciando-se que o número de liberdades provisórias superava o de prisões preventivas naquela época.

A partir desses dados, pode-se chegar a duas conclusões. A primeira vai no sentido de que realmente ainda não temos uma análise quantitativa confiável, tendo em vista que estamos em fase de implementação. A segunda conclusão é aquela na qual já se suspeitava desde sempre: se não houver uma mudança de mentalidade, com um conseqüente freio na cultura punitivista, o caminho da audiência de custódia será o mesmo das já tão citadas cautelares alternativas ao cárcere, qual seja, o do fracasso no que tange à concretização dos seus objetivos.

Destarte, reitera-se: a mudança na mentalidade é tão importante – se não mais importante – quanto alterações legislativas e estruturais.

Outrossim, além de estar se observado uma possível inefetividade no objetivo do desinchaamento da malha carcerária, visualiza-se que os relatos de violência policial não vêm sendo levados em consideração. Esta percepção tem por base tanto as pesquisas empíricas apresentadas em diversos momentos deste trabalho, quanto o pífio percentual de casos em que houve alegação de violência no ato da prisão (4,79%), exposto pelo CNJ⁷⁶.

Tanto é que, novamente conforme a pesquisa realizada pelo Instituto Conectas⁷⁷, incredivelmente foi argumentado que a audiência de cus-

74 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados estatísticos/mapa de implantação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

75 MASI, 2016. p.159-160.

76 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados estatísticos/mapa de implantação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

77 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arqui>>

tódia não seria o momento para trazer à tona os relatos de violência policial ou de considerar relatos de agressão: “Há presunção de veracidade da palavra dos policiais, não é o momento de levar em conta sua versão, será analisado depois’ (Manifestação do Ministério Público no caso 87)”.

Ademais, outra dificuldade observada pelos pesquisadores foi com relação ao correto encaminhamento dos casos de violência policial:

Com a implementação das audiências de custódia, o que ocorre hoje é que, na maioria dos casos, o relato de tortura e maus tratos trazido da rua, após passar por Magistratura, Defensoria Pública e Ministério Público, termina voltando para as mãos da instituição acusada de ter praticado a violência. [grifo nosso]⁷⁸.

Destarte, apesar de ser um dos principais objetivos da audiência de custódia, fica nítida mais uma vez a criação de um instituto com ideias louváveis na teoria, mas com pouca preocupação com a sua operacionalização, bem como parca fiscalização da prática.

Ainda é cedo para se afirmar, mas parece haver uma forte tendência para que a questão da diminuição da violência policial não passe de mais uma utopia e de mais dados que serão inseridos em pesquisas com pouca qualidade, baseadas em relatórios fornecidos pelos próprios Tribunais e que serão comemorados pelos mais desavisados.

Nada substitui o olhar de pesquisadores presentes nas salas de audiências, os quais fazem o importante papel de denunciar a quantidade de vezes em que não foram registrados os relatos de maus-tratos ou as situações em que foram os relatos desacreditados sob a alegação de que seriam artimanhas defensivas à obtenção do relaxamento da prisão⁷⁹.

Nesse sentido, apontam as autoras Valença e outros⁸⁰ que existe, no Brasil, uma dificuldade em se responsabilizar agentes estatais que praticam tortura. Para as autoras, ainda não se pode falar em fracasso das au-

vos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf>. Acesso em: 26 maio 2017. p.67.

⁷⁸ *Ibid*, p.112.

⁷⁹ CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017. p.75.

⁸⁰ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 280, p.8-9, mar. 2016.

diências de custódia, já que a simples condução do preso ao juiz já representa uma vitória: “...para alcançar as suas potencialidades, será preciso insistir em mudanças mais profundas na cultura judiciária e ministerial, que, talvez, as próprias audiências poderão provocar”.

Em igual tom, Cláudio do Prado Amaral⁸¹ assevera que o advento formal da audiência de custódia revela um verdadeiro e louvável esforço institucional por parte do TJSP em dar efetividade para um processo penal pautado nos princípios constitucionais: “A medida, contudo, depende em sua maior parte da direção que os magistrados darão ao procedimento, ou dito de outro modo, dependerá da política criminal que cada juiz vier a aplicar ao velho-novo instituto”.

Expostos os verdadeiros impactos da audiência de custódia desde a sua implantação no Brasil, principalmente sob o prisma do suposto desencarceramento, que não se sabe exatamente se está havendo, mas desconfia-se, e muito, que a resposta seja negativa, e também da velada violência policial, a qual já não aparecia antes nos autos de prisão em flagrante e segue não aparecendo como deveria nos termos das audiências, mas pelo menos “esbofeteia” a face dos que estão ali reunidos para o ato, já que ficam obrigados ao contato pessoal, finaliza-se com uma citação de Alexis Andreus Gama e Gustavo Noronha de Ávila, que bem expõe a impressão que se ficou com relação ao instituto da audiência de custódia:

Por outro lado os ilegalismos não deixarão de cessar. Ao contrário. As infindáveis discussões acerca das possíveis nulidades geradas pela não realização da audiência de custódia, no passado e presente, são exemplos inequívocos. **Enquanto discutimos categorias como ‘prejuízo’, ‘absoluta’ e ‘relativa’, o genocídio praticado pelo sistema penal segue seu curso.** [grifo nosso]⁸².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente pesquisa científica, a conclusão principal é a de que não existem diplomas internacionais, nem Resoluções, tampouco alterações legislativas que sejam capazes de minimizar a condição vexatória na

81 AMARAL, Claudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 269, p.4-6, abr. 2015. p.6.

82 GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Resistência à Audiência de Custódia no Brasil: Sintoma de Ilegalismo. *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 62-66, ago./set. 2015. p.65.

qual se encontra o Brasil em termos de sistema carcerário enquanto não houver uma mudança de mentalidade, que urge necessária tanto por parte do leigo, quanto inclusive – e principalmente – por parte do operador do direito.

Assim, buscou-se analisar a audiência de custódia sob o ângulo da convencionalidade, que é o controle de compatibilização da norma doméstica com os Tratados de direitos humanos ratificados pelo país. O desfecho a que se chegou neste ponto foi o de que o Pacto de São José da Costa Rica possui status constitucional, assim como todos os outros diplomas internacionais anteriores à Emenda Constitucional número 45/2004 que versem sobre direitos humanos, tendo em vista a sua automática integração ao denominado bloco de constitucionalidade. Outrossim, viu-se que caso não haja consenso quanto a tal hierarquia dos Tratados, as decisões a serem tomadas em âmbito interno devem se pautar, a partir de um diálogo entre as fontes, naquela regra que garanta a maior proteção ao direito fundamental (*pro homine*).

Desta feita, a análise do que almeja o instituto da audiência de custódia foi toda construída a partir da cultura punitivista brasileira, demonstrando-se dados coletados em pesquisas oficiais, os quais dão conta de que o sistema penal é seletivo, ineficiente no combate aos delitos de maior gravidade e reprodutor de uma violência cíclica. Assim, possibilitado o contraditório em fase cautelar, abre-se a possibilidade de um melhor equilíbrio de forças, ainda que a tendência à estigmatização do preso esteja fortemente enraizada na cultura do nosso Poder Judiciário, o qual não foi capaz de compreender até hoje a prisão processual como *ultima ratio* do sistema.

Ainda, procurou-se expor a principal problemática em torno da audiência de custódia, demonstrando-se a necessidade da sua realização em todos os tipos de prisão, uma vez que nem os diplomas internacionais subscritos pelo país, nem a Resolução do CNJ se atêm a tão somente uma modalidade de segregação. Ademais, expôs-se que no momento não contamos com a publicação de estudos conclusivos sobre os impactos do instituto sobre o contingente de presos provisórios, haja vista que não há um registro de quais eram os percentuais de liberdades provisórias concedidas, bem como de prisões preventivas decretadas anteriormente à implantação das audiências.

No que se refere ao outro propósito do instituto, as pesquisas empíricas, novamente trazidas para o ponto final do trabalho, expuseram que a violência policial não tem sido levada em conta pelos atores do processo, sendo

a palavra dos acusados frequentemente descredibilizada, de modo que não são, muitas vezes, sequer mencionados os relatos de maus-tratos nos termos das audiências. Outrossim, desvelaram as aludidas pesquisas que carece o sistema da montagem de uma necessária estrutura para onde se possa dar o devido encaminhamento dos casos de tortura, uma vez que estão sendo remetidos estes casos, muitas vezes, para as próprias Corregedorias das polícias, o que esvazia totalmente esta crucial finalidade do instituto.

O que se conclui, por derradeiro, é que não existia – e talvez ainda não exista – um interesse dos nossos parlamentares em regulamentar as audiências de custódia, o que demonstra que não estão eles implicados com o que é melhor para a sociedade, mas sim o que é melhor para as suas respectivas popularidades. Destarte, não obstante tenha se tentado demonstrar todos os bem intencionados e necessários objetivos das audiências, existe um sério risco de o instituto ser degenerado com a aprovação dos Projetos de Lei tais como eles estão, não conseguindo alcançar, portanto, os seus objetivos almejados.

No entanto, se ao longo dos tempos grandes mudanças precisaram vir com muito barulho, não é diferente com relação à cultura do encarceramento no Brasil. Derrubar o mito da impunidade, desconstruir a falácia de que as leis são brandas, bem como minimizar a seletividade do sistema penal são transformações que demandam tempo, sacrifícios e assumir uma postura impopular, preço que poucos se dispõem a pagar.

Isso posto, acredita-se que, ao lado de doutrinadores que já fazem muito bem este papel de desconstrução de (pré)conceitos, os quais também ganham um rótulo de “garantistas”, tem-se que é necessária uma formação de profissionais que operam com o Direito mais voltada para o seu caráter humanitário. Preparar melhor aqueles que provêm, na sua maioria, de setores privilegiados da sociedade para julgar, acusar e inclusive defender aqueles que vêm majoritariamente de setores marginalizados, é essencial para que tenhamos uma sociedade mais justa e igualitária.

Encerra-se com a certeza de que muito ainda precisa ser discutido para que se promova uma significativa mudança de paradigma no cenário do sistema carcerário. Pode ser que as audiências de custódia não passem de mais uma fracassada tentativa de se frear a cultura punitivista e todas as consequências negativas que dela decorrem. Contudo, qualquer investida que busque amenizar o caos no sistema carcerário, bem como a violência institucionalizada é com certeza válida.

Se o instituto da audiência de custódia representa um auxílio, ainda que mínimo, para a construção de uma sociedade mais equilibrada, conclui-se que ela é muito bem-vinda.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. Da Audiência de Custódia em São Paulo. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 269, p.4-6, abr. 2015.

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

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Ofício nº 1.370. Brasília, 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=Tramitacao-PL+6620/2016>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Parecer nº 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&disposition=inline>>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Projeto de Lei nº 6620 de 2016. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Resolução nº 213 de 15 de dezembro 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 27 abril de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 388.105 SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700289713&dt_publicacao=17/04/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 390.286 MG. Relator: Ministro. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700433710&dt_publicacao=12/05/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF. Tribunal Pleno Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://>>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 maio 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Audiência de custódia**: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. 2015. Disponível em: <<https://fhchoukr.jus-brasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 23 maio 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 27 abril 2017.

CONNECTAS DE DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada**: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Dados estatísticos / mapa de implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

D'AGUIAR, Paulo Freire. Subjetividade, prisão em flagrante e audiência de custódia: a aproximação da proposta constitucional, com a superação do paradigma indivíduo-objeto, por meio do direito à audiência. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão Cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRASPP). **Anais**....Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Editorial. Audiências de Custódia: um ano desde a resolução CNJ 213. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 289, p.1-2, dez. 2016.

_____. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 252, p.1, nov. 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de segurança pública**. Ano 8, 2014, ISSN 1983-7364. p.43. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

GAMA, Alexis Andreas; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Resistência à Audiência de Custódia no Brasil: Sintoma de Ilegalismo. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 62-66, ago./set. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. A Importância da audiência de custódia como efetivação do contraditório e legitimação da decisão judicial em um processo penal constitucional e democrático. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRAS-PP). **Anais....** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LACERDA, Wesley Sanchez. O controle Concentrado de Convencionalidade – da abertura principiológica ao fechamento hermético do sistema de direitos fundamentais: uma crítica à Valério Mazzuoli. In: MIRANDA, Jorge et al. (Coord.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 17, p.11-23, set./dez. 2014.

MARQUES, Mateus; ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 282, p.11, mai. 2016.

MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 12, n. 64, p.222-229, jul-ago 2015.

_____. **Tratados Internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 287, p.9-10, out. 2016.

MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO JR., Carlos Alberto. A Questão político-criminal da audiência de custódia. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, n. 93, v. 16, p.54-61, ago/set. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 293, p.8-10, abr. 2017.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Daniel Kessler. A futebolização do direito penal. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 269, p.8, abr. 2015.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 280, p.8-9, mar. 2016.

ZAMPIER, Débora. Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento. **CNJ**, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>>. Acesso em: 02 jun. 2017.