

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, por ocasião do XXV Congresso Nacional do Conpedi, em Curitiba/PR.

Os textos que ora se apresentam, ecléticos que são pela própria amplitude das ideias que contemplam e porque elaborados por autores que estão cientes do papel social que possuem na consolidação de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, demonstram a riqueza das ideias que norteiam o direito penal e o direito processual hodierno.

Os trabalhos contêm estofo interdisciplinar e contemplam desde a dogmática individualista tradicional até as transformações dogmáticas mais aptas à tutela do bem jurídico transindividual. As ideias transbordam o direito nacional e traduzem questões que afetam a modernidade globalizada, e dizem respeito tanto aos aspectos materiais como processuais de uma modernidade que reclama, mais do que nunca, que cada cidadão exerça efetivamente o seu papel social.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal e o direito processual penal, como segmentos de controle social de caráter formal e residual, carecem de aperfeiçoamento, principalmente porque subjacentes, hoje, às discussões que envolvem a pertinência das leis e do trabalho dos envolvidos na persecução penal desde sua etapa primeva.

Os textos ora apresentados refletem a vivência de uma sociedade complexa e plural, carecedora de práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições. Daí a razão pela qual a leitura permitirá vislumbrar o cuidado que cada autor teve de apresentar textos críticos, que por certo contribuirão para modificações legislativas e práticas materiais e processuais que alimentem o direito penal e o direito processual penal de molde a guardarem mais pertinência à Constituição Federal de 1988 e aos reclamos da sociedade hodierna.

Tenham todos ótima leitura e que venham os frutos das ideias acima destacadas!

Prof. Dr. Fábio André Guaragni - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A MENTIRA SINCERA QUE INTERESSA (?)
CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO
ESTADO DO RS, COMARCA DE PORTO ALEGRE.**

**UDIENZA PER L'AFFIDAMENTO: LA BUGIA ONESTA CHE INTERESSA (?)
CONSIDERAZIONI CIRCA LO SVILUPPO DELL'ISTITUTO NELLO STATO DEL
RIO GRANDE DO SUL, CIRCOSTRIZIONE DI PORTO ALEGRE.**

**Ana Carolina Filippon Stein ¹
André Machado Maya ²**

Resumo

A pretensão do presente artigo reside em fazer uma leitura sobre doutrina, legislação e dados do instituto audiência de custódia, mormente na implantação e prática do mesmo no Estado do Rio Grande do Sul, na Comarca da capital, Porto Alegre, e analisar a sua real efetividade frente às determinações dos diplomas internacionais e previsões na legislação pátria. A audiência de custódia vem realmente se prestando àquilo que se propõe (?) Ao responder tal questão, será, ao final, apresentada proposta sobre como deveriam ocorrer as audiências de custódia.

Palavras-chave: Palavras-chave: processo penal, Audiência de custódia, Prisão cautelar

Abstract/Resumen/Résumé

L'intenzione di questo articolo risiede nella lettura sulla dottrina, la legislazione e i dati dell'istituto udienza di custodia, particolarmente nell'impianto e nell'uso dello stesso nello stato del Rio Grande do Sul, nella circostrizione giuridica della capitale, Porto Alegre, e analizzare la sua efficacia contro le determinazioni dei diplomi internazionali e nelle previsioni di legge del paese. L'udienza di custodia viene veramente si prestando a ciò che si propone (?). Per rispondere a tali domande, sarà alla fine, presentata la proposta senza grandi pretese, su come dovrebbe occorrere le udienze di custodia.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Procedimento penale, Udienda per l'affidamento, Arresto precauzionale

¹ Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do RS; Especialista em Ciências Penais – PUCRS/RS. Advogada Criminalista. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RS. Bolsista Capes.

² Doutor e mestre em ciências criminais pela PUCRS. Professor dos cursos de especialização em Processo Penal da UniRitter, IMED, UPF, UniCeuma e da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Introdução

A apresentação de pessoa presa, de forma imediata, a um juiz competente, é determinação que surge em forma de princípio a ser observado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em período de pós-guerra, quando em seu artigo IX dispõe que: “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”¹. A partir de então, em diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos, o cuidado, não só com a legalidade da prisão, mas também com a pessoa do custodiado, vem sendo uma constante.

Em terreno pátrio, apesar da aderência ao Pacto San José da Costa Rica em 1992, com a entrada em vigor do Decreto 678 em 06 de novembro de 1992, a observância ao artigo ratificado da convenção internacional, o qual prevê que: “*toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz...*”², e ao próprio texto constitucional do inciso LXII do art. 5º: “*a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)*”³, restou apenas como meras inscrições a fundamentarem habeas corpus ao longo do tempo.

A busca por efetivação ao instituto da audiência de custódia só surge de forma concreta no ano de 2011, com a apresentação do PL554/2011, de autoria do Senado Federal, e em 2015, através da Resolução 213 do CNJ, as audiências de custódia começam a ser implementadas nas capitais brasileiras, através de seus Tribunais. A partir de então dados começam a ser coletados e questões surgem, as quais permitem a discussão da real eficiência do instituto.

1. Da normatização das audiências de custódia

O tratamento com respeito aos direitos humanos, a ser exigido do Estado em relação às pessoas presas, começou a tomar corpo após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a criação das Organizações das Nações Unidas. Ao pretender uma ordem de princípios de direitos humanos, a ser respeitada por todos os países signatários, com o fito de impedir que a banalização do mal vivenciada com a guerra

¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – Resolução n. 217-A – Assembleia Geral da ONU – 1948. Legislação de Direito Internacional. Editora Saraiva. 2012. 5ª edição. pg.380.

² CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – Pacto San José Da Costa Rica – Capítulo II, Artigo 6º, item 5. Legislação de Direito Internacional. Editora Saraiva. 2012. 5ª edição. pg. 424.

³ BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, inciso LXII;

voltasse em algum momento a acontecer, diretrizes com base na dignidade da pessoa humana, passaram a permear legislações pelo mundo todo, inclusive no tocante a custodiados.

Quando a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) firmou que ninguém seria arbitrariamente preso, por óbvio, por detrás de tal princípio estava a previsão de prisões dentro das regras da persecução penal, as quais foram sendo moldadas pelos documentos internacionais. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma 1950), estabeleceu, dentre outras questões, *a necessidade da condução sem demora de toda a pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções.*⁴ Após tal codificação, diplomas de outros países começaram a incorporar o tratamento disposto com relação às pessoas que por ventura sofressem o ato de prisão pelo cometimento de delitos. Neste contexto foi firmado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Resolução 2.200 – A/ONU - 1966), cuja *intenção era ampliar o rol dos direitos constantes na declaração Universal dos Direitos do Homem*⁵, ao prever o direito da pessoa presa ou detida, de ser apresentada, o mais rápido possível, ao juiz ou autoridade equivalente competente. Tal Resolução da ONU foi ratificada pelo Brasil em 1992, através do Decreto 592.⁶

Mais a frente, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), firmada pelo Estados –Membros da OEA (Organização dos Estados Americanos) trouxe com seu Artigo 7º, item 5, que “toda pessoa detida ou retida, deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. Entre a entrada em vigor da CADH, no âmbito internacional em 1978, e o aporte de tais princípios na legislação pátria, o Brasil saiu de uma ditadura militar, onde

⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 2ª edição. Livraria do Advogado. 2016. p. 16. Artigo 5.3CEDH: *Toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, letra c do presente artigo, deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra pessoa habilitada por lei para exercer poderes judiciais, e terá direito a ser julgada em um prazo razoável ou a ser posta em liberdade durante o processo.*

⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 2ª edição. Livraria do Advogado. 2016. p. 17.

⁶ BRASIL. Decreto 592/92. Artigo 9: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. **3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais** e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

direitos humanos não eram considerados, mormente nos casos de prisões realizadas pelo Estado, e respirou nova qualidade de ar com a Assembleia Constituinte de 1988.

A Constituição Cidadã promulgada em 05 de outubro de 1988 inaugurou nova ordem de respeito aos direitos e garantias fundamentais, apresentando rol logo em seu início, sem, contudo limitá-los a um único artigo, ampliando o espectro destes, ao espalha-los ao longo do texto constitucional. O artigo 5º, inciso LXII da Carta Magna previu, conforme já mencionado anteriormente, que a prisão de qualquer pessoa deverá ser comunicada “imediatamente” ao juiz competente para julgar o caso. A fim de reforçar as disposições de caráter humanista previstas no texto da Constituição, o Brasil aderiu a CADH em 25 de setembro de 1992, com a promulgação do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992. Desde esta data em diante, o país *vem se mostrando tímido, para não dizer resistente*⁷, em dar aplicabilidade os termos da Convenção aderida. E, quanto mais o tempo passa, estando a realidade brasileira permeada e alimentada pelo populismo punitivista, como consequência do aumento da criminalidade e descontrole do Estado em gerir políticas de segurança pública, todo e qualquer tema com relação a prisão e direitos fundamentais de acusados, repousa em terreno acidentado.

Embora que, conforme afirmem ANDRADE e ALFEN em obra citada⁸, em algumas legislações esparsas já havia a previsão de apresentação imediata de pessoa presa a juiz competente⁹, os legisladores brasileiros mantiveram-se inertes quanto à regularização de uma audiência de apresentação do custodiado ao juiz. Uma oportunidade que restou perdida quando da alteração do Código de Processo Penal, realizada em 2011, no capítulo que tratava das prisões.

A reiterada atividade jurisdicional da Suprema Corte Brasileira, ao afirmar o caráter supralegal e constitucional dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil (EC45/2004) fez com que começasse a tomar corpo a necessidade de se regularizar as normas de direitos humanos que tratavam da apresentação imediata de pessoa presa a um juiz competente, matéria litigada em montantes significativos via habeas corpus, *v.g.*, uma vez que o não atendimento de tal previsão, em casos de prisão em flagrante, violava não só os textos internacionais, mas também previsão constitucional sobre direito fundamental, e acabava por tornar ilegal a prisão ocorrida, com a consequente não homologação do auto de prisão em flagrante.

⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 2ª edição. Livraria do Advogado. 2016. p. 18.

⁸ Idem.

⁹ Código Eleitoral, lei 4737/65, artigo 236, parágrafo 2º. LOMAN, LC 35/79, art. 33, II; anterior à CF/88, o Código de Menores então Lei 6697/79, artigo 99.

Nesta ambientação jurídica vai surgir a *audiência de custódia* (nome criado em terras brasileiras), com a apresentação pelo Senado Federal do Projeto de Lei 554/2011, o qual propõe a alteração do parágrafo único do art. 306 do Código de Processo Penal, sob a justificativa de resguardo da integridade física e psíquica do custodiado¹⁰, bem como do dever de atendimento ao disposto do Pacto San Jose da Costa Rica (CADH), do qual o Brasil é signatário.

O texto final do Substitutivo, aprovado em 22/09/2015, o qual além de alterar o parágrafo único do art. 306 do Código de Processo Penal, determinando que no prazo **MÁXIMO** de 24 horas o preso deverá ser apresentado à autoridade judicial, após a efetivação de sua prisão em flagrante, acrescenta ainda o parágrafo 7º, estabelecendo que a oitiva do preso em audiência de custódia versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão, prevenção da ocorrência de tortura e maus tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.¹¹

¹⁰ BRASIL. PL 554/2011 .<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>: **Justificação:** O presente projeto objetiva determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a prisão, a fim de que seja resguardada sua integridade física e psíquica. O art. 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, procedimento que o atual art. 306 do Código de Processo Penal detalha, ao dispor que, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública, bem como, no mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Ressalte-se, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesse contexto, o item 3 do artigo 9 do referido Pacto, estabelece que: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (grifo nosso) Da mesma forma, nosso País é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992, que traz igual determinação no item 5 do seu artigo 7. A prática mundial vai nesse sentido. A Alemanha determina que o preso seja apresentado no dia seguinte à prisão. Constituições mais modernas, como da África do Sul, preveem medidas idênticas. É, portanto, no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz. Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como 3 parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária. Essa definição de tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardadas, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário. Finalmente, cumpre observar que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil. Confiantes de que a proposta contribui para aprimorar a esfera criminal de nosso sistema de Justiça, contamos com o apoio das senhoras e dos senhores senadores para sua aprovação.

¹¹ BRASIL. <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184798.pdf>; quadro comparativo. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pela autoridade policial ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva; § 7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados e versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Mesmo antes da aprovação final da lei que regulará as audiências de custódia em solo brasileiro, os Tribunais de Justiça e Tribunais Federais, com o suporte do Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 213/2015, aderiram ao projeto-piloto de implantação de audiência de custódia para presos em flagrante. Travestido por trás da boa intenção do instituto, o qual é de resguardar não só a integridade física e psicológica do preso em flagrante, mas também conferir a legalidade e a necessidade da prisão efetuada, vem a concreta possibilidade de se alterarem os números da massa carcerária brasileira, mormente em se tratando de presos provisórios. O Brasil vem, ao longo dos últimos anos, aprovando leis com o fim de buscar um desafio das casas prisionais. Em 2011, com a lei 12.403, a qual incorporou medidas cautelares diversas da prisão, e agora, com a implantação das audiências de custódia. A torcida fica para que esta última não se torne invisível aos olhos dos juízes, como ocorreu com a primeira.

Diante de todo o exposto, resta claro que a audiência de custódia se propõe não somente a cumprir com a convencionalidade entre a legislação brasileira e diplomas internacionais de direitos humanos, ao exigir a apresentação de preso em flagrante perante o juiz competente no prazo de até 24 horas, mas também *em primar pelo resguardo de sua integridade física e moral, quando a proposta consolida o direito de acesso à justiça do réu preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial da persecução penal, sem, no entanto, implicar antecipação do interrogatório.*¹², e, ainda, zelar pela legalidade e necessidade da prisão ocorrida.

E, por fim, porém não menos importante, o viés de redução de encarceramento também deve pautar o enfrentamento do instituto da audiência de custódia. Conforme cita CHOUKR¹³, *em 2011 o Brasil possuía uma população carcerária de presos sem condenação da ordem de 40%. Alto como um todo. Abissal na análise individual com Estados da Federação chegando a 70%.* Números que depois se compreendeu serem maiores, dada a flutuação de tal população carcerária em face das decretações e revogações de prisões. Além

¹² http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4981-Editorial-O-esforco-de-Sisifo-e-a-audiencia-de-custodia;

¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Artigo: Audiências de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas. In ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Organizadores. Audiência de Custódia. Da boa intenção à boa técnica. FMP. 2016, p.105 a 126. *A situação das prisões brasileiras tornou-se tão grave que, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça colocou em ação um programa emergencial para revisar os processos das pessoas encarceradas. Os relatórios dos Mutirões Carcerários apresentam exemplos claros dos abusos cometidos como estes citados por Santos (2010): “FLS foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a instrução sequer havia sido iniciada. AA furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão em regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença AA foi liberado. LSM foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário. RS ficou preso mais de 2 anos sem sequer ser denunciado.* Citando Zackseski, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. Anuário do Forum Brasileiro de Segurança Pública, ano 4, 2010.

disso, a redução do número de encarceramentos impacta, de certa forma, a economia nacional, ao se levar em conta o custo do preso para o Estado. *O preso custa hoje aqui no Brasil, em média para os cofres públicos estaduais ou federais, cerca de R\$ 3 mil. Se nós multiplicarmos 120 mil presos por 12, teremos a impressionante cifra de R\$ 4,3 bilhões em um ano. Evidentemente é um dinheiro que, ao invés de manter pessoas que não precisam ser presas, nós poderemos investir em áreas essenciais.*¹⁴

Contudo, embora as importantes questões de fundo, a experiência prática vem mostrando justamente o contrário das aludidas pretensões, mormente quando se confrontam dados coletados com a realidade das audiências realizadas. Em mapa das audiências de custódia, disponível no site do CNJ¹⁵, é possível ser feita uma leitura dos números ali apresentados, no sentido de que ainda prende-se mais do que se solta, caindo por terra o argumento de redução de encarceramento. O Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, conta com um índice de decretação de prisão preventiva em percentual de 82,2%, considerados meros 17,2% de concessão de liberdade provisória, em 11 meses de coleta de dados.

Assim que, em no imaginário popular repousando a máxima de que a impunidade só se combate com o aprisionamento, todo e qualquer argumento a favor de flexibilização de prisões cai por terra de forma até inconsciente para os atores processuais, *in casu* específico, os juízes. *A clara percepção de que os magistrados não haviam aderido à lógica da prisão como exceção, e não como regra*¹⁶ resta evidente não só pelos números apresentados em mapeamento do CNJ, mas também em função das *permanências culturais do sistema processual e a evidente falta de interesse estatal em operacionalizar as medidas alternativas com os necessários mecanismos de acompanhamento.*¹⁷

2. A audiência de custódia na prática em solo gaúcho

Partindo da premissa de que a audiência de custódia se presta a cumprir com diretriz de direitos humanos, qual seja a apresentação imediata do preso ao juiz competente; de que em audiência de custódia se perquirirá acerca da necessidade e legalidade da prisão efetuada;

¹⁴ Idem, pg. 106: *Explicou o Min. Lewandowski em <http://agazetadoacre.com/noticias/ministro-do-stf-ricardo-lewandowski-lanca-projeto-de-audiencia-de-custodia-no-tjac/>.*

¹⁵ <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. Artigo: Audiências de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas. In ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Organizadores. Audiência de Custódia. Da boa intenção à boa técnica. FMP.2016, p.105 a 126.

¹⁷ Ibidem, pg. 111.

e ainda, de que a audiência de custódia serve para controle e denúncia de possíveis abusos e maus tratos quando da prisão, o Tribunal de Justiça do RS, em acordo com a Resolução 213 do CNJ, emitiu a Resolução 1087/2015, do Conselho da Magistratura, onde regulamentou a implantação do projeto-piloto para realização de audiências de custódia na Comarca de Porto Alegre.

No texto, fica atribuída competência para processamento das audiências de custódia ao serviço de plantão do Foro Central da Capital¹⁸, sendo que as solenidades ocorrerão em salas dentro do Presídio Central de Porto Alegre (homens) e Penitenciária Madre Peletier (mulheres).

A realidade na execução de tais audiências, em atividade presencial na data de 20 de julho de 2016, deixou claro o afastamento das premissas de caráter humanitário e legal e afirmou a falta de eficácia do instituto, por não estar sendo praticado conforme idealizado em seu nascimento. A pesquisa em campo realizada foi limitada a uma manhã de audiências no PCPA (Presídio Central de Porto Alegre) e procurou através da leitura dos dados apreendidos compreender a (in)eficácia das audiências de custódia, na sua aplicação prática.

No aguardo do início das solenidades, os Policiais Militares (no Estado do RS a administração do Presídio Central de Porto Alegre fica a cargo da Polícia Militar) relataram realidade que se mostra comum nos demais Estados da Federação: a maioria dos presos em

¹⁸ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/4ff613a6bfd7191b9361e626db9efcb9.pdf> o conselho da magistratura, no uso de suas atribuições legais e dando cumprimento à decisão deste órgão tomada na sessão de 07-07-15 (proc.themis admin nº 0010-15/000975-2) resolve: art. 1º fica instituído o **projeto-piloto para realização de audiências de custódia pelo serviço de plantão do foro central da capital do estado do rio grande do sul, com prazo inicial de 120 dias, a contar de 30-07-15, abrangendo os autos de prisão em flagrante da comarca de porto alegre, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato.** art. 2º a audiência de custódia será realizada diariamente, inclusive nos dias não úteis, a partir das 14 horas, incluindo-se em pauta os autos de prisão em flagrante protocolados no período de plantão que se encerrou às 9 horas do mesmo dia. parágrafo único. **nos casos excepcionais, não sendo possível a realização da audiência de custódia no dia indicado no caput, a sua realização não excederá o prazo de 48 horas contados da efetiva prisão do flagrado, ressalvada a hipótese de força maior.** art. 3º **as audiências de custódia serão realizadas em salas de audiências instaladas no posto avançado da 2ª vara de execução criminal de porto alegre, junto ao presídio central de porto alegre, e na penitenciária feminina madre peletier, iniciando os trabalhos naquele local.** art. 4º **a audiência de custódia terá como objeto o exame da legalidade da prisão e da necessidade da prisão cautelar ou a sua substituição por medida diversa da prisão, bem como a prevenção à tortura e a qualquer tratamento desumano ou degradante, e, ainda, a atos constitutivos de abuso de autoridade.** art. 5º o ministério público e a defensoria pública do estado serão cientificados sobre a rotina estabelecida, horário, bem como locais de realização das solenidades previstas no presente provimento. parágrafo único. na hipótese de defesa técnica constituída pelo flagrado, a comunicação sobre o local, a data e o horário de realização das audiências de custódia será cumprida pelo serviço de plantão do foro central, se não cientificado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante. art. 6º a audiência de custódia será gravada em sistema audiovisual, lavrando-se termo sucinto que conterá o inteiro teor da decisão. parágrafo único. a mídia será encartada em envelope, que acompanhará o auto de prisão em flagrante. art. 7º todos os autos de prisão em flagrante, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato delitivo, serão distribuídos diretamente no serviço de plantão judiciário do foro central de porto alegre. parágrafo único. após a realização da audiência de custódia, o serviço de plantão judiciário providenciará o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao cartório de distribuição e contadoria, para distribuição às varas criminais de porto alegre.

flagrante que se submetem à audiência de custódia é por crime de tráfico e contam com idade entre 18 e 30 anos. Referiram ainda, que as audiências são rápidas, visto que o juiz só pergunta sobre agressões no momento da prisão; que os custodiados falam sempre com a Defensoria Pública ou advogado contratado antes da audiência e ao chegar ao presídio passam pelo ambulatório para ver sobre medicação controlada.

A sala onde a audiência de custódia é realizada, embora na parte interna do presídio, é uma sala de audiência normal, com a diferença de estarem o magistrado e Ministério Público na idêntica altura da defesa e do acusado. Não ficam policiais fardados na sala. No dia em questão, o magistrado que conduziu as solenidades, foi objetivo e claro com os presos, limitando-se a perguntar sobre possíveis agressões no momento de suas prisões. Como a competência para as audiências de custódia é do plantão judiciário, os flagrantes já haviam sido analisados pelo juiz (é o plantonista que realiza as audiências de custódia), homologados e com as devidas prisões preventivas decretadas. Os flagrantes cuja liberdade é concedida sequer chegam à audiência de custódia.

Dentre os casos expostos naquela data, foram seis audiências ao todo, foi possível destacar três: **1) C* 31anos**, reciclador, preso por tráfico de drogas (tem mais dois processos por tráfico que estão suspensos em face da sua revelia (art. 366 CPP) um dos argumentos utilizados para manter decretar e manter a sua preventiva) mostrou ao juiz lesão de tiro de bala de borracha no pé, afirmando *que estava deitado e algemado quando tomou o tiro*. Questionado pelo juiz porque não avisou sobre a lesão no momento do flagrante, antes de ser encaminhado para exame de lesões no DML (Departamento Médico Legal), disse que não tinha como falar, pois os policiais que o prenderam foram os mesmos que o acompanharam no exame e o trouxeram para o presídio; que reconhece os policiais. Juiz encaminhou C* para novo exame no DML (oficial PM do dia no PCPA que o acompanhou), imediatamente, e determinou ofício para o Comando Geral da Brigada Militar, Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do RS e Núcleo de Direitos Humanos do Ministério Público do RS para apuração de indícios de tortura; **2) R*, 27 anos**, ferreiro, preso por tráfico (tem ocorrências anteriores por furto e receptação de arma) referiu agressão a chutes e socos na altura de sua barriga/tronco; levantou a camisa e mostrou as lesões para o juiz; afirmou que não informou as agressões na hora do exame em virtude de os policiais que o prenderam e agrediram estarem fazendo o seu transporte, mas que pode reconhece-los e tem testemunhas das agressões. **3) N*, 19 anos** (defesa constituída), preso por porte ilegal de arma, sem profissão definida, não referiu agressão, mas disse que foi o policial que o prendeu que “*colocou a arma que não era sua*”, tanto que o delegado não opinou por sua prisão na

conclusão do flagrante. Embora ser primário e contar com bons antecedentes o juiz manteve a decisão que homologou o flagrante e decretou a preventiva;

Apesar da coleta prática ter sido mínima frente aos números expostos em sítio oficial (CNJ), é possível reconhecer a semelhança de ambas as amostras, mormente quando se trata de concessão de liberdade provisória ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Os números são ínfimos. A reforçar os dados no CNJ, os quais demonstram que a concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante submetidos à audiência de custódia é menor do que 20%, em página de rede social do juiz da Vara de Execuções Criminais do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, Dr. Sidinei Brzuska, em *post* datado de 20.06.2016, é possível extrair a informação de que em 10 meses de realização de audiências de custódia no Presídio Central de Porto Alegre, no total de 2638 solenidades, somente 331 presos ganharam liberdade provisória, restando o percentual em 12% de concessão do benefício.

Tais números são indicativos da ineficácia da audiência de custódia como implantada no Brasil, senão pelo percentual reduzido de prisões evitadas, certamente pela resistência dos atores processuais ao *novo*. Com efeito, o baixo número de relaxamento de prisões em flagrante está diretamente relacionado à *formalização* dessas audiências ou, dito de outra maneira, à sua ausência de efetividade.

Neste sentido, é simbólico texto da Resolução nº 1143/2016 do COMAG/RS, ao determinar que todos os autos de prisão em flagrante ocorridos na capital sejam distribuídos ao serviço de plantão jurisdicional do Foro Central da comarca de Porto Alegre (artigo 9º) – apesar de as audiências de custódia serem realizadas em salas do Presídio Central –, bem como ao permitir ao magistrado o exame do auto de prisão em flagrante antes mesmo da realização da audiência de custódia (artigo 3º). A prática instaurada, resultante da combinação desvirtuada desses dispositivos legais, consolidou a homologação do flagrante e sua conversão em prisão preventiva antes mesmo da audiência de custódia e sem qualquer contato do magistrado com o detido. Resta, neste cenário, à audiência de custódia o papel de mera formalidade prévia ao ingresso do detento no estabelecimento prisional, sem qualquer exame efetivo das condições da prisão e da necessidade de sua manutenção, justamente a finalidade para a qual foi instituída. Tal constatação evidencia a importância de se focar o enfrentamento da questão não apenas pelo aspecto legislativo, mas também sob o viés sociológico, ao que se dedica o item final do presente ensaio.

3. As resistências ao novo e a disputa de poder que marca o *habitus* característico do campo jurídico

O conceito de campo jurídico é trabalhado por BOURDIEU, como parte de sua teoria sobre o campo político, e afigura-se como instrumental sociológico de inequívoca importância ao estudo do direito processo penal.¹⁹ Isso porque, como bem destaca o citado autor francês, há de se superar a dicotomia entre o formalismo e o instrumentalismo do direito no âmbito político-social, aquele a sustentar a sua plena autonomia, identificando o Direito como um campo autônomo e independente do social [Kelsen, Teoria Pura do Direito] e este a considerá-lo um mero instrumento a serviço das elites econômicas, orientado à dominação [Marx]. O Direito – e o processo penal, como consequência – materializa um campo relativamente autônomo do político-social, na medida em que concretiza um “universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.”²⁰

Esse universo social a que se refere BOURDIEU é o campo jurídico, espaço onde está em jogo o monopólio do direito de dizer o Direito, onde “se defrontam agentes sociais investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica”, aptos a interpretar “um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”.²¹ Esse ambiente, no entanto, não se constitui desvinculado do campo social, das relações sociais estabelecidas no cotidiano. Ao contrário, reproduz na especificidade do campo jurídico a ideologia da classe dominante que detém o poder político, seja pela proximidade de interesses, seja pela afinidade de formação cultural inerente a reprodução continuada de um modelo dominante de pensamento através da escola, do ensino básico fundamental e, mais especificamente, do ensino superior, cuja formação é requisito primeiro para acesso ao campo. Trata-se da afinidade de *habitus*, estruturas subjetivas de percepção, pensamento e ação, que conforma o aspecto subjetivo do conceito *campo* na teoria do sociólogo francês, e que combinado com as estruturas objetivas evidencia como o desenvolvimento de um determinado *campo* decorre da

¹⁹ A propósito da aplicação dessa teoria ao Direito processual penal: MAYA, André Machado. A iniciativa probatória do juiz e a oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal. *Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. Porto Alegre, 2014.

²⁰ BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. *O Poder Simbólico*. 12.ed. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 209-211.

²¹ BOURDIEU, Pierre. *A força do direito...* p. 212.

influência das instituições sobre os sujeitos, e também da influência que estes sujeitos operam nas mencionadas instituições,²² a ensinar uma dupla dimensão da realidade social.²³

A propósito, releva destacar que, para BOURDIEU, a compreensão da realidade social passa pela compreensão do denominado *princípio da ação histórica*, segundo o qual o mundo social é constituído pela “relação entre dois estados do social”, pela relação entre a *história objetivada nas instituições* e a *história encarnada nos corpos*, entre as estruturas objetivas e as representações subjetivas, conformando um movimento dúplice, de *interiorização do exterior* e *exteriorização do interior*.²⁴

As representações subjetivas constituem o que o sociólogo francês denomina *de habitus*, um sistema de disposições duráveis e inconscientes através do qual “as estruturas sociais se imprimem em nossas cabeças e em nossos corpos, pela interiorização da exterioridade.”²⁵ Trata-se de um conceito que tem longa história na filosofia e na sociologia, do qual BOURDIEU se apropriou e que foi por ele aprimorado a partir de uma concepção em muito aproximada da filosofia do *ser-no-mundo* de HEIDEGGER, na medida em que define a

²² Conforme THIRY-CHERQUES (Pierre Bourdieu: a teoria na prática. In: *Revista de Administração Pública*, v. 40 n. 1, p. 27-55, jan./fev. 2006, p. 30. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 09.03.2014.) BOURDIEU “parte de um construtivismo fenomenológico, que busca na interação entre os agentes (indivíduos e grupos) e as instituições encontrar uma estrutura historicizada que se impõe sobre os pensamentos e as ações.”

²³ CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias: construções da realidade social*. EDUSC: Bauru, 2001, p. 48. Fundamental, para a exata compreensão do pensamento sociológico de BOURDIEU, a origem filosófica das ciências sociais. Segundo CORCUFF (op. cit. p. 11-32), o antagonismo de conceitos que marca o pensamento sociológico [coletivo/individual; objetivo/subjetivo] é herança das tradicionais oposições filosóficas entre materialismo e idealismo e, conseqüentemente, entre sujeito e objeto. Esses pares de conceitos, destaca o autor (op. cit. p. 11), limitam o pensamento sociológico a uma visão dicotômica do mundo social e constituem “modos de pensamento binário [...] desastrosos para a compreensão e a explicação de fenômenos sociais complexos”. A perspectiva sociológica construtivista a qual se dedica o autor, e da qual são expoentes PIERRE BOURDIEU, NORBERT ELIAS e ANTHONY GIDDENS, se propõe justamente à superação dessa linha pautada na oposição dicotômica de conceitos e ao pensamento da realidade social como um contexto no qual coexistem esses aspectos tradicionalmente postos como antagônicos. O desafio dos construtivistas, destaca (op. cit., p. 24), está na superação da clássica oposição entre sociedade e indivíduo [DURKHEIM], e no conseqüente “deslocamento do próprio objeto da sociologia: nem a sociedade nem os indivíduos, encarados como entidades separadas, mas a relação entre indivíduos [...] bem como os universos objetivados que elas fabricam e que lhes servem de suportes, enquanto eles são constitutivos ao mesmo tempo dos indivíduos e dos fenômenos sociais.” A propósito, observa THIRY-CHERQUES (Pierre Bourdieu: a teoria na prática... p. 30) que BOURDIEU “segue a tradição de Saussure e de Lévi-Strauss, ao aceitar a existência de estruturas objetivas, independentes da consciência e da vontade dos agentes. Mas deles se difere ao sustentar que tais estruturas são produto de uma gênese social dos esquemas de percepção, de pensamento e de ação. Que as estruturas, as representações e as práticas constituem e são constituídas continuamente.”

²⁴ CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias: construções da realidade social*... p. 50.

²⁵ CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias: construções da realidade social*... p. 51-52. Conforme o autor, Essas disposições de pensamento, de sentimento, de percepção, não são conscientes. Ao contrário, são inconscientes, em muito influenciadas pelo “lugar no espaço das classes sociais, das posições institucionais ocupadas, das experiências sucessivas no interior dos diferentes campos”, enfim, das posições por cada agente ocupadas no mundo social.

lógica do comportamento dos agentes e das instituições conforme a sua relação com outros agentes e instituições que ocupam o mesmo espaço social.²⁶

O *habitus* é uma espécie de matriz geradora constituída na historicidade das relações sociais,²⁷ um “sistema de esquemas de percepção, de apreciação e de ação”, enfim, “um conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permite perceber, agir e evoluir com naturalidade num universo social dado”.²⁸ THIRY-CHERQUES identifica o *habitus* como um conjunto de disposições flexíveis, que enquanto produto da internalização de estruturas sociais que carregam um histórico individual e coletivo e se formam de maneira inconsciente em cada indivíduo, um produto de uma aprendizagem, “refletem o exercício da faculdade de ser condicionável, como a capacidade natural de adquirir capacidades não-naturais, arbitrárias.”²⁹

Para BOURDIEU, o *habitus* é o “conjunto de evidências compartilhadas e constitutivas do senso comum”, resultado da imposição, pelo Estado, de formas comuns de pensamento, de percepção, de memória e de compreensão: “Enquanto estrutura organizacional e instância reguladora de práticas, ele [Estado] exerce permanentemente uma ação formadora de disposições duradouras, através de todos os constrangimentos e disciplinas corporais e mentais que impõem, de maneira uniforme, ao conjunto de agentes.”³⁰ Assim, é condicionante e condicionador: se por um lado é adquirido e se forma a partir da interação social entre os indivíduos e o seu campo de atuação, por outro ele também classifica e organiza essa interação”.³¹ Representa, enfim, a forma como a história se insere nos corpos e mentes dos indivíduos, moldando-os e determinando-os em relação ao universo social no qual estão inseridos.

Portanto, trata-se de um conceito identificado pelo padrão de pensamento e de conduta dos agentes que atuam no campo. Poder-se-ia afirmar que materializa uma ideologia dominante, marcada esta pela formação cultural inerente a reprodução continuada de um

²⁶ THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática... p. 33.

²⁷ MADEIRA, Lígia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. In: *Direito e Justiça*, v. 33, n. 01, p. 19-39, jun. 2007, p. 22.

²⁸ LOYOLA, Maria Andréa. Bourdieu e a sociologia. In: BOURDIEU, Pierre. *Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola*. EdUERJ: Rio de Janeiro, 2002, p. 66.

²⁹ THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática... p. 33.

³⁰ Espíritos de Estado – gênese e estrutura do campo burocrático. In: _____. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Papyrus editora: Campinas, 1996, p. 116.

³¹ THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática... p. 33. Por isso, destaca o autor (op. cit, p. 33-34), os *habitus* “engendram e são engendrados pela lógica do campo social, de modo que somos os vetores de uma estrutura estruturada que se transforma em uma estrutura estruturante.” É o que se verifica quando aprendemos os códigos da linguagem e da escrita para depois nos comunicarmos utilizando esses códigos, falando, escrevendo, etc. Essa, em síntese, a base da qual parte BOURDIEU para sustentar, ao final, que não somos livres nem determinados, mas *produto de estruturas profundas*, pois “pensamos e agimos dentro da estreita liberdade, dada pela lógica do campo e da situação que nele ocupamos.”

modelo dominante de pensamento. E tal ideologia é inevitavelmente transferida para o interior do campo jurídico, na medida em que indissociável dos agentes sociais que nele operam, de tal modo que as práticas concretizadas no campo têm reduzidas possibilidades de desfavorecer a classe política dominante,³² pois “o *etos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores, e à visão do mundo dos dominantes.”³³ Esse o motivo pelo qual BOURDIEU sustenta que os meios, os fins e os efeitos das práticas jurídicas, aqui incluídos todos os atos dos agentes que operam no campo jurídico, devem ser compreendidos a partir das relações de forças objetivas que se estabelecem entre o campo jurídico e o campo do poder, a evidenciar uma autonomia meramente relativa do direito em relação ao que se apresenta externo ao campo jurídico. O campo jurídico funciona como um prisma que, nos limites inerentes às suas regras específicas, retrata as forças externas.³⁴

Aplicada, enfim, essa premissa sociológica ao objeto do presente ensaio, sobressai com naturalidade que a resistência dos atores jurídicos a essa nova prática é resultado do *habitus* dominante do campo jurídico processual penal, pela qual se pretende a manutenção do *status quo* do sistema.

Com efeito, a sobrevida atribuída ao Código de Processo Penal de 1941, mesmo após a redemocratização do país, em 1988, resultou na permanência de práticas autoritárias incompatíveis com a nova sistemática político-constitucional e internacional-convencional-humanitária.³⁵ No que importa ao objeto em estudo, a permanência da escritura como forma padrão dos procedimentos processuais, a manutenção de uma concepção do inquérito policial como expediente administrativo desprovido das mais básicas garantias fundamentais, bem como a consolidação do processo como expediente orientado à investigação da verdade real, contribuíram à manutenção do *status quo*, da prática consolidada de remeter o auto de prisão em flagrante à autoridade jurisdicional e o detido ao sistema prisional.

³² LIGIA MADEIRA (*O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann...* p. 24), citando CARLOS RAVINA (*la racionalidad jurídica em crisis: Pierre Bourdieu y Gunter Teubner*. BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. La fuerza del derecho. Uniandes: Bogotá, 2000, p. 66), afirma que “como os operadores jurídicos vêm de classe dominante, tendem a reproduzir sua visão de mundo em suas ações jurídicas, seja em sentenças, recursos, petições, etc.”

³³ BOURDIEU, Pierre. *A força do direito...* p. 242.

³⁴ LOYOLA, Maria Andréa. *Bourdieu e a sociologia...* p. 67.

³⁵ A propósito: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas: São Paulo, 2014; PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: _____; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial*. Marcial Pons: São Paulo, 2012, p. 11-70.

Neste cenário, *naturalizada* essa prática, durante mais de vinte anos, contados desde a internalização da CADH ao ordenamento jurídico interno brasileiro, sequer se cogitou no Brasil a aplicação do dispositivo convencional que determina a *imediata* apresentação do detido à autoridade jurisdicional. Em boa parte deste período, é fato, o interrogatório era situado como primeiro ato processual, o que contribuiu a retirar importância acerca desta adequação convencional. No entanto, desde o advento das alterações legislativas de 2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução processual. Como consequência, a *práxis* evidenciou situações em que um detido permanecia nesta situação por meses, ou até mesmo anos, sem nenhum contato com a autoridade jurisdicional.

A inconveniência da normativa processual brasileira é evidente, neste aspecto. Mas tal não chegou a ser, tampouco, identificado como um problema. Como adiantado na primeira parte deste ensaio, a criação da audiência de custódia vem, efetivamente, a suprir essa falha do ordenamento jurídico brasileiro, embora, inequivocamente, não tenha sido esta inconveniência o *mote* principal da sua adoção, mas sim a necessidade de resolver o problema da superlotação carcerária.

De qualquer sorte, na prática, os números divulgados e as práticas, como identificadas na observação realizada, mencionada no item dois deste ensaio, evidenciam a resistência à adequação proposta via Resolução pelo Conselho Nacional de Justiça. Resistência esta que possui direta relação com o *habitus* que marca o microcampo jurídico processual penal, com o intuito deliberado de manutenção do *status quo*, segundo o qual o detido é tratado como mero objeto da ação estatal e o exame do expediente escrito é suficiente ao efeito de examinar a legalidade e a necessidade da prisão. Através dessas práticas permanece dissimulado o autoritarismo inerente à manutenção de prisões desnecessárias, decretadas sem qualquer verificação efetiva da situação concreta, bem como sem a oitiva do preso.

Sob outro aspecto, o discurso humanitário permanece, como sempre, na altura abstrata e inalcançável dos princípios, isto é, sem que qualquer efetividade lhes seja concedida na prática da persecução penal, até porque, trabalhar diretrizes de direitos humanos em sede de processo penal é algo que vem se tornando proibitivo na cultura social brasileira, observado o *habitus* inerente à permanência da ideologia pré-democrática neste espaço do campo jurídico.

É desalentador perceber, postura tão refratária à audiência de custódia, que é instituto consagrado em muitos países, inclusive latino-americanos, o que faz crer que, malgrado as misérias do sistema processual penal e sociais sejam parecidas

*com a brasileira, estão em nossa frente no que pertine ao respeito aos mais básicos direitos de qualquer cidadão acusado da prática de crime.*³⁶

No contexto em que se encontra a sociedade não há ambiente, frente os crescentes índices de criminalidade, para se enxergar o criminoso sob uma ótica humanista, ao contrário, cada vez mais se reforça a ideia de que a prisão é necessária e deve funcionar como instrumento de afastamento/separação dos “maus” dos “bons”. Tanto reforça o conforto da manutenção do *status quo* e reforça a dificuldade de superação deste *habitus*.

Certo é que notícias acerca de crimes têm permeado os dias da sociedade brasileira. A sensação de insegurança e medo aponta para quadro sensível de estresse e alterador de rotinas diárias, mas reduzir o debate sobre redução dos índices de criminalidade à mera prisão retrocede a discurso punitivista, o qual já deu mostras suficientes de não ser eficaz naquilo que se propõe: reduzir o número de crimes.

Não se nega que é sedutora e demasiadamente humana a ideia de manter as coisas como estão (bem ou mal). O imobilismo de sempre fazer o mesmo acaba tomando o lugar do cumprimento da lei³⁷. Porém, os atores processuais precisam superar esta etapa e seguir em frente, observando e obedecendo as diretrizes internacionais de direitos humanos, mormente quando o assunto a ser enfrentado é a prisão de um cidadão.

A persecução penal como um todo, deve obedecer às regras do jogo processual, partindo sempre da leitura constitucional, uma vez que *instrumento de efetivação das garantias constitucionais*³⁸, respondendo a *uma exigência não só metodológica e jurídica, mas também político institucional*³⁹. E neste contexto, não há como extrair do instituto da audiência de custódia ambientação, ainda que legal, diversa da expressa pela diretriz internacional.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos determina expressamente que: *toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais*⁴⁰, é porque pretende não mais tratar a pessoa detida como um “criminoso imaginado” e sim um *sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto*, fazendo com que o *impacto humano proporcionado pelo agente, em*

³⁶ LEONARDO, Hugo; VIEIRA, Renato Stanzola; KEDHI, Andre Pires de Andrade; BEZERRA, Andre Augusto Salvador. Não há qualquer esquizofrenia na implantação da audiência de custódia. <http://www.conjur>

³⁷ LOPES JR, Aury. DA ROSA, Alexandre Moraes. Processo Penal no Limite. Empório do Direito. 2015. p. 19;

³⁸ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal, 10ª Ed. Editora, Saraiva, p 63.

³⁹ PRADO. Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Ed. Lumen Juris. 2005. 3ª edição. p. 84;

⁴⁰ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

*suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no processo penal.*⁴¹

Tal olhar transforma totalmente o sentido de criação e aperfeiçoamento do instituto da audiência de custódia, visto que a manutenção do encarceramento ou a aplicação de medida cautelar diversa da prisão não só podem como devem ter seu exame realizado pelo magistrado quando da homologação do flagrante em audiência de custódia, após ver e ouvir o réu, transformá-lo em alguém palpável ao invés do decidir adstrito as narrativas em papel.

Ainda que em terras brasileiras se estenda o argumento para redução do número de encarceramentos provisórios, ainda assim, a audiência de custódia merece total atenção do legislador e jogadores processuais, com o fito de proporcionar um “melhor” prender e um “melhor processar”, e, ao final, um melhor “condenar”.

Por isso que o atual modelo gaúcho não pode prosperar isento de críticas e de aperfeiçoamento. Realizar a audiência de custódia com o preso já inserido no sistema carcerário – presídio, com a competência do juiz plantonista, o qual já recebeu, analisou e despachou homologando o flagrante, é tornar sem efeito as premissas das quais partem as diretrizes internacionais de direitos humanos e a legislação em tramitação no Congresso brasileiro.⁴²

De igual forma, a rotina das audiências custódia no RS reforçam a obediência à legalidade formal, quando o contato do juiz com o réu, para decretar sua prisão cautelar, se faz tão somente através de papeis e provas até então com caráter indiciário. E, seguindo por este caminho, os dados coletados até então revelam o que já se poderia esperar, de que o percentual de liberdade provisória concedida e aplicação de medidas cautelares diversas da prisão é inexpressivo.

Ainda, na direção de que a audiência de custódia tem também o caráter preventivo de evitar tortura e maus tratos policiais aos custodiados no momento da prisão, uma vez que os agentes públicos sabem que o preso será apresentado perante o magistrado antes de seu ingresso, ou não, no sistema carcerário, esta também não tem se mostrado eficaz, mormente em se tratando do exemplo rio-grandense, visto que desde a prisão até a audiência de custódia o preso é acompanhado pelos policiais que efetuaram a sua custódia, não lhe sendo possível

⁴¹ LOPES JR, Aury. DA ROSA, Alexandre Moraes. *Processo Penal no Limite*. Empório do Direito. 2015. p. 19;

⁴² A propósito, afirma Mauro Fonseca Andrade (Audiência de Custódia na concepção da justiça gaúcha: análise da resolução n. 1087/2015 e das práticas estabelecidas. ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Organizadores. *Audiência de Custódia. Da boa intenção à boa técnica*. FMP. 2016, p. 221) que: “*o Poder Judiciário gaúcho perdeu uma grande oportunidade de dar plena transparência aos seus atos, o que torna, na nossa visão, inconstitucional a realização da audiência de custódia em casas prisionais.*”

noticiar qualquer ato de tortura logo após o seu cometimento, ou seja, na delegacia. E os relatos trazidos ao texto do artigo demonstram que as denúncias de maus tratos no momento da prisão são, de fato, recebidas, mas que de seus encaminhamentos para os núcleos de direitos humanos, tanto da defensoria pública quanto do ministério público, nenhuma notícia se tem, sequer se sabe qual rumo tomaram e se, ao final, se confirmadas, alguém foi punido.

Por fim, repisa-se, é de se questionar o fato do magistrado chegar à audiência de custódia com o flagrante devidamente homologado e prisão preventiva decretada. A renovação diária, por si só, de tal rotina, só reforça o ideal de magistrado cuja premissa de direitos humanos afasta, a do juiz que ainda só se limita a ler, a fundamentar a prisão cautelar aplicada ao acusado com base em elementos de caráter indiciário, observando tão somente a legalidade formal, continuando a prender sem ver ou ouvir o custodiado.

Mas o instituto da audiência de custódia se presta justamente a superar tais rotinas, fazendo com que o magistrado possa, após ouvir e ver o preso em flagrante, decidir sobre a necessidade de lhe manter encarcerado, lhe liberar ou lhe aplicar medida cautelar diversa da prisão. Aliás, se assim não fosse, desde já cairia por terra um dos argumentos que embasaram o projeto piloto do Conselho Nacional de Justiça, qual seja o de reduzir o número de prisões provisórias no País. Esse o desafio: a superação do *habitus* em prol do *novo*.

4. Considerações finais

Do panorama exposto é possível finalizar, sem a pretensão de esgotar o enfrentamento da questão abordada, afirmando, como premissa inquestionável, que a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro atende à imposição de sua adequação à normativa internacional protetiva de direitos humanos. Com considerável atraso, passados mais de vinte anos da internalização da CADH à ordem jurídica interna, o Brasil avança, ainda que por meio de ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante isso, a toda evidência, o modo como concretizada a audiência de custódia no Estado do Rio Grande do Sul é indicativo da inefetividade do *novel* instituto, consequência da predominância das forças orientadas a manter inalterado o *habitus* que marca o campo jurídico processual penal. A realização das audiências no interior do sistema prisional, como mera formalidade prévia ao ingresso do detido no estabelecimento carcerário, e a homologação do auto de prisão em flagrante bem como sua conversão em preventiva pelo juiz plantonista com base unicamente no expediente policial escrito, sem contato com o detido, indicam a permanência das práticas autoritárias que justamente a incorporação da

audiência de custódia pretendia superar. Na disputa de poder que pauta o atuar dos agentes no interior do campo, segue a predominar a posição desde há muito dominante.

Neste cenário, em verdade, conforme enunciado no título deste ensaio, a audiência de custódia apresenta-se como a mentira sincera que interessa⁴³. Faz-se de conta que o Brasil está cumprindo a Convenção Internacional de Direitos Humanos, cria-se a realidade imaginária de que o réu preso em flagrante terá contato físico com o juiz antes da homologação do seu flagrante e da decisão pela sua conversão – ou não – em prisão cautelar, bem como segue-se com a ilusão de que se está prevenindo violências policiais no momento da prisão.

Não obstante isso, parece-nos que há futuro na audiência de custódia. O passo mais importante foi dado com a sua incorporação ao ordenamento jurídico e com a afirmação, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da Resolução do CNJ, que a implementou, o que autoriza afirmar que *a audiência de custódia é um caminho sem volta, efetiva o contraditório, a transparência e o controle efetivo de todos os atos, garantindo-se todos os envolvidos*.⁴⁴ Seu aperfeiçoamento, agora, passa mais pela superação da resistência dos atores processuais (juízes, promotores, e porque não, defensores públicos e advogados) do que pela aceitação social, visto que a mudança de paradigmas deve permear questões e argumentos técnicos e não se basear em anseios sociais.

A tanto, enfim, afigura-se de fundamental importância a regulamentação do instituto pela via da legislação ordinária, em âmbito federal, como forma de estabilizar sua prática, situá-la com coerência no âmbito do sistema de justiça criminal e definir o seu procedimento de maneira geral, abstrata e cogente. Com isso evita-se justamente o desvirtuamento da regulamentação administrativa do CNJ através da edição de Resoluções específicas no âmbito de cada um dos tribunais da Federação. Não se desconhece que as realidades dos Poderes Judiciários estaduais são as mais distintas. Ainda assim, tanto não justifica a diferença de procedimentos no âmbito de cada unidade federativa. Impõe-se, inclusive em observância ao princípio da isonomia, estabelecer um procedimento uniforme independentemente do local em que realizada a audiência de custódia, ao menos minimamente. Aliás, com isso se assegura a realização de audiência de custódia em todas as comarcas, evitando-se a criação de espécies distintas de jurisdicionados, os *com* e os *sem* direito de ser apresentados imediatamente à autoridade jurisdicional.

Enfim, impõe-se dar efetividade à boa intenção que tem como premissa de partida a mentira sincera que a todos parece interessar.

⁴³ Em alusão à música Maior Abandonado de Cazuzza e Frejat.

⁴⁴ LOPES JR, Aury. DA ROSA, Alexandre Moraes. Processo Penal no Limite. Empório do Direito. 2015. p. 27.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 2ª edição. Livraria do Advogado. 2016.
- _____. Audiência de Custódia na concepção da justiça gaúcha: análise da resolução n. 1087/2015 e das práticas estabelecidas. ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Organizadores. Audiência de Custódia. Da boa intenção à boa técnica. FMP. 2016.
- BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. *O Poder Simbólico*. 12.ed. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 209-211.
- BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, inciso LXII.
- BRASIL. Decreto 592/92.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Artigo: Audiências de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas. In ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo. Organizadores. Audiência de Custódia. Da boa intenção à boa técnica. FMP.2016, p.105 a 126.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – Pacto San José Da Costa Rica – Capítulo II, Artigo 6º, item 5. Legislação de Direito Internacional. Editora Saraiva. 2012. 5ª edição. pg. 424.
- CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias: construções da realidade social*. EDUSC: Bauru, 2001
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – Resolução n. 217-A – Assembleia Geral da ONU – 1948. Legislação de Direito Internacional. Editora Saraiva. 2012. 5ª edição. pg.380.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas: São Paulo, 2014.
- LEONARDO, Hugo; VIEIRA, Renato Stanzola; KEDHI, Andre Pires de Andrade; BEZERRA, Andre Augusto Salvador. Não há qualquer esquizofrenia na implantação da audiência de custódia. <http://www.conjur.com.br>
- LOPES JR, Aury. DA ROSA, Alexandre Morais. *Processo Penal no Limite*. Empório do Direito. 2015.
- _____. *Direito Processual Penal*, 10ª Ed. Editora, Saraiva.
- LOYOLA, Maria Andréa. Bourdieu e a sociologia. In: BOURDIEU, Pierre. *Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola*. EdUERJ: Rio de Janeiro, 2002, p. 66.
- MADEIRA, Lígia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. In: *Direito e Justiça*, v. 33, n. 01, p. 19-39, jun. 2007, p. 22.
- MAYA, André Machado. A iniciativa probatória do juiz e a oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal. *Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. Porto Alegre, 2014.
- PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: _____.; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial*. Marcial Pons: São Paulo, 2012, p. 11-70.
- _____. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Ed. Lumen Juris, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2005.
- THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. In: *Revista de Administração Pública*, v. 40 n. 1, p. 27-55, jan./fev. 2006. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 09.03.2014.