V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963
Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-266-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo penal. 3. Contituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

A celeuma acerca de uma crise do sistema de combate à criminalidade instalou-se no Brasil praticamente em momento concomitante ao final da Ditadura de 64. Até então, o foco das atenções do imaginário político do País estava voltado para as violências perpetradas pelo regime militar e, consequentemente, para a criminalidade política, bem como para a questão relativa à redemocratização. Com o final do regime de exceção, as atenções das mais diversas classes que compunham setores críticos da sociedade brasileira voltaram seus olhos para inúmeros problemas que assolavam o País, dentre eles a criminalidade que, a partir de então, assumia até mesmo características sistêmico-organizacionais, por conta de uma convivência "instrutiva" entre criminosos comuns e militantes de esquerda, recebendo as primeiros lições de organização política dos segundos. A partir de meados dos anos oitenta o fenômeno criminal no Brasil teve uma curva de crescimento com jamais houvera na história brasileira, desencadeando reflexões e investigações que ocorrem de forma permanente até nossos dias.

Ao longo das últimas três décadas, construiu-se um considerável catálogo de causas para o fenômeno criminal. Por um lado, apontam-se, no âmbito da sociologia e da criminologia, fundamentalmente, como elementos causais desta crise, aqueles decorrentes da exclusão socioeconômica de boa parte da população, em função da não satisfação de direitos fundamentais de natureza material, tais como alimentação, saúde, educação, trabalho, habitação etc. Entretanto, por outro, não faltam críticos dos sistemas normativos que regulam a atuação estatal penal, considerando-os como um sério fator a ser ponderado como gerador desta crise, especialmente em função de uma suposta reprodução da sensação de impunidade no imaginário dos delinquentes que, por uma série de problemas nos sistemas processuais penais, não sofreriam a efetiva imposição de pena por parte do Estado. Cremos que razões parciais assistem a ambos os lados.

Poderíamos anotar uma bifurcação das críticas em relação ao sistema de combate à criminalidade que, com razoável procedência, revela uma crise de dupla face dos sistemas estatais de combate ao crime. Este duplo viés da crise deve ser compreendido a partir de uma perspectiva garantista-democrática de organização político-jurídica da sociedade e do Estado, mais especificamente a partir de todas as vicissitudes do sistema positivo de direitos fundamentais. Ao percebermos a Constituição Federal como barreira e estímulo em relação às possibilidades de atuação do Estado, e situando tal compreensão em relação ao fenômeno

da criminalidade e dos sistemas de persecução penal, veremos que tanto podem ser atingidos os direitos fundamentais dos processados por autoria de fatos típicos, em razão de violações perpetradas por agentes estatais em relação aos princípios de garantia individual, quanto os direitos fundamentais das vítimas e do restante da população ao verem-se atingidas por ações delituosas, tanto no que se refere aos seus bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, honra, etc.), quanto no que se relaciona a bens de natureza coletiva (segurança e incolumidade públicas, patrimônio).

De um lado, conservadores, identificados politicamente ao Movimento da Lei e da Ordem, ao Tolerância Zero ou outros movimentos político-criminais que se aproximam de posturas tendentes a uma atuação estatal penal máxima; de outro, os garantistas-liberais, que propugnam pela máxima redução do aparato de persecução penal do Estado.

Os conservadores deitam seus argumentos sobre uma reiterada impunidade que beneficia os réus, notadamente por conta da vigência de alguns institutos (v.g. procedimentos, recursos, alternativas processuais à aplicação da lei penal tais como a transação e a suspensão condicional do processo) que possibilitariam uma série de burlas à aplicação da lei penal, por facilitarem chicanas dentro do processo, situações que, segundo eles, têm levado a uma "institucionalização" da impunidade no Brasil. Nesse aspecto, um dos principais focos causais apontados para a escassez de eficácia da atuação persecutória criminal do Estado tem sido o sistema processual penal, particularmente em função de sua defasagem normativa, tendo-se em vista as demandas públicas de segurança num mundo completamente diverso daquele no qual foi construído o Código de Processo Penal. Ou seja, uma boa parte das soluções positivadas numa legislação de 1940 estaria completamente descontextualizada para demandas por segurança pública num mundo hipercomplexo, com profundas diferenças culturais, espaciais e temporais em relação à sociedade do tempo de geração do CPP.

Os liberais-garantistas, por sua vez, atacam os ranços inquisitivos do sistema e todas as possibilidades daí exsurgentes de violação a direitos fundamentais, especialmente de investigados ou réus.

O que precisa ser retido num primeiro momento é que a ideia de uma crise no sistema de administração da justiça penal tornou-se um tema reiterado em vários lugares, tais como a imprensa, os espaços forenses, a universidade. A elaboração da crítica por si só não se constitui num problema. Muito pelo contrário, pois a reflexão crítica estimula a constante reavaliação do sistema. Entretanto, o que é lamentável é que esse emaranhado de críticas permanece numa lâmina superficial da totalidade de um fenômeno muito mais profundo. Algumas graves questões ficaram esquecidas, obnubilando as verdadeiras razões de algumas

deficiências democráticas da prestação jurisdicional penal. O que há de mais singular nestas atitudes críticas é que a muito poucos, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça penal, ocorra a natural indagação do "por quê", que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das causas reais desse fenômeno tão incomodativo.

Por conta da reiteração de críticas ao sistema processual penal e de uma conseqüente exasperação da crise, ensaiou-se um movimento de reformas a esta legislação de 1940, estando em estado bastante adiantado o projeto de lei que reformula o CPP. Entretanto, pelo teor do texto de tal projeto, oriundo da Câmara dos Deputados e já aprovado, com emendas, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, parece que o diagnóstico não foi tão preciso quanto seria necessário, para que realmente tivéssemos uma mudança paradigmática em termos de prestação jurisdicional penal.

O ponto fundamental da crise do sistema de administração de justiça penal no Brasil, do qual decorre uma série de ramificações de problemas secundários estruturadores desta situação pelo qual passa o sistema processual penal brasileiro, é, na verdade, uma dificuldade decorrente da estreita relação existente historicamente entre modelos de direitos e paradigmas filosóficos que se projetaram sobre a concretude do fenômeno jurídico. É o dogmatismo que impede a visualização da verdadeira face da crise do sistema processual penal brasileiro, qual seja: apesar de estar aparentemente assentado em premissas democráticas e garantistas, guarda profundas possibilidades de concretização de um sistema inquisitivo e autoritário de produção de verdades processuais.

Outro ponto para encarar o problema de uma forma mais ampla. Por influência do racionalismo oriundo do século XVII, estruturado a partir de uma inversão metafísica (no sentido clássico de metafísica) proposta por Descartes, de uma trama de definições sugerida por Spinoza ou das sugestões acerca da melhor ordem possível de Leibniz, o direito iluminista tentou estruturar uma ideia de direito imune às transformações históricas. Foi uma consequência natural da projeção das concepções filosóficas e políticas modernas, especialmente materializadas no liberalismo e no iluminismo europeus, tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, consequentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. O efeito de tal influência da filosofia setecentista e oitocentista sobre o direito foi o estabelecimento de uma enorme distância entre o direito e a vida social e a prestação jurisdicional ficou limitada a uma mera declaração da vontade da lei.

Para encurtar essa distância entre o mundo da vida e o processo penal é, mais do que nunca, necessário desenvolvermos atividades investigativas que permitam a criação de novas

engenhosidades jurídicas, de modo a atender às demandas de um processo penal constitucional e democraticamente adequado. Esse desiderato tem sido concretizado em grande medida pelo CONPEDI através de seus encontros nacionais e internacionais, propiciando espaços de socialização e discussão das pesquisas que têm sido realizadas contemporaneamente no Brasil e no exterior. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevideo, República Oriental do Uruguai não foi diferente. No GT sobre Processo Penal e Constituição I os trabalhos apresentados pautaram pela atualidade dos temas apresentados e debatidos, conforme é possível constatar-se na seguinte relação dos trabalhos:

1. A experiência brasileira: o papel da audiência de custódia para as políticas públicas de segurança no Brasil, de Patrícia Borges Moura;

2. A mídia e sua influência nas decisões judiciais em matéria criminal à luz da Constituição Federal de 1988, de Beatriz Lima Nogueira e Diane Espíndola Freire Maia;

3. A relativização do princípio da presunção de inocência: um diálogo com os direitos e garantias fundamentais, de Deilton Ribeiro Brasil , Leandro José de Souza Martins;

4. Colaboração premiada enquanto modalidade lícita de confissão: análise de sua incidência no direito brasileiro e sul-americano, de Marcelo DAngelo Lara , José Flôr de Medeiros Júnior;

5. Sigilo das interceptações telefônicas: uma análise do caso lava-jato, de Antonio Eduardo Ramires Santoro e Nilo Cesar Martins Pompilio Da Hora.

A literatura jurídica que aqui apresentamos reveste-se da excelente qualidade acadêmica, e entre todas há um eixo comum: a ideia de um processo penal democrático. Por isso, cremos que os leitores irão regozijar-se com a leitura.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URISAN

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR/Uruguai

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O PAPEL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA NO BRASIL

THE BRAZILIAN EXPERIENCE: THE CUSTODY HEARING THE ROLE FOR PUBLIC POLICY SAFETY IN BRAZIL

Patrícia Borges Moura [1]

Resumo

Mesmo com as alterações promovidas pela Lei n.º 12.403/2011, a situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil permanece caótica. É flagrante o desrespeito aos direitos fundamentais daqueles que vivem no cárcere, a ponto de ser reconhecido um verdadeiro "estado de coisas inconstitucional". Nesse contexto, foi implantada a Audiência de Custódia, incorporada às decisões judiciais quando da apreciação das prisões em flagrante, com a Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de um importante instituto jurídico, em adequação ao previsto em Pactos Internacionais e ao sistema constitucional de garantias, numa perspectiva de promoção ao direito fundamental à segurança.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro, Medidas cautelares de coerção pessoal, Audiência de custódia, Direito fundamental à segurança

Abstract/Resumen/Résumé

Even with the changes introduced by Law n.º 12.403 / 2011, the situation of prisons in Brazil remains chaotic. It's blatant disrespect for the fundamental rights of those living in prison, to the point of being recognized a true "unconstitutional state of affairs". In this context, it was implemented Custody Hearing, embodied in judicial decisions when assessing the arrests in flagrante, with Resolution 213/2015 of the National Council of Justice. This is an important legal institution, as appropriate to the foreseen in the International Covenants and the constitutional system of guarantees, a promotion perspective to the fundamental right to security.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian prison system, Precautionary measures of personal coercion, Custody hearing, Fundamental right to security

[1] Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFSM). Especialista em Direito Público (UNIJUÍ). Mestre em Direito (UNISINOS). Professora de Processo Penal do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ.

1 Introdução

Por mais que a Constituição Brasileira de 1988 tenha sido um importante marco na consolidação de um regime democrático, mudando o cenário político e jurídico de todo o país, no que concerne aos mecanismos estatais de controle social, a sociedade brasileira não só convive, como reconhece a permanência de institutos jurídicos que não se adequam ao sistema constitucional de garantias, bem como, ante o clamor social e midiático, legitima práticas autoritárias e arbitrárias por parte dos agentes públicos responsáveis pela persecução criminal, pela segurança pública e pelo sistema de justiça criminal.

No campo da justiça penal é que se torna mais nevrálgica essa postura incoerente, pois reforça movimentos de uma política criminal que, não raras as vezes, vai de encontro ao propósito de consolidação do regime democrático. E por mais que o campo da segurança pública não se confunda com o Sistema de Justiça Criminal, evidente que as organizações e instituições que atuam em um e outro têm entre seus objetivos ao menos um em comum, qual seja, a prevenção da violência e o controle da criminalidade, senão direta, indiretamente. No entanto, a busca por soluções a essa problemática social não pode subverter os papéis do processo penal brasileiro, enquanto instrumento antes a serviço da eficácia a direitos fundamentais, sobretudo do acusado, do que efetivamente instrumento à disposição da concretização do poder punitivo.

A necessidade dessa reflexão é premente, haja vista que a subversão dos papéis do processo penal no Sistema de Justiça Criminal, o fato de no mais das vezes ser visto como um instrumento de controle social, associado à pena, leva às distorções e ao uso banalizado da prisão preventiva. E mesmo com as alterações promovidas pela Lei n.º 12.403/11 no Código de Processo Penal (CPP), com a previsão de medidas cautelares de natureza pessoal, alternativas à prisão preventiva, acentuando seu caráter acessório, cautelar e excepcional, na prática, ainda é a custódia cautelar pela privação à liberdade uma medida muito utilizada, como garantia da ordem pública e da instrução criminal.

Por tais razões, é imprescindível que se compreenda a importância de institutos como o da Audiência de Custódia que, embora ainda sem regulamentação na lei processual penal, trata-se de um importante mecanismo a viabilizar aos juízes, ante a análise de uma situação de prisão em flagrante, decidir qual será o destino do preso, a partir de um contato direto entre o julgador e o sujeito detido (e provável futuro investigado e acusado), em especial atenção ao princípio da imediação, como consequência da oralidade própria do ato.

A proposta aqui é contextualizar a implantação da audiência de custódia, sua previsão em atenção a Pactos Internacionais aos quais o Brasil aderiu, bem como sua regulamentação a partir da Resolução n.º 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça para, ao final, tecer considerações acerca da recente experiência brasileira em sua implementação, e assim compreender sua importância para as políticas públicas de segurança.

2 O "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro e a audiência de custódia: uma breve contextualização

Considerando-se os dados levantados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, do Conselho Nacional de Justiça, cuja pesquisa foi publicada em junho de 2014, a população carcerária brasileira estava em torno de 567.655 pessoas, sendo que, destes, aproximadamente 41% seriam presos provisórios, recolhidos ao sistema penitenciário brasileiro. Agregando-se a esse número aqueles que se encontravam em prisão domiciliar, o total de pessoas presas, apurado em julho de 2014, chegou a 715.655. (CNJ, 2014).

Ou seja, o percentual de presos sem julgamento no Brasil, apontados pela pesquisa do CNJ, correspondia, em junho de 2014, a praticamente a mesma proporção de presos condenados, cumprindo pena em regime fechado, segundo os dados fornecidos pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), por meio do Infopen[1], no mesmo período. (DEPEN, 2014, p. 20). Os números são, no mínimo, preocupantes, pensando-se no caráter excepcional da prisão preventiva, reforçado pela entrada em vigor da Lei n.º 12.403, em julho de 2011.

Os dados apontados revelam bem mais do que o notório problema que perpassa o sistema carcerário brasileiro, qual seja, a superlotação dos estabelecimentos prisionais, ao apresentar um déficit de aproximadamente 210.500 vagas. (CNJ, 2014). São dados que colocaram o Brasil em terceiro lugar no *ranking* mundial dos países com maior população carcerária. (BRASIL PASSA A RÚSSIA...2014).

Segundo uma pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, cujos dados constam em relatórios anuais do Infopen, na última década, o número de pessoas presas sem julgamento no Brasil, que no ano de 2000 era de 80.775, em junho de 2010 chegou a 163.263. Ou seja, "praticamente dobrou". (ZACKSESKI, 2010, p. 91). Considerando-se que em junho de 2014

[1] O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, que sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional.

esse número chegou a 232.739, num período de apenas 4 anos houve um aumento de mais de 40% no número de presos provisórios no Brasil. (CNJ, 2014)

Na tentativa não só de minimizar esses dados, mas com especial atenção aos direitos fundamentais daqueles que vivem no cárcere, bem como à condição de proteção do estado de inocência, com relação aos investigados ou acusados da prática de infrações penais, é que foi introduzida a realização das Audiências de Custódia, procedimento ainda não regulamentado pela lei processual penal brasileira, mas que está em execução, em razão da Resolução n.º 213/2015, do CNJ, e resultante de Termos de Cooperação entre o CNJ e diversas unidades da Federação, a possibilitar à autoridade judicial o contato direto com o preso em flagrante, antes que decida sobre sua situação: se terá direito à liberdade provisória, ou se deverá aguardar o curso da persecução criminal preso preventivamente, caso não seja suficiente a decretação de uma medida cautelar alternativa.

Assim, considerando-se a realidade caótica dos estabelecimentos prisionais no Brasil, que apresenta não só problemas estruturais, entre os quais podem ser citadas as condições insalubres e desumanas em que se encontram os encarcerados, somados aos casos de tortura e de maus-tratos a que ficam expostos, a medida deve também ser considerada dentre as políticas públicas de segurança, a partir de uma perspectiva de promover segurança para todos, e não só numa perspectiva individualista e seletiva. O enfoque é visualizar a segurança pública como um direito de todos, e, para tanto, é importante "ter os olhos voltados" para os tão negligenciados ambientes prisionais.

Até porque, é muito comum que se verifique que a resposta estatal aos ditames e clamores da sociedade no combate à violência, tem-se revelado por meio de políticas públicas que, equivocadamente, buscam a prevenção unicamente pela repressão. Essa tem sido uma característica de muitos dos países democráticos, e contrasta com os ditames internacionais de defesa dos direitos humanos, pondo em risco um sistema de garantias aos direitos fundamentais, fruto de uma conquista histórica e universal em prol das liberdades individuais e do regime democrático. E assim, quando se inova na implantação de medidas que possam assegurar a instrumentalidade garantista do processo penal, e que repercutem no sistema carcerário, que possam auxiliar na redução da conflitualidade intramuros, entre outras benesses, está-se diante de uma política pública de segurança para todos.

Como assim? Qual a relação direta entre as audiências de custódia e a problemática do sistema penitenciário? E o que isso tudo tem a ver com a tão debatida segurança pública?

Pois bem. Nas últimas décadas, no Brasil, foram inúmeros os casos de rebeliões e motins realizados no âmbito dos estabelecimentos prisionais e nos centros de cumprimento de

medidas socioeducativas. Dentre aqueles que mais ganharam espaço na mídia, não só pelas atrocidades divulgadas, mas em especial pelas consequências que não se restringiram ao ambiente interno dos estabelecimentos prisionais, mas cuja violência repercutiu nas ruas, pode ser citado o episódio conhecido como "Crimes de maio de 2006", em que a atuação do PCC desencadeou uma onda de violência que perdurou por semanas na capital paulista, e que conseguiu a adesão de envolvimento de amotinados em presídios de outras unidades da federação. (DIAS, 2011).

Outro caso mais recente, com igual repercussão na mídia, foi o episódio do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão, cujos atos de violência ocorridos no interior de uma de suas unidades prisionais tiveram início em dezembro de 2013, em razão de motim, seguido de uma sucessão de atrocidades que não se restringiram ao âmbito interno da casa prisional, mas que acabaram por desencadear alguns atentados, que ocorreram no centro da capital maranhense, ainda no início do ano de 2014. (SCOLESE, 2014). À época, o que o governo estadual alegava é que o ocorrido se deu em decorrência de conflitos entre duas facções criminosas, inclusive, de penitenciárias diversas. No entanto, em relatório realizado pela Força Nacional da Defensoria Pública em Execução Penal, os conflitos tiveram o intuito de chamar a atenção para a situação precária em que os estabelecimentos prisionais se encontravam há muito, e cujas reinvindicações permaneciam alvo de descaso por parte do poder público. (CONDEGE, 2015).

Com relação à realidade do sistema penitenciário do Maranhão, em análise ao relatório elaborado pelo CONDEGE – Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais, das atividades realizadas pela Defensoria sem Fronteiras,[2] no Complexo Prisional de Curado, em Recife/PE, em março de 2015, verificou-se, a exemplo, a atuação norteada pela comunicação e pelo diálogo, a fim de possibilitar uma radiografia dos problemas conjunturais que, por certo, desencadearam os conflitos ocorridos. Foram, assim, realizadas entrevistas com os presos, análise de processos judiciais, de prontuários, pesquisas por meio dos sistemas disponíveis e inspeções nas unidades prisionais, tendo sido encontradas diversas irregularidades, que vão desde questões afetas aos aspectos jurídicos de cumprimento da pena, de acompanhamento

[2] Programa implantado pelo CONDEGE, em 2012, com o objetivo de estabelecer um intercâmbio entre as instituições para trocas de informações e experiências exitosas, em que todas as defensorias comprometem-se a garantir, quando solicitado, o envio de defensores públicos para o atendimento de demandas emergenciais que possam surgir em qualquer unidade da Federação. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/index.php?option=com_content&view=article&id=317:condege-implanta-programa-defensoria-publica-sem-fronteiras&catid=8&Itemid=180>. Acesso em 06 ago 2015.

dos incidentes de execução penal e dos processos de conhecimento, como questões referentes à própria ineficiência da Administração Penitenciária. (CONDEGE, 2015).

A partir do exposto, pode-se constatar que a situação caótica dos estabelecimentos prisionais é um dos principais fatores a gerar as rebeliões e os motins que ocorrem com frequência nos ambientes internos do sistema prisional brasileiro. E, nesse contexto, não há como negar que a superlotação, a fomentar as condições insalubres, associada à desassistência social e jurídica, aos casos de tortura e maus-tratos, entre outros problemas estruturais, leva a uma conjuntura a revelar o quanto o descaso por parte da sociedade e do poder público para com os encarcerados também fomenta a violência desencadeada pela conflitualidade intramuros, com reflexos extramuros. E, assim, deve ser incluída na pauta de definições de políticas públicas de segurança.

Essa conhecida realidade levou o Supremo Tribunal Federal a deferir liminarmente, em setembro de 2015, em apreciação à Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental - ADPF 347/DF, o chamado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro. A ação foi ajuizada pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, cujo pleito foi pelo reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro, e pela consequente adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos que, na visão do partido arguidor, são decorrentes "de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal". (BRASIL, 2015).

Dentre os fundamentos fáticos da ADPF 347/DF (BRASIL, 2015), foi alegado que

> a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Foi igualmente sustentado que a União não estaria repassando aos Estados recursos do FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional, apesar de disponíveis e necessários à melhoria do quadro. Ainda, que apesar de previsto em pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, o direito à realização de audiência de custódia não vinha sendo observado pelo Poder Judiciário. E que, associado a isso, revela-se uma sistemática ausência de imposição desarrazoada das medidas cautelares de coerção pessoal, alternativas à prisão preventiva, apesar de previstas no CPP. No entender do partido arguidor, uma postura em sentido contrário permitiria minimizar as "condições degradantes das penitenciárias brasileiras",

condições estas que deveriam ser consideradas inclusive para a "definição e execução da pena". (BRASIL, 2015).

Também foi utilizado como argumento o quanto o Poder Legislativo sede a pressões midiáticas e ao clamor público no "estabelecimento de políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário", contribuindo ainda mais para o quadro caótico do sistema prisional brasileiro, cujas mazelas comprometem a segurança da sociedade. Por fim, que o encarceramento inadequado fomenta a criminalidade e a reincidência, sobretudo por desrespeito à triagem e separação necessária de presos, conforme o grau de ofensividade dos delitos praticados, além do que gera sofrimento às mulheres presas e às minorias sexuais. (BRASIL, 2015)

Nesse contexto, é que o "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro foi utilizado como argumento fático e jurídico a fomentar a impetração da ADPF 347/DF. Trata-se de uma expressão cunhada da Corte Constitucional colombiana (CAMPOS, 2015), cuja declaração tem (ou deveria ter) o intuito de reconhecer a existência de um "quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades". E, a partir disso, estaria a Corte Constitucional legitimada a "interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades", visando a provocar mudanças estruturais na atuação do Poder Público, capazes de modificar a "situação inconstitucional" declarada.

Referidas mudanças, de acordo com o sustentado na ADPF 347/DF, deveriam fomentar políticas públicas a partir da adoção de providências, "por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal", como vistas a minimizar a realidade carcerária brasileira, eivada de violação a preceitos fundamentais, com assento constitucional, como o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de tortura, do tratamento desumano ou degradante, além da inobservância do dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, entre outros. (BRASIL, 2015).

Apesar de ser alvo de críticas no âmbito jurídico, não só pela falta de efetividade que é constatada no país de origem, como também sua adequação (ou não) à realidade brasileira, e de sua aparente "ameaça" à independência dos poderes, cujos argumentos não serão debatidos

aqui, por não ser esse o objeto do presente trabalho[3], a declaração do "estado de coisas inconstitucional", em decisão liminar proferida na ADPF 347/DF, chamou a atenção para importantes institutos já previstos na legislação processual penal brasileira. A exemplo, a imposição das medidas cautelares de coerção pessoal (art. 319, do CPP), alternativas à prisão preventiva, tão inobservadas na maioria dos casos. Trouxe, ainda, à tona, a implantação da audiência de custódia, a operacionalizar não só a imposição dessas medidas, como a possibilitar, antes, a concessão da liberdade provisória, deixando a prisão preventiva para os casos em que de fato se faça necessária.

E, nesse aspecto, há de se ressaltar a real observância (e antes tão negligenciada) à garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Brasileira de 1988), por meio da audiência de custódia, com a oitiva do preso em flagrante (art. 282, §3º, do CPP), antes de a autoridade judicial decidir se poderá ou não aguardar o curso das investigações e da posterior instrução criminal em liberdade. Tal situação atende a antigos clamores da comunidade jurídica brasileira, que há muito aborda a problemática das prisões cautelares no Brasil.

Nesse contexto, passemos à análise do instituto da audiência de custódia, em especial, no que consiste e qual poderia ser sua contribuição, a fim de minimizar as mazelas próprias do sistema penitenciário brasileiro.

3 A regulamentação da audiência de custódia: dos Pactos Internacionais à Resolução n.º 213/2015, do CNJ

Mesmo após as alterações do Código de Processo Penal brasileiro, pela entrada em vigor da Lei n.º 12.403/2011, ainda são inúmeros os casos em que prisões cautelares são decretadas como garantia da ordem pública, enquanto que a garantia da instrução criminal ou sua imprescindibilidade para as investigações é a circunstância que melhor evidencia a necessidade da custódia cautelar. Isso porque a legislação em comento, nesse aspecto, não teve o condão de retirar do texto legal o fundamento da garantia da ordem pública para o decreto da prisão preventiva, ao contrário do que muitos dos juristas brasileiros já questionavam e ainda questionam junto aos tribunais pátrios.

Porém, essa mesma legislação, apesar de manter os pressupostos (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva), e fundamentos (garantia da ordem

[3] Sobre a temática, ver Campos (2015) e Streck (2015) e De Giorgi; Faria e Campilongo (2015).

pública, da ordem econômica, da instrução criminal, ou da aplicação da lei penal) para o decreto de uma prisão preventiva, previstos no art. 312, do CPP, a evidenciar não só a justa causa para a medida de coerção, como também e demonstrar sua necessidade, permitiu uma objetividade quanto ao decreto da prisão preventiva como sucedâneo de uma prisão em flagrante (art. 310, II, do CPP).

Nesse caso, a pressupor que somente não sendo caso de relaxamento da prisão, não sendo possível a concessão da liberdade provisória, e desde que não sejam suficientes outras medidas cautelares alternativas, seria decretada a prisão preventiva (dado seu caráter excepcional), como forma de garantir os fins do processo, cuja situação de risco, criada pelo fato de estar o investigado ou acusado em liberdade, justificaria a custódia cautelar. É o que se depreende da redação do art. 310, do CPP, em consonância com os princípios orientadores do sistema cautelar e com o sistema constitucional de garantias.

Embora haja outros momentos em que possa ser decretada a prisão preventiva, tanto na fase extraprocessual e investigatória, quanto no curso do processo criminal, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, o que será analisado a seguir corresponde ao momento em que o juiz, quando da apreciação de uma prisão em flagrante, possa antes ouvir o preso e seu defensor, para só então decidir sobre qual será a condição do sujeito passivo enquanto estiver no aguardo da persecução penal. Ou seja, face sua importância para a temática objeto do presente artigo, o propósito agora é analisar no que consiste e em que termos será realizada uma audiência de custódia.

Como abordado no item anterior, a audiência de custódia passou a ser adotada no sistema processual penal brasileiro, em razão da decisão liminar proferida pelo STF, na ADPC 347/DF, em setembro de 2015. Além dos já expostos fundamentos, os arguidores sustentaram que referido instituto está previsto em pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, em especial, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9.3)[4] e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (art. 7.5)[5]. (BRASIL, 2015). Poderia

[4] O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor para o Brasil em 24 de abril de 1992, e foi promulgado pelo Decreto presidencial nº. 592, de 06 de julho de 1992. Em seu art. 9.3 tem-se a seguinte redação: "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).

[5] A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi celebrada em 22 de novembro de 1969, pela Organização dos Estados Americanos, e entrou em vigor internacional em 18 de

ainda se agregar a tais fundamentos a observância ao princípio do contraditório, previsto não só no texto constitucional (art. 5º, LV, da Constituição Brasileira de 1988), mas também na legislação infraconstitucional, já que o CPP, ao tratar do regime jurídico das medidas cautelares de coerção pessoal, a ele faz alusão, como se depreende da redação do art. 282, §3º, em razão das alterações promovidas pela Lei n.º 12.403/2011.

Segundo o citado dispositivo, em se tratando de momento a anteceder a decisão judicial acerca do destino do sujeito preso em flagrante, ou ante o requerimento para decretação de uma medida cautelar de coerção pessoal, o juiz determinará a intimação do imputado para uma audiência e, após sopesar os argumentos também da defesa, é que proferirá sua decisão. Trata-se do "direito à audiência", que somente se efetivava ao acusado ao final da instrução criminal quando, por ocasião do interrogatório judicial, poderia estar frente a frente com o magistrado para não só expor sua versão sobre a hipótese acusatória e sua "história de vida", como também, se preso provisório, falar sobre, na sua perspectiva, em que condições se deu a prisão, bem como "narrar eventuais abusos ou extorsões sofridos", o que ocorria, no mais das vezes, meses após a prisão. (FORTE, 2016).

Com a implantação da audiência de custódia passou a ser obrigatória a apresentação do preso em até 24 horas a contar da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente, pelo que a autoridade policial ou outra que tenha presidido a lavratura do auto de prisão deverá providenciar. A audiência deverá ser realizada, ainda, na presença de representante do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído quando da lavratura do auto de prisão. (CNJ, 2015).

Assim, deverá ser oportunizado ao preso também prestar esclarecimentos sobre as circunstâncias em que se deram sua prisão, algo que era feito de forma unilateral e meramente documental, no mais das vezes, por parte da autoridade responsável pela coerção, por meio do exposto no auto de prisão em flagrante, quando de sua apreciação pelo juiz competente para homologação. E não só. A partir de então, terá o juiz mais subsídios a sopesar para decidir sobre em que condições o investigado (e quiçá posterior acusado) aguardará o deslinde da persecução penal. Ao menos é o que se depreende da Resolução n.º 213/2015, do CNJ que, dentre as várias considerações tecidas para tal ato administrativo, teve como cerne dar

julho de 1978. O Brasil aderiu ao pacto em 25 de setembro de 1992, tendo sido promulgado pelo Decreto presidencial nº. 678, de 06 de novembro de 1992. Em seu art. 7.5 tem-se a seguinte redação: "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.". (BRASIL, 1992).

cumprimento à decisão proferida nos autos da "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente". (CNJ, 2015).

Para tanto, a resolução ainda considerou o revelado contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente, cujo diagnóstico emanou de relatórios provenientes do próprio CNJ e do Departamento Penitenciário Nacional, publicados nos anos de 2014 e 2015, respectivamente. Deu reconhecimento ao caráter excepcional da prisão preventiva, a ser decretada somente nos casos admitidos em lei, e quando não fossem suficientes a assegurar os fins do processo medidas cautelares alternativas e menos drásticas do que a prisão provisória prevista nos arts. 311 e seguintes do CPP. (CNJ, 2015).

Em vigor desde 1º de fevereiro de 2016, a Resolução n.º 213/2015, do CNJ, regulamentou a audiência de custódia ao dispor sobre seus aspectos procedimentais. Para tanto, fixou o prazo de 90 dias para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais implantassem a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições, mediante a expedição de todos os atos necessários ao seu pleno cumprimento, e a celebração de convênios com o Poder Judiciário dos diferentes estados e do Distrito Federal (arts. 14 e 15). Estendeu, ainda, a realização da audiência de custódia mesmo aos casos de prisão em flagrante anteriores a sua implantação, ainda que já em curso processo de conhecimento, em que não tenha ocorrido qualquer audiência de apresentação do preso ao juiz (art. 15, § único).

E, por fim:

> A resolução ainda trata do Sistema Audiência de Custódia (Sistac), desenvolvido e distribuído gratuitamente pelo CNJ para ser usado em caráter nacional por todas as unidades judiciais envolvidas nas audiências de custódia, **objetivando facilitar a coleta de dados e a produção de estatísticas sobre a porta de entrada do sistema carcerário, inclusive destacando as referências a denúncias de tortura e maus-tratos**, cujo método de apuração é inovadoramente tratado na resolução. (APROVADA RESOLUÇÃO...2015, grifo nosso).

Mesmo antes da entrada em vigor da Resolução n.º 213/2015, que regulamentou as audiências de custódia, em praticamente todos os estados brasileiros e no Distrito Federal foram celebrados Termos de Adesão por parte dos governos estaduais e distrital aos Termos de Cooperação Técnica, celebrados entre o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito, e entre o CNJ e o Conselho da Justiça Federal para a implantação do então chamado "Projeto Audiência de Custódia". (SISTEMA CARCERÁRIO...2016).

Foi assim que os Tribunais estaduais e suas corregedorias instituíram atos normativos para implementar o determinado na referida resolução, a evitar, sobretudo, prisões "abusivas

ou desnecessárias", bem como a "coibir eventuais casos de violência policial" quando da efetivação da prisão, como destaca Forte (2016).

A seguir, um breve relato da experiência brasileira, desde a implantação até a implementação da audiência de custódia, a fim de se analisar os primeiros impactos já evidenciados no que tange à minimização dos índices de prisões preventivas, bem como de sua importância para uma política pública de segurança no Brasil.

4 A experiência brasileira: o papel da audiência de custódia para as políticas públicas de segurança no Brasil

Como mencionado, é fato notório o elevado índice brasileiro de encarceramento. Assim como é igualmente notório o quanto boa parte da população carcerária no Brasil é composta de presos provisórios.

De uma análise que não fosse meramente quantitativa, mas que também fosse qualitativa, se poderia elencar ao menos quatro hipóteses para justificar os dados referentes ao número de prisões preventivas: a) a persecução penal no Brasil, ao menos quanto aos fatos que chegam ao conhecimento dos órgãos públicos por ela responsáveis, é extremamente eficaz, o que justificaria a correlação entre investigação, instrução criminal e prisões preventivas; b) em decorrência disso, a necessidade da custódia preventiva e cautelar é evidenciada em boa parte dos casos; ou, numa perspectiva mais crítica (e mais realista!), c) o princípio da excepcionalidade, informador do sistema cautelar no Processo Penal brasileiro, não tem aplicação prática, num ambiente jurídico em que a prisão preventiva é tão banalizada, e em que "muito se prende, para que depois se averiguem melhor os fatos"; e, por fim, d) não há efetividade quanto à implantação das medidas cautelares de coerção pessoal, instituídas no Processo Penal brasileiro, como alternativas à privação provisória da liberdade.

Quando o Código de Processo Penal foi alterado pela entrada em vigor da Lei n.º 12.403, em julho de 2011, acreditava-se que a previsão, ainda que implícita, de princípios basilares de um sistema cautelar, entre eles, o da proporcionalidade (arts. 282, incs. II e II), da excepcionalidade (arts. 282, §6º, CPP) e da provisionalidade (arts. 282, §5º, CPP), já exaustivamente reconhecidos pela doutrina processual penal brasileira, seriam vetores importantes a balizar decisões judiciais referentes à decretação de medidas cautelares de coerção pessoal, em especial no que tange à prisão preventiva (arts. 301 ao 311, do CPP).

Da mesma forma que a positivação de outras medidas cautelares, de natureza pessoal e diversas da prisão preventiva (art. 319, do CPP), poderia auxiliar na redução da imposição de

medida tão drástica ao direito à liberdade individual de alguém que ainda está sob proteção do estado de inocência, e em contrapartida assegurar os fins do processo.

A fim de introduzir a temática, é importante que se compreenda: os fins do processo não hão de se confundir com os fins da pena. Trata-se de uma compreensão fundamental para que se possa refletir em torno da banalização da prisão preventiva, tão debatida no meio acadêmico, e não menos debatida nos tribunais pátrios, mas não a ponto de impactar na redução do índice de presos provisórios no Brasil. Ou ao menos esse era o quadro antes da implantação da audiência de custódia, como se pretende abordar ao final do texto.

Mas antes, na medida em que se admite a imposição de medidas de coerção pessoal que sejam cautelares e, portanto, acessórias, ao processo, o que se deve questionar é: o que se pretende com o processo? Qual o suporte fático situacional que evidencia que tal finalidade possa estar em risco? O que se pretende acautelar, nesse caso, senão a persecução penal? São questionamentos preliminares ao decreto ou não de qualquer medida dessa natureza, a fim de evitar que uma medida provisória, de coerção pessoal, se confunda com uma privação à liberdade individual decorrente de uma sanção penal.

Segundo Schecaira e Corrêa Junior (2002, p. 144-146), "a pena caracteriza-se como um verdadeiro instrumento da autoconstatação (sic) do Estado", de reafirmação de sua existência, necessário até a sua sobrevivência. Ressaltam, portanto, a essência retributiva da sanção penal, de reafirmação "do poder estatal que se materializa através de uma restrição imposta àquele que violou a paz social garantida pelo Estado." Claro que ao afirmarem a natureza retributiva e essencialmente punitiva da pena, não estão os autores a sustentarem-na unicamente como um instrumento de controle social e de afirmação do poder estatal, sob pena até de negligenciar seu papel em um Estado Democrático de Direito.

Daí a importância, na visão dos autores, de se reconhecer a função social da pena, seu caráter sociológico, expresso pela teoria da prevenção geral positiva ou integradora, ou seja, além do caráter retributivo, que benefício poderia trazer à sociedade, que não fosse a "consciência social da norma" (caráter preventivo), associada à possibilidade de reinserção social, a justificar o "como e por que punir" em um Estado Democrático? (SCHECARIA e CORRÊA JR., 2002; HASSEMER, 1982; MIR PUIG, 1982).

Já no que tange ao processo penal, a discussão em torno dos fundamentos para sua existência impõe uma reflexão a partir de sua "instrumentalidade garantista". Ou seja, o processo penal, em uma sociedade democrática, desempenha não só o papel instrumental para a realização das atividades estatais voltadas para a persecução penal, mas também possui uma "missão fundamental (...) enquanto instrumento de limitação do poder estatal e, ao mesmo

tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia aos direitos e garantias constitucionais". (LOPES JR., 2005, p. 1).

Nesse contexto, não se confundem os fins do processo com os fins da pena. Ele não está a serviço do Estado, como meio de controle social. Mas, antes, a serviço da sociedade, com sua função limitadora do poder punitivo do Estado. É por meio dele que se averigua a possibilidade ou não de o Estado concretizar seu poder punitivo, cuja legitimidade para tanto está no respeito a um devido processo penal, que se desenvolva em observância aos direitos e garantias constitucionais. Apurar fatos, os quais se supõe provavelmente delituosos, e sua consequente autoria, se assim verificada, para o reconhecimento ou não da responsabilidade criminal, é o cerne do processo. Não é punir, nem tampouco, conter a ordem pública e promover a tranquilidade social.

E assim, numa situação fática em que, a partir da suposta ocorrência de um (ou mais) fato(s), de sua probabilidade delitiva, e que demonstrem indícios suficientes de autoria (também "probabilidade de"), a evidenciar a justa causa para uma acusação formal contra alguém (o tão aclamado *fumus comissi delicti* no processo penal brasileiro), uma vez que se verifique que a condição de liberdade do acusado, ou ainda que em fase inicial de investigação, possa apresentar risco à efetividade do processo, teríamos uma "Razão de Cautela propriamente dita" (SILVA, 2005, p. 6). E assim, a justificar o decreto de uma prisão preventiva, se não for suficiente para tanto a imposição de alguma das medidas previstas no art. 319, do CPP. Do contrário, confunde-se o inconfundível: os fins do processo com os fins da pena! E o risco, nesse caso, seria ao sistema constitucional de garantias, um risco considerável para uma sociedade democrática!

Como referem Wermuth (2016) e Cueva (2002), o Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que apresenta maior vulnerabilidade quanto às variações ideológicas, sofrendo influência direta "dos câmbios políticos" no processo de formação da legislação, a evidenciar, na contemporaneidade, um recrudescimento punitivo. Passa a ser um "instrumento a serviço da política criminal e esta é uma parte da política geral do Estado, o que converte o Direito Penal em um instrumento político".

Nesse contexto, seguem os citados autores a afirmar que as demandas populares acabam por se consistirem em verdadeiro "capital político", obtido a partir de uma atividade de prática legislativa e da justiça penal, orientada, antes mais por um modelo (disciplinar e segregativo) de controle preventivo pela punição, com vistas à ressocialização que, por ter já declarado seu insucesso, passou a ser substituído por um "modelo adaptativo-eficientista". Já que não se acredita mais na possibilidade de recuperar o indivíduo pela punição, procura-se

adaptá-lo a novas formas punitivas (a exemplo, a castração química aos condenados por crimes sexuais, já adotada em alguns países da Europa). Assim, a punição conserva não só seu caráter retributivo, como também o repressivo. Em suma, a ideia da punição pela dor não se modifica.

No Brasil, embora a punição pela privação à liberdade ainda seja a essência, no que tange à necessidade que possuem os poderes públicos de formação de um capital político a dar-lhes sustentação, a legislação penal e processual penal são fortemente vulneráveis aos clamores sociais e midiáticos. Nesse aspecto, claro que qualquer análise acerca das benesses da audiência de custódia, recentemente introduzida no "dia a dia" da justiça penal brasileira, seria extremamente precoce, em especial para que não venha a camuflar apenas a real possibilidade de tornar as prisões brasileiras mais habitáveis, porque menos lotadas, "contendo, reflexamente, o orçamento". (WERMUTH, 2016; GARAPON, 2010).

O que se espera, é que haja sim uma mudança de mentalidade dos operadores do sistema de justiça criminal, a representar um avanço social no que diz respeito ao uso das medidas cautelares de coerção pessoal. Se a prisão pena há de ser a *ultima ratio,* quem dirá a prisão ou qualquer outra medida cautelar de coerção pessoa, que afeta o direito à liberdade individual de alguém ainda sob proteção do estado de inocência.

Claro que, como ocorre com todo o momento de transição (com vistas à solidificação), qualquer análise que possa ser feita, o será apenas quanto ao aspecto quantitativo, dada a implantação recente do instituto. Até porque o fluxo do sistema de justiça criminal no Brasil carece de uma maior investigação empírica, a fim de demonstrar se a prática das audiências de custódia poderá de fato propiciar mudanças efetivas no que tange ao respeito aos direitos dos acusados e dos apenados, tornando a vida no cárcere menos aflitiva, e antes tornando a vida do sujeito da persecução penal igualmente menos aflitiva. E assim possa se romper com o que Vargas (2014, p. 420) denomina de "longa tradição de atuação discriminatória da polícia e da justiça de eleger as camadas populares como a sua clientela preferencial", na busca por uma maior efetividade do sistema, na tentativa de contenção dos índices de violência e de criminalidade. E a prisão preventiva, num real "desvio de função", acabava por ser utilizada de forma a também satisfazer esses interesses.

Do que se pode aferir, até o presente, é que os números têm revelado uma adesão significativa por parte do sistema de justiça no Brasil quanto à realização da audiência de custódia.

A partir dos dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Estados, foi feito um mapeamento da realização de audiências de custódia, durante o período

compreendido entre julho e outubro do ano de 2015. (MAPA DA IMPLANTAÇÃO...2015). Verifica-se que, desde o lançamento do Projeto "Audiência de Custódia", pelo então presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, no evento de abertura do ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 06 de fevereiro de 2015 (LEWANDOWSKI QUER LEVAR...2015), dos 26 estados do país, somente o estado do Acre, na Região Norte, é que ainda não possui dados contabilizados. Incluindo-se o Distrito Federal, foi realizado um total de 22.467 audiências de custódia.

Em 13, dos 25 estados, o percentual de concessão de liberdade provisória foi superior ao de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Dado esse que se verifica também no Distrito Federal. Em alguns estados, o percentual de concessão de liberdade provisória ficou acima de 60%, como ocorreu nos estados de Roraima (65,79%), Amapá (76,83%), Pará (66,57%), Tocantins (60,67%), Alagoas (65,79%), Bahia (68,12%), Goiás (63,47%) e Santa Catarina (60,87%). Já nos quatro estados da Região Sudeste, o número de prisões em flagrante convertidas em prisão preventiva foi superior a 50%, mas não atingiu 60% dos casos. Nessa senda, em Pernambuco (62,81%) e no Rio Grande do Sul (68,10%), o número de prisões preventivas superou o percentual de 60% (MAPA DA IMPLANTAÇÃO...2015).

Como referido, por enquanto, os dados permitem apenas uma análise quantitativa, tanto da implementação da audiência de custódia, quanto do número de prisões em flagrante convertidas em prisões preventivas, ou substituídas pela concessão de liberdade provisória. Qualquer afirmação no sentido de que de fato houve redução do número de prisões preventivas decorrentes de uma prisão em flagrante carece, até o presente, de uma investigação empírica, que considere, numa ótica comparativa, o "antes e o depois" da execução do Projeto Audiência de Custódia.

O mesmo se dá com relação à avaliação do impacto no sistema penitenciário nacional, para o quê é essencial o aprimoramento dos sistemas de informações referentes ao fluxo do sistema de justiça criminal, em especial com relação às estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (Infopen), os quais, em consonância com o Sistac (Sistema Audiência de Custódia), podem fornecer os dados necessários.

Para finalizar, são estudos a serem complementados por uma análise sociológica, a permitir uma investigação empírica que possibilite não só uma análise quantitativa, como também qualitativa, das benesses esperadas com a implementação da audiência de custódia, em especial no que tange à humanização do sistema penal, aqui compreendida não só a

atividade legislativa, como o "modo de ser da persecução penal" no Brasil, a desembocar no sistema carcerário brasileiro.

A melhoria das condições da vida no cárcere, a depender de um conjunto de políticas públicas que possam promover condições mais dignas aos encarcerados, pela redução do déficit de vagas, pela coibição das práticas de tortura e de maus-tratos, entre outras mazelas é um desafio das políticas públicas de segurança na contemporaneidade.

Por ora, o que se pode afirmar é que se acredita que a realização da audiência de custódia representa um importante mecanismo de prevenção e de combate à tortura, visando também à humanização e à garantia de efetivo controle judicial das prisões provisórias.

5 Considerações finais

O debate contemporâneo sobre políticas públicas de segurança, em especial pensando-se no contexto brasileiro, impõe uma reflexão crítica acerca dos mecanismos de controle social de que o Estado se utiliza, a fim de buscar soluções que possam minimizar os índices de violência e de criminalidade. E não pode se restringir a essa perspectiva. Uma política de segurança deve ser orientada por aquilo que Baratta (2000) define como um "modelo de direito à segurança", legitimada por uma "política integral de proteção e satisfação de direitos humanos e fundamentais".

Para o autor citado (2000), trata-se de um modelo necessário, possível, "embora improvável", e "alternativo ao modelo existente", que preconiza a ideia de segurança de direitos e, com isso, legitima uma espécie de elitização, ou seletividade dos titulares desses direitos.

A compreensão da segurança como um direito fundamental, do qual todos os membros de uma sociedade são titulares, perpassa a noção de que é preciso antes uma "desconstrução do sentimento de insegurança e da demanda da pena existente na opinião pública" (BARATTA, 2000). Uma política pública de segurança a partir dessa perspectiva pode garantir a que todos, mesmo os grupos mais "débeis", marginalizados, sejam reconhecidos como sujeitos que possam dela usufruir, ao invés de ser seu principal alvo.

Apesar da complexidade da temática, pensando-se no que motivou a implantação da audiência de custódia, apenas daquilo que se constituiu, no plano jurídico, como seu discurso fundante, no sentido de se declarar o "estado de coisas inconstitucional" do sistema carcerário brasileiro, parece que, num primeiro momento, pode ser um avanço no sentido de estabelecer uma política voltada para a segurança, numa perspectiva de proteção aos direitos

fundamentais daqueles que vivem no cárcere, a começar por reduzir o índice da população carcerária no Brasil.

Situações como essa não só permitem um processo penal mais humanista, em respeito ao princípio da presunção de inocência e ao direito à dignidade da pessoa humana, independentemente de sua condição de homem livre ou não, acusado ou não. Também, se apresentam como um caminho para a implementação das medidas cautelares de coerção pessoal, em substituição à prisão preventiva, quiçá reduzindo-a efetivamente às hipóteses em que de fato se faça necessária como garantia da investigação e da instrução criminal, coibindo o uso indiscriminado, como se tem revelado até então.

Por outro lado, é preciso que se tenha o cuidado para que haja igualmente um reconhecimento de sua importância e de suas esperadas benesses por parte de todos os segmentos sociais. Um conjunto de ações que possam constituir uma comunicação política de base é fundamental, sob o risco de a implementação da audiência de custódia, com a já tão anunciada (sobretudo pela mídia) redução dos índices de prisões preventivas, com a divulgação de que evitou que "milhares de pessoas presas em flagrante fossem para os presídios",[6] vir a proporcionar uma leitura equivocada de seu real significado. E, assim, possamos viver um retrocesso e um maior recrudescimento da legislação processual penal, como tanto já se vislumbrou em outros momentos na história do país.

Sempre que se renovam os discursos de segurança, em especial sob a perspectiva dos direitos humanos dos presos, é preciso que se tenha o cuidado para que o "sentimento de insegurança" que permeia a sociedade brasileira não gere demandas sociais a influenciar os poderes públicos na tomada de decisões que, voltadas unicamente para a preocupação com o "capital político", possam justificar o retrocesso e permanecer estagnados nas políticas repressivistas.

6 Referências

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda. *Portal G1 de Notícias*. 10 out. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>. Acesso em 29 mar. 2016.

[6] A esse respeito, ver matéria divulgada pelo Portal G1 de notícias, em 10/10/2015, intitulada: "Audiência de custódia evitou entrada de 8 mil nos presídios; entenda". (AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA...2015).

APROVADA RESOLUÇÃO que regulamenta as audiências de custódia. *Notícias CNJ*. 15 dez. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em 12 mar. 2016.

BARATTA, Alessandro. *O conceito de segurança na Europa*. Rio de Janeiro: UCAM, 2000. *Mimeo*.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992. Dispõe sobre a Promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 26 mar. 2016.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992. Dispõe sobre a Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 28 mar. 2016.

BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Marco Aurélio, em 27 ago. 2015. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1693_2._SBDP-Relatorio_e_Voto_Marco_Aurelio_ADPF_347.pdf>. Acesso em 09 mar. 2016.

BRASIL PASSA A RÚSSIA e tem a maior população carcerária do mundo. *Folha de São Paulo*. 05 jun. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>. Acesso em 14 mar. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural*. Conjur. 01 set. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 26 mar. 2016.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, 2014.

_____. Resolução n.º 213, de 15 dez. 2015. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 12 mar. 2016.

CONDEGE. Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais. 2015.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Teflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia.* Disponível em: <http://criminet.ugr.es>. Acesso em 29 mar. 2016.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Opinião: Estado de coisas inconstitucional***.** Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: < http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 26 mar. 2016.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-

divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 09 mar. 2016.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Da pulverização ao monopólio da violência*: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade de São Paulo, 2011.

HASSEMER, Winfried. Fines de la pena em el derecho penal de orientación científico social. *Derecho penal y ciencias sociales.* Barcelona: Santiago Mir, 1982.

FORTE, Gustavo Neves. *Opinião:* Implantação das audiências de custódia constitui inegável avanço. Conjur, 28 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-28/gustavo-forte-audiencia-decustodiaconstitui-inegavel-avanco-social>. Acesso em 28 mar. 2016.

GARAPON, Antoine. *La raison du moindre état.* Le néolibéralisme et la justice. Paris: Odile Jacob, 2010.

LEWANDOWSKI QUER LEVAR projeto audiência de custódia a outras capitais e comarcas do país. *Notícias CNJ*. 06 fev. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski--quer-le-var-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>. Acesso em 12 mar. 2016.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MAPA DA IMPLANTAÇÃO da audiência de custódia no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 29 mar. 2016.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoria del delito em el estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

SCOLESE, Eduardo. Presos filmam decapitados em penitenciária no Maranhão. *Folha de São Paulo*, 07 jan. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1394160-presos-filmam-decapitados-em-penitenciaria-no-maranhao-veja-video.shtml>. Acesso em 22 mar. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena.* Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. *Uma vez mais:* da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da prisão preventiva. Jun. 2005. Disponível em: <http://brunocesaradvocacia.com.br/artigo/da_garantia_da_ordem_publica_como_fundamento_de_decretacao_da_prisao_preventiva.pdf>. Acesso em 20 mar. 2016.

SISTEMA CARCERÁRIO, execução penal e medidas socioeducativas. *Documentos CNJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>. Acesso em 12 mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Observatório Constitucional: Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Conjur, 24 out. 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em 26 mar. 2016.

VARGAS, Joana Domingues. Fluxo do sistema de justiça criminal. In: LIMA, Renato Sérgio, RATTON, José Luiz e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

WERMUTH, Maiquel. *Direito penal (d) guerra: parte 2*. Canal Ciências Criminais, 28 mar. 2016. Disponível em: < http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/direito-penal-de-guerra-parte-2/>. Acesso em 29 mar. 2016.

ZACKSESKI, Cristina. *O problema dos presos sem julgamento no Brasil*. In: Anuário do Forum Brasileiro de Segurança Pública. Ano 4. 2010. Disponível em: < http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/4o_anuario_2010.pdf>. Acesso em 30 mar. 2016.