

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA- UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURIDICAS - DCJ

LUISA LEMOS TARGINO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

SANTA RITA

2018

LUISA LEMOS TARGINO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas de Santa Rita, da Universidade Federal da Paraíba como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^a. Msc. Danielle da Rocha Cruz

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

T185a Targino, Luisa Lemos.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO
DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS / Luisa Lemos

Targino. - João Pessoa, 2018.

62 f.

Orientação: Danielle da Rocha Cruz.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 2. CULTURA DO ENCARCERAMENTO.
I. da Rocha Cruz, Danielle. II. Título.

UFPB/CCJ

LUISA LEMOS TARGINO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas de Santa Rita, da Universidade Federal da Paraíba como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^a. Msc. Danielle da Rocha Cruz

Banca Examinadora:

Data da aprovação: _____

Prof^a. Msc. Danielle da Rocha Cruz (Orientadora)

Prof^a. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (Examinador)

Prof^a. Dr. Nelson Gomes de Sant`Ana e Silva Júnior (Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente aos meus familiares por me fazerem conhecer a verdadeira razão do amor e da cumplicidade. Em especial teço minha sincera gratidão à minha mãe Lúcia Lemos Dias e ao meu padrasto Paulo Vieira de Moura, responsáveis pela minha constituição em quanto ser humano, a eles agradeço por terem me ensinado a colocar-me no lugar do outro, compreendendo a verdadeira essência da humanidade de cada ser. Com eles compreendi que é preciso lutar pelos que não têm vez e nem voz, pois eles sempre estarão do lado certo.

Agradeço a todos os professores que me guiaram nesta jornada de aprendizagem, desde aqueles que me apresentaram as primeiras palavras até aqueles responsáveis por me tornar um ser consciente socialmente. Aqui represento todos na figura da professora Nazaré Zenaide, a quem devo a própria escolha de meu nome, sob a sombra das árvores da reitoria da Universidade Federal da Paraíba.

Teço meus agradecimentos a todos os antigos e atuais membros do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos e da Comissão de Direitos Humanos, onde cresci e pude ser educada para uma verdadeira cultura de Direitos Humanos.

Agradeço a minha orientadora professora Danielle da Rocha Cruz, pelo apoio e sábias orientações.

Agradeço ainda ao meus poucos e verdadeiros amigos, com quem partilhei as mais verdadeiras alegrias desta vida e em quem sempre pude me apoiar nos momentos de maior dificuldade, ressaltando aqueles que juntamente comigo caminharam nesses cinco anos de curso, desde o UNIPÊ até a Universidade Federal da Paraíba.

Por fim agradeço a Deus por me permitir alcançar todos os objetivos que desejo, apenas no momento correto e não segundo minhas vontades passageiras.

RESUMO

O presente trabalho elegeu como objeto de estudo o instituto da Audiência de Custódia sob o prisma de sua recente implementação na prática penal, conforme determinação da Resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça. O objetivo principal do estudo consistiu em verificar a eficácia da Audiência de Custódia, apontando avanços e críticas a seu respeito. Tal instituto é oriundo de tratados internacionais de direitos humanos e tem como objetivo funcionar como uma ferramenta de garantia dos direitos fundamentais do homem. Diante do atual quadro dos estabelecimentos prisionais brasileiros, qual seja a superlotação dos presídios e a falta de condições de salubridade, é preciso romper com a massificação da denominada cultura do encarceramento provisório. Tomando por base a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a referida Resolução do CNJ, realizou-se uma análise do instituto em questão bem como a delimitação de suas principais características. Ademais, foi realizada uma análise sobre a implementação da Audiência de Custódia no Brasil e no Estado Paraíba. Concluiu-se que o aludido instrumento tende a contribuir para a reversão da cultura do encarceramento, ao mesmo tempo em que a sua efetivação tende a sinalizar para garantias de direitos humanos.

Palavras-Chaves: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The current work chose as object of study the institution of the Custody Hearing under the prism of its recent implementation in the criminal practice, as determined by Resolution nº 213, of 2015, of the National Justice Council. The main objective of this study was to verify the effectiveness of the Custody Hearing, pointing to advances and criticisms regarding this. This institution comes from international human rights treaties and aims to function as a tool to guarantee the fundamental human rights. Faced with the current situation of Brazilian prisons, such as the overcrowding of prisons and the lack of unhealthy conditions, it is necessary to break with the massification of the so-called culture of temporary incarceration. Building on the American Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights; and the referred Resolution of the CNJ, an analysis of the institute in question as well as the delimitation of its main characteristics was carried out. In addition, an analysis was accomplished on the implementation of the Custody Hearing in Brazil and the state of Paraíba. It was achieved that the aforementioned instrument tends to contribute to the reversal of the incarceration culture, at the same time that its implementation tends to signal for guarantees of human rights.

Keywords: CUSTODY HEARING. INCARCERATION CULTURE. CRIMINAL PROCEDURAL LAW. FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES.

LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP - Código de Processo Penal

MP – Ministério Público

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A PRISÃO E SUAS ACEPTÕES DENTRO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	12
2.1 Aproximação conceitual	12
2.2 As prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro	16
2.2.1 Prisão em flagrante	18
2.2.2 Prisão temporária	20
2.2.3 Prisão Preventiva	22
3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO	27
4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	38
4.1 Origem em tratados internacionais	39
4.2 Incorporação tardia da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro: a Resolução nº 213/ 2015 do CNJ	43
4.2.1 Aproximação conceitual no que se refere à Audiência de Custódia	45
4.2.2 Objetivos da Audiência de Custódia	46
4.3 A prática das Audiências de Custódia no Brasil e no Estado da Paraíba	50
4.3.1 Dados do Conselho Nacional de Justiça sobre Audiências de Custódia realizadas no Brasil	51
4.3.2 Dados sobre Audiência de Custódia na Paraíba	51
4.3.3 Análise crítica dos dados pesquisados	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo o instituto da Audiência de Custódia, sob o prisma da sua recente implementação no Processo Penal brasileiro. O seu objetivo principal é realizar uma análise crítica acerca da implementação deste mecanismo, apontando os pontos positivos e negativos encontrados na prática jurisdicional.

O sistema prisional brasileiro vive o auge de sua crise institucional, os problemas encontrados são os mais diversos, desde a superlotação até as condições insalubres de convívio. Ademais, o poder judiciário vem intensificando a chamada cultura do encarceramento, comprovada pelo elevado número de presos provisórios no país. Portanto, faz-se necessário humanizar a prática processual penal, dar-lhe através deste instrumento garantista contornos democráticos, balizado nos direitos fundamentais.

A Audiência de Custódia não é uma novidade para o cenário moderno, sua origem remonta a dois relevantes instrumentos internacionais de Direito Humanos. Entretanto, após 26 anos de omissão legislativa sobre o tema, o poder judiciário nacional saiu da inércia temporal e resolveu dar aplicabilidade às determinações da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP.

O objetivo do instrumento estudado é transcender a figura do documento em papel, qual seja o auto de prisão em flagrante recebido pelo magistrado, colocando o indivíduo, possivelmente delituoso, pessoalmente à frente do magistrado, tornando a tutela punitiva mais humana e menos mecânica. Para boa parte dos doutrinadores, com essa medida procura-se romper os resquícios da lógica inquisitiva ainda encontrada em nosso sistema.

Diante da possível deflagração do chamado Estado de Coisas Inconstitucional dentro do sistema penitenciário brasileiro, revitalizar as garantias fundamentais do modelo democrático é a solução mais cabível. A violência que assola o país não pode ser a justificativa para romper com os princípios fundamentais da própria constituição.

A omissão estatal no tocante às políticas públicas sociais não poderá ser suprida pelo reforço repressivo. Não cabe ao poder judiciário brasileiro utilizar-se do cerceamento de liberdade provisório como medida de segurança pública. Ao contrário, é dever do poder executivo elaborar e pôr em práticas políticas inclusivas e educativas para os mais vulneráveis socialmente.

A punibilidade seletiva encontrada nos estabelecimentos prisionais não poderá mais ser insuflada pelos meios de comunicação em massa. Tratam-se de indivíduos comuns

detentores de direitos e deveres, não é porque possivelmente tenham cometido alguma conduta delitativa que devem ser tratados como se nem humanos fossem.

Dentro do Estado Democrático de Direito tem-se por regra a liberdade dos indivíduos, direito fundamental de primeira geração. Logo, a mesma só poderá ser limitada a partir de um processo devido onde sejam garantidas todas as possibilidades de defesa. A banalização das prisões provisórias é reflexo de uma antecipação da pena, sem que se tenha alcançado o marco da sentença penal condenatória.

Para tanto, os estabelecimentos prisionais não devem funcionar como elementos potencializadores da exclusão social, muito menos como ferramentas de controle social das massas menos favorecidas socialmente. Sua função conceitual é de ressocialização e recuperação daqueles que em algum momento praticaram algum ato delituoso.

Nesse sentido, torna-se razoável propor dentro da processualista penal, um prazo razoável para a duração dos processos. E mais especificamente, um prazo de validade para as medidas cautelares como é o caso da prisão preventiva. Sem estes limites mínimos acaba-se por transpor a pena por prazo além do legalmente previsto.

Dentro destas problemáticas as audiências de custódia se apresentam como uma dentre as diversas possíveis saídas para tal crise institucional. Almeja-se a partir das Audiências de Custódias reduzir as ilegalidades prisionais através de um maior controle da porta de entrada para estes estabelecimentos. Por isso, o presente trabalho irá se debruçar sobre a conceituação e aplicabilidade deste instituto recém implementado no país.

Por ser uma pesquisa que proporcionou uma aproximação com o problema, contribuindo para o aprimoramento de ideias sobre o assunto, ao torná-lo mais explícito para a pesquisadora, esta pode ser classificada como um estudo exploratório, ao mesmo tempo em que se aproxima ao estudo de caso, como sugere Gil (2002).

O recorte temporal culminou para o período de 2015 a 2018, ou seja, desde a regulamentação do instrumento que se constituiu em objeto principal deste estudo, a Audiência de Custódia, até a presente data.

Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa e quantitativa. A sua realização constou de levantamento de dados bibliográficos, como sinaliza Gil (2002), ao utilizar a contribuição de autores diversos que abordam o tema.

Foram, também, utilizados dados de órgãos e documentos oficiais, portanto, usou-se legislação nacional (decretos, resoluções e relatórios) e internacional (tratados convenções e decisões das cortes internas) sobre o tema. Além do uso de informações relacionadas à implementação da Audiência de Custódia em nível nacional, constantes em sites oficiais.

Recorreu-se, ainda, aos dados secundários constantes no relatório de 2018, da pesquisa sobre a implementação da Audiência de Custódia, no Estado da Paraíba, realizada sob a coordenação do professor Gustavo Mesquita Barbosa Batista, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

Havia, inicialmente, a pretensão de levantamento de dados empíricos, primários, a partir de entrevista com agentes públicos sobre a aplicabilidade do referido instituto, com objetivo de aprofundar a compreensão do tema, todavia, devido ao exíguo tempo para realização das entrevistas, essa ideia inicial foi suprimida, ficando para projetos futuros.

Em um país que vive uma de duas maiores crises democráticas e institucionais, estudo como este é de grande importância. Isto porque é necessário compreender os instrumentos de garantia de direitos postos a serviço do cidadão. A liberdade é um bem fundamental que não pode ser por qualquer motivo violada, cabendo aos operadores do direito dispor sobre temas que lhe fortaleçam e concretizem.

O trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo foi construída, inicialmente, uma abordagem mais conceitual acerca dos institutos que são analisados, a partir de dados bibliográficos. Logo a seguir fala-se do poder punitivo estatal, das prisões e suas modalidades cautelares, bem como de alguns dos princípios basilares do processo penal brasileiro.

No capítulo seguinte, após esta breve abordagem conceitual, faz-se uma crítica mais contundente à denominada cultura do encarceramento e suas consequências para o Estado Democrático de Direito. Neste ponto, busca-se levantar possíveis causas da crise penitenciária vivenciada no país, bem como procurar construir justificativas para implementação urgente das Audiências de Custódia.

No terceiro capítulo trata-se especificamente do citado instituto pré-processual. Inicialmente, apresentando sua origem internacional e os fundamentos para aplicação dentro do plano interno. Após esta construção histórica é feita a análise da Resolução 13 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça, que implementou as audiências na dinâmica dos tribunais nacionais. E, por fim, é feita uma análise sobre a implementação da Audiência de Custódia no Estado da Paraíba.

Apesar dos limites da pesquisa, o trabalho aponta para a importância da Audiência de Custódia no processo de reversão da história do encarceramento em massa no Brasil, ao incidir sobre a cultura do encarceramento. Fica sinalizada a necessidade de aprofundamento de estudos sobre a temática Audiência de Custódia, diante a relevância desse instrumento para a sociedade brasileira.

2 A PRISÃO E SUAS ACEPÇÕES DENTRO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Antes de adentrar efetivamente no tema da audiência de custódia é preciso trazer alguns conceitos iniciais norteadores deste trabalho. Assim, neste primeiro capítulo trataremos acerca da prisão e seus fundamentos dentro do direito penal. Nesta perspectiva, serão apresentadas as prisões cautelares, que consistem na privação de liberdade do sujeito antes da sentença penal transitada em julgado. Tratam-se de exceções na configuração do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Após esta apresentação conceitual é feita uma análise crítica acerca do quadro atual do sistema prisional brasileiro, a partir da chamada cultura do encarceramento. Em seguida, apresenta-se a análise do instituto da audiência de custódia, objeto do presente trabalho.

2.1 Aproximação conceitual

Conforme relata Lopes (2016) o processo penal é o caminho necessário para imposição da pena. Somente a partir de um processo correto e com respeito as regras e as garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, é que se pode falar na conduta repressiva (poder punitivo) por parte do Estado. Segundo o eminente doutrinador, a própria titularidade do estado a respeito de direito de punir surge, apenas, após a superação da cultura da vingança privada, através da consagração dos ideários de justiça.

No atual Estado Democrático de Direito, conforme delineado pela Constituição cidadã de 1998, fala-se inicialmente em direitos e garantias fundamentais do indivíduo, para só posteriormente excepcionar ocasiões onde haverá cerceamento de liberdade.

Nesse sentido, diante do caráter assecuratório do diploma nacional, parte da doutrina afirma que o sistema processual vigente em nosso país é o acusatório, visto que, há a consagração constitucional de princípios como o do contraditório e do juiz natural. Nos dizeres de Gabriela Teixeira Raposo (2016)

O ônus da produção da prova, é do órgão acusador. É conferido ao réu direito à ampla defesa e ao contraditório durante todo o processo penal. Cabe ao juiz (juiz expectador), ao final da prestação jurisdicional, valorar as provas apresentadas por ambas as partes e deliberar, conforme a verdade processual dos fatos, acerca da condenação ou não do réu (p.13).

Tais garantias surgem em oposição ao sistema penal inquisitório, outrora utilizado, em

que se consagrava a concentração de poder sob domínio do Estado Totalitário. Neste caso, as funções de acusar, defender e julgar, concentravam-se na figura de um juiz soberano, responsável por toda condução do processo. Conforme assevera Nestor Távora (2016), neste sistema processual havia mitigação de direitos e garantias fundamentais em razão do figurado interesse da coletividade. O réu nesse caso era mero figurante no processo, um verdadeiro objeto, e não um sujeito de direitos.

A principal diferença entre os modelos acima citados refere-se a figura do Ministério Público, novo sujeito do processo responsável pela promoção da ação penal. Bem como na produção de provas dentro do processo, as quais deixam de ser de poder do magistrado e passam a ser regidas pelo livre convencimento motivado, em oposição a anterior gestão da prova inquisitorial.

Nos dizeres de Cesare Beccaria (1997), o direito de punir surge da necessidade que o homem teve de perpetuação de sua espécie, para tanto, parte da sua liberdade teve que ser cedida ao depósito público. Foi, justamente, a agregação destas mínimas partes de liberdade cedidas, por cada indivíduo, que originaram o direito de punir.

Entretanto, esta cessão de direitos ao Estado não foi realizada sem uma contraprestação. Em troca do inestimável bem da liberdade, foram conquistadas garantias e direitos fundamentais capazes de limitar o exercício do poder punitivo estatal. Nesse sentido, a própria Constituição Federal disciplina princípios basilares, os quais devem ser estritamente preservados durante o desenrolar do processo, para que só posteriormente, seja permitido o cerceamento da liberdade.

Dentre estes princípios podemos destacar: o Devido Processo Legal, o Contraditório, a Ampla Defesa e a Presunção de Inocência. Conforme nos relata Ferrajolli (2002), são as garantias processuais expressas através de princípios que respondem às perguntas de como julgar e quando julgar dentro de um sistema processual democrático e moderno.

O princípio do devido processo legal encontra-se formalizado no art.5º, inciso LIV da Constituição Federal, e determina que ninguém poderá ser privado de sua liberdade, nem de seus bens, sem que tenha ocorrido o devido processo legal. Para Nestor Távora este postulado garante a necessidade de um processo previamente tipificado, com etapas e atos processuais imprescindíveis à sua validade. Segundo o autor:

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (*procedural due process*); a segunda, material, reclama no campo da aplicação e elaboração normativa numa atuação substancialmente adequada correta e razoável (TÁVORA, 2016, p.66).

No mesmo sentido, o princípio do contraditório (art.5º, LV da CF) assegura às partes do processo a possibilidade equitativa de terem voz na formação do convencimento do julgador. Partindo desse pressuposto, não temos mais um processo inquisitorial caracterizado pela força punitiva do estado diante do indivíduo/objeto. Ante tal perspectiva, faz-se necessário colocar à disposição do acusado o mais amplo meio de defesa, para se construir um processo legal e garantista. Tal conduta baseia-se no princípio da ampla defesa também consagrado na Constituição Federal.

Acerca do princípio do contraditório nos diz Aury Lopes (2016):

O ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz direito de audiência e alegações mútuas das partes em forma dialética (p.96).

Ainda segundo este autor, o contraditório deve ser verificado quando se criam as condições ideais para depoimento e fala das partes, muito embora as mesmas possam utilizar-se do direito de se manter em silêncio durante o decorrer do processo. Nesse momento, há o confronto entre as provas apresentadas e a comprovação da verdade.

Em oposição ao sistema inquisitorial, nesse caso há a formação de um conflito disciplinado, o que Lopes (2016) chama de “regras do jogo”. É justamente nesse sentido que o contraditório e a ampla defesa estão intimamente ligados, na medida em que um só existe em razão do outro, e ambos são exercidos em prol da legalidade da persecução penal.

Por outro lado, para que possa utilizar todas as prerrogativas acima citadas, o processo deve desde sua origem ter por base o princípio de presunção da inocência. Consoante este princípio, poderá devolver-se todas as etapas processuais necessárias sem mover-se as angústias do clamor social.

Nestor Távora (2016) ressalta que O princípio de presunção da inocência encontra-se previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos ou no também chamado Pacto São Costa Rica de 1969, quando dita que: “Toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto legalmente não for provada sua culpa”. Entretanto, ao ser incorporada ao ordenamento nacional, a premissa passou a constar que ninguém deverá ser considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹. Logo, antes deste marco processual o indivíduo é considerado inocente cabendo a quem acusa comprovar sua culpabilidade. É por esse motivo que medidas de cerceamento da liberdade provisório

¹ Aury Lopes crê que a Constituição Federal de 1988 não assegura expressamente, a ‘presunção de inocência’, mas o estado de não culpabilidade.”

devem ser utilizadas apenas em situações extremas.

Aury Lopes (2017), ainda ressalta que no Brasil a presunção de inocência é tida como princípio reitor do código de processo penal, isto porque, ele é responsável pela caracterização ou não do processo como um meio eficaz. Para o doutrinador ao se analisar o primado em questão deve-se verificar que existe uma dupla dimensão da inocência, qual seja, o plano interno e o plano externo. Há o dever do magistrado de tratar o réu durante todo o processo como inocente, as possíveis acusações existentes devem ficar a cargo do Ministério Público (órgão acusador), e em caso de dúvida o caminho será a absolvição.

Por outro lado, no que diz respeito ao plano externo do primado da inocência, o autor compreende que se faz necessária uma proteção com relação a mídia abusiva. É preciso opor-se aos grandes espetáculos midiáticos que precocemente impõe ao indivíduo uma condenação. Inclusive, tal garantia é fundamentada em normas balizadoras do Estado Democrático de Direito, quais sejam a dignidade da pessoa humana, o direito a imagem e a privacidade. Nos dizeres de Lopes (2017, p.20):

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a mídia abusiva e estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, da dignidade e da privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Ainda no mesmo sentido, o sensacionalismo midiático acaba por construir entre a massa da sociedade uma ideia distorcida das medidas provisórias de cerceamento da liberdade. Isto porque cria-se uma antecipação da pena condenatória. Faz-se crer que a prisão imediata do indivíduo presumivelmente culpado seria sinônimo de justiça. Enquanto que a liberdade garantida constitucionalmente se apresentaria aos olhos da maioria como sendo impunidade e ineficácia do Poder Judiciário. Fatos, como estes contribuem para massificação da cultura do encarceramento no Brasil, tema este que será abordado com maior profundidade no próximo capítulo.

Para Paulo Rangel (2015), essa idealização deriva da distorcida ideia de boa camada da sociedade acerca das prisões cautelares, como se estas fossem uma política pública concreta contra as altas taxas de homicídios no país. Salienta, ainda o autor, que não se pode culpar unicamente o judiciário pelo aumento da incidência de delitos em nossa sociedade. Cabe ao Estado dispor de sua máquina para elaboração de soluções que não sejam exclusivamente o encarceramento. Em outras palavras não se pode impor ao judiciário a

obrigatoriedade de sempre tomar medidas repressivas, mesmo que estas afetem os princípios constitucionais, como se essa conduta fosse solucionar o problema da segurança pública no país. Assim relata o referido autor:

Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubo, homicídios, estupros etc. ocorrendo nas metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia; outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso.” (RANGEL, 2015, p.773)

Outro ponto controvertido com relação a aplicação do princípio em questão, tem sido o entendimento das cortes superiores sobre o tema. Recentemente o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/2016, veio a se manifestar sobre a chamada execução antecipada da pena. A eminente corte reconheceu a possibilidade de início de cumprimento de sentença após decisão colegiada em segunda instância. Para Lopes (2017), tal entendimento vislumbra-se como uma antecipação de tratamento de culpado ainda no curso do processo, indo de encontro ao marco constitucional do trânsito em julgado, tendo em vista que a fase recursal ainda faz parte do curso do processo, e não um novo processo.

Diante das concepções apresentadas faz-se necessário tecer uma análise acerca das medidas provisórias de cerceamento da liberdade, isto é, as prisões cautelares. Os conceitos apresentados a seguir servirão de base para análise do tema do trabalho que é a Audiência de custódia, novo mecanismo finalmente incorporado a prática penal, com o intuito de fortalecer as garantias até aqui citadas. Além de em última análise propor uma redução do número de prisões decretadas no país, ante a superlotação e precarização carcerária.

2.2 As prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro

Nos dizeres de Nestor Távora (2016) a prisão pode ser conceituada como sendo o cerceamento de liberdade, a privação do direito de ir e vir. Dentro do sistema penal brasileiro a prisão pode decorrer de decisão condenatória transitada em julgado (resposta efetiva ao delito cometido), a chamada prisão pena. Ou pode ser oriunda de situações excepcionais, onde no transcorrer do processo mediante decisão fundamentada e prevista em lei, o magistrado opta por suprimir o indivíduo do convívio social, por ele atentar contra a própria lisura do processo.

É possível dividir as prisões em duas grandes espécies, segundo José Frederico Marques

[...] *prisão carcer ad poenam*: que é a prisão penal propriamente dita (prisão-pena), consistente na pena ou sanção específica decorrente da violação ou ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, é o conseqüente sancionador ligado ao antecedente da norma jurídica penal;
 2) *prisão ad custodiam*: é a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão temporária) ou de permissivo constitucional (prisão em flagrante) (2003, p.25).

No decorrer do item a seguir serão tecidas, discussões acerca das chamadas prisões cautelares, ou excepcionais, e precautelares. Quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Incumbe salientar que essas modalidades de prisões processuais não podem ser a regra, visto que a Carta Magna assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Lopes (2017) alerta não ser possível falar em um processo cautelar, segundo ele o processo penal poderá ser de conhecimento ou de execução, nesse sentido, não há que se falar em uma ação cautelar, em se tratando de medidas tomadas anteriormente ao trânsito de sentença penal condenatória. O correto, segundo o citado doutrinador é falar em medidas cautelares penais tomadas no curso da investigação preliminar, no curso do próprio processo de conhecimento ou quando da fase executiva da pena. Dentre essas possíveis medidas pode-se destacar as prisões cautelares, o sequestro de bens, entre outras.

Cumpra nesse momento salientar, de acordo com o que alerta a doutrina, que as medidas cautelares só podem ser utilizadas pelo magistrado de acordo com o que está disposto em lei. Ao condutor do processo não cabe a liberalidade de impor uma medida nova de acordo com o caso concreto, uma vez que no processo penal, diferentemente do processo civil, o bem maior tutelado é a própria liberdade do indivíduo. Inclusive, o rol de possibilidades oferecidas ao juiz para garantir a boa condução do processo foi aumentado recentemente com a Lei 12.403/11, que dispôs de outras medidas cautelares diversas da prisão, como o uso de tornozeleiras eletrônicas, entrega de passaporte, dever de informar viagens, etc.

Ainda, segundo Aury Lopes (2017), só é possível permitir dentro de um sistema jurídico a prisão cautelar (anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória), e, o fator regente do processo penal que é a presunção de inocência, pois os demais princípios possibilitam essa interpretação. Tais como: a motivação (fundamento); o contraditório (inclui a própria audiência de custódia); a provisionalidade (uma vez cessada a situação fática

também deve ser cessada a prisão); a provisoriedade (deve ter um prazo máximo); a excepcionalidade (última e mais gravosa medida cautelar); e, a proporcionalidade (gravidade da medida imposta e finalidade pretendida).

Só é permissível falar em aprisionamento cautelar quando respeitados os princípios acima citados, em nome da boa prática penal e em contrário ao sistema inquisitivo.

Ademais para que seja aplicada corretamente a prisão cautelar deve preencher dois pressupostos fundamentais, quais sejam *Fumus Comissi Delicti* e o *Periculum Libertatis*. Assim denominados pelo doutrinador Aury Lopes Júnior (2017), o qual critica a utilização da mesma dinâmica do Processo Civil para com o Processo Penal.

Prática esta realizada por alguns doutrinadores. O autor é contra aplicação literal da doutrina civilista para com a processualística penal, para ele é impossível realizar tal analogia. Por esse motivo não utiliza os termos *Fumus Boni Iuris* e *Periculum in Mora*. Nos seus dizeres:

Constitui-se uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência do *fumus boni iuris*. Como pode-se afirmar que é o delito é “fumaça do bom direito”? Ora, o delito é negação do direito, sua antítese.

No processo penal, o requisito para decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de fato aparentemente punível (LOPES, 2017.p.95).

No mesmo sentido, relata Paulo Rangel:

Da mesma forma que a fumaça deve ser do cometimento do delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar ou absolver o acusado, ou ainda, para declarar extinta a punibilidade. Até porque a demora na investigação preliminar, a autorizar a prisão temporária, ou no curso do processo, a autorizar a prisão preventiva, nem sempre é imputada ao indiciado ou ao réu, não havendo razão para "puni-lo" pela demora do Estado em cumprir com seu papel na persecução penal. Nesse caso, devemos mostrar que há perigo social se o réu permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo e, ainda, que há provas do cometimento do delito. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito (2016, p.737).

Diante dos elementos apresentados passamos efetivamente para análise das espécies de prisões cautelares. Com especial atenção a prisão preventiva, que se tornou medida habitual dentro do processo penal brasileiro.

2.2.1 Prisão em flagrante

Dentro do rol das prisões permitidas pelo atual ordenamento jurídico, a prisão em flagrante é a única que pode ser realizada por qualquer agente policial, ou melhor, por qualquer cidadão². Para que ela seja efetivada é preciso que se encontrem dois elementos fundamentais, que são a atualidade e a visibilidade. Conforme nos ensina Paulo Rangel (2015), a atualidade é representada pelo fato do delito está acontecendo naquele presente momento, ou por ter acabado de acontecer. Enquanto que a visibilidade se refere a visão externa do ato, a partir do momento que outra pessoa passa a visualizá-lo.

A esta medida cautelar de defesa social, podem ser incumbidas as funções de evitar a fuga do agente, servir de espelho para os demais membros da sociedade, de modo que não venham a praticar condutas delitivas, e impedir possíveis vícios nas colheitas de provas para definição dos indícios de materialidade e autoria do delito.

A respeito desta modalidade de detenção expõe Lopes):

A prisão em flagrante é medida precauteladora, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou a autoridade policial, e somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva ou não) (2017, p. 52).

Diante deste caráter transitório e puramente administrativo, o art.310 do Código de Processo Penal assegura que após realizada a prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz responsável o auto de prisão em flagrante, em até 24 horas. Será justamente nesse momento que será analisada a legalidade da apreensão, bem como a necessidade de sua manutenção. Assim será possível definir o possível relaxamento, a conversão em preventiva, a utilização e uma medida cautelar diversa da prisão ou a concessão de liberdade provisória.

Com o advento da resolução 213 do Conselho Nacional de justiça, essa sistemática foi alterada, pois embora o próprio código deixasse livre a possibilidade de encontro do custodiado com o magistrado na prática ela não ocorria. O ato de conversão do flagrante era automático, e havia um distanciamento do juiz para com o indivíduo.

Por isso, visando humanizar o processo penal é que a referida resolução impôs a realização da chamada audiência de custódia, momento processual em que após o flagrante detido o custodiado é levado à presença do juiz para que seja realizado um breve interrogatório e seja tomada a medida adequada para cada caso. Este tema será melhor

² **Art. 301.** Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (Decreto Lei 3.690/41).

discutido e detalhado no terceiro capítulo do presente trabalho.

Nesse sentido como relata Lopes (2017), ninguém deverá permanecer preso sob o fundamento de que o mesmo foi apreendido em razão do flagrante. Dentro de um Estado Democrático de Direito é preciso que antes disto o indivíduo seja levado à presença da autoridade competente para decidir acerca do direito de sua liberdade. Até porque, como já foi dito, o reitor do processo penal brasileiro é o princípio de presunção da inocência, e o flagrante não pode funcionar como sentença condenatória.

2.2.2 Prisão temporária

Uma das espécies de prisão de natureza cautelar é a prisão temporária, a qual só pode ser decretada no curso do inquérito policial ou da investigação preliminar equivalente, tendo seu prazo de duração previamente estabelecido. Anteriormente ao CPP atual, a Lei 7.690/89 só previa aplicabilidade deste tipo de detenção para o curso do inquérito policial, apenas com o advento do novo código foi que essa hipótese foi estendida também para investigação preliminar.

Ressalta-se por outro lado, que o instituto foi criado por iniciativa do próprio executivo, através da medida provisória nº 111/89, sendo somente convertida em lei anos mais tarde. Para Nestor Távora (2016), esta é a primeira mácula encontrada nesta modalidade de prisão, pois há uma espécie de privação ao direito fundamental da liberdade que surgiu de ato unilateral do executivo sem que passasse pelo devido processo legislativo. Para o autor, embora tenha havido a posterior conversão do ato pelo órgão competente, é impossível sanar o vício originário de sua instituição.

Portanto, tem-se um instituto originalmente inconstitucional, que se perpetua dentro do sistema punitivo brasileiro, e possibilita o cerceamento da liberdade de indivíduo. No mesmo sentido, também preceitua Aury Lopes:

Outro detalhe importante é que a prisão temporária possui um defeito genético: foi criada pela Medida Provisória n. 11 de 24-11-1989 (convertida na Lei n. 7.690/89). O Poder Executivo violando o disposto no art.22, I, da Constituição, legislou sobre matéria processual penal e penal (pois criou um novo tipo penal na Lei n. 4898/65), por meio de medida provisória, o que é manifestadamente inconstitucional. A posterior conversão da medida provisória não sana vício de origem (2017, p.174).

Na realidade, a prisão temporária vislumbra-se como uma profunda marca do sistema inquisitivo dentro do ordenamento jurídico nacional. Pois trata-se basicamente da satisfação

do interesse policial de manter sob sua custódia o indivíduo, para que dele possa extrair a dita verdade dos fatos. Diferentemente, da prisão preventiva, aqui o agente de segurança pública pode, em qualquer tempo, sem necessitar da autorização do magistrado conduzir o detido a um ato investigatório ou interrogá-lo. Em outras palavras, coloca-se o detido durante todo esse período a disposição de qualquer tipo de pressão física ou psicológica, em nome da confissão e colaboração abre-se possibilidade para suplícios psicológicos de toda ordem (LOPES, 2017).

Por outro lado, quanto a duração da prisão temporária tem-se uma peculiaridade importante, esta é a única modalidade de prisão cautelar que possui um prazo estrito previsto em lei. E além disso em caso de não cumprimento do mesmo a legislação também estabelece uma sanção, qual seja a possível configuração do crime de abuso de autoridade (art. 4º da Lei 4.898/65).

Assim sendo, poderá ser decretada pelo prazo de 5 dias, prorrogáveis por igual período, quando houver necessidade extrema comprovada, ou ainda no caso de crime hediondo pelo prazo de 30 dias, também prorrogáveis por igual período, conforme disposto no art. 22º da Lei 8.072/90.

Trata-se de um petítório que deve ser formulado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, não cabendo decretação de ofício feita pelo magistrado. A essa autoridade abre-se, entretanto, a possibilidade de minoração do prazo permitido, a lei estabelece os prazos máximos, e nada impede que o juiz ao analisar o caso concreto vem a reduzi-los.

Por ser uma medida tipicamente cautelar, a prisão temporária só poderá ser decretada quando se verificado os dois requisitos básicos para privação prévia da liberdade: *fomus comissi delicti e o periculum libertatis*. Entretanto o próprio CPP em seu art.228 nos traz outros requisitos a serem preenchido para que seja possível a decretação da prisão temporária. São eles: a necessidade para aplicação da lei penal, ou da própria investigação e até mesmo da instrução criminal, a adequação da medida em relação a gravidade do delito em questão, além das circunstâncias pessoais do próprio agente.

Como bem assevera Aury Lopes (2017), para que seja permitida essa espécie de medida cautelar é necessário que haja indícios razoáveis de autoria e materialidade do delito, não sendo possível prender para que se encontrem esses indícios preliminares. No mesmo sentido, é de entendimento comum que a prisão temporária somente será permitida dentro dos delitos estabelecidos no rol taxativo do art.1º, inciso III, da Lei 7690/89.

Por fim, atenta-se para o fato de que as prisões temporárias não poderem servir como único mecanismo para obtenção de provas, posto que o cerceamento de liberdade deve ser a

última das técnicas adotadas para realização da investigação.

Conforme previsto na Constituição federal art.5º, LXIII, a todo indivíduo recai o direito de permanecer calado e de não produzir provas contra si mesmo. Por essa razão prender em nome da oitiva do suspeito não se vislumbra como uma prática democrática. Caso realmente seja necessário interrogá-lo, que o mesmo seja intimado com esse fim.

É preciso atentar-se para as garantias processuais constitucionais a fim de evitar ilegalidades extremas, que venham comportar o processo e contribuir com a cultura do massivo encarceramento.

2.2.3 Prisão Preventiva

Por outro lado, a prisão preventiva apresenta um caráter mais formal do que aquela anteriormente citada, isto porque neste caso é preciso que haja real necessidade e que seja fruto da decisão de um juiz ou de tribunal competente. Ela poderá ser decretada preliminarmente durante a investigação criminal, ou durante o próprio transcorrer do processo, qual seja na fase de conhecimento ou de execução.

Conforme nos ensina Lopes (2017), a prisão preventiva só poderá ser decretada desde que se verifique a presença de dois requisitos básicos: *Fumus Comissi Delicti* e o *Periculum Libertatis*. O primeiro deles refere-se a prova de existência de crime e dos indícios suficientes de autoria. Trata-se de um juízo de probabilidade e não de certeza acerca do delito praticado. Fala-se, neste caso, de um suporte fático real e concreto que se materialize em indício mínimos de lógica. Pois, conforme salienta o eminente doutrinador sem nem mesmo esses mínimos indícios existirem não há que se falar sequer em acusação.

Em outras palavras, significa dizer que para decretação de qualquer das medidas cautelares aqui expostas é preciso que aparentemente o fato em questão seja típico, ilícito e culpável. Além disso é necessário que não seja visualizada nenhuma causa de exclusão da culpabilidade, ou ilicitude. Segundo Lopes (2017), a apropriada ausência do elemento subjetivo do dolo, já excluiria a possibilidade de imposição da prisão preventiva.

Nesse sentido conclui o doutrinador: “Para tanto é necessário que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas - mas suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade do delito e que a decisão judicial seja fundamentada” (LOPES,2017, p.97).

Ressalta-se, ainda, que a gravidade do delito não é mais fator justificável para o encarceramento do indivíduo. De acordo com Nestor Távora (2016), inexistente a hipótese de segregação preventiva obrigatória, isto é, o possível criminoso seria privado de sua liberdade

em razão da pena cominada para o delito (maior de 10 anos). Este entendimento já foi superado pela doutrina e não compõe mais o art. 312 do CPP.

Por outro lado, quanto ao segundo requisito para decretação da preventiva, a sistemática apresentada é um pouco diferente. Sobre esse tema é preciso fazer uma análise do art.312 Código de Processo Penal, que nos diz:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da **ordem pública**, da **ordem econômica**, por **conveniência da instrução criminal**, ou para **assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o) (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O presente artigo elenca em termos genéricos, situações fáticas em que uma vez verificadas poderá o magistrado decretar a prisão preventiva do indivíduo, em nome do denominado *periculum libertatis*. Incumbe salientar que esses pressupostos são de ordem alternativa e não cumulativa, bem como devem estar amparados em um mínimo lastro probatório. Em outras palavras, o perigo à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal são gerados pela liberdade do indivíduo. Uma vez não tomada nenhuma providência no momento de sua verificação, quando for prolatada sentença esta não deterá nenhuma validade no plano fático.

A chamada garantia da ordem pública vislumbra-se como um dos conceitos mais abstratos do direito, dentro dela pode-se abarcar diversas situações sem que haja um critério objetivo concreto. Na prática penal, ela é invocada para fundamentar o chamado “clamor público”, a gravidade do delito ou a ainda sua brutalidade.

Nos dizeres de Nestor Távora:

A ordem pública seria a expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado, de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado de sentença condenatória. É necessário que se comprove esse risco (2016, p. 849).

A referida expressão surgiu na Alemanha nazista, especificamente na década de 1930, justamente por ser um fundamento em si vazio, utilizado para autorizar as diversas prisões realizadas no período. O grande problema enfrentado hoje é justamente sua utilização desvirtuada, não se realiza prisões preventivas em prol do bom andamento processual, mas em nome da “justiça”, como sendo uma antecipação da pena. Ao mesmo tempo em que se

condena antecipadamente, também se isolam sujeitos pretensamente perigosos e nocivos à paz social. (LOPES, 2017)

O conceito de ordem pública desvirtua completamente o caráter cautelar da medida preventiva, afrontando princípios constitucionais básicos, como o da presunção de inocência e o devido processo legal. Abre-se um leque de possibilidades para o cerceamento da liberdade sem que ocorra um limite real a sua utilização. Ademais, abre-se a oportunidade para exploração midiática acerca do fato criminoso; tendo início com a divulgação das grandes operações, dotadas de nomes cativantes, seguida pelo vazamento de informações investigativas e alocando o fato ocorrido na pauta das discussões. Conforme assevera Lopes (2017), seguindo-se esta sistemática acaba-se por criar, antes mesmo da realização de qualquer medida cautelar, uma comoção social que inexistia quando da prática do delito.

A lei 12.403/2011 que alterou as disposições acerca das medidas cautelares, em sua redação original do art.312 propunha a retirada desse conceito vago. Entretanto, ao longo do caminho percorrido no legislativo, o texto permaneceu com a redação anterior de 1941. Assim, persiste a abertura no CPP para a decretação da prisão preventiva, excepcionalidade no do sistema penal, sem que haja necessidade concreta de fundamentação.

Sobre o tema, já se pronunciou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Carlos Suárez Roservo vs. Equador:

Del dispuesto en el artículo 8.2 de la convencion se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...) En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia, al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado. (Sentencia de 12 de noviembre de 1997, par.77).

No mesmo sentido, também pode-se analisar o conceito de ordem econômica criado a partir da Lei antitruste de 1994, com o intuito de fazer cessar as condutas que viessem a pôr em descompasso as práticas que afetassem a paz e tranquilidade econômica, entretanto o referido conceito detém pouca utilização na prática brasileira. O objetivo dela seria impedir o indivíduo de vir a cometer novas infrações contra a ordem econômica, como prejudicar, ou falsear a livre concorrência, ou ainda monopolizar uma espécie de mercado de típico de bens ou serviços.

Para Lopes (2017), entretanto, outras medidas mais eficazes poderiam ser tomadas para os delitos econômicos, como por exemplo: o sequestro e a indisponibilidade de bens.

Para o autor, a decretação da prisão preventiva não teria o poder de amenizar ou restituir o dano causado, outras medidas que afetam diretamente o patrimônio do agente, podem ter um impacto maior na extensão do delito contra a ordem financeira.

Outro pressuposto apontado para a fundamentação da prisão preventiva é a conveniência da instrução criminal. Segundo a doutrina, emprega-se, tal justificativa, quando a liberdade do indivíduo vier a gerar risco eminente e efetivo para a instrução criminal. Isto é, o objetivo do cerceamento de liberdade é impedir que o agente venha a destruir as provas, ameaçar e constranger vítimas, testemunhas ou peritos.

Outrossim, a garantia de aplicação da lei penal objetiva impedir a fuga do imputado, pois se essa vier a ocorrer tornará sem eficácia a sentença penal posterior. Entretanto, o risco de fuga, objeto do item, não poderá ser presumido, ou seja, para a decretação da prisão preventiva deve o magistrado ter à disposição circunstâncias concretas que comprovem a fuga iminente. Sobre o tema, ressalta Távora (2016) que nem mesmo o não comparecimento do réu ao interrogatório, é capaz de se enquadrar na presente justificativa, uma vez que o magistrado ainda dispõe da condução coercitiva como meio de extrair do réu sua defesa pessoal.

De acordo com o lecionado por Lopes (2017), essas duas últimas hipóteses configuram-se como as verdadeiras cautelares, uma vez que são destinadas ao bom seguimento do processo penal. Para ele, o fato controvertido é verificar quando elas são realmente necessárias e sob quais requisitos estão sendo utilizadas.

O primeiro ponto a ser questionado diz respeito à tutela da prova, a qual não deve ser confundida com o ato inquisitivo de interrogar o acusado. Para o citado autor, é preciso caminhar para uma maior cientificidade das provas, na medida em que aperfeiçoarem as técnicas utilizadas pelo polícia científica na coleta de dados, menor serão os riscos de manipulação destas por parte do acusado. Sobre a alegação da deterioração das provas e sua funcionalidade, como meio para exercer o interrogatório do imputado, ressalta Ferrajoli (2002, p. 447):

Digamos imediatamente que a necessidade de prevenir a deterioração de provas não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e até mesmo obter-lhe a confissão no segredo da investigação. O interrogatório do imputado, em uma visão não inquisitória de processo, não é a necessidade da acusação, mas um direito de defesa que deve servir para não formar prova de culpabilidade, mas só para contestar a imputação e permitir a defesa do acusado.

Outro ponto levantado pelo autor diz respeito ao tratamento dado à prova testemunhal, pois fala-se em detenção do agente delituoso em nome da veracidade dos depoimentos, mas

não se fala em uma proteção do depoente em si, apenas da prova que ele é capaz de fornecer ao processo

Para autor, diante da atual conjuntura brasileira é preciso conscientizar os magistrados e demais operadores do direito sobre as ferramentas já disponíveis na legislação. Existem outras formas, que dispõem de um custo social e econômico menor do que o encarceramento prévio. Um exemplo dessas possíveis medidas seriam justamente as medidas cautelares diversas da prisão, dispostas no art. 319 do CPC, tais como o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a proibição de frequentar determinados lugares ou manter contato com certas pessoas.

Ao magistrado não incumbe apenas o dever de preservação da presunção de inocência do acusado até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Do julgador também se espera a presunção pela obediência do acusado, e somente em caso de quebra desta presunção que poderão ser tomadas atitudes coercitivas.

Ainda, acerca da prisão preventiva relata Ferrajoli (2002) que para alguns casos significaria colocar o imputado em condições de submissão dentro do processo. Ao cercear a liberdade do indivíduo, antes da prolação da sentença condenatória, limita-se o exercício do direito de defesa, na medida em que se passa a construir provas sem a ocorrência do devido contraditório. A pergunta a ser feita seria: as justificativas e fundamentos utilizados para que seja imposta a prisão preventiva são realmente legítimas e proporcionais à limitação da liberdade individual?

Na opinião do mesmo doutrinador os argumentos apresentados são justificados pelo pensamento liberal clássico, em que se tem sobre o imputado uma verdadeira presunção de culpabilidade. Trata-se de uma execução provisória da pena sem que tenham sido respeitadas as devidas garantias processuais. Para ele há total ilegitimidade e inadmissibilidade do referido instituto da processualística contemporânea. Uma vez que é a culpa o elemento que padece de comprovação e não a inocência.

Pensamentos como estes expostos, no presente item, reforçam a necessidade de rompimento com a cultura do encarceramento, realidade presente na prática criminal brasileira, a qual vem gerando a superlotação carcerária, bem como o sucateamento das instituições prisionais. Este tema será melhor detalhado e discutido no próximo capítulo.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

O Brasil, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, obtidos em junho de 2016, possui a terceira maior população carcerária do mundo, que perfaz um total de 726.712 pessoas encarceradas. No topo da lista encontra-se os Estados Unidos com um total de 2.228.424 presos, seguido pela China que detém uma população carcerária de 1.657.812 indivíduos. (DEPEN, 2016)

O dado mais alarmante encontrado na referida pesquisa diz respeito à origem desses presos, no Brasil em 40,2% dos casos analisados os mesmos ainda se encontram detidos em caráter provisório. Isto é, esse grande contingente adentrou o sistema carcerário em razão da interposição de uma prisão preventiva que se protraí no tempo sem que haja nenhum julgamento quanto a possível prática de ilícito penal.

Ainda, segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional, em pouco mais de uma década, isto é, de 2000 a 2016, a taxa de aprisionamento no país aumentou em torno de 157%, ou seja, em cada 100 mil habitantes 352,6 são pessoas que estão no sistema prisional. No estado da Paraíba o cenário não é muito diferente, aqui o número de indivíduos presos alcança a marca de 11.377 indivíduos. (DEPEN, 2016)

Mesmo diante do princípio da dignidade da pessoa humana, bem fundamental do Estado Democrático de Direito, não são raros os relatos e documentos que comprovam as inúmeras violações aos direitos fundamentais da pessoa humana, seja pela superlotação, falta de higiene, doenças ou mesmo pela prática de torturas. O cenário dos estabelecimentos prisionais brasileiros é tema alarmante que não mais pode ser velado da grande massa da sociedade. Conforme já relata a doutrina crítica:

É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica - dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, freqüentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa[...]. WACQUANT, 1999, p.6)

No entanto, mesmo diante dessa conjuntura, o comportamento do judiciário e do

próprio Estado continuam a inflamar a chamada “cultura do encarceramento”. Há uma nítida mecanização da conversão dos autos de prisão em flagrante em prisão preventiva que perdura no tempo sem um prazo máximo pré-determinado. Dessa maneira, rompe-se frontalmente com o princípio constitucional da razoável duração do processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII³, também previsto em documentos internacionais como o Pacto São José da Costa Rica de 1969, ou a chamada de Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que determina:

Art.8º Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um **prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Nos últimos 20 anos tanto os países da América Latina quanto alguns países europeus realizaram reformas em suas legislações penais, dentre estas mudanças é possível destacar o estabelecimento de prazos máximos para validade das prisões cautelares. Por exemplo, no Equador a legislação o limite é de 180 dias, enquanto que no Peru, em se tratando de casos não complexos o prazo máximo estabelecido é de 9 meses (270 dias). Por outro lado, na Costa Rica o lapso temporal determinado é bem maior chegando a 360 dias. Em países da Europa, como é o caso da Alemanha a legislação prevê o limite de 180 dias para duração da medida cautelar, devendo nesses casos o magistrado a cada 90 dias deve proceder a revisão do caso. (IPEA, 2015)

Apesar do demonstrado avanço dos outros países sobre o tema, o Brasil até hoje não dispõe de um núcleo normativo delimitador do tempo das prisões cautelares. Em 2001, quando se discutia a reforma do Código de Processo penal, chegou-se a falar num prazo máximo de 180 dias para cada grau de jurisdição, entretanto a proposta foi barrada pelo Congresso Nacional, sob o argumento de que deveriam ser verificados os critérios objetivos para cada caso. (IPEA, 2015)

A existência de processos penais, que se prolongam no tempo, deve-se em grande parte a falta de determinação legal para o prazo da modalidade cautelar de prisão. A omissão legislativa na imposição de limites temporais tem causados inúmeros casos em que a prisão provisória chega a ultrapassar o limite da pena em abstrato estabelecida para o delito cometido. As reformas de 2008, feitas no Código de Processo Penal não trataram desta

³ LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

limitação, acabando por manter a contínua violação aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Conforme relata Aury Lopes (20017), a dilação indevida do processo penal afeta em última instância a própria jurisdicionalidade, uma vez que o processo ao se aprimorar em excesso do tempo acaba por se transformar em pena prévia à sentença. Gera-se estigma, angústia, restrição de bens, e nos mais graves casos, a própria perda da liberdade antecipada do indivíduo. Segundo o autor, o maior custo causado por essa aplicabilidade distorcida dos princípios penais é o dano psicológico e social gerado ao indivíduo e até mesmo aos seus familiares.

Ainda segundo o doutrinador, o maior problema encontra-se na dupla omissão da legislação penal. Primeiro não há estabelecimento de um prazo máximo para duração do processo, nem muito menos um prazo limite para duração da prisão cautelar. Somado a este fato, há também as sanções processuais em razão da violação dos exíguos prazos previstos em lei. Logo, conclui-se que para falar em dilação indevida dos processos judiciais é preciso que antes se tenha estabelecido prazos modelos, corretos em sua essência.

Sendo assim, a despeito das normas nacionais e internacionais que prezam pela duração razoável do processo, uma das mais marcantes características do sistema prisional brasileiro é o número de preso sem julgamento. Há nesse sentido uma presunção de culpabilidade dos indivíduos e um distanciamento cada vez maior do princípio da presunção de inocência, reitor máximo da prática penal.

Sobre o tema da duração razoável do processo a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se posicionado no sentido de que sejam verificados alguns requisitos básicos. São eles: a complexidade do caso, a atividade processual do interessado ou imputado e a conduta das autoridades judiciárias. Como se verifica no trecho:

Esta corte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho de debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (SENTENCIA, 12 NOVIEMBRE DE 1997, pars.70-72).

Ressalta-se que não deve se perder de vista o entendimento da prisão como última *ratio* no rol das medidas cautelares estabelecidas pela legislação, pois no Estado Democrático de Direito reina o primado da presunção de inocência, que garante ao imputado o tratamento até a sentença condenatória como se inocente fosse. Nessa medida, dilatar o prazo de duração

da prisão cautelar (embora que não definido legalmente), especialmente da prisão preventiva, é afrontar a própria ordem constitucional vigente no país. Há que se romper com a lógica do encarceramento provisório como sendo medida de segurança pública.

A banalização da prisão preventiva, como é usada pelo Poder Judiciário, acaba por gerar um ciclo vicioso, onde o aumento crescente da população carcerária gera aumento das violações aos direitos fundamentais nos ambientes prisionais. As banalizações aliadas a precarização destas instituições resultam em graves problemas físicos, de insalubridade, de saúde, dentre outros. Assim o próprio sistema transforma seus usuários em indivíduos ainda mais inconformados com incompetência estatal e nos dizeres Raposo:

Os cárceres não alcançam o fim de ressocialização dos presos sendo incontestável que os detidos submetidos a este tratamento indigno, saem do presídio propensos a cometerem mais crimes. Pesquisas demonstram que um a cada quatro ex-condenados, volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos sendo que, a maioria são ex-presos provisórios que passaram a integrar alguma facção criminosa a partir do contato com outros custodiados nos presídios. As altas taxas de reincidência, causam mais insegurança a população que, por sua vez, pleiteia por mais encarceramentos. O Poder Judiciário, para corresponder ao clamor social e midiático, consolida a cultura do encarceramento em massa, agravando ainda mais o quadro crítico da superlotação do sistema carcerário (2016, p.51).

Espaços onde o Estado se faz ausente sempre serão ocupados por outras forças que sobre ele passam a dispor. Se no sistema carcerário temos uma clara ausência estatal no tocante à garantia da própria dignidade humana, logo esse espaço torna-se alvo de forças maiores que o tornam insalubre para vivência. É por esse motivo que as penitenciárias brasileiras padecem em decorrência das facções organizadas. Esses grupos aproveitam-se da ausência estatal naquele ambiente e o tornam uma escola do crime; um ambiente de favores e promessas, em troca da vida daqueles que nele se encontram. O caos vivenciado no início do ano de 2017 em inúmeros estados brasileiros é o reflexo de anos de precarização do sistema penitenciário do país.

Conforme elucidada Foucault (2000) as prisões e demais instituições semelhantes funcionam como ferramentas de controle social, daqueles que não se adequam a disciplina imposta. O domínio sobre os corpos dóceis é idealizado para que os dissidentes sejam excluídos do convívio social, ao mesmo tempo em que servem como exemplo de castigo para os demais membros da sociedade. Segundo o autor, a lógica das prisões é que já se iniciam fadadas ao fracasso, isto porque as condições física e estrutural, não são capazes de alcançar o fim por ela almejado. Assim afirma Foucault (2000, p. 94):

Porque é incapaz de responder a especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil a sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios. Porque é difícil de controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiões.

A prisão surge com um discurso ressocializador, onde deveria se operar a transformação da mentalidade do preso, sendo um local onde o mesmo pudesse exercitar sua reflexão e arrependimento, culminando com a internalização da lei e o conseqüente respeito a esta. No entanto, as penitenciárias do país funcionam como verdadeiras escolas do crime, sendo a reincidência a consequência comum para a maioria de seus usuários. Ademais há uma concreta estigmatização do egresso, que passa a ter sérias dificuldades para conseguir emprego. (RAUTER,2002).

Acerca do modelo de aprisionamento adotado pelo estado neoliberal, relata Wacquant (1999), em seu livro prisões da miséria, que há uma contradição a que se propõe o sistema carcerário. Pretende-se amenizar com um “mais Estado” policial e penitenciário, um “menos Estado” social e econômico, ou seja, através da mácula do poder punitivo estatal se legitima as desigualdades sociais existentes e isola-se suas consequências em ambientes estigmatizados socialmente. Para o autor essa premissa torna-se ainda mais clara e congruente em estados com recente democracia implementada, onde as instituições ainda não são capazes o suficiente para lidar com a desigualdade entre o capital e o trabalho, como é o caso do Brasil.

Acerca do tema conclui o autor:

Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres. (WACQUANT, 1999, p.6)

Nesse sentido, no tocante ao perfil dos encarcerados no país os dados do Departamento Penitenciário Nacional corroboram com a ideia argumentada por Wacquant. A população carcerária é formada em sua maioria por jovens entre 18 e 29 anos (aproximadamente 55% dos casos), sendo estes negros representados por 64% do total de detidos no país. O baixo grau de escolaridade dos indivíduos também é traço marcante destas

instituições, mais da metade deles sequer terminou o ensino fundamental (52%) e apenas 9% deste possuem o ensino médio completo. Além disso, na maior parte dos casos os delitos imputados a esses agentes refere-se a crimes de ordem patrimonial, bem como ao crime de tráfico de drogas.

Dessa maneira, a partir dos dados apresentados e da crítica feitas pelos doutrinadores aqui trazidos, vislumbra-se um total espectro do indivíduo delituoso que vem adentrar o sistema penitenciário. São aqueles oriundos das camadas menos abastadas da sociedade que cometem crimes, por vezes, em razão da falta de oportunidade de emprego, instrução ou até mesmo de sobrevivência. Fala-se aqui do cidadão que cresce a margem do Estado Democrático de Direito, fruto da omissão do estado na garantia de seus direitos fundamentais mínimos, que encontra no crime o único meio de sobrevivência. As penitenciárias são nessa medida verdadeiros depósitos para aqueles que o Estado não foi capaz de zelar nem de controlar.

A fundamentação para que inúmeros indivíduos sejam encarcerados preventivamente é a utilização de conceitos vagos como a “garantia da ordem pública”, sem que haja um prazo máximo definido para sua permanência. Desta forma perpetua-se a cultura do encarceramento e da punibilidade irracional, afrontando o princípio fundamental da presunção da inocência. A partir do momento que a prisão preventiva perde seu caráter cautelar, tem a sua transformação em pena, reflexo do poder punitivo estatal.

Trata-se, nessa medida, da utilização dos chamados critérios decisionistas, debatidos por Ferrajoli (2002), assemelhados à lógica inquisitória. Isto é, diante deste modelo processual busca-se uma verdade substancial e abrangente, fundada especialmente em conceitos valorativos, com expressões abertas, como, por exemplo, a visão daqueles que vêm o réu inimigo do povo e a de que o delito é todo aquele ato que atente contra o Estado. Uma medida cautelar que é fundamentada na ordem pública segue o modelo citado, uma vez que utiliza qualquer que seja o meio para alcançar o fim teoricamente pretendido.

Embora timidamente alguns esforços venham sendo tomados para romper com a lógica do aprisionamento, dentre elas está a lei 12.403/11, que surge com o objetivo de promover uma mudança de paradigma em relação ao uso indiscriminado das prisões preventivas. Assim, nos termos do art.319 do CPP, foram estabelecidas medidas cautelares diversas da prisão, aptas a romper com a cultura do encarceramento. Entretanto, essas outras medidas disponíveis ao magistrado só podem ser utilizadas uma vez preenchidos os requisitos próprios do sistema cautelar, qual seja o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, quando cessada a circunstância ensejadora de medidas preventivas, também deve ser

denegada a sua aplicação.

Em outras palavras, a medida alternativa será cabível quando na situação fática se verificar que estão presentes os elementos necessários para aplicação da prisão preventiva, mas em razão do princípio da proporcionalidade é possível impor uma restrição menos onerosa ao indivíduo. Assim, é realizada a tutela da situação cautelar sem que seja preciso restringir o bem fundamental da liberdade de locomoção, reservando a prisão como *ultima ratio* do sistema punitivo (LOPES, 2017).

Dentre estas novas modalidades apresentadas estão: o comparecimento periódico ao juiz, a proibição de acesso e frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com certa pessoa, proibição de ausentar-se da comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e o monitoramento eletrônico. No entanto, embora tratem-se de hipóteses aptas a serem utilizadas como alternativas ao encarceramento, uma vez que entraram em vigor, passaram a ter uma utilização deturpada. Isto porque os magistrados as tornaram mais um instrumento de controle sobre a população. Casos em que anteriormente era concedida a liberdade provisória passaram a ter a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Assim também argumenta a Lopes (2017, p.156):

O problema reside exatamente na banalização do controle de modo que as condutas de pouca reprovabilidade penal e que até agora não ensejavam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade) passaram a ser objeto de intensa incidência de restrições. O que se buscava com a reforma era reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle a liberdade individual, mas infelizmente não foi isso que ocorreu.

A lei de drogas (Lei 11.343/06) é outra legislação brasileira que surgiu com o objetivo de opor-se ao crime organizado no país, mas que em sua operacionalização não passa de mais um instituto legitimador da punibilidade seletiva do Estado e reforço ao encarceramento em massa. Isto porque, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, a aplicação do art. 33⁴ da referida lei tem superado os índices de prisões oriundas do crime de roubo e outros delitos de ordem patrimonial. Entretanto, este encarceramento tem um público específico, são os jovens negros, de baixa renda, localizados na periferia, e não os comandantes do tráfico de

⁴ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

drogas do país, aqueles comumente enquadrados neste tipo penal, conforme afirma Salo Carvalho (2016, p. 154):

Para o presente estudo é fundamental afirmar, embora a construção não seja nenhuma novidade, o resultado direto da criminalização *omnicomprensiva* que fundamenta a estrutura normativa da política de guerra às drogas é o encarceramento massivo de jovens negros e pobres (muito pobre) que vivem em situação de vulnerabilidade nos grandes centros urbanos e que, em grande medida, são consumidores e/ou pequenos varejistas. Os dados qualitativos disponíveis sobre prisionalização (DEPEN, FBSP, p.ex.) demonstram que são raríssimos (quando não inexistentes) os casos de ‘megaempresários do tráfico’ (atacadistas) reclusos.

Além disso, quanto à imputação da conduta criminosa é visível que não existe na legislação critério objetivo distintivo a respeito do que seria o traficante e o consumidor. A verificação conforme disciplina o art. 28º §2º da lei será ato discricionário do juízo em questão, diante das circunstâncias da possível conduta criminosa e dos atributos sociais do agente. Em outras palavras, permite-se que seja imposta uma punibilidade seletiva neste tipo penal, conforme apontam os dados acaba por afligir a jovem população negra da preferência. Em razão dessa vulnerabilidade legislativa e jurisdicional vislumbra-se um incremento a cultura do encarceramento, visto que a omissão amplia a capacidade punitiva. Por isso, parte da doutrina vem defendendo a urgência no posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria das drogas, isto porque o julgamento da inconstitucionalidade do porte para consumo, poderá finalmente apresentar critérios objetivos que venham a reduzir o encarceramento de consumidores como se traficantes fossem. (CARVALHO, 2016).

Incumbe salientar aqui múltipla responsabilização quanto à cultura do encarceramento no Brasil. Se por um lado o legislativo apresenta-se como órgão eminentemente punitivista e populista, o judiciário também possui grande parcela de responsabilidade no que tange a práxis penal. O cenário formado é caótico, encarcera-se muito, porém muito mal; sendo que os crimes, em sua maioria, de menor gravidade são responsáveis pelos maiores números de aprisionamento, enquanto que os delitos que possuem maior lesividade encontram-se em sua maioria impunes. Desta forma, o Estado brasileiro dispõe de um vultoso financiamento para segurança pública (71 bilhões só no ano de 2015), entretanto, o mesmo é posto a serviço de um sistema ineficaz em diversos aspectos (CARVALHO, 2016).

Diante deste flagrante estado de emergência vivenciado no sistema penitenciário brasileiro e após algumas condenações/intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi interposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347, pelo

Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), junto ao Supremo Tribunal Federal. A ação pretendia que fosse reconhecida a violação de direitos fundamentais à população carcerária brasileira e pleiteava que diversas medidas fossem tomadas para solucionar a questão. (BRASIL, 2015)

É por meio da referida ADPF que se inicia no país a discussão sobre o chamado Estado de Coisas Inconstitucional, definido e utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como sendo caracterizado quando presentes os seguintes requisitos:

Uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão mas de uma pluralidade de autoridades (BRASIL, 2015, p.29).

Na referida arguição foi exposta a real situação do sistema carcerário brasileiro, qual seja a superlotação dos presídios, as condições insalubres das celas, a disseminação de doenças infectocontagiosas (principalmente tuberculose), a alimentação imprópria, a falta de água potável, as altas temperaturas encontradas nas celas, as mortes e as torturas por parte dos agentes de segurança pública. Além disso, alertou-se contra o possível contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional por parte da União, que não estaria repassando as verbas por completo para os Estados da federação.

Verifica-se, ainda, que o problema do sistema punitivo é fruto de uma ação/omissão do estado em suas mais diversas esferas (União, Estado e Municípios), bem como ocasionada pela atuação inconsciente dos demais órgãos do poder, isto é, legislativo e judiciário. Por esse motivo se invocou a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional, porque somente a partir da atuação conjunta das diversas instituições seria possível superar a calamidade estrutural vivenciada.

Para adiante das constatações já citadas, a ADPF 347, também resultou a associação do judiciário para com a cultura inquisitiva disseminada pela mídia e apoiada pelo “clamor social”, que acabou por gerar a prática de políticas penais insensíveis ao atual estado das prisões. Segundo relatado no pedido de liminar, há ainda a falta de cumprimento das determinações internacionais sobre a realização das chamadas audiências de custódia, ferramenta que serviria de filtro para porta de entrada do sistema prisional.

Em voto apresentado pelo relator Ministro Marco Aurélio de Melo, o mesmo explicitou a ineficiência dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Para o Ministro embora o ordenamento disponha de diversas legislações asseguradoras de garantias aos presos, na prática criminal poucas destas determinações são cumpridas. Para ele as penitenciárias, no

atual estado em que se encontram, apenas servem como reforço à criminalidade, conforme pode-se verificar na transcrição:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas (MARCO AURÉLIO, 2015, p.26).

O ministro assevera, ainda, que se trata de uma responsabilização sistêmica em razão da falta de articulação entre os entes do poder público. A não observância das leis existentes geradora de inúmeras violações a vários direitos fundamentais, somadas à ausência de políticas públicas construtivas tornam o quadro irreversível. E como consequência tem-se um sistema inchado, que não mais atua na redução de criminalidade, muito pelo contrário a reforça. Um processo de desconstrução histórica e política só poderá ser alcançado em razão de uma atuação mutuamente coordenada entre os entes, além de uma alteração cultural profunda

Outro ponto interessante levantado no seu voto, refere-se à forte estigmatização do preso dentro da cultura brasileira, por dois motivos principais. Primeiro, porque estes indivíduos são totalmente desprovidos de representatividade legislativa, uma vez que conforme determinado na Constituição em seu art. 15, III, os presos não dispõem da capacidade eleitoral (votar e serem votados). Ademais há culturalmente a concepção social de que uma vez adentrando ao sistema penitenciário aquela pessoa deixa de ser cidadão, com direitos constitucionalmente garantidos. Assim delimitou o relator:

A segunda é ainda mais problemática, configurando os presos minoria socialmente desprezada. Conforme apontou Ana Paula de Barcellos, os cidadãos livres acreditam, recusando a dimensão ontológica da dignidade humana, que o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]). Com tais conceitos disseminados, a opinião pública não aceita seja dada prioridade, no tocante aos gastos públicos, à melhoria das instalações prisionais. Muitos até acreditam que as condições desumanas das prisões consubstanciam retribuição aos crimes praticados pelos detentos (MARCO AURÉLIO, 2015, p.32).

A não representatividade política dos presos justifica a falta de recursos destinados às penitenciárias, ao mesmo tempo em que influencia na produção de uma legislação muito mais repressiva à suas condutas. Sua rejeição é fundamentadora de verdadeiros bloqueios políticos que permaneceram firmes até que haja uma intervenção judicial. A bem verdade, a sociedade não mais consegue viver com o atual estado de insegurança pública vivido no país, entretanto é preciso fazer-se compreender que o estado de segurança só será retomada uma vez rompida a cultura do encarceramento.

É inconcebível retomar o estado de vingança privada, pois o próprio Estado Democrático de Direito surge, com outros elementos, a partir do momento em que repassa o poder punitivo individual para égide do poder estatal, o qual deve exercê-lo com base no bem comum.

Nesse sentido, foi compreendendo a possibilidade de atuação da corte suprema em razão das graves violações a Direitos Humanos fundamentais sofridas, que a liminar requerida pela ADPF foi parcialmente concedida. Pela primeira vez, houve um posicionamento de um órgão colegiado superior acerca das Audiências de Custódias. A decisão determinou que em até 90 dias os tribunais do país deveriam levar todos os detidos à presença do magistrado em até 24 horas da realização da prisão. Na ocasião, deveria o julgador realizar um juízo da necessidade acerca da manutenção da prisão ou não, diante da entrevista com o detido, da manifestação do Ministério Público e do advogado de defesa. Nesta oportunidade, também deveriam ser analisadas as possíveis ocorrências de maus tratos por parte do aparato policial, bem como a necessidade de fundamentação expressa e motivada para decretação da prisão cautelar diante do caso concreto.

Desta forma, a Audiência de Custódia foi introduzida à prática penal, como um instituto que poderia vir a contribuir para a desconstrução da cultura do encarceramento provisório em massa. Sua função vai muito além do cumprimento estrito das determinações nacionais e internacionais, seu maior avanço é a efetiva humanização do processo penal, tema este que será abordado no capítulo seguinte.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O título II da Constituição Federal trata dos chamados, direitos e garantias fundamentais, isto é, nos dizeres de Jose Afonso da Silva (2012), em um Estado Democrático de Direito não é suficiente apenas declarar e reconhecer um direito, é preciso fornecer mecanismos que garantam sua devida aplicação. Nessa medida, os Direitos Fundamentais do Homem são limitações impostas pela soberania popular sob os poderes constitutivos do Estado. Assim define a doutrina:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente e materialmente efetivados. (SILVA, 2012, p.180)

Tratam-se, nessa medida, de situações jurídicas, fruto de um momento histórico específico gerador de um direito positivo. Apesar de suas diversas nomenclaturas quais sejam, direitos do homem, direitos humanos, direitos individuais, liberdade públicas ou fundamentais; utilizaremos aqui a nomenclatura de Direitos Fundamentais do Homem, que melhor abrange suas diversas acepções. (SILVA, 2002)

Por outro lado, quanto as chamadas Garantias Fundamentais, deve-se compreender seu caráter assecuratório, isto é, conferem as titulares dos direitos fundamentais ferramentas, instrumentos ou procedimentos capazes de impor ao poder público limitações na sua atuação. No mesmo sentido também afirma a doutrina positivista:

As garantias constitucionais em conjunto se caracterizam com imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de condutas, para assegurar a observância ou, no caso de violações a reintegração dos direitos fundamentais. [...] são normas constitucionais que conferem aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos, para impor respeito a exigibilidade de seus direitos. (SILVA, 2002, p.191)

Neste contexto, as audiências de custódia lançam-se no ordenamento jurídico brasileiro como um instrumento de tutela desses direitos e garantias fundamentais. Com sua incorporação dá-se um caráter mais humanitário a processo punitivo, ao mesmo tempo que se preserva direitos como a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana.

Diante do quadro encontrado no sistema prisional brasileiro, a audiência de custódia apresenta-se como uma ferramenta apta a promover uma mudança de cultura dentro da

logística punitiva. Dessa maneira, no presente capítulo irá se abordar a origem internacional do referido instrumento, sua tardia incorporação no ordenamento nacional, bem como suas características e objetivos delineados pela Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Além disso, serão apresentados dados em relação a sua implementação no país, de modo que seja possível verificar se a nova fase pré-processual vem contribuindo para a humanização do sistema punitivo.

4.1 Origem em tratados internacionais

A Audiência de Custódia surge como sendo um instrumento pré-processual que visa afirmar as garantias e direitos fundamentais do indivíduo preso. Sua origem remota a dois tratados internacionais, quais sejam, o Pacto São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966). Ratificados pelo Estado brasileiro, no ano 1992. Em ambos os diplomas não há utilização expressa do termo “Audiência de Custódia”, mas fala-se na apresentação da pessoa detida sem demora à autoridade competente. Assim dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH:

Art.7. 5 - Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
(BRASIL, 1992)

No mesmo sentido, dispõe o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966:

Art. 9 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. (BRASIL, 1992)

O objetivo desse encaminhamento pessoal do detido à autoridade competente consiste na aproximação do juízo com o indivíduo, saindo da figura fria do papel, qual seja o auto de prisão em flagrante, reforçando a proximidade entre o julgador e seu custodiado. Nesse

momento, poderá ser analisada a legalidade da prisão, a necessidade de conversão em preventiva, e a possibilidade de utilizar-se outras medidas cautelares diversas da prisão, bem como avaliar a possível prática de tortura por meio das forças policiais.

Conforme denomina PIOVESAN (2008), o também chamado “controle judicial das detenções” é inaugurado pelas referidas Convenções e permite que se reduzam as arbitrariedades das prisões preventivas, as quais se tornaram habitualidade dentro do sistema penal brasileiro. O inciso 5º do art.7, da Convenção de 1969, estabelece obrigações positivas por parte do Estado e de seus agentes, outorgando-lhe responsabilidades, principalmente no que tange à preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Dentre estas, uma de maior relevância, seria a garantia do princípio de presunção de inocência. Esse foi o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Paquiyauri vs. Perú*:

El Control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que em um Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, em general, um trato consecute com la presunción de inocencia que ampara al inculpadado, mientras no se estableza su responsabilidad.” (Sentença de 8 de julho de 2004, par. 91)

É oportuno salientar que, uma vez cerceada a liberdade do indivíduo, sem o devido preenchimento dos requisitos necessários, abre-se margem para insegurança jurídica. No caso em que uma prisão preventiva extrapola seu prazo legal, ocorre, na prática, antecipação de uma sentença penal condenatória, contrariando gravemente princípios do Direito, universalmente conhecidos.

A Audiência de Custódia serviria, nesse ponto, como um meio de controle e maior segurança para a preservação dos direitos fundamentais, consagrados no próprio Pacto São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Afirma Aury Lopes Júnior (2015) que o Direito Penal é, dentre os demais ramos, aquele que mais sofre alterações de acordo com as normativas internacionais. Nessa medida, Tratados Internacionais de Direitos Humanos estão ao lado da Constituição Federal, como ferramentas indispensáveis à devida aplicação do direito. Segundo o doutrinador a prática penal deverá seguir o tripé da legalidade, da constitucionalidade e da convencionalidade. O devido processo legal seria então aquele que enxerga não apenas o plano interno, mas tem sua visão ampliada para as tratativas externas.

Entretanto, em desacordo com esta visão ampliada da doutrina penalista, no Brasil,

tanto o Pacto São José da Costa Rica quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dos anos 1969 e 1966, respectivamente, foram incorporados tardiamente ao nosso ordenamento. Isto porque, no período entre os anos de 1964 e 1985, o Brasil estava sob duro regime militar, e não havia nenhum interesse em transpor tais normas dentro da conjuntura antidemocrática vigente. Somente em 1992 que tais acordos ganharam eficácia interna com a publicação dos Decretos 678 e 592.

Mais de 20 anos passados, estes documentos internacionais não foram efetivamente cumpridos. Somente após a iniciativa da cúpula do Supremo Tribunal Federal (quando do julgamento da ADPF nº 347 do 2015), atentou-se para a inércia e enclausuramento de nossa legislação para a determinação internacional, referente ao controle judicial das detenções, como veremos no item seguinte.

Em grande parte, os recentes avanços na matéria advêm da visão ampliada acerca dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, construída a partir do século XX. Foi após a segunda guerra mundial, que tivemos o fortalecimento das estruturas internacionais, diante das atrocidades cometidas pelo nazismo. Nesse contexto, os países passaram a cercar-se de garantias, de modo a impedir que holocaustos como aquele se repetissem. Assim surge o sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos, que mais tarde avança e forma os sistemas regionais de proteção, quais sejam o europeu, americano, africano (REIS, 2015).

Com esses avanços, uma dúvida começou a permear na doutrina e no âmbito da jurisprudência brasileira: Qual seria a posição desses tratados dentro da ordem jurídica interna? Isto é, onde, dentro a hierarquia normativa, passavam a se localizar estes recentes documentos internacionais, mais especificamente aqueles que versassem sobre direitos humanos? Documentos como o Pacto São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos teriam força dentro do ordenamento brasileiro?

No início da discussão, o Supremo Tribunal Federal compreendia que qualquer tratativa internacional, independentemente de seu conteúdo, deveria ser tomada como detentora de status de lei ordinária.

Por outro lado, autores com Flavia Piovesan, Celso Lafer, Celso de Albuquerque Melo e Antônio Augusto Cançado Trindade, argumentavam, desde o início da atual ordem democrática, que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos detinham caráter de normas constitucionais. De acordo com o texto do art.5º §2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Constituição Federal, 1998).

Dentre os defensores desse posicionamento encontra-se, Valério Mozzuoli, que, tomando como base a compreensão supracitada, elencou três vertentes na Constituição Federal a respeito dos direitos e garantias individuais:

- a) os direitos e garantias *expressos* na Constituição, a exemplo do elencados nos incisos I ao LXXXVIII do seu art.5º; bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição (v.g. a garantia da alteridade tributária, prevista no art. 150, III, b do texto Magno)
- b) direitos e garantias *implícitos*, subentendidos nas regras de garantias, com decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotado; e
- c) os direitos e garantias inscritos nos *tratados internacionais* de direitos humanos que a República Federativa seja parte (MAZUOLI, 2015, p.203).

Com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou-se mais um parágrafo ao já citado art.5º da Constituição Federal. Nele garante-se que o Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos de votos dos seus respectivos membros; terá equivalência à emenda constitucional. Havendo, ainda, posterior publicação de decreto legislativo que oficializa sua eficácia no plano interno.

Partindo-se dessa premissa, os tratados internacionais, comumente teriam status de lei ordinária, alcançando nível intermediário em relação às demais normas do nosso ordenamento interno. Enquanto que os tratados que versassem sobre matéria de direitos humanos teriam equivalência à emenda constitucional, caso passassem pelo referido processo delimitado no art.5º §3º da Constituição Federal

Nesse sentido, o julgamento do Recurso Extraordinário, nº 466.343/2008, foi de suma importância para a definição da posição hierárquico-normativa que os tratados internacionais de Direitos Humanos teriam no Brasil. No voto do Ministro Gilmar Mendes, consolidou-se a tese, segundo a qual os tratados que versassem sobre direitos humanos e não tivessem sido aprovados pelo processo do art. 5º §3º, teriam status supralegal. Isto é, estariam posicionados hierarquicamente acima da legislação infraconstitucional e abaixo da Constituição. Conforme se vislumbra no texto a seguir:

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art.1.287 do Código Civil de 1916. (STF, 2006)

Sendo assim, diante do fato da Audiência de Custódia está prevista em dois

documentos internacionais, ratificados pelo Brasil, não há que se falar em necessidade regulamentação infraconstitucional sobre o tema. Pois, estes são documentos internacionais que tratam de Direitos Humanos, e só por esse motivo já teriam status supralegal⁵, estando acima da legislação infraconstitucional (Código de Processo Penal) e abaixo da constituição.

Nos dizeres de Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Aflen (2017), foi a partir deste julgamento no STF, que a audiência de custódia passou a ter validade dentro do plano interno, como sendo um instituto de Direito Processual Penal, ainda que não houvesse uma legislação interna específica sobre o tema.

A tardia incorporação e efetividade dos referidos instrumentos à prática penal, demonstram o desinteresse dos operadores do direito em cumprir com aquilo que está previsto no plano internacional. Conforme cita Lopes (2015), o indivíduo na esfera penal não pode se voltar apenas para a constituição e à legislação infraconstitucional, deve enxergar também os tratados como fontes formadas da boa prática criminal.

4.2 Incorporação tardia da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro: a Resolução nº 213/ 2015 do CNJ

Desde a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, de 1969, vários países implementaram o instituto da Audiência de Custódia dentro de sua processualista penal. Na Argentina, por exemplo, o Código Penal Federal (1984), determina que, no caso das prisões realizadas sem decisão judicial, o indivíduo deverá ser apresentado à autoridade competente no prazo de 6 horas. Já no Chile, quando ocorre a prisão em flagrante, o detido deve ser levado à presença do Ministério Público no prazo de 12 horas, momento em que o mesmo poderá ser liberado ou levado à presença do magistrado em 24 horas. Em situação similar, na Colômbia, quando realizado flagrante, o detido deverá ser conduzido à presença do juiz no prazo máximo de 24 horas (ANDRADE; ALFEN, 2017).

O Brasil é um dos poucos países que até hoje não incorporou o instituto da Audiência de Custódia a sua legislação. Enquanto os países vizinhos criaram leis próprias ou inseriram o tema em suas constituições, no Brasil, tudo que se caminhou até hoje foi fruto do movimento da cúpula do judiciário brasileiro, inaugurando projetos e resoluções. Fica evidente a inercia legislativa de mais de 20 anos, sem que se tenha dado efetividade aos comandos da CADH e do PIDCP.

⁵ Admitindo por conseguinte controle de supralegalidade e de convencionalidade difuso. (ANDRADE; ALFLE, 2017).

Cumpra aqui salientar, que o próprio processo penal, em seu art. 306, §1º, determina prazo máximo de 24 horas para que o auto de prisão em flagrante seja encaminhado ao magistrado e este possa decidir sobre a manutenção da prisão. Não se fala, em momento algum, sobre o contato físico direto do indivíduo na custódia com o juiz. Por esse motivo, na prática, tem-se um tratamento claramente impessoal e frio.

O instituto da Audiência de Custódia visa justamente humanizar essa relação, trazer para o Código de Processo Penal a proximidade entre o julgador e o preso. Inclusive, estando fisicamente presente, o preso poderá fornecer mais informações ao magistrado, de modo que se transcenda a figura fria do papel.

Segundo Mouro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen (2017), nos últimos três anos, a Audiência de Custódia tem sido um tema bastante debatido no meio jurídico. Contudo, nem sempre foi assim, desde a ratificação dos tratados já citados, pouco havia se discutido sobre o tema. Uma das primeiras vezes em que se discutiu sobre o instituto foi na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Seção Judiciária do Ceará em 2010. Afora isso, haviam os estudos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, bem como uma pequena movimentação de algumas instituições para que uma lei fosse construída e o tema regulamentado.

Dentre os projetos legislativos sobre a matéria, destaca-se o Projeto de Lei do Senado, de nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares do PSB de Sergipe. A proposta era alterar o art.306, §1º, do Código de Processo Penal, dispondo um prazo máximo de 24 horas, após a realização da prisão, para que o preso fosse conduzido à autoridade judiciária competente, acompanhado do auto de prisão em flagrante e das oitivas colhidas, devendo ser assistido por advogado particular ou defensor público a quem deveria ser fornecida a cópia dos referidos documentos.

Tal normatização afetaria diretamente os profissionais de segurança pública, como policiais civis e delgados, motivo pelo qual outros projetos, inclusive de emenda constitucional foram apresentados, a fim de obstaculizar a tramitação do referido projeto de lei. Em razão disto, seria o próprio judiciário, o responsável por suprir a omissão legislativa e dar início à implementação de um projeto piloto no Estado de São Paulo, iniciativa do próprio Tribunal de Justiça do citado Estado. Seguindo essa primeira iniciativa, outros entes da federação foram aderindo à prática até que, em setembro de 2015, a maioria dos Estados já dispunha de um modelo semelhante aquele criado na capital paulista (ANDRADE; ALFEN, 2017).

O próprio Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado sobre o tema em duas

ocasiões: ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.240, em 20 de agosto de 2015, e no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347,⁶ em 9 de setembro de 2015. No primeiro momento, a despeito das alegações, os Ministros mantiveram as normas que regulamentavam o instituto no Estado de São Paulo. Já na segunda manifestação, estabeleceu-se prazo máximo de 90 dias para que os juízes realizassem as audiências, de modo que se viabilizasse em 24 horas a apresentação do preso perante a autoridade judiciária, como medida necessária para solucionar a crise penitenciária no país. (CNJ, 2015)

Entretanto, como se deu margem para que cada tribunal editasse seu próprio regulamento, adotou-se uma sistemática diferente em cada Estado, acabando por gerar um procedimento desconexo. Por esse e outros motivos, foi que, em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 23, base de toda prática processual penal do instituto, no Brasil, até o presente momento.

Quanto ao poder do CNJ de regulamentar o tema, através de uma resolução, existem inúmeras críticas, a maioria delas centrada na incompetência do Poder Judiciário em tratar de matéria que seria de atribuição legislativa. Por outro lado, para os que defendem esse ativismo judicial, ressalta-se que, conforme salienta a própria Constituição, é dever das cortes zelar pelas garantias fundamentais, inclusive aquelas elencadas nos diplomas internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Não será a primeira, nem a última vez que órgãos do Poder Judiciário vem suprir a inércia legislativa, de modo a assegurar direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. A bem da verdade, o nosso país carece de um legislativo mais comprometido com as questões sociais. Ao invés disso, vislumbra-se a representação de pequenos grupos mais favorecidos a advogar em causas que pouco virão a refletir na vida da maioria da população.

4.2.1 Aproximação conceitual no que se refere à Audiência de Custódia

Diante de toda problemática apresentada, o art.1º da citada Resolução do CNJ, estabelece:

[...] que **toda pessoa presa em flagrante delito**, independente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada em **até 24 horas** da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as

⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), foi motivo para uma discussão concreta acerca dos maus tratos sofridos nas prisões brasileiras. A partir desta ação passou-se a discutir no Brasil acerca do chamado Estado de Coisas Inconstitucional.

circunstâncias em que se realizou sua **prisão ou apreensão**. (CNJ, 2015)

Nesse sentido, a partir da leitura do trecho acima citado, pode-se compreender que, em nenhum momento, há a utilização efetiva de termo “Audiência de Custódia”, o que temos é uma orientação do Conselho Superior no que diz respeito ao procedimento a ser realizado nas prisões em flagrante. A nomenclatura do referido instituto foi construída a partir da divulgação dos meios e comunicação, que o nomearam com os termos citados, e diante da sua massiva divulgação se consolidaram desta forma.

Registra-se, ainda, que, alguns operadores do direito, preferem utilizar outro termo, qual seja, “Audiência de Garantia”, pois este se aproximaria mais do princípio basilar e fundamental da dignidade da pessoa humana, primado do nosso Estado Democrático de Direito.

Embora o presente artigo refira-se apenas ao preso em virtude do flagrante delito, boa parte da doutrina penal defende que a interpretação deve ser extensiva, abarcando também as prisões de natureza cautelar, quais sejam a prisão preventiva e a temporária. Para Mouro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, é preciso atentar para os termos “presa ou detida” pois nesse caso:

[...] a pessoa presa seria aquela que sofre privação de liberdade decorrente de condenação criminal, o que remete a figura do sujeito que dá início ao cumprimento de pena privativa de liberdade a ele imposta. Por outro lado, a pessoa detida aparece definida como toda aquela pessoa que sofre privação de liberdade que não seja consequência da imposição de uma pena; ou seja; o conceito de pessoa detida é apresentado a título de exclusão no lugar de haver uma definição mais fechada em relação a ela (ANDRADE; AFLFEN, 2017, p.17).

Corroborando com esse entendimento, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, entende que o público alvo da Audiência de Custódia seria tanto aquelas pessoas detidas em razão do flagrante delito, bem como aquelas que são alvos das prisões cautelares e até mesmo aquelas que venham a iniciar o cumprimento de pena. Isto porque, dentre os principais objetivos do instituto, está a proteção dos direitos humanos da pessoa presa, independente de qualquer que seja a modalidade de prisão ou fato que tenha levado o indivíduo à custódia penal.

4.2.2 Objetivos da Audiência de Custódia

O objetivo principal dessa nova etapa dentro do rito da prisão é, portanto, zelar, com maior segurança, pelo *status libertatis* do indivíduo. Abre-se um novo momento dentro do processo penal para que se possa ouvir a pessoa sobre as circunstâncias de sua apreensão. Contudo, é importante ressaltar que nesse momento não há intenção de se produzir provas instrutórias, e sim verificar a possível ocorrência de tortura ou violações à incolumidade física do detido. Além, é claro, de funcionar como uma barreira para o aumento da superlotação carcerária do país.

Para tanto, é fundamental que nesse momento sejam assegurados os princípios básicos da processualística penal, quais sejam a ampla defesa e o contraditório. Por esse motivo, na audiência, além do magistrado, devem estar presentes, o membro do Ministério Público e o advogado do preso, seja ele assistido por representante particular ou defensor público. Sem a presença dessas autoridades, não se pode falar em Audiência de Custódia. Inclusive, a própria Resolução do CNJ orienta que ao detido e seu representante seja fornecido um ambiente reservado para uma entrevista privada.

Há, ainda, vedação, dentro da própria Resolução, sobre a presença da autoridade policial na sala de audiência, seja esta a que efetuou a prisão ou aquela responsável pelo decurso da investigação, uma vez que a autoridade policial poderia inibir o custodiado a relatar possíveis torturas ou irregularidades corridas no momento da prisão.

Um dos pontos mais debatidos a respeito dessa etapa pré-processual é o tempo de apresentação do detido à autoridade judicial. O prazo máximo é de 24 horas, ressalvadas às hipóteses excepcionais. Inclusive, no início da implementação do instituto, muitos Estados não realizavam as audiências aos finais de semana. Por esse motivo, aquele que fosse preso ou detido a partir da tarde da sexta-feira permaneceria sob a custódia policial até à tarde da segunda-feira, quando era então apresentado ao magistrado.

Na Paraíba, essa realidade já foi alterada. Agora o magistrado de plantão na comarca da capital recebe o preso no mesmo dia em que fora efetuada sua prisão, o que se mostra como um avanço na implementação do instituto em questão.

No momento da realização da audiência será dada inicialmente a palavra ao custodiado, para que o mesmo responda algumas perguntas feitas pelo magistrado. Nome completo, dados pessoais, profissão, e mais especificamente as circunstâncias em se deu a prisão. Em outras palavras, será realizada uma entrevista, que não poderá adentrar no mérito da questão, nem poderá fornecer elementos para a posterior instrução probatória. Conforme delimita o art.8º da Resolução nº 213/2015, DO CNJ:

Na Audiência de Custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

V- Indagar sobre as **circunstâncias** da prisão ou apreensão;

VI- Perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação da audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VIII- **Abster-se** de formular perguntas com finalidade de **produzir provas** para investigação ou ação penal relativa aos fatos objeto da prisão em flagrante; (BRASIL, 2015)

Será nesse momento pré-processual que o magistrado terá o primeiro contato direto com o indivíduo. Despido de qualquer vício do sistema, o mesmo deverá decidir se aquele é realmente um caso que necessite de privação antecipada da liberdade, uma vez que dentro do Estado Democrático de Direito e de acordo com o que preceitua a Constituição Federal, a regra é a liberdade, e não a prisão. Conforme elenca o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A Audiência de Custódia funciona nesse sentido como uma política pública, ainda recente, cujo objetivo é evitar novas prisões preventivas eternas e novas torturas veladas. Impor um momento processual para que se avalie casuisticamente a possibilidade de utilizar outra medida que não a privação da liberdade, para manter seguro o sistema punitivo. Busca-se realmente humanizar o processo penal, que embora tenha sido construído sobre a égide de dignidade da pessoa humana, por vezes tende a se afastar do seu objetivo.

Anteriormente à aplicação desta audiência preliminar, quando o magistrado recebia o auto de prisão em flagrante, conforme delimita o art. 310 do Código de Processo Penal, ele poderia relaxar prisão ilegal, converter em prisão preventiva ou utilizar-se de medidas cautelares diversas da prisão, e ainda conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Com a audiência, o mesmo magistrado poderá dispor dessas prerrogativas, mas tendo em sua frente o próprio indivíduo, e não apenas um documento escrito. Na prática, o que ocorria era um ato mecânico de avaliar o referido documento e aplicar a norma. Agora, a mesma decisão deverá ser tomada tendo à disposição o indivíduo.

Cabe ressaltar que a proposta do desencarceramento decorrente da Audiência de Custódia, já vem sendo discutida há bastante tempo. Um dos avanços nessa temática, foi a Lei 12.403/2011, chamada de Lei das Cautelares, que trouxe um novo aparato para que os magistrados passassem a dispor de outras medidas diversas da prisão. Com critérios objetivos, a referida Lei busca fornecer outras possibilidades que não a privação de liberdade, tendo em vista a manutenção da ordem pública. Na prática, entretanto, essa tornou-se apenas mais uma

das leis do Brasil destituídas de eficácia.

Outro ponto importante a ser levantado em consideração acerca da Audiência de Custódia diz respeito ao fato dela não vir estruturalmente isolada. Conforme salienta a própria Resolução 213/2015 do CNJ, é preciso que haja todo um aparato psicossocial em volta. Fala-se em um atendimento multidisciplinar capaz de encaminhar os indivíduos para políticas públicas necessárias de acordo com sua condição social. Trata-se, portanto, dos indivíduos moradores de rua, dependentes químicos ou mesmo portadores de transtornos mentais. Até mesmo porque a própria Resolução prevê a concessão de medidas cautelares diversas da prisão ou mesmo requer um acompanhamento diferenciado, como assegura o art. 9º §1º:

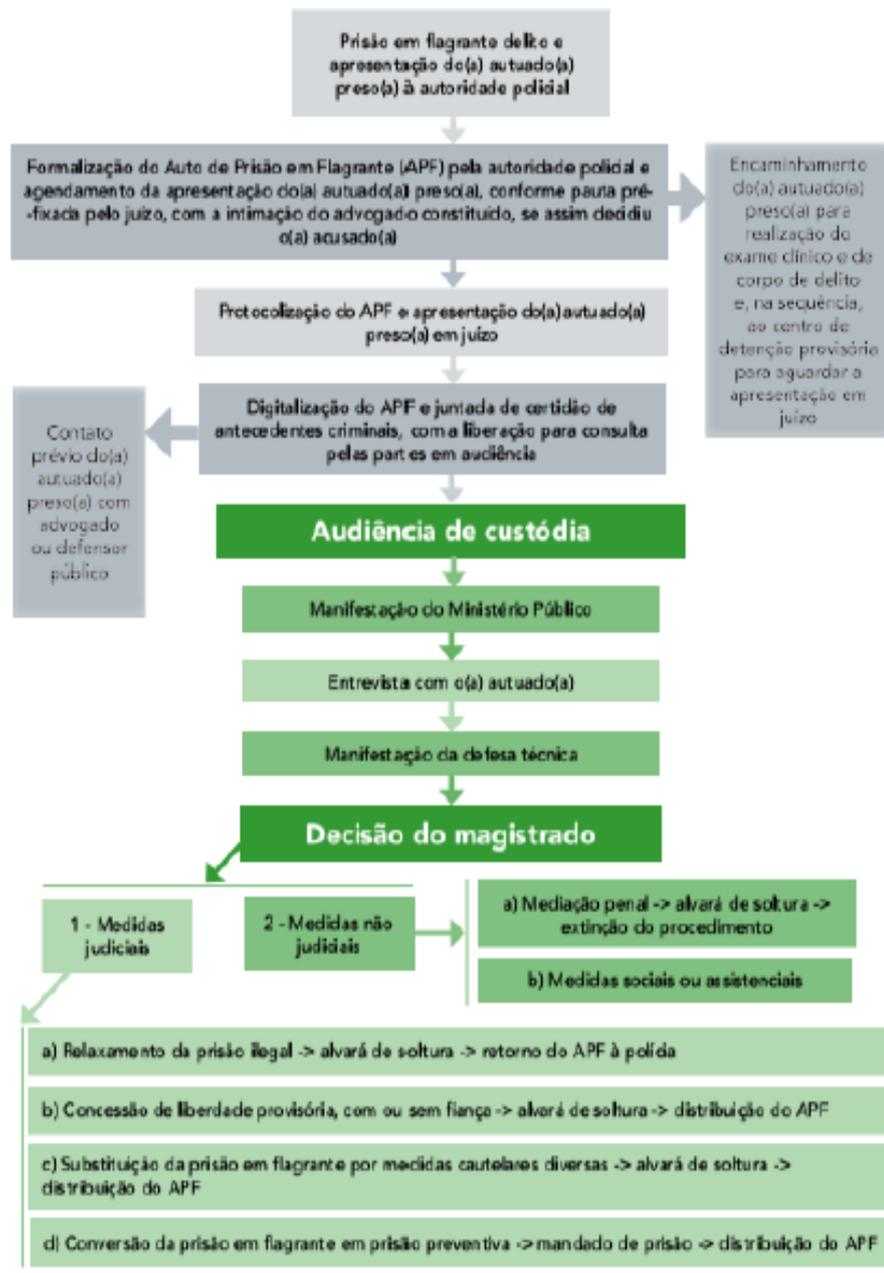
[...] o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão são determinadas judicialmente ficará a cargo dos serviço de acompanhamento de alternativas penais, denominadas Centrais Integradas de Alternativas Penais, estruturadas preferencialmente no âmbito do Poder Executivo Estadual, contando com equipes multidisciplinares, responsáveis, ainda, pela realização dos encaminhamentos necessários a Rede de Atenção à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), bem como outras políticas e programas ofertados pelo Poder Público, sendo os resultados do atendimento e do acompanhamento comunicados regularmente ao juízo ao qual for distribuído o auto de prisão em flagrante após realização da audiência de custódia. (BRASIL, 2015)

Nesse sentido, as audiências não devem vir isoladas, mas sim acompanhadas de um arcabouço profissional que possibilite o encaminhamento efetivo do detido para a finalidade maior da prisão que seria a ressocialização a partir de um tratamento humanitário.

Sendo assim, um dos principais objetivos da Audiência de Custódia é efetivamente a verificação de possíveis maus tratos ou torturas realizados pelas forças policiais. Quanto a este tema, o art. 11 da referida resolução dispõe sobre as informações que devem ser colhidas quando da detenção, quais sejam: identificação dos agressores, locais e datas aproximadas, descrição dos fatos, identificação de testemunhas se houver, verificação dos registros e laudos elaborados pelo perito, entre outros.

Isto posto, a Audiência de Custódia é tida como uma das ferramentas capazes de sobrepor a superlotação carcerária. Diante da cultura massiva do encarceramento e das precárias condições das prisões no país, é preciso minimizar o chamado Estado de Coisas Inconstitucional, provocado pelas graves violações de Direitos Humanos muito presentes dentro do sistema punitivo brasileiro.

Diante do exposto acerca da Resolução nº 213/2015, do CNJ, pode-se influir que com a implementação das audiências de custódia, a sistemática adotada será a seguinte:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2015)

4.3 A prática das Audiências de Custódia no Brasil e no Estado da Paraíba

A própria Resolução 213/2015, do CNJ, em seu art. 7º, fala do chamado SISTAC, Sistema de Audiência de Custódia. Segundo discorre o referido diploma administrativo, os magistrados, quando da realização das audiências, devem alimentar esse sistema, de modo que a partir dos dados fornecidos sejam elaboradas estatísticas sobre a implementação do instituto no Brasil.

Serão apresentados alguns dados sobre: prisões preventivas decretadas; liberdades provisórias concedidas e uso das medidas cautelares diversas da prisão, com base em informações obtidas junto ao site do CNJ.

Posteriormente será feita uma análise sobre o instituto no Estado da Paraíba, a partir do relatório de pesquisa coordenada pelo Professor Gustavo Mesquita Barbosa Batista (2017), do Centro Ciências Jurídica, da Universidade Federal a Paraíba, que apresenta dados a respeito das espécies de crimes comumente encontrados, o perfil dos indivíduos detidos, números referentes à reincidência ou não e sobre a ocorrência de tortura ou maus tratos quando do cerceamento da liberdade.

4.3.1 Dados do Conselho Nacional de Justiça sobre Audiências de Custódia realizadas no Brasil

Os dados do CNJ correspondem à realização da Audiência de Custódia desde do ano de 2015 até junho de 2017. Segundo estes, em todo o Brasil realizou-se um total de 258.485 audiências, sendo que destas 44,68 % resultaram em liberdade e 55,32% resultaram em prisão preventiva. Em apenas 4,90% das audiências foi relatada alguma prática de tortura pelas forças policiais. E em 10,70% houve encaminhamento psicossocial.

Em relação a esses dados, é importante ressaltar que os mesmos foram realizados apenas nos lugares em que são efetivamente realizadas Audiências de Custódia, uma vez que estas ainda não são uma realidade em todo território nacional. O projeto apenas foi implementado nas capitais do país com reduzida expansão para as regiões interioranas dos Estados da Federação.

No que diz respeito ao Estado da Paraíba, os dados do CNJ não são muito diferentes dos apresentados acima. Em 55,68% das audiências realizadas foram decretadas prisões preventivas; enquanto que, em 44,32% dos casos, foram concedidas liberdade provisória. Já quanto às alegações de torturas e maus-tratos, na Paraíba, a porcentagem diminui apenas 2% dos casos. E quanto ao encaminhamento psicossocial, os casos ainda são mais reduzidos, chegando nem a 1% dos casos.

4.3.2 Dados sobre Audiência de Custódia na Paraíba

No estudo realizado por Batista (2018), a partir de uma análise de 184 Audiências de Custódia, realizadas no Fórum Criminal da Capital, os resultados alcançados foram bastante relevantes. Verificou-se que a maioria dos custodiados é do sexo masculino, alcançando a porcentagem de 78,95%, contra apenas 20,75% de mulheres. Quanto ao fator racial, foi constatado que, um total de 47,87, eram negros, enquanto que os brancos alcançaram a porcentagem de 27,4% dos custodiados.

Por outro lado, no que diz respeito à faixa etária dos mesmos, ficou evidente que a maioria é representada por jovens entre 18 e 25 anos, perfazendo um total de 41,02% dos casos analisados. A minoria é representada pela faixa de idade dos 40 a 55 anos (10,6%) e com uma representação mediana encontram-se os custodiados com idade entre 25 e 40 anos (31,25%) (BATISTA, 2018).

Quanto ao estabelecimento de residência fixa, a partir do aludido relatório, foi possível analisar que a maioria dos indivíduos dispunham de residência fixa, representando um total de 79,3%, embora tenha havido casos em que os indivíduos não souberam informar seu endereço. E, em apenas 6% das audiências realizadas, os custodiados afirmaram não possuir residência fixa.

De outra monta, a referida pesquisa revelou, que em relação à atividade laborativa exercida pelos custodiados, em sua maioria, os mesmos estão localizados no mercado informal, isto é, em 52,2% dos casos. Pouco mais de 14% afirmou está empregado formalmente, enquanto que 24,37% declarou estar desempregado. Ressalta-se que o binômio emprego e residência fixa é um dos elementos fundamentais para concessão da liberdade provisória.

Outro ponto relevante para concessão da liberdade é a questão dos antecedentes criminais. Na pesquisa em comento, constatou-se que a maioria dos custodiados não tinham ainda adentrado na seara penal no decorrer de sua vida. Em números 38,02% dos custodiados detinham antecedentes, enquanto que 39,72% não possuía nenhuma passagem pelo sistema penal.

A pesquisa realizada por Batista (2018), ainda traz outro dado relevante, no que diz respeito ao direito de defesa, assegurado constitucionalmente e reforçado pela resolução 213 do CNJ. Segundo os diplomas é fundamental que haja comunicação entre o custodiado e seu advogado, antes do momento de realização da audiência. Inclusive, o CNJ orienta que seja disponibilizado um ambiente adequado para realização da conversa antes mesmo da Audiência de Custódia.

Diante disso, os dados levantados demonstraram que houve ausência de comunicação

prévia em 51% dos casos. Apenas em 3% das audiências analisadas houve a devida conversa com os patronos e em 12% das mesmas a comunicação se estabeleceu durante as audiências. Ressaltando ainda que em 62% tratavam-se de advogados particulares, enquanto que a minoria de 38% foi defendida por defensores públicos.

É sabido que as Audiências de Custódia devem ser realizadas, conforme disciplinam os diplomas internacionais e a própria resolução, para todos os tipos de delitos em que se tenha realizado prisão em flagrante. Entretanto, a referida pesquisa traz dados que demonstram quais são os principais crimes imputados em audiência. Dentre eles, destacam-se o roubo (que seja impróprio, qualificado ou tentado), o furto e o tráfico de drogas, representando respectivamente as porcentagens de 17%, 8% e 16% dos casos analisados.

Após a aferição destes itens, o magistrado condutor da audiência terá que formar sua convicção e decidir por encaminhar o indivíduo presente ao sistema carcerário, impor-lhe medidas alternativas a prisão ou liberá-lo. No estudo realizado, sob a coordenação do professor Gustavo (2018), também se escalonou a respeito dessas medidas chegando aos números de: 39% de liberdade com medida cautelar, 55% de conversão em prisão preventiva e 1% com concessão de liberdade.

Por fim, quanto à verificação de tortura e maus tratos, o trabalho em questão analisou a sistemática adotada nas audiências. Tomando por base o disposto na própria Resolução 213 do CNJ, verificou-se que em quase 50% dos casos, o magistrado indagou explicitamente o custodiado acerca da ocorrência de maus tratos. Contudo, em 30% dos casos não foi feita nenhuma pergunta sobre as possíveis agressões.

No mesmo sentido, foi relatado que, nas 187 audiências analisadas, havia agentes de segurança pública (policiais militares ou agentes penitenciários) presentes nas salas de audiências, dispendo em alguns casos, de forte armamento e estando encapuzados. Para os pesquisadores, esse seria motivo para a inibição do custodiados em relatar as possíveis ocorrências. Em números demonstrou-se que: apenas 15% dos casos foi relatada agressão, havendo encaminhamento ao órgão competente pelo magistrado apenas em 27% desses casos.

Outro dado levantado na pesquisa refere-se à utilização de algemas durante a realização das audiências. Quase que na totalidade dos casos analisados os custodiados permaneceram algemados, mesmo quando adentravam às salas de audiências. O uso de algemas quando do momento da entrevista deve ser exceção, e não a regra, conforme prevê o art.8º, inciso II da resolução 213 do CNJ. Autoriza-se sua utilização em caso de resistência ou de fundado receio de fuga.

4.3.3 Análise crítica dos dados pesquisados

Diante dados analisados, é possível tecer algumas conclusões e críticas a respeito da implementação das Audiências de Custódia no Brasil e no Estado da Paraíba. Inicialmente, quanto ao argumento comumente levando pelos críticos de que as audiências servem exclusivamente para aumentar a impunidade dos criminosos, verifica-se que essa teoria cai por terra, uma vez que, segundo os dados fornecidos pelo próprio CNJ o número de liberdades concedidas e superado pela conversão em prisão preventiva.

Por outro lado, quanto ao perfil dos custodiados, não há surpresa em verificar que a maioria é apresentada por homens de baixa escolaridade, sem emprego formal e jovens. Tem-se o mesmo estereótipo construído socialmente do que seria um indivíduo “perigoso” ou tendente a prática criminosa em alusão aos postulados de Lombroso⁷.

Ou ainda, vislumbra-se estatisticamente uma seletividade punitiva, isto é, a política penal alcança em sua grande maioria os pequenos criminosos, os quais iniciam a prática ilícita em virtude de sua própria condição social. Isto é, como relata Wacquant (1999), o Estado omissivo na elaboração de políticas públicas sociais surge para estes indivíduos apenas diante de seu caráter repressivo. E a prisão, que seria um local para reflexão e mudança, torna-se um depósito humano, onde a única forma de sobreviver é tornando um verdadeiro servo da criminalidade organizada.

Ademais, incumbe ressaltar que esses dados refletem a realidade social brasileira quanto à falta de políticas públicas ofertadas pelo Estado. Por esse motivo, tem-se uma grande massa da sociedade que cresce sem o devido acesso a direitos fundamentais como educação, saúde, segurança, entre outros. A criminalidade, nessa medida, não se deve unicamente pelo caráter criminoso das camadas menos abastadas da população, mas sim, pela omissão do Estado em atuar como agente garantidor de direitos. Por esses motivos é que, quando o magistrado analisa o binômio emprego formal/residência fixa, muitos são prejudicados.

A partir dos dados apresentados, também se vislumbra, visivelmente, grave violação ao direito de defesa do indivíduo. Isto porque é imprescindível que haja uma conversa prévia entre o custodiado e seu advogado, quer seja ele defensor público ou particular. Lembrando que no caso da defensoria pública, é preciso analisar sua precariedade, principalmente no Estado da Paraíba, diante da demanda existente, dentre outros fatores.

Por fim, quanto à aferição de tortura e maus tratos, cabe salientar que a presença de agentes de segurança pública no ambiente das audiências de acordo com a própria Resolução

⁷ Cesare Lombroso foi um criminologista italiano nascido em 1835 que ficou mundialmente conhecido por tentar relacionar as características físicas a possível tendência para o comportamento criminoso.

e os diplomas internacionais atentam para o caráter inibidor desta conduta. Se as Audiências de Custódia surgem dentro da realidade brasileira como uma ferramenta de garantia dos direitos fundamentais da pessoa presa, não é concebível que, quando da sua realização, sejam esquecidos requisitos básicos que proponham sua eficácia.

Nesse sentido, conclui-se que a audiência de custódia é ainda uma medida recente, que precisa desenvolver-se para todo território nacional, mas que é a primeira dentre inúmeras outras medidas que precisam ser tomadas para que se possa modificar minimamente a realidade carcerária do país. Há também que transpor a cultura do judiciário como sendo ente unicamente punitivo, ele surge fundamentalmente na proteção das garantias dos indivíduos, o que não significa necessariamente privá-los da liberdade. É preciso abrir o olhar sobre a proteção social, para só posteriormente atuar coercitivamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é país que possui a terceira maior população carcerária do mundo, essa composta em grande parte por presos provisórios, isto é, que adentraram o sistema prisional antes de sentença condenatória transitada em julgado. Diante do inchaço de um sistema originalmente falido, tem-se uma situação preocupante, um iminente colapso institucional.

Entretanto a despeito desta constatação, parte do poder judiciário nacional insiste em perpetuar a denominada cultura do encarceramento. Nessa medida, as prisões cautelares são compreendidas pela massa da sociedade como medida de segurança pública, isto é, ferramenta de combate à violência.

Ademais, a falta de previsão legal acerca do prazo máximo de um devido processo legal acaba por legitimar prisões cautelares perpétuas. Sendo assim, adentra-se ao sistema punitivo utilizando-se de conceitos vagos, como é caso da “ordem pública” e se permanece nele diante da ausência legislativa sobre a delimitação de princípios constitucionais.

A flagrante inconstitucionalidade das prisões brasileiras acabou por gerar a possível decretação do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, resultado da omissão de diversas instituições. O problema é sistêmico e não poderá ser resolvido a partir da atuação de apenas uma das esferas do poder, faz-se necessário um apoio conjunto e coordenado para sanar as diversas violações existentes.

O poder punitivo estatal é fruto de um depósito público gerado a partir da cessão de cada liberdade individual. Sendo assim, não é possível dispor deste apenas em detrimento das minorias, há que se romper com a seletividade punitiva, visualizada na pesquisa. Isto porque, conforme os dados apresentados, a maior parte da população carcerária é formada por jovens, negros, de baixa escolaridade e oriundos das periferias. As carceragens nacionais não contêm os tidos como comandantes do crime, mas sim os indivíduos já excluídos socialmente que em razão da omissão estatal passam a fazer cometer delitos de cunho patrimonial.

Diante do que foi apresentado pode-se concluir que o Brasil não é um país carente legislação. Pelo contrário, existem diversas leis que versam sobre medidas alternativas prisão como a Lei 11.430/11, mas que não detém eficácia. Diferentemente do que se imagina, não é possível falar em falta de garantias processuais. Elas existem, e estão previstas em todo ordenamento jurídico, no entanto não são aplicadas na prática.

Nesse sentido, as Audiência de Custódia e sua recente implementação sinalizam para uma nova construção da cultura punitiva. A intenção é humanizar o processo penal, retirar-lhe as amaras inquisitiva ainda existentes, e aproximar o custodiado do magistrado. Assim será

possível visualizar o indivíduo, não apenas como criminoso, mas como um cidadão detentor de direitos e obrigações.

A condução do detido em até 24 horas a presença do magistrado, já era um procedimento previsto em documentos de direitos humanos já ratificado pelo Brasil. Contudo passados mais de 20 anos do processo de incorporações de tais normativas estrangeiras, o legislativo permanece inerte na elaboração de uma lei que torne a determinação contundente. Foi necessário um movimento de parte do judiciário para que foi iniciada a discussão acerca do tema.

Assim em 215 foi publicada a Resolução 213 do CNJ, a qual passou a regular todo o procedimento a ser adotado nas Audiências de Custódia. Neste novo momento pré-processual é clara a necessidade de assegurar a preservação dos princípios processuais básicos de um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, no momento em que é levado à presença de um juiz, detido deverá dispor de sua defesa técnica, bem como de um momento para que com seu patrono passo dialogar em particular. Entretanto de acordo com os dados analisados, vislumbra-se a falta deste momento de fundamental importância para garantia da ampla defesa.

Ressalta-se, ainda, que quanto a sistemática adotada nas audiências, diferentemente do que regula a própria resolução, foi possível verificar a presença de forças policiais nesse momento de entrevista entre o detido e o magistrado. Uma vez que o instituto em questão também surge com ferramenta de combate a tortura do indivíduo por parte dos agentes de segurança pública, é preciso deixar o mesmo confortável no momento de oitiva para relatar todos os fatos.

Além disso de acordo com os dados apresentados, foi possível verificar que mais da metade das audiências realizadas resultam na decretação de prisão preventiva. Diferentemente do que apontam os críticos as audiências não servem para aumentar impunidade dos delitos cometidos. Ainda persiste a cultura do encarceramento e rara utilização de medidas cautelares diversas da prisão.

Desta forma, o Brasil é um dos países que mais prende no mundo, entretanto ao contrário do que parece a superlotação das penitenciárias não resulta em maiores níveis de segurança. Prende-se muito mal, pois não há utilização correta dos instrumentos processuais, nem muito menos respeito aos direitos fundamentais do indivíduo. As penitenciárias acabam por funcionar como verdadeiros depósitos de pessoas, que convivem em um ambiente sem as menores condições de higiene e sobrevivência.

A Audiência de Custódia é um dentre as diversas garantias fundamentais que o Estado

precisa se valer para compor efetivamente o Estado Democrático de Direito. Romper com a cultura do encarceramento é constituir o processual penal mais garantista é um processo lento e gradual. Somente a partir da atuação conjunta de todos os entes estatais será possível alcançar uma alteração contundente, capaz de realmente humanizar o processo penal.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas. Trad.** Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

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/Del3689.htm> Acesso: 20 mar. 2018.

_____. Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965/65. **Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm> Acesso em: 20 abril. 2018.

_____. Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. **Dispõe sobre prisão temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1988-1989/111.htm> Acesso em: 13 abril. 2018

_____. Lei 7.690, de 21 dezembro de 1989. **Dispõe sobre prisão temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da constituição federal, e determina outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso: 20 jan. 2018.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de junho 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: 15 jan. 2018.

_____. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Lei 12.403, 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: 10 abril. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas.** Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Min. Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de custódia.** Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.240 São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 10 abril.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Custodiado–integridade física e moral–sistema penitenciário–arguição de descumprimento de preceito fundamental–adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 05 abril. 2018.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **Altera o § 1o do art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.** Autor Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em: file: <///C:/Users/User/Downloads/MATE_TI_95848.pdf.> Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf> Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Audiência de Custódia. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – atualização junho de 2016.** SANTOS, Thaandar. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita et al. **Encarceramento e Violações aos Direitos Humanos**: incongruências entre a resolução nº213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e a realidade das audiências de custódia em João Pessoa/PB. Recife: UFPE, 2018. Mimeo.

CARVALHO, Salo. Notas sobre o encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: o caso da política de drogas. **Comunicações do ISER**. Rio de Janeiro, n. 70, ano 35, p. 150-156, 2016.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. **Análise**, São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brasil, n. 28, jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Fauzi Hassan Choukr. 3. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2002.

FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. Audiência de custódia e seus (in) sucessos – breves críticas a seus descompassos práticos. **Revista Liberdades**. São Paulo: IBCrim, n. 24, p. 73-91, jul-dez. 2017. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024_06_Artigo3.pdf.> Acesso em: 10 mar. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa** - 4. ed. - São Paulo : Atlas, 2002

JURUBEBA, Yuri Anderson Pereira. Relatório final de pesquisa: concretização da audiência de custódia no estado de Tocantins. 134 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Tocantins, Palmas - TO, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 960, out. 2015.

MAIA, Clarissa Nunes et al (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. 313 p.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 960, out. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. **Audiência de custódia**: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 23.403/11). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PACHECO, Letícia Kramer. **Audiência de custódia**: instrumento para um possível controle da banalização das prisões provisórias. 2015. 63 f. TTC (Graduação) Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015.

PIOVESAN, Flávia (Org.). **Código de direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Dpj, 2008.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAPOSO, Gabriela Teixeira de Abreu. **Audiência de custódia**: a humanização do processo penal através do olhar do juiz. 2016. 125 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revam, 2003.

REIS, Jair Teixeira dos. **Resumo de direito internacional e comunitário**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. a atualizada - São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TEIXEIRA, Luciana de Sousa. **Audiência de custódia**: eficaz para a redução da banalização das prisões cautelares? 2015. 54 f. Monografia (Graduação) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2015.

ZACKSESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2010, p. 88-99. Disponível em: <http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1313075866.pdf>. Acesso em:

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2003.

_____. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1999.