



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TÂMARA CAROLINE SENTO-SÉ LOBÃO MENÊSES DE SOUSA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO POLÍTICA CRIMINAL DE
COMBATE AO SUPERENCARCERAMENTO**

Salvador

2016

TÂMARA CAROLINE SENTO-SÉ LOBÃO MENÊSES DE SOUSA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO POLÍTICA CRIMINAL DE
COMBATE AO SUPERENCARCERAMENTO**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Daniel Nicory do Prado.

Salvador

2016

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Mestre Daniel Nicory do Prado, pelo brilhantismo na orientação, por manter-se sempre acessível, por sua capacidade magnífica de apoiar, na exata medida, os seus orientandos, nos dando a plena certeza de que não estamos sozinhos e de que, ao final, tudo dará certo.

Ao Professor Roberto Gomes, por todas as vezes em que se mostrou plenamente disponível para sanar dúvidas, ajudar a organizar os pensamentos e, principalmente, por com toda sua gentileza, nunca ter negado uma palavra que trouxesse calma e conforto.

A Larissa Viana, pela companhia nos longos dias na biblioteca. A produção deste trabalho foi mais fácil e mais leve tendo você ao lado.

A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração do homem. Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder. Desse modo, a menor força, aplicada continuamente, destrói por fim um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento. Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir.
(BECCARIA, Cesar.2000, p.18)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o instituto da audiência de custódia e o fenômeno da cultura do superencarceramento. Parte da busca pela efetiva implementação do instituto, analisando suas características e procedimento para, então, analisar sua possível influência e atuação como um mecanismo que, se adequadamente utilizado, auxilie e contribua para a redução da população carcerária. Para tanto, expõe o uso equivocado e excessivo das prisões cautelares, passando ainda pela inefetividade das normas elaboradas com o intuito de substituir as medidas cautelares prisionais, a exemplo da Lei 12403/2011. Dessa forma, o trabalho em tela, embora tenha como enfoque principal a exposição da audiência de custódia como um importante meio de redução da população carcerária, busca, ainda, por meio da apresentação de diversas formas que tenham como efeito – mesmo que secundários –, mostrar que a diminuição do encarceramento de massa é algo possível de ser alcançado.

Palavras-chave: Direito Penal. Processo Penal. Audiência de Custódia. Cultura do Encarceramento. Superencarceramento. Encarceramento em massa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
2.1 CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	11
2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	18
2.2.1 Processo penal garantista.....	20
2.2.2 Devido Processo Penal.....	22
2.2.3 Contraditório e ampla defesa.....	24
2.2.4 Proporcionalidade.....	26
2.2.5 Legalidade.....	28
2.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO.....	31
3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	35
3.1 A PRISÃO EM FLAGRANTE.....	38
3.2 IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL.....	43
3.3 NULIDADE DA CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA SEM PRÉVIA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	46
3.4 PROJETO DE LEI Nº 554/2011.....	52
3.5. PROCESSO PENAL DO INIMIGO.....	58
4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS ATINENTES À TUTELA DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.....	60
4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..	60
4.2 O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL.....	62
4.3 DA COMUNICAÇÃO IMEDIATA DA PRISÃO.....	68
4.4 O DIREITO À LIBERDADE.....	71
4.5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	74
5 A CULTURA DO SUPERENCARCERAMENTO.....	77
5.1 A REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA.....	78
5.2 SUPERENCARCERAMENTO E O DIREITO PENAL MÍNIMO.....	81
5.3 O SUPERENCARCERAMENTO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	85

5.4 MEDIDAS CAUTELARES.....	88
5.4.1 Conceito.....	90
5.4.2 Natureza das medidas cautelares.....	90
5.4.2.1 Medidas cautelares de natureza pessoal prisional.....	91
5.4.2.2. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão.....	96
5.5 A LEI N° 12.403 DE 2011.....	96
6 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUPERENCARCERAMENTO.....	98
7 CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS	
ANEXOS	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade da audiência de custódia – nomenclatura dada no ordenamento brasileiro ao instituto trazido em diversos tratados internacionais -, ato praticado com a finalidade de, mediante apresentação pessoal do indivíduo encarcerado à autoridade judiciária competente para que esta analise a legalidade, necessidade e adequação da prisão realizada, de enfrentar e diminuir a população carcerária brasileira e, assim, atuar como uma política criminal que combata diretamente o superencarceramento em nosso país.

Através do enfrentamento de pontos determinantes, como a obrigatoriedade de sua realização – uma vez que ainda há entendimento de que, em não havendo uma lei em sentido estrito estabelecendo tal obrigatoriedade, sua não realização constitui apenas uma mera irregularidade -, contrapondo-se tal ideia com o entendimento de que, em sendo a audiência de custódia originada em diversos pactos internacionais que tratam de Direitos Humanos, bem como, em sendo tal instituto, em última análise, uma norma garantidora, sua incidência deveria ser imediata, pois este é o entendimento constitucional acerca do tema.

Ademais, visa expor e analisar a possibilidade e a necessidade de sua realização nas situações para que foi pensada, quais sejam: prisão em flagrante, prisões provisórias e prisões decorrentes de sentença penal condenatória e contrapor ao estabelecido em nosso ordenamento: a realização somente para analisar se a prisão em flagrante deve ou não ser convertida em prisão provisória.

Analisa também o papel fundamental que a audiência de custódia tem a inibição, comunicação e apuração de eventuais torturas e maus tratos sofridos pelo indivíduo no momento de sua prisão ou ao longo de sua duração.

Enfrenta a distorção atual no sistema criminal brasileiro, expondo algumas das razões que levaram ao uso inadequado das medidas cautelares prisionais demonstrando, por meio de dados empíricos, que no Brasil, as medidas cautelares prisionais constituem a regra quando, em verdade, deveriam ocorrer apenas em caráter excepcionalíssimo.

Expõe, ainda, um pouco do papel midiático na distorção do esperado do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, esclarecendo como tal papel influencia na inversão

de valores, no enraizamento social da sensação de insegurança e da ideia de que somente há punição quando há privação de liberdade.

Busca relacionar o instituto da audiência de custódia com os deveres prestacionais do Estado, principalmente no que tange a sua atuação ineficaz no sentido de proteger e resguardar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso, pois, em diversos momentos, tal atuação deficiente termina por transformar as normas garantidoras em diplomas legais apenas simbólicos.

Assim, busca analisar em que medida a audiência de custódia atuará como um filtro limitador da desvirtuação do uso das prisões preventivas, ressaltando que para que tal finalidade seja alcançada, se faz necessário que os magistrados aproveitem a oportunidade e efetivamente analisem a necessidade e a adequação da conversão de uma eventual prisão em flagrante em prisão preventiva, concretizando o ideal de que a liberdade é a regra, e não a exceção.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código de Processo Penal (CPP) traz, em seu art. 1º¹, uma ressalva no sentido de que, em havendo tratados, convenções e regras de direito internacional, estas serão aplicadas ao sistema processual penal brasileiro em detrimento daquilo que esteja previsto no Diploma Normativo pátrio. Então, em sendo o Brasil signatário de diversos pactos e acordos internacionais, torna importante a discussão da problemática acerca do efeito normatizante de tais normas.

Nesse sentido, Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues ensinam que, em sendo o Processo Penal um ramo do Direito que lida diretamente com possíveis afrontas estatais à direitos indisponíveis e fundamentais dos cidadãos, a questão da problemática dos efeitos normatizantes dos tratados internacionais recebe destacada relevância, uma vez que tais normas em sede internacional recebem, em regra, evolução diferenciada e salutar².

A audiência de custódia se encontra prevista no art. 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas ³, promulgada pelo Decreto 592/92, bem como o art. 7º⁴, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - CADH), tendo o Brasil se tornado signatário desta em 1992 e a promulgado também por meio do Decreto 678/92.

Atualmente, não há lei que a regulamente – havendo somente o Projeto de Lei 554/2011-, estando a audiência de custódia regida pelo disposto pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, a qual, fundada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do STF, consigna a obrigatoriedade da

¹ Art. 1º: O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, convenções e regras de direito internacional”.

² BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003.p.60.

³ “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

⁴ “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente em, no máximo, 24 horas após a realização da prisão.

2.1. CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Código de Processo Penal (CPP) traz em seu bojo diversas medidas cautelares que podem, quando necessárias, ser utilizadas a fim de garantir o natural deslinde do feito. Ocorre que, devido a diversos fatores socioculturais, dentre eles destacadamente a cultura de que o flagrado somente estará sendo punido se for preso, faz com que, no Brasil, haja uma premissa de que somente com a prisão constitui medida efetiva ao cometimento de um crime.

Dessa forma, tendo em vista que, segundo o CNJ, nosso país tem a quarta maior população carcerária do mundo, a implementação do programa da audiência de custódia busca, entre outras coisas, aumentar desnecessariamente o nosso contingente carcerário⁵, uma vez que a superlotação em nossos estabelecimentos prisionais se deve, em parte, à enorme quantidade de pessoas detidas provisoriamente, ou seja, sem sequer uma sentença penal condenatória proferida contra si⁶. – Você tinha feito uma observação sobre ausência de referência.

O sistema processual penal brasileiro, por sua vez, já previa que no máximo em 24h (vinte e quatro horas), o Auto de Prisão em Flagrante (APF) deveria ser encaminhado ao Juiz, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, bem como aos seus familiares. Ressalte-se que, em sendo caso de advogado constituído pelo flagranteado, o advogado deverá ter, nos termos da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal⁷ bem como do artigo 7º, XVI do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁸, acesso ao APF. Porém,

⁵Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81696-professor-critica-irracionalidade-de-penas-e-encarceramento-em-massa>. Acessado em 10/10/2016

⁶ A superlotação do sistema prisional brasileiro se deve em parte à enorme quantidade de detentos que ainda não foram julgados – 222 mil pessoas, ou quatro em cada dez presos no país. Em junho de 2014, as unidades destinadas a presos que aguardam julgamento (provisórios) apresentavam taxa de ocupação de 192%, o que praticamente equivale a dois presos para uma só vaga. O índice é superior à média nacional, 161%, segundo o Depen. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios> acessado em 10/10/2016.

⁷ É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

⁸ Artigo 7º, XVI do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)8 XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de

o advento da audiência de custódia, traz a quebra da ideia do formalismo, dando-se voz ao indivíduo que fora eventualmente preso, uma vez que, em sendo este levado à presença do magistrado, poder-se-á analisar, efetivamente, as reais circunstâncias em que se deram tal prisão, bem como a sua necessidade, adequação e legalidade.

Renato Brasileiro de Lima, ao tratar do procedimento de homologação das prisões em flagrante antes do advento da audiência de custódia, traz que, no procedimento antigo, no qual apenas os autos do APF eram encaminhados à autoridade judiciária, a decisão pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva se dava apenas com base nos argumentos da autoridade policial (delegado de polícia civil ou delegado federal), fazendo com que, em regra, a decisão proferida fosse a favor da conversão do flagrante em prisão temporária⁹.

Ademais, no procedimento adotado antes da inserção da audiência de custódia, o flagranteado, no tocante ao prazo que o juiz detinha deliberar sobre a legalidade do flagrante e a necessidade de sua manutenção em cárcere, ficava detido por 05 dias, as vezes sem real necessidade. Isso porque, não existe no CPP previsão expressa acerca da duração de tal período, o que ocasionava a aplicação geral de 05 (cinco) dias prevista no art. 800, II do referido Diploma Normativo.

Dessa forma, ainda que nos autos do procedimento da prisão em flagrante constasse a declaração de todos os envolvidos na sequência dos fatos (tanto do flagranteado, quanto da suposta vítima, bem como do indivíduo que realizou a prisão), as declarações prestadas pelo indivíduo sobre o qual recaía a investigação eram realizadas sem a presença obrigatória de um defensor, exceto quando o indivíduo já constituía um advogado. Então, percebe-se que tal procedimento era uma clara afronta ao ideal da ampla defesa, bem como aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso.

Assim, vê-se claramente que o procedimento adotado pelo CPP, por si só, ao dar voz somente à autoridade policial, já dificultava a concretização e efetivação da não-liberdade como exceção, contribuindo para que se tornasse, indevidamente, a regra.

Entretanto, em 2011, houve uma reforma no CPP a qual, por meio da edição da Lei 12.403/2011, alterando o procedimento e permitindo de maneira expressa a possibilidade de contraditório nas medidas cautelares, devendo então haver a oitiva prévia da defesa,

investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)
⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p.927.

salvo quando o ato possuísse natureza sigilosa. Nesse caso, a prática do contraditório seria postergada para após a prática do ato.

Nesse contexto de busca da adequação do sistema processual penal brasileiro aos ditames tuteladores dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347.

Nesta, o referido partido buscava estabelecer a obrigatoriedade de apresentação de todo indivíduo preso, em até 24h (vinte e quatro horas), à uma autoridade judiciária para que esta verificasse a necessidade, adequação, bem como as circunstâncias nas quais a prisão ocorreu. Aqui, foi dado o primeiro passo para a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. – Referência à ação – você havia achado pouca.

Assim, ainda na luta pela implementação da audiência de custódia, a Rede de Justiça Criminal, em 2013, publicou um informativo defendendo a implementação da audiência de custódia, explicando a sua necessidade, expondo como o modelo anteriormente adotado, além de ser insuficiente no controle do uso das prisões provisórias, desrespeita a dignidade da pessoa presa:

A atual lei brasileira prevê o encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção dessa prisão cautelar (art. 306 do Código de Processo Penal). No entanto, essa previsão legislativa tem se mostrado insuficiente tanto para um efetivo controle judicial da legalidade e necessidade da prisão provisória quanto para verificar eventual prática de violência ou desrespeito aos direitos da pessoa presa. No contexto atual, o contato entre a pessoa presa e o juiz só se dará, em muitos casos, meses após sua prisão, no dia da sua audiência de instrução e julgamento.

Por isso, a realização de uma audiência imediatamente após a prisão, que possibilite o encontro entre a pessoa presa e o juiz, é fundamental como mecanismo de prevenção e combate à tortura e para um efetivo controle judicial.¹⁰

Assim, a audiência de custódia acarreta uma mudança no procedimento de homologação (ou não) da prisão em flagrante, uma vez que o contato pessoal do preso com a autoridade judiciária não constitui mera formalidade, mas sim ato de relevante importância para a adequada análise do caso concreto.

Buscando a efetiva implementação da audiência de custódia na rotina do processo penal brasileiro, diversos estados, a exemplo do estado de São Paulo, por iniciativa própria, implementaram de maneira autônoma seus projetos pilotos afim de implementar a

¹⁰ REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL, **Informativo**, ed. 05, ano 03, 2013

audiência de custódia em seus respectivos territórios. Porém, é cediço que matéria processual penal é de competência da União, não podendo os demais entes federativos legislar a respeito de tal matéria.

Em sentido contrário à implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e, aproveitando-se da teórica inaptidão normativa que até o presente momento regula tal instituto no Brasil, a Associação de Delegados do Brasil (ADEPOL), uma das maiores opositoras da audiência de custódia no país¹¹, interpôs a ADI 5240, fundando sua oposição em uma suposta ofensa ao art. 22, I da CF/88, uma vez que não seria possível uma norma de natureza administrativa (Resolução nº 213 do CNJ e provimentos regulamentadores dos diversos estados), legislar sobre direito processual.

Entretanto, a Resolução nº 213 de 2015 foi elaborada pelo CNJ com o intuito de uniformizar o procedimento adotado no país e, principalmente, estabelecer um prazo único em todo o território nacional. Dessa maneira, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen trazem que a regulamentação dada pelo CNJ, devido ao seu caráter nacional, promoveu a derrogação dos demais atos regulatórios de cada estado¹².

Segundo Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, a ADEPOL fundamentou a ADI 5240 em quatro argumentos: a audiência de custódia teria sido criada por provimento, dando assim caráter inovador a um provimento administrativo e contrariando a disposição constitucional que estabelece que somente por meio de lei em sentido estrito se poderá legislar sobre matéria processual; na visão da ADEPOL a CADH possui *status* constitucional, o que também a impediria de ser regulamentada por ato administrativo e, sim, somente por expressa disposição legal; os atos administrativos atacados feririam a separação dos poderes, uma vez que consistiriam em tentativa do Poder Judiciário de impor obrigações às Polícias Civil e Militar¹³.

Entretanto, vê-se claramente que os argumentos trazidos em tal ADI não se coadunam com a realidade. Tanto é assim que a referida ação foi julgada em um lapso temporal relativamente curto – cerca de 6 meses após a sua propositura -, e todos os argumentos

¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 28.

¹² *Ibidem*, p. 30.

¹³ *Ibidem*, p. 113.

suscitados foram rechaçados. – Referência ao procedimento de implementação da audiência. Você também tinha achado pouca.

Um dos objetivos da audiência de custódia é assegurar a apresentação pessoal do flagranteado à autoridade judicial. Assim, em outras palavras, é assegurado ao indivíduo preso o direito ao contato pessoal com o magistrado – de maneira a resguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa presa.

Carlos Weis, Coordenador do Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, defende a importância da apresentação pessoal do indivíduo preso, afirmando que tal ato é mais importante pelo fato de poder dar aos magistrados a exata compreensão acerca da maneira equivocada que vem sendo utilizado o sistema prisional processual brasileiro do que por (apenas) efetivar as normas de direito internacional que o Brasil anuiu¹⁴.

A Rede de Justiça Criminal, em informativo divulgado com o intuito de esclarecer os questionamentos mais comuns acerca da audiência de custódia, traz que tal medida consiste em uma forma de se respeitar as garantias fundamentais do preso, principalmente em relação à presunção de inocência, a não privação da liberdade sem real necessidade e ao relaxamento de eventual conversão da prisão em flagrante sem a realização da audiência de custódia.

A referida Rede defende ainda que a audiência de custódia, uma vez que permite uma real e efetiva análise acerca da necessidade da conversão de uma prisão em flagrante em uma prisão provisória, consiste em um importante meio de combate à superlotação carcerária, uma vez que busca readequar o uso das medidas cautelares processuais penais brasileiras, atribuindo a prisão o caráter de exceção que lhe é inerente.¹⁵

Renato Brasileiro de Lima, no tocante ao papel da audiência de custódia como forma de redução da população carcerária, defende que, ao contrário da simples leitura do APF, a proximidade do juiz com os envolvidos na prisão acarreta uma elevação do nível de cientificidade da autoridade judiciária, dando-lhe melhores condições de analisar os flagranteado que efetivamente devem ser mantidos presos¹⁶.

¹⁴ WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**; Informativo Rede Justiça Criminal, ed. 05, ano 03, 2013.

¹⁵ Informativo Rede de Justiça Criminal. **Informativo**. Ed. 05, ano 03, 2013.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**; 3 ed. Salvador, JusPodivm; p. 928

Assim, conclui-se que a implementação da audiência de custódia no processo penal brasileiro, constitui medida efetivamente necessária, uma vez que visa não somente melhorar a visibilidade do processo penal brasileiro no âmbito internacional, mas, principalmente, promover o seu reencontro com os ditames constitucionais esperados de um Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, em relação à mudança paradigmática trazida pela audiência de custódia, segue Renato Brasileiro afirmando que esta simples mudança abre os horizontes da cognição judicial, uma vez que amplia a perspectiva e o campo de análise do juízo acerca da convalidação judicial da prisão em flagrante ¹⁷.

Em outras palavras, a audiência de custódia constitui medida processual de caráter cautelar- ou seja, em sua realização não haverá análise do mérito da lide penal -, por meio da qual se busca levar o indivíduo preso em flagrante delito à presença do magistrado, a fim de que este avalie a necessidade e a adequação da prisão, bem como, em sendo o caso, fazer cessar eventuais maus tratos sofridos pelo indivíduo preso.

Dessa forma, o supramencionado autor ensina que a audiência de custódia “pode ser conceituada como a realização de uma audiência *sem demora* após a prisão em flagrante, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público”¹⁸.

A audiência de custódia deve ocorrer da seguinte forma: após a realização de uma prisão em flagrante e a formalização do APF, deverá o indivíduo ser, como já ocorre, submetido à realização de exame de corpo de delito. Após, deverá ocorrer a protocolização do APF e o seu encaminhamento, em conjunto com o indivíduo preso, à presença do magistrado, sendo assegurado o seu contato prévio com o defensor público ou com o advogado que seja por ele constituído.

Ato contínuo, há a realização da audiência de custódia em si. Nesse momento, haverá a manifestação do Ministério Público (MP), oitiva do autuado e a manifestação de sua defesa técnica. Ressalte-se que os policiais que participaram da prisão analisada são proibidos de participar da audiência de custódia, uma vez que um dos seus principais objetivos é cessar eventuais maus tratos e torturas perpetradas contra o preso.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p.928.

¹⁸ *Ibidem loc. cit*

Da audiência de custódia poderão ocorrer os seguintes resultados: poderá o magistrado optar pela aplicação de medidas judiciais, quais sejam: relaxamento da prisão ilegal, concessão de liberdade provisória – com ou sem fiança -, substituição da prisão em flagrante por medida cautelar diversa da prisão e conversão da prisão em flagrante em medida preventiva. Ademais, o projeto do CNJ prevê ainda a estruturação de diversos serviços, a exemplo do monitoramento eletrônico, da câmara de mediação penal para que sirvam ao magistrado como uma opção ao encarceramento provisório¹⁹.

Em relação aos objetivos da audiência de custódia, Renato Brasileiro de Lima entende que esta, embora seja de suma importância na busca pela efetiva averiguação da legalidade de eventual prisão em flagrante, consistirá em um mecanismo eficiente para a aferição da real necessidade da decretação da prisão preventiva ou, ao invés, do cabimento de medida cautelar diversa da prisão²⁰.

Em suma, o cerne da audiência de custódia está em antecipar o contato do indivíduo preso²¹ em flagrante delito com o magistrado. Porém, além de se analisar os aspectos objetivos da prisão, objetiva-se também promover a humanização do sistema prisional brasileiro, uma vez que a audiência de custódia constitui, também, meio do controle das prisões provisórias.

Dessa forma, além de ser a audiência de custódia, conforme acima explicitado, medida que acarreta a necessidade de encaminhamento pessoal do indivíduo preso à presença do magistrado, constitui, também, forma de adequar o sistema processual brasileiro às diretrizes dos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, uma vez que será uma oportunidade da autoridade judicial ter contato pessoal com o preso, espera-se uma avaliação mais objetiva e concreta das circunstâncias que levaram ao cometimento do fato objeto do APF – sem, como esclarecido anteriormente – adentrar às questões de mérito processual -, poderá tal ato consistir numa forte forma de diminuição da população carcerária e de combate à cultura do superencarceramento.

Assim, a audiência de custódia, teria como principal objetivo se concretizar enquanto um mecanismo de prevenção de combate à tortura e maus tratos perpetrados pelos policiais

¹⁹Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acessado em 10/10/2016

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p.928.

²¹ Antes da audiência de custódia, tal contato se dava, via de regra, somente em sede de audiência.

quando da realização da prisão e, principalmente, atuaria como um efetivo instrumento de controle judicial das prisões temporárias.

Então, sustenta-se que a alteração trazida pela audiência de custódia, mais do que uma alteração legislativa e teórica por meio da qual se adequa o ordenamento jurídico processual penal brasileiro aos ditames internacionais consiste, se devidamente implementada e efetivada, em uma melhoria no uso das prisões provisórias. Assim, por meio da audiência de custódia seria possível, conforme já explicado anteriormente, readequar o uso das prisões provisórias, efetivando a proteção constitucional dada ao direito fundamental à liberdade.

Ademais, é por meio da audiência de custódia que o juiz poderá, efetivamente, realizar um controle acerca da legalidade da prisão – uma vez que tal possibilidade não se restava adequada quando somente se havia o encaminhamento do APF -, assegurando uma espécie de contraditório, ainda que não verse sobre o mérito do processo, é dado ao indivíduo preso a oportunidade de manifestar-se após a acusação (MP) e, por fim, defende que os autos da audiência de custódia devem ser apartados dos autos de uma eventual ação penal, a fim de resguardar a imparcialidade do juízo da ação e não serem utilizados para prejudicar o réu.

Diante do exposto, conclui-se que a audiência de custódia é um ato que visa resguardar o *status libertatis* do indivíduo, analisando a legalidade e, principalmente, a adequação e a necessidade de sua manutenção em cárcere, sendo, então, um dos primeiros atos de defesa do preso ou detido²².

2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Direito Penal é o ramo do direito que legitima o exercício da persecução penal por parte do Estado. É nele que encontramos as regras e diretrizes que limitam e orientam o Estado-

²² ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 32

persecutor garantindo, de um lado, a manutenção e restauração da paz social e, de outro, o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso.

Yuri Carneiro Coelho afirma que “o direito penal é a forma mais drástica de intervenção na esfera de liberdade de um indivíduo, de modo que, por ser a forma mais violenta de atuação do direito, deve-se reserva-lo aos momentos de maior gravidade”²³.

Tal ramo do direito consiste na *ultima ratio* de efetivação do controle social por parte do Estado, uma vez que, em virtude da gravidade que sua aplicação pode acarretar, não só em relação ao indivíduo preso, mas, também, em relação a todo o contexto social que o cerca, ele somente incidirá na tutela dos bens jurídicos mais relevantes e essenciais à vida em sociedade estando, ainda, sua incidência atrelada ao fracasso e/ou insuficiência dos demais ramos do Direito na tutela de determinado bem jurídico.

O mesmo autor afirma que, a fim de evitar a atuação arbitrária por parte do Estado, a escolha dos bens jurídicos que fazem jus à tutela do Direito Penal deve ser feita pela adoção dos critérios razoáveis²⁴.

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, em relação à necessidade de incidência do Direito Penal, afirma que esta se verifica

quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o *Direito Penal* com sua natureza *peculiar de meio de controle social formalizado*, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens²⁵.

Então, o Direito Penal possui duas faces, - a primeira, consistente na sua atuação como *ultima ratio* do controle social realizado pelo Estado -, e a segunda atuando como seu limitador, como mecanismo que, através da tutela de determinados bens, evita a atuação arbitrária e excessiva²⁶ do Estado.

²³ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**, Mandamentos, Belo Horizonte, 2013, p. 113.

²⁴ Yuri Carneiro Coelho define “por critérios razoáveis, podemos enunciar que sejam aqueles pautados em princípios penais de garantia, como o da intervenção mínima, da subsidiariedade, lesividade, da legalidade e, também, podemos acrescentar, com princípios constitucionais gerais, a exemplo do princípio da proporcionalidade”. p. 16

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1 – 19 ed. rev., ampl. e atual – São Paulo, Saraiva 2013, p. 35

²⁶ Paulo Queiroz entende que “o caráter subsidiário do direito penal decorre, portanto, de um imperativo político-criminal proibitivo do excesso: não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo à liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade”. QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11ª edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015; p. 67

Nesse sentido, Yuri Carneiro Coelho defende que a conceituação do que seria um bem jurídico penal é de suma importância, principalmente no contexto de um Estado Democrático de Direito, uma vez que tal conceituação atua como instrumento garantidor da liberdade e de um Direito Penal democrático²⁷.

É dessa ideia que decorrem os princípios basilares do Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, segundo Paulo Queiroz a intervenção criminal como *ultima ratio* do sistema de controle social, “deve ter caráter subsidiário e fragmentário, conforme o princípio de mínima intervenção, devendo ser utilizada apenas quando fracassem outras instancias de prevenção e controle social, menos onerosas e mais eficazes”.²⁸

Assim, os princípios constitucionais que orientam a elaboração e a concretização do Direito Penal possuem papel fundamental na tentativa de se limitar o poder punitivo do Estado, garantindo, além da manutenção e proteção de diversas garantias fundamentais, a máxima inviolabilidade do direito à liberdade²⁹.

Entretanto, para que seja possível a concretização dos ditames do Direito Penal, é necessária à sua instrumentalização. Esta ocorre por meio do Processo Penal, uma vez que tal ramo do Direito visa, por meio de diversos princípios e normas que o fundam e justificam, efetivar a aplicação do Direito Penal material, equilibrando a persecução estatal e a clara situação de superioridade inerente ao sistema a acusatório processual misto adotado no Brasil com a hipossuficiência do investigado/acusado.

O caráter instrumental do Direito Processual Penal, entretanto, não faz com que tal ramo do Direito seja dependente do Direito Penal em seu caráter material. É justamente por isso que o Processo Penal Brasileiro vem, autônoma e concomitantemente, buscando se adequar aos ditames democráticos constitucionais e convencionais, de maneira a, antes de qualquer coisa, assegurar àqueles alvos da persecução penal estatal o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

²⁷ COELHO, Yuri Carneiro, **Bem jurídico-penal** – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 15.

²⁸ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11ª edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015; p. 83

²⁹ LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre – RS, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2º ed. revis. aument. , 2003, p. 57.

Nesse sentido, é justamente em virtude dessa adequação em seus diplomas normativos que Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigues Alflen, trazem que, atualmente, está se verificando no ordenamento jurídico brasileiro como um todo a “dupla compatibilidade vertical”³⁰. A “dupla compatibilidade vertical” trazidas pelos referidos autores, nada mais é do que a necessidade de submissão de uma norma não somente ao controle constitucional, mas, ainda ao controle de convencionalidade.

2.2.1. Processo penal garantista

O Processo Penal Garantista decorre diretamente da ideia de um Direito Penal Mínimo. Isso porque, ao passo que este prega pela intervenção penal na sociedade somente em caráter subsidiário – quando as demais esferas de controle social se mostrarem insuficiente à tutela de determinado bem jurídico que seja relevante ao ponto de ensejar a tutela do Direito Penal.

Nesse sentido, Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues lecionam que no mundo jurídico tem crescido a necessidade e o anseio de vincular toda e qualquer interpretação – principalmente em sede de Direito Penal – aos ideais libertários trazidos em sede constitucional³¹. Entretanto, vê-se que nos últimos anos que o Brasil, por meio das diversas reformas realizadas no CPP vem tentando adequar o Processo Penal não só aos nossos ditames constitucionais, mas, principalmente ao estabelecido nos pactos internacionais dos quais nós somos signatários.

É em tal contexto que a implementação da audiência de custódia no procedimento persecutório brasileiro tem ganhado notoriedade, uma vez que se coaduna com a necessidade latente em todo o universo jurídico de vincular toda interpretação, principalmente na seara criminal, devem ser feitas em consonância com os paradigmas libertários estabelecidos em sede constitucional.³²

³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca e ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. atual e ampli. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, fls. 23.

³¹ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 15.

³² *Ibidem loc. cit*

Ademais, a ideia de um processo penal garantista, na visão de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues, anda de mãos dadas com a ideia da subsidiariedade do Direito Penal, uma vez que, aumentando o respeito às garantias do cidadão menor será a necessidade de incidência do Direito Penal. Assim, seguem os referidos autores alegando que “quanto menor a esfera de atuação do Direito Penal mais fácil o controle do cumprimento das garantias fundamentais”.³³

Nesse sentido, Yuri Carneiro Coelho defende que para se evitar a desvirtuação do princípio da intervenção mínima, culminando na transformação do Direito Penal em um instrumental simbólico, há de se pensar, antes de fazê-lo incidir, se existem outras formas de resolução do conflito que sejam menos gravosas ao indivíduo³⁴.

Segue o mesmo autor afirmando que a ampliação indevida do campo de incidência do Direito Penal vai diretamente de encontro ao que se espera do Direito Penal aplicado por um Estado Democrático de Direito. Espera-se que, nesses Estados, o Direito Penal trate a não-liberdade como exceção, em vez de regra³⁵.

Então, à medida que a audiência de custódia atuará como um filtro limitador da desvirtuação do uso das prisões preventivas, se espera que os magistrados aproveitem a oportunidade e efetivamente analisem a necessidade e a adequação da conversão de uma eventual prisão em flagrante em prisão preventiva, concretizando o ideal de que a liberdade é a regra, e não a exceção.

Dessa forma, considerando que no Processo Penal a forma estabelecida é a garantia do alvo da persecução penal face às eventuais arbitrariedades cometidas pelo Estado no exercício do seu *jus puniendi*, aqui, o efeito paralisante da norma constitucional sobre as demais deve ser um dogma. Isso porque, onde há conflito entre o direito à liberdade de um cidadão e a necessidade de uma resposta rápida e efetiva à sociedade, torna-se mais fácil a ocorrência de incidentes sobre a dignidade da pessoa alvo de uma persecução criminal. O que não se pode esquecer é que, ainda que ao final se entenda pela culpa e se condene eventual cidadão, ele permanece tendo a sua dignidade ressalvada pela Constituição Federal³⁶.

³³ *Ibidem* p. 18

³⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**, Mandamentos, Belo Horizonte, 2013, p. 114.

³⁵ *Ibidem* p.116.

³⁶ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, fls. 26.

2.2.2. Devido Processo Penal

O Direito Penal e o Direito Processual penal devem ser pensados, formulados e aplicados de acordo com os ditames estabelecidos por nossa Constituição Federal de 1988 e, ainda, visando integrar a sua aplicação com as normas e tratados de Direito Internacional que o Brasil opte por se tornar signatário. Nesse sentido, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna”³⁷.

Dessa forma, o Direito Penal deve se atentar ao cumprimento de sua finalidade ética. De nada adiantará punir somente por punir. A justiça buscada pelo Direito Penal deve estar em consonância com a justiça social buscada em nossa Constituição Federal, calcando-se, para tanto, em aspectos concretos, quais sejam: as garantias fundamentais trazidas no bojo da CF/88³⁸.

Assim, ainda em virtude do caráter subsidiário do Direito Penal, tem-se a necessidade de garantir que tal ramo do Direito, além de regulamentar o *ius puniendi* do Estado, seja um limite em si mesmo a fim de afastar, ou reduzir ao máximo, a arbitrariedade estatal.

Então, considerando que, o Direito Processual Penal, em sua forma mais plena, deve ser encarado como uma forma de preservação da liberdade do ser humano – e, repita-se, não como forma de se dar uma resposta rápida à sociedade frente a um fato criminoso -, ele mesmo deve estabelecer os seus limites. Tais limitações decorrem justamente do princípio do devido processo penal, o qual atua como um freio constitucional - uma vez que seus ditames devem estar em plena consonância com a Magna Carta -, aos procedimentos estatais que se encontrem à margem do sistema democrático de direito³⁹.

O princípio do devido processo penal, na visão de Benedito Roberto Garcia Pozzer, é uma espécie integrante do gênero devido processo legal, representando a busca pela máxima

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1 – 19 ed. rev., ampl. e atual – São Paulo, Saraiva 2013, p. 42

³⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**; Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 142 e 143.

³⁹ BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 30.

concretização e respeito dos direitos individuais do acusado. Ademais, na visão do referido em sendo caso de inobservância deste princípio gera a nulidade da sentença⁴⁰.

Ademais, o mesmo autor leciona que o devido processo penal se relaciona intimamente com o respeito às formas. Assim, em sede processual penal, o respeito pela forma é uma garantia do indivíduo face a um possível exagero do Estado no exercício do seu *jus puniendi*⁴¹.

Há de se ressaltar que devido processo penal e formalismo não são ideias que se confundem. O formalismo é a ideia que prega pelo seguimento exagerado das formas estabelecidas em lei – o que acaba por ser também uma forma de se respeitar as garantias do indivíduo, uma vez que limita a arbitrariedade e a atuação discricionária -, o devido processo penal, por sua vez, visa resguardar o caráter democrático do Direito Processual Penal e o respeito às garantias fundamentais firmadas em sede constitucional⁴².

Nesse mesmo sentido, em relação à formalidade inerente ao Processo Penal, essa não deverá ser exacerbada. Deverá ocorrer na exata medida para resguardar o rito procedimental entendido como adequado, sem percorrer o caminho da formalidade exacerbada, que acaba por prolongar mais do que o necessário um processo que só pela sua instauração, independentemente de seu resultado, gera tantos danos ao alvo da persecução criminal estatal.

Dessa forma, conclui-se que o princípio do devido processo penal guarda relação estreita com a ideia da legalidade. Essa, na visão de Paulo Queiroz, decorre da necessidade de segurança jurídica, de controle do poder punitivo, de maneira a restringir a possibilidade de ocorrência de eventuais abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado)⁴³.

2.2.3. Contraditório e ampla defesa

⁴⁰ Pozzer, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**/ Benedito Roberto Garcia Pozzer. – São Paulo: IBCCRIM, 2001, fls. 20.

⁴¹ *Ibidem* p. 21.

⁴² BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, fls. 31.

⁴³ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11ª edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015; p. 76

O sistema processual penal brasileiro deve sempre atuar para buscar a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo sobre o qual a persecução penal recai. Dentre tais garantias, há de se buscar, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Isso porque, não é devido à uma eventual ação penal correndo contra si ou até mesmo devido ao cumprimento de pena decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado que o indivíduo deixa de ser um cidadão, que ele perde a sua condição humana.

Assim, em decorrência da necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana e, ainda, devido à busca pela máxima efetividade e concretização do devido processo penal, é que surgem os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O exercício do contraditório deve ser exaustivo, deve ser sempre observado, uma vez que somente por meio de sua observância é que irá se observar o equilíbrio entre as partes – afastando a situação de superioridade da acusação, sendo esta decorrente da natural aproximação entre acusação e órgão julgador.

Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues ensinam que, em sede processual penal não se faz suficiente exigir apenas a disponibilização, a possibilidade de um contraditório, gerando assim o exaurimento de suas potencialidades⁴⁴.

Entretanto, é cediço que o sistema processual acusatório adotado no Brasil não permite o contraditório na fase investigativa. No Brasil, os atos investigativos são realizados de maneira discricionária pelo delegado de polícia – nos termos dos arts. 6^o⁴⁵ e 7^o⁴⁶ do CPP

⁴⁴ BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 45/46.

⁴⁵ Art. 6^o Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

⁴⁶ Art. 7^o Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

– não cabendo, via de regra, manifestação do investigado antes da realização do ato investigativo.

Assim, no processo penal brasileiro, ocorre o chamado contraditório diferido ou postergado. Neste, quando um ato realizado em sede investigativa e, por isso, pré-processual, será observado o direito ao contraditório quando da instrução criminal – momento em que a defesa do acusado irá se contrapor ao que fora colhido em caráter investigativo⁴⁷.

Nesse sentido, a figura do contraditório diferido é a concretização do binômio informação – reação que deve traduzir o princípio do contraditório. Dessa forma, para concretizá-lo se faz necessário não somente que o indivíduo tenha conhecimento da prática de determinado ato, mas que também se manifeste acerca de sua prática e de seus resultados afim de garantia a sua participação na formação do convencimento do juiz⁴⁸.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, consiste na garantia ao alvo da persecução criminal de que seu direito à informação – ainda que este somente se concretize após a prática de determinado, resguardando-se assim a efetividade da investigação -, o direito de se obter as provas de maneira lícita, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, desentranha dos autos as provas ilícitas. Por fim, é por meio da ampla defesa que se busca a concretização do princípio do contraditório⁴⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos no que tange ao exercício da persecução penal, considerando que esta pode atingir um dos direitos fundamentais do indivíduo, qual seja, a sua liberdade, deve-se sempre buscar a verdade real – e não a verdade processual (aquela extraída do que consta nos autos). Porém, a busca pela verdade real, na visão de Benedito Roberto Garcia Pozzer, deve sempre observar o contraditório e a ampla defesa, de maneira que, em sendo descobertos fatos novos – ou, ainda, em sendo juntado aos autos peças sobre as quais ambas as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar, deverá haver a efetivação destes princípios de maneira a salvaguardar o devido processo penal⁵⁰.

⁴⁷ BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003Rodrigues, p. 43.

⁴⁸ *Ibidem* p. 44.

⁴⁹ *Ibidem* p. 43.

⁵⁰ Pozzer, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**/ Benedito Roberto Garcia Pozzer. – São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 21.

2.2.4. Proporcionalidade

A ideia da proporcionalidade remete, quase que automaticamente, à ideia de equilíbrio. É proporcional aquilo que está em consonância com o esperado, que não atua nem em excesso nem de maneira insuficiente. Assim, o princípio da proporcionalidade é aquele que traz a necessidade da busca pelo equilíbrio entre a pena aplicada ao fato estabelecido em uma norma penal incriminadora e entre esta e o esperado pelo Direito Penal dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Yuri Carneiro Coelho entende que a proporcionalidade é a medida da razoabilidade⁵¹.

Dessa forma, a relação do princípio da proporcionalidade com o Direito Penal decorre, também, de seu caráter subsidiário. Assim, como já anteriormente explicado por diversas vezes, o Direito Penal constitui a *ultima ratio* de controle social e, em assim sendo, o princípio da proporcionalidade atua no Direito Penal em decorrência da

necessidade de análise sistemática entre a medida penal restritiva de liberdade e pelo bem jurídico a ser tutelado por aquela norma penal, retratando os juízos de adequação para tutela do bem jurídico, da sua necessidade, e, por fim, da efetiva ponderação entre os valores representativos do bem a ser tutelado e dos bens representativos de valores fundamentais, que, pela tutela penal, têm de ser relativizados, quais sejam, o valor liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana⁵².

Assim, Luis Luiz entende que, devido ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de uma sanção penal sobre um fato penalmente punível somente será legítima, ou seja, somente estará atendendo aos preceitos de um Direito Penal Democrático, quando tal sanção se mostrar “proporcional a importância do bem, a gravidade da ofensa e a intensidade de culpabilidade do agente”⁵³⁵⁴.

Na visão de Sebastián Borges de Albuquerque Mello, tal princípio atua também como forma de controle da intervenção estatal em decorrência da necessidade de adequação

⁵¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal**. Salvador: JusPodivm, p. 80.

⁵² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**, Mandamentos, Belo Horizonte, 2013, p. 103 e 104.

⁵³ LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre – RS, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2º ed. revis. aument. , 2003, p. 184.

⁵⁴No mesmo sentido, René Ariel Dotti entende que “a proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59); e de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito”. DOTTI, René Ariel, 1934 – **Curso de direito penal: parte geral**; Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64

entre a pena aplicada ao fato definido como ilícito penal, bem como em virtude de seu papel de mandado de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental⁵⁵.

Assim, nos dizeres do referido autor, no contexto de um Estado Democrático de Direito - entendendo que tal modelo estatal atua de maneira a evitar a sobrevivência de um “Estado de polícia” caracterizado pela intervenção estatal máxima e liberdade individual mínima -, não há como se conceber a pena imposta pelo Direito Penal sem a entender como uma afronta, ainda que legitimada – seja pela ideia da proteção aos bens jurídicos mais relevantes seja pela doutrina da prevenção da violência maior -, aos Direitos Fundamentais.

A legitimação da intervenção penal, então, encontra respaldo no afastamento dos Direitos Fundamentais do suposto autor do fato, uma vez que este teria violado os Direitos Fundamentais de outrem. Porém, há sempre que se ter em mente que tais direitos não podem, em nome de discurso algum, serem afastados de maneira excessiva, sendo, então, papel do princípio da proporcionalidade limitar tal afastamento ao que se mostrar estritamente necessário.

Então, partindo do pressuposto de que o princípio da proporcionalidade atua como um limitador da aplicação da pena por parte do Estado, no sentido de garantir que esta seja a adequada e necessária ao caso concreto, vê-se que a implementação e a realização da audiência de custódia constituem medidas válidas e perfeitamente capazes de auxiliar o magistrado na busca pelo equilíbrio entre a sanção⁵⁶, o fato praticado, as circunstâncias nas quais ele ocorreu e se a prisão é mesmo a única e melhor medida cabível. Concluindo a autoridade judiciária de forma diversa, deverá conceder a liberdade ao indivíduo preso e, em sendo o caso, determinar outra medida diversa da prisão, de maneira a realizar maximizar a aplicação dos princípios constitucionais penais e não somente o princípio da proporcionalidade.

⁵⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. In: COUTINHO, Luiz (ORGANIZADOR). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacelar**/ Luiz Coutinho/ Fabiano Pimentel/ Wanderley Ribeiro (orgs) – Salvador: ESA/BA, 2014, p. 315

⁵⁶ Em que pese a prisão em flagrante não constitua, em si, uma sanção penal propriamente dita (uma vez que consiste em prisão processual e não prisão decorrente de sentença penal condenatória), é inegável que o cerceamento da liberdade do indivíduo constitui uma forma de sanção que nem sempre se demonstrará adequada e necessária ao caso concreto.

Antônio Vieira, por sua vez, sustenta que se um processo não constitui um fim em si mesmo, uma vez que todo processo tem uma finalidade, servindo como um meio para alcançá-la, as medidas cautelares que visam salvaguardar o bom andamento do feito, logicamente, também não serão um fim em si mesmas. Assim, defende o Autor que o uso das medidas cautelares deve sempre observar a ideia da proporcionalidade⁵⁷.

Assim, segue o mesmo Autor afirmando que o uso de uma medida cautelar somente estará devidamente respaldado pela Constituição Federal pátria se

a) for apta a realizar os seus fins declarados; b) se for a medida menos gravosa capaz de realizar os pretendidos resultados; c) e se não significar, em última análise, uma violência maior do que a própria pena que pode vir a ser aplicada, na hipótese de condenação⁵⁸.

Dessa forma, conclui-se que o uso das medidas cautelares, em especial das medidas cautelares de natureza pessoal, deve sempre ocorrer de maneira excepcional, quando for estritamente necessário, sob pena de se estar ferindo o princípio da proporcionalidade, uma vez que se estaria correndo o risco de se atingir o sujeito passivo da persecução penal com algo mais gravoso do que uma eventual condenação o atingira.

2.2.5 Legalidade

Prevista no art. 5º, XXXIX da CF⁵⁹, segundo Paulo Queiroz, configura uma garantia expressamente prevista no texto da Constituição Federal de 1988 sendo, por isso, uma garantia para o cidadão que explicita a soberania da lei⁶⁰. Consiste na ideia de que somente por lei, em sentido estrito, emanada do poder legislativo, o Estado poderá legislar sobre matéria penal, caso contrário, o ato praticado será inconstitucional. Porém, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, outros atos diversos de lei em sentido estrito poderão dispor a respeito de matéria criminal desde que vise beneficiar o réu⁶¹. Dessa forma, tem-se que a legalidade criminal atua como um limite na interpretação das regras incriminadoras,

⁵⁷ VIEIRA, Antônio. **Princípio da proporcionalidade e prisão provisória**. Leituras complementares de processo penal, p. 444.

⁵⁸ *Ibidem* p. 445.

⁵⁹ Art. 5º, XXXIX, CF/88 “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”;

⁶⁰ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11ª edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015; p. 76

⁶¹ art. 22, I da CF: compete privativamente a união legislar sobre direito penal; excepcionalmente os estados-membros podem quanto a questões específicas, desde que tenha autorização em lei complementar para tanto (art. 22, §ú. Da CF).

mas não irá atuar limitando as normas permissivas, vez que estas visam a beneficiar o réu⁶².

A legalidade tem um caráter fortemente formalista e que, se mal compreendido ou se tiver sua utilização deturpada – no sentido de criminalizar condutas ínfimas ou estabelecer penas desproporcionais às condutas praticadas, bem como pecar pelo excesso estabelecendo a prática de atos que, em verdade, não são assim tão necessários à prestação adequada da jurisdição em sede criminal – pode culminar na supremacia da potestade punitiva em detrimento do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e da própria ideia do Estado Democrático de Direito⁶³.

Em suma, a legalidade e o devido processo penal consistem em garantias dos jurisdicionados face ao *ius puniendi* do Estado, uma vez que torna possível que os cidadãos saibam, previamente, se suas condutas são ou não fatos penais puníveis e, principalmente, qual punição poderá ser-lhes aplicada⁶⁴. Assim, segue o Autor afirmando que: “a limitação da potestade punitiva se faz necessária no momento da constituição de um sistema penal, e quando se aplicam ou se executam as sanções, com um conteúdo de garantia de proteção do cidadão frente ao Estado, ou do *status libertatis* frente ao direito de punir”⁶⁵.

Dessa forma, se estabelece a máxima vinculação do juiz àquilo que fora previamente tipificado pelo legislador, uma vez que, caso assim não o fosse, acabaria por haver uma “brecha” no sistema que possibilitaria a arbitrariedade estatal, culminando na adoção do Direito Penal Máximo – rechaçado pelo ideal do Estado Democrático de Direito que estabelece a prevalência do *status libertatis* e da manutenção do condenado no convívio social.

Assim, como já anteriormente mencionado, embora não haja lei em sentido estrito regulamentando a audiência de custódia, havendo somente a Resolução nº 213 do CNJ, tem-se que o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário (RE) 466.343/SP e Habeas Corpus (HC) 87.585/TO, firmou entendimento no sentido de atribuir à CADH valor supralegal.

⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. **O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais**. Direito Penal em tempos de crise. Org.: Lenio Luiz Streck; André Luis Callegari...[et al]. Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 174.

⁶³ *Ibidem* p. 156.

⁶⁴ *Ibidem* p. 157.

⁶⁵ *Ibidem* p. 159.

No dia 06 de janeiro de 2016, a Associação Nacional dos Magistrado Estaduais (ANAMAGES) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5448), cuja relatoria coube ao Ministro Dias Toffoli, questionando, justamente, a Resolução nº 213 do CNJ. A ADI, no entender do Ministro, fundou-se no “caráter normativo abstrato da resolução. No mérito, sustenta a ocorrência de inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência privativa do Congresso Nacional para dispor sobre matéria processual penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).

Em sua decisão, o Ministro Dias Toffoli negou seguimento à ADI em virtude da ausência de legitimidade *ad causam*, por entender que uma organização nacional que representa apenas parte de uma categoria profissional não detém legitimidade para ajuizar ações que versem sobre direitos e interesses de toda a classe⁶⁶⁶⁷.

Assim, considerando que já há entendimento no sentido de atribuir à CADH valor supralegal, tem-se que tal entendimento estabelece a prevalência da nossa Constituição Federal de 1988 (CF/88), acarretando a necessidade de que a CADH seja interpretada conforme a CF/88.

Por outro lado, embora considerando que segundo a Pirâmide Normativa de Kelsen, a CADH estaria localizada abaixo da Constituição Federal de 1988(CF/88) e acima das leis ordinárias, tal localização daria a ela prevalência sobre as demais disposições normativas, entre elas a lei em sentido estrito, não havendo, portanto, que se falar em usurpação de competência.

Nesse sentido, a Resolução nº 213 do CNJ não constitui ofensa ao sistema processual penal brasileiro, uma vez que apenas concretiza um mandamento internacional. Dessa forma, além da obrigatoriedade de se interpretar o Direito Penal conforme a CF/88 há, ainda, que se considerar que, uma vez que a CADH atua como paradigma orientativo do ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em possibilidade de não

⁶⁶ Nas palavras do Ministro: “a jurisprudência da Corte não tem admitido a legitimidade ativa de associação que representa apenas fração ou parcela da categoria profissional, quando o ato impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe. Nessas hipóteses de carência de representatividade, quando a associação requerente, em nome de parcela da categoria, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que diz respeito a toda a coletividade da classe, tem-se posicionado o Supremo Tribunal no sentido da ausência legitimidade ativa da autora.

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 5448. Impetrante: ANAMAGES. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5448&proce_sso=5448. Acesso em 29 de maio de 2016

implementação ou dispensa da realização da audiência de custódia com base no argumento da ausência de leis emanadas do Congresso Nacional.

2.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO

A Teoria do Etiquetamento ou Teoria do *Labelling Approach* consiste em uma reação social, uma vez que configura uma manifestação contrária à análise daquele que apresenta comportamento desviante – aqui entendido como criminoso – de acordo com as suas características individuais. Tal teoria, assim, visa analisar o “criminoso” considerando o sistema penal como um todo, o meio em que ele vive e os sistemas de controle existentes no momento do cometimento do fato delituoso⁶⁸.

Dessa forma, segundo tal teoria traz o crime como sendo uma construção social. Em outras palavras, a caracterização de uma conduta como um crime não configura uma reação automática à conduta de alguém. Uma conduta é um crime porque a sociedade assim a entendeu, independentemente de quem a tenha praticado⁶⁹.

José Flávio Braga Nascimento ensina que a Teoria do *Labelling Approach*, em verdade, defende que o crime e a delinquência não são fenômenos ontológicos, isso porque os seus estabelecimentos não derivam de critérios objetivos, mas sim se critério de grupos parciais, discriminadores e “superiores”, que atuam em interesse próprio de maneira a afastar e afetar aqueles que estejam longe do dinheiro e do poder⁷⁰.

Assim, verifica-se então que a Teoria do Etiquetamento acarreta uma mudança de perspectiva: antes, o crime era visto como causa da necessidade de implementação de instrumentos de controle social. Após a apresentação de tal teoria, muda-se o prisma de visão e se inicia a visualização daquele que apresenta comportamento desviante como uma consequência da vida em sociedade, como uma consequência daquilo que a sociedade entende como sendo um crime, como sendo errado.

⁶⁸ SILVA, Raíssa Zago Leite da. **Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização**. Revista *Liberdades*, nº 18. Janeiro/abril de 2015. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 08

⁶⁹ *Ibidem* p. 10.

⁷⁰ NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Curso de Criminologia**/José Flávio Braga Nascimento. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 73.

Então, neste momento, o “etiquetamento” do indivíduo ocorria quando este apresentava um comportamento desviante. Dito de outra forma: em decorrência do cometimento de um crime, um sujeito seria estigmatizado como alguém incapaz de se adaptar aos valores daquela sociedade, do qual, em regra, irá acabar por permanecer no mundo ao qual a estigmatização o introduziu ao invés de, como seria desejado, ser reeducado e readaptado ao convívio em sociedade⁷¹.

Alessandro Baratta defende que a teoria do *Labelling approach* caminha em duas direções: a primeira – aquela que visa o estudo da formação da personalidade desviante – e a segunda, como sendo aquela que estuda os efeitos do etiquetamento decorrente da prática de um crime na personalidade do indivíduo⁷².

Dessa forma, combinando o etiquetamento do indivíduo pelo sistema – por meio, por exemplo, de antecedentes criminais, da mídia etc. – com o desejo natural que a sociedade possui de punir aqueles que praticam atos atentatórios à manutenção da paz social – de tal maneira que esta seja reestabelecida -, tem-se o estabelecimento das penas. Estas, detêm a função de prevenir a prática de novos delitos, vez que isolados, em tese, o indivíduo estaria impedido de praticar novos atos e de ressocialização do preso, vez que, em cárcere, na teoria, ele seria reeducado e reabilitado ao convívio social⁷³.

Em “As prisões da miséria” de Loic Wacquant, vemos que a vulgarização da teoria da vidraça quebrada, de maneira que esta passe a, pelo menos aparentemente, sustentar que é por meio da luta contra os pequenos crimes que se fará recuar a grande criminalidade, servindo como justificativa para reorganização do sistema criminal, visando dirimir o medo da classe média e da classe superior, por meio de uma evidente perseguição à classe pobre, culminando em uma aplicação inflexível da lei sobre os delitos menores. Segundo o autor, esse entendimento acaba gerando a “penalização da pobreza”⁷⁴.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução: Juarez Girino dos Santos. -3. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 89

⁷² *Ibidem loc. cit*

⁷³ SILVA, Suzane Cristina da. **Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do Labelling approach**. Revista liberdades. Maio/agosto de 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 13.

⁷⁴ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Paris: Raison d’Agir, 19999, p. 16 e 17.

A ideia de se punir com todo o rigor inerente à legislação criminal os delitos que não perturbam tanto assim a paz social, quais seja, aqueles delitos considerados rotineiros, cotidianos, para que assim se esteja combatendo o “mal” em sua origem, consiste em um uso metafórico da teoria da teoria das janelas quebradas, é defendida com base no argumento de que, em havendo tolerância às pequenas infrações, estar-se-ia abrindo portas para o cometimento de crimes mais graves⁷⁵.

A política criminal acima referida e aparentemente adotada no Brasil, uma vez que, aqui, não há efetivamente uma isonomia na distribuição do tratamento quando se trata de procedimento criminal⁷⁶, uma vez que, na visão de Alessandro Baratta, há uma tendência por parte dos juízes – e da população em geral -, de esperar um comportamento dentro dos limites da lei por parte daqueles indivíduos pertencentes à classe média e à classe alta, o que não se verifica em relação aos indivíduos da classe baixa⁷⁷.

Entretanto, segundo Maíra Rocha Machado, a audiência de custódia consiste em um marco na busca pela mudança da maneira com a qual as instituições integrantes do sistema criminal brasileiro lidam com a problemática das consequências de sua atuação demonstrando, claramente, que não se tem mais espaço para a exclusão social decorrente de prisões provisórias que são aplicadas quase que automaticamente para setores específicos da população brasileira⁷⁸.

Dessa forma, ainda na visão de Alessandro Baratta, a ideia da igualdade de tratamento que tanto permeia o Direito Penal configura um mito sendo, então, o Direito Penal – e a forma de estruturação e uso do sistema -, um ramo jurídico desigual por excelência⁷⁹.

Ademais, tendo em vista que no Brasil vige um aspecto padronizado daquele que será presumido criminoso, qual seja, negro e pobre, vê-se claramente que a condição de

⁷⁵ REIS, André Wagner Melgaço. **A Teoria das Janelas Quebradas (*broken Windows theory*)*, o programa tolerância zero e os delitos de bagatela**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 18 (jun/jul. 2007)

⁷⁶ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Paris: Raison d’Agir, 1999, p. 20.

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução: Juarez Girino dos Santos. -3. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 178.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81601-fonape-audiencia-de-custodia-esta-relacionada-ao-combate-a-exclusao-social>. Acessado em 11/10/2016. Luiza Fariello. Agência CNJ de Notícias.

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução: Juarez Girino dos Santos. -3. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162.

criminoso, infelizmente, não é estabelecida de maneira igual para todos⁸⁰, contradizendo a ideia de que no Direito Penal em geral vige o ideal da isonomia.

Assim, como já explicitado anteriormente, um dos principais objetivos da audiência de custódia é a manutenção do *status libertatis* do indivíduo. Porém, “a intervenção do sistema formal de controle tende a impor um estereótipo ao indivíduo que teria cometido o ato criminalizado, o que seria capaz de mudar drasticamente sua identidade pessoal perante a sociedade, com implicações em sua estrutura psíquica”⁸¹, o que acarreta a necessidade de se tomar muito cuidado com a forma de realização da audiência de custódia pois, em não havendo o preparo adequado daqueles envolvidos em seu procedimento, pode-se acabar deixando que as impressões e expectativas pessoais destes influenciem exageradamente em uma análise que, em sua essência, deve ser mais objetiva do que subjetiva.

⁸⁰ *Ibidem loc. cit*

⁸¹ SILVA, Suzane Cristina da. **Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do Labelling approach**. Revista liberdades. Maio/agosto de 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 12.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Direito Processual Penal é o ramo do Direito de regula a incidência da norma penal, estabelecendo os tramites, a forma como o sistema penal deve atuar. Assim, devido a consequência que pode acarretar, qual seja, o cerceamento da liberdade do indivíduo, tal ramo do Direito deve respeitar ao máximo os preceitos e garantias fundamentais.

Diante disso, é inegável o caráter instrumental do Processo Penal. Porém, tal caráter instrumental, ao contrário do que já fora eventualmente entendido, não o faz um ramo do Direito subsidiário sendo, por conseguinte, o Direito Processual Penal um ramo do Direito dotado de autonomia.

Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho explica:

O Direito Processual está ordenado segundo uma reconstrução histórica, não como um fim em si mesmo, senão como meio, como instrumento para conseguir um fim que preexiste a ele e o transcende, a saber, a atuação do Direito material; o Direito material tem necessidade, para a sua atuação, de instrumentos processuais, sem que estes se identifiquem com aquele.

(...)

No que concerne ao Direito Processual Penal propriamente, mais clara se apresenta tal instrumentalidade, uma vez que não sendo o Direito Penal de coação direta, e uma vez que o Estado autolimitou o seu *jus puniendi*, não se concebe a aplicação da pena sem processo.⁸²

Nestor Távora, por sua vez, ensina que a instrumentalidade do processo está diretamente ligada à sua autonomia, ainda que seja por meio de tal característica que se estabeleça que o processo penal serve como meio de concretização do Direito Penal material. Dessa forma, explica o referido autor que o Direito Processual Penal consiste em uma técnica capaz de concretizar a sanção penal estabelecida no campo do direito material em virtude de um eventual cometimento de fato tipificado como crime⁸³.

Apesar do seu caráter instrumental, o Direito Processual Penal não é regido pelos mesmos princípios e pelas mesmas diretrizes do Direito Penal. Em outras palavras, uma vez que possui independência normativa, didática e principiológica, tal ramo do Direito constitui ramo autônomo, não sendo submisso ao Direito Penal material.

⁸² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª ed. De acordo com as Leis n. 11.689 e 11.719, todas de junho de 2008.. Saraiva, 2009, p. 28 e 29.

⁸³ TÁVORA NETO, Nestor Nénton Fernandes. **Princípio da adequação e julgamento antecipado do mérito penal**. Salvador: JusPodivm, 2009; p. 24 e 25.

O processo penal brasileiro é regido pela presunção constitucional de inocência. Dessa forma, em sede processual, vige a ideia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa forma, em sendo o processo penal o ramo do Direito por meio do qual o Estado concretiza o seu *ius puniendi*, também é por meio de tal ramo jurídico que o Estado limita o seu *ius puniendi*. Sendo então o processo penal é regido pelo garantismo absoluto.

O garantismo absoluto é a ideia de que a forma, em sede processual penal, é garantia do indivíduo a quem eventual fato delituoso é atribuído. A forma, no Direito Processual Penal, é a principal garantia que tal indivíduo terá para se proteger contra uma possível arbitrariedade estatal, uma vez que tal direito afronta justamente um dos bens jurídicos mais precioso do indivíduo: a sua liberdade.

Assim, uma das formas que o Processo Penal encontrou para tornar possível a sua efetivação resguardando os direitos e garantias fundamentais do alvo da persecução penal foi a criação e implementação das medidas cautelares.

Embora seja cediço que no Brasil não se admite um processo cautelar autônomo, uma vez que, segundo Nestor Távora, a impossibilidade de resolução antecipada do mérito em uma lide penal se deve ao fato de que nestes casos se está lidando com bens indisponíveis⁸⁴, fazendo-se necessário que se assegure ao indivíduo o direito de passar por todas as vias inerentes à persecução penal antes de adquirir o *status* de culpado, é notório que, por diversas vezes, se faz necessário o uso das chamadas medidas cautelares de natureza pessoal.

Em relação ao tema, Aury Lopes Júnior ensina que “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”.⁸⁵

Assim, a tutelar cautelar, no tocante ao processo penal, visa resguardar tanto a integridade física do imputado quanto a correta apuração do fato delituoso que, ressalte-se, nem sempre terminará com a condenação do Réu.

⁸⁴ TÁVORA NETO, Nestor Nérton Fernandes. **Princípio da adequação e julgamento antecipado do mérito penal**. Salvador: JusPodivm, 2009; p. 21.

⁸⁵ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – vol. II**. 7ª ed. Lumen Juris, 2011, p. 53.

As medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas que atingem a liberdade do imputado de maneira a lhe cercear ou restringir tal direito. O grau da intervenção temporária na liberdade do sujeito passivo da persecução penal será determinado de maneira diretamente proporcional ao risco trazido pelo imputado à integridade do deslinde do feito. Dessa forma, poderá o sujeito passivo ter decretada a sua prisão preventiva ou temporária e, em sendo menor o risco, medidas cautelares diversas da prisão, nos moldes do art. 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Nesse sentido, é importante ressaltar que o uso das prisões temporárias em geral deve ter a sua necessidade extremamente avaliada pelo magistrado, uma vez que o seu uso inadequado constitui ofensa grave ao preceito constitucional da presunção de inocência.

Em relação ao tema, Guilherme de Souza Nucci entende que para que se lance mão da prisão cautelar é imperioso que o magistrado analise, com o maior zelo possível, a sua real e efetiva necessidade. Isso porque, há de sempre se ter em mente que a liberdade é a regra, configurando a prisão de um indivíduo antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória uma autêntica exceção, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência.⁸⁶

Ocorre que, por diversos fatores, entre eles a falta de conhecimento da população em geral em relação ao funcionamento do sistema penal brasileiro como um todo, criou-se, a ideia de que o Direito Penal e o Processo Penal são mal utilizados, que o crime praticado não é punido ou não é punido de maneira adequada. Assim, tentando sanar tal equívoco interpretativo originado na falta de conhecimento acerca do tema, ocorreu uma distorção no uso das prisões temporárias brasileiras.

Além disso, destacando-se a não compreensão social acerca do princípio da presunção de inocência e do seu importante papel de vetor orientador da atuação do persecutor penal no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, há, ainda, a constante sensação de que, ao passo que a polícia realiza as prisões, a justiça solta os indivíduos, contribuindo, em conjunto com o acima explicitado, com a distorção do uso das medidas cautelares, de maneira a, em detrimento do respeito aos direitos e garantias do indivíduo alvo da persecução penal, dar à sociedade uma resposta rápida e – aparentemente – efetiva às perturbações sociais.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, vol.2. 8ª ed. Forense, 2014, p. 732.

Dessa forma, o que antes era para ser exceção, visto que o ordenamento jurídico prevê medidas cautelares diversas da prisão, na prática passou a ser a regra, culminando no aumento significativo da população carcerária brasileira em que, muitas vezes, tais prisões são desnecessárias e, por vezes, ilegais. Isso porque, segundo o coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), juiz Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi

as audiências de custódia são uma providência concreta para fazer frente à ideia de que, com a prisão, tudo se resolve, cultura essa que se instalou entre todos nós e está arraigada na forma como agem os atores da justiça criminal, também contaminando o pensamento de todos os setores da sociedade, que têm dificuldade de perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade⁸⁷.

Porém, uma vez que a audiência de custódia traz em sua essência a necessidade de uma análise objetiva acerca da necessidade e da adequação de uma prisão em flagrante, a sua implementação vem confrontar diretamente o (mau) uso das medidas cautelares de natureza pessoal sendo essas, então, as mais relevantes para o presente trabalho.

Em caminho oposto ao traçado pelo chamado Processo Penal do Inimigo, tem-se o chamado Processo Penal Garantista. Este, na visão de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues, funda-se na ideia de proteção máxima dos cidadãos, através de uma limitação da atuação estatal de maneira a torna-la compatível com os princípios constitucionais fundamentais⁸⁸.

Dessa forma, defendem os referidos autores que é por meio do processo penal garantista e a máxima defesa que se resguarda os interesses da defesa que, em sede processual penal, é o polo hipossuficiente⁸⁹. Assim, conclui-se, então, que um dos pilares do processo penal garantista está na real concretização do contraditório e da ampla defesa, uma vez que estes são os meios mais efetivos de se mitigar a desigualdade substancial existente entre os participantes da relação jurídica-processual penal.

3.1 A PRISÃO EM FLAGRANTE

⁸⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>. Acessado em 10/10/2016.

⁸⁸ BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia, p. 16.

⁸⁹ *Ibidem* p. 45.

No Brasil há dois tipos de prisões penais: a prisão pena, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado e a prisão processual (ou provisória.) Esta se divide em prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Para o presente trabalho, interessa aprofundar o estudo da prisão em flagrante.

É importante ressaltar que, uma vez que consistem em normas restritivas de direito (liberdade de locomoção), as normas relativas à prisão devem ser interpretadas de maneira estrita, não sendo, por isso, admissível a sua ampliação nem a utilização de analogia (exceto nos casos de analogia *in bonam partem*)⁹⁰.

No processo penal brasileiro, embora, como já anteriormente explicitado, não exista um procedimento cautelar autônomo, há a possibilidade de adoção de medidas cautelares cujo objetivo é assegurar o eficiente deslinde do feito.

A prisão em flagrante está prevista no art. 301⁹¹ do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) e tem como finalidade interromper a prática de um delito ou evitar que eventuais vestígios de tal fato sejam perdidos. Assim, tal modalidade de prisão, em virtude de sua íntima relação com o momento da prática do delito é a única em que se autoriza a privação da liberdade do indivíduo sem a necessidade de prévia autorização judicial.

De acordo com Paulo Rangel, o preceituado no mencionado artigo traz duas espécies de flagrante: o facultativo – referente à opção dada *a qualquer do povo* no sentido de não ser defeso a qualquer cidadão a possibilidade de realizar a prisão de quem quer que seja encontrado nas circunstâncias autorizativas de decretação de prisão em flagrante previstas no art. 302⁹² do CPP, tratando-se assim de exercício regular de um direito; a segunda hipótese é o flagrante obrigatório, coercitivo – aquele que impõe às autoridades policiais e seus agentes a obrigatoriedade de realizar a prisão em flagrante quando esta se mostrar necessária⁹³.

⁹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26.

⁹¹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

⁹² Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

⁹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 760

Renato Brasileiro de Lima, por sua vez, defende que flagrante seria uma característica do delito e não da prisão em si. Isso porque a prisão em flagrante se refere a um delito que está sendo cometido ou que tenha acabado de ocorrer⁹⁴.

O estado de flagrância decorre da certeza visual da prática de um crime. Esta gera para os agentes estatais a obrigação, e para os particulares a faculdade de parar a conduta delitiva do agente através da detenção do autor do suposto fato delituoso⁹⁵. Então, é justamente devido à urgência trazida pelo estado de flagrância que se entende que esta é a única modalidade de prisão admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro que não necessita de autorização judicial prévia.

Justamente por isso, Aury Lopes Jr. defende que o flagrante é uma medida precária. A dita precariedade, assim, decorre da não destinação da prisão em flagrante para satisfação do resultado final de uma eventual persecução criminal, mas sim do seu intuito finalístico de encerrar a visibilidade do delito, sendo esta o *fumus commissi delicti* – elemento suficiente a ensejar a dispensa da necessidade de autorização judicial para a realização de uma prisão em flagrante⁹⁶.

O mesmo autor, porém, entende que devido à precariedade a prisão em flagrante não configura uma medida cautelar pessoal. Para este autor, a necessidade de submissão do APF ao controle judicial – seja antes ou depois da implementação da audiência de custódia -, constitui, em verdade, uma medida precauteladora. Isso porque, como já anteriormente explicado, a prisão em flagrante, ao contrário das demais medidas cautelares, não se destina a satisfazer o resultado final do processo, mas sim a colocar o indivíduo, supostamente encontrado no momento da prática de um fato delituoso, à disposição do juiz competente para que este adote ou não uma verdadeira medida cautelar⁹⁷.

Então, diante dos argumentos do referido autor e, ainda, considerando que a prisão em flagrante não configura um fim em si mesma, nem jamais poderá ser utilizada como forma de assegurar o cumprimento de pena decorrente de uma eventual condenação e, tendo em vista ainda que somente a sua prática não legitima a manutenção do flagranteado em

⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**; 3 ed. Salvador, JusPodivm; p. 895

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Habeas Corpus: considerações para uso tópico. Leituras complementares de processo penal**. Organizador: Rômulo Moreira. Salvador, JusPodivm, 2008, p. 32.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Habeas Corpus: considerações para uso tópico. Leituras complementares de processo penal**. Organizador: Rômulo Moreira. Salvador, JusPodivm, 2008, p. 32.

⁹⁷ *Ibidem loc. cit*

cárcere – e, justamente por isso, sua realização deve ser sempre analisada pelo judiciário afim de evitar excessos e prisões indesejadas -, o caráter excepcional da prisão em flagrante é notório.

Em suma, em relação ao caráter precautelador da prisão em flagrante defendido por Aury Lopes Jr., conclui-se que este decorre da destinação da lavratura do APF, qual seja: preparar, instrumentalizar uma eventual medida cautelar propriamente dita⁹⁸.

No mesmo sentido de Aury Lopes Jr., Ricardo Augusto Schmitt entende que a prisão em flagrante possui natureza precauteladora, uma vez que tal prisão não se destina a acautelador o bom deslinde do feito, mas sim impedir que todos os efeitos do ato teoricamente delituoso praticado se efetivem, bem como, colocar o flagranteado a serviço do juiz competente para que este analise a necessidade ou não de aplicação de alguma medida cautelar, seja essa pessoal ou não⁹⁹.

Assim, uma vez que a prisão em flagrante busca, entre outras coisas, fazer cessar a prática do delito, possibilitar a colheita de elementos informativos necessários à elucidação do fato e proteger a integridade do indivíduo preso – em virtude da possibilidade de uma eventual comoção popular que culmine em agressões a ele -, atualmente se entende que tal prisão, por si só, não configura razão suficiente para a manutenção da privação da liberdade do indivíduo¹⁰⁰.

A ideia de situação de flagrância se relaciona não somente com a imediatidade entre a prática do crime e a sua constatação. A permissão da prisão de um indivíduo sem a prévia autorização judicial para tal conduta se justifica pelo disposto no já mencionado art. 301 do CPP. A previsão de que “qualquer do povo pode” e “as autoridades devem” trazem a ideia da facultatividade da realização da prisão em flagrante. Nesse sentido, Daniel Nicory do Prado defende que tal permissão decorre da indignação decorrente do testemunho da prática de um delito, seja por um particular seja por um agente estatal e, por isso, todos recebem do Estado, além da promessa de atuar para evitar a prática de delitos, a faculdade de fazê-lo por conta própria¹⁰¹.

⁹⁸ *Ibidem* p. 35.

⁹⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Prisões Provisórias: espécies, natureza e alcance**. Leituras Complementares de Processo Penal. Organizador: Rômulo Moreira, Salvador. JusPodivm, 2008, p. 332.

¹⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**; 3 ed. Salvador, JusPodivm; p. 896

¹⁰¹ PRADO, Daniel Nicory do. **Autos da barca do inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2010, p. 53.

Assim, a prisão em flagrante é, inicialmente, um ato meramente formal e objetivo, no qual não há análise de mérito, ou seja, não há análise acerca da ilicitude, da culpabilidade, da imputabilidade etc. Leva-se em conta somente as circunstâncias suspeitas de determinada situação, ou seja, considera-se, como hipótese autorizativa da realização da prisão em flagrante, a aparência da tipicidade da conduta praticada¹⁰² prevista como crime. Porém, em se tratando de crime de menor potencial ofensivo, aqui também englobadas as contravenções penais, não há que se falar em lavratura do auto de prisão em flagrante, mas sim em lavratura de Termo Circunstanciado.

O art. 306 do CPP estabelece que:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.¹⁰³

Tal artigo traz o procedimento a ser adotado em caso de lavratura de APF. Antes da implementação da audiência de custódia havia apenas a necessidade de encaminhamento do auto de prisão em flagrante, em até 24h (vinte e quatro horas) e de tudo mais que tivera sido colhido quando da apuração do fato delituoso ao magistrado, ao Ministério Público, ao defensor do imputado e ao membro de sua família ou pessoa por ele indicado.

Assim, o procedimento anterior à audiência de custódia era, na visão dos autores acima mencionados consistia na “fronteira do papel, estabelecida no art. 306, §1º do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado”.¹⁰⁴

A “fronteira do papel”, citada por Aury Lopes, refere-se à desnecessidade de encaminhamento pessoal do preso, procedimento que não dava à autoridade judiciária elementos suficientes a analisar adequadamente a (des)necessidade da conversão da

¹⁰² Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima ensina que “inicialmente, a prisão em flagrante funciona como mero ato administrativo, dispensando-se autorização judicial. Exige apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 3 ed. Salvador, JusPodivm; p. 896;

¹⁰³ BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3/10/1941

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Auri; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209. Acessado em 05/04/2016

prisão em flagrante em prisão preventiva. Isso porque, o contato somente com os elementos transcritos em sede policial faz com que o auto de prisão em flagrante seja, na visão de Daniel Nicory do Prado “um potencial instrumento de legitimação e encobrimento de arbitrariedades”¹⁰⁵.

A visão do último autor decorre do fato de, ao reduzir a termo as declarações prestadas em sede policial pelos participantes da prisão em flagrante, grande parte da espontaneidade presente na oitiva destes se perde, uma vez que as características pessoais presentes no momento são impossíveis de serem transcritas de forma fidedigna em um documento escrito.

É de tal fato que decorre a maior importância da audiência de custódia. O fato dela, conforme acima explicitado, acarretar a necessidade de encaminhamento pessoal do indivíduo preso à presença da autoridade judiciária, constitui, também, forma de adequar o sistema processual brasileiro às diretrizes dos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, uma vez que, em sendo uma oportunidade da autoridade judicial ter contato pessoal com o preso, espera-se uma avaliação mais objetiva e concreta das circunstâncias que levaram ao cometimento do fato objeto do APF – sem, como esclarecido anteriormente – adentrar às questões de mérito processual -, poderá tal ato consistir numa forte forma de diminuição da população carcerária.

3.2 IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL

O processo penal, tal qual o direito processual civil, é regido pelo princípio do *tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege o ato. Dessa ideia, preceituada expressamente no art. 2º do CPP¹⁰⁶, extrai-se o entendimento de que, surgindo uma nova norma processual penal, esta deverá ser aplicada imediatamente, sem prejuízo dos atos já praticados.

Em outras palavras, ao surgir uma nova norma processual penal, esta deverá incidir sobre todos os processos – inclusive os que já se encontrem em andamento -, desde que o ato

¹⁰⁵ PRADO, Daniel Nicory do. **Autos da barca do inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2010, p. 10.

¹⁰⁶ Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior

ao qual se refere a eventual alteração não tenha sido praticado, uma vez que, em já tendo ocorrido, será considerado como ato perfeito e acabado.

Em se tratando de norma de natureza mista, ou seja, em se tratando de alteração em norma que verse simultaneamente sobre processo penal e sobre o direito penal material, ocorrerá a incidência distinta dos critérios de retroatividade da lei: em relação à parte processual, esta seguirá os ditames acima esclarecido e, em relação à parte de direito material, somente irá incidir sobre os delitos praticados após a sua vigência.

Ainda em relação à irretroatividade das alterações em normas de direito penal material, esta encontra-se limitada pelo benefício ou pela ausência deste: se beneficiar o sujeito ativo do delito, poderá retroagir; se o prejudicar, a retroatividade não será admitida.

Em relação à irretroatividade da lei processual penal, Paulo Queiroz defende que tanto estas quanto as normas de direito penal material possuem a função de salvaguardar os direitos do sujeito passivo da persecução penal em face da força opressora e desigual do Estado sobre este.

Dessa forma, entende o Autor que, entendendo que tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal devem ser encarados sob uma perspectiva garantista, o que deve, em verdade, ser observado não é a natureza jurídica da norma, mas sim o grau de garantismo que detém¹⁰⁷.

Assim, em relação à aplicação de nova lei processual penal, entende o referido Autor que

sempre que a nova lei processual for prejudicial ao réu, porque suprime ou relativiza garantias – v.g. adota critérios menos rígidos para a decretação de prisões cautelares, veda a liberdade provisória, restringe a participação do advogado etc. – limitar-se-á a reger as infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor; afinal, também aqui, a lei deve cumprir sua função de garantia, de modo que por norma processual menos benéfica se há de entender toda disposição normativa que importe em diminuição de garantias, e por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de garantias processuais.¹⁰⁸

Porém, em que pese a norma instituidora da audiência de custódia traga inúmeros benefícios e elementos intrínsecos que visam beneficiar o sujeito ativo do delito e salvaguardar seus direitos e garantias fundamentais, não há, em verdade, possibilidade

¹⁰⁷107 QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11ª edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015; p. 138 e 139.

¹⁰⁸ *Ibidem* p. 138

fática de fazer a sua incidência atingir as prisões em flagrante convertidas em prisões provisórias antes da entrada em vigor de tal forma.

Entretanto, a restrição à realização da audiência de custódia somente aos casos de prisão em flagrante adotada no Brasil não se coaduna com o entendimento predominante tanto em países que já a implementaram quanto nos próprios textos que tratam a respeito do tema. Nestes, conforme já explicitado anteriormente, realizar-se-á a audiência de custódia também para aqueles que estejam com prisões provisórias já decretadas e, ainda, aos que já possuem contra si sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

Assim, em sentido contrário ao que está sendo divulgado e realizado, os presos que tiveram suas prisões em flagrante convertidas em prisão provisória quando da entrada em vigor da Resolução nº 213 de 2015 do CNJ, também deveriam ter uma audiência de custódia para que se verificasse se ainda persiste ou não a necessidade da prisão.

Dessa forma, em que pese a posição adotada por Paulo Queiroz seja efetivamente a que mais coaduna com os pilares de um Estado Democrático de Direito e, como já deveras explicitado, a audiência de custódia possua o escopo de fazer valer a máxima de que a liberdade é a regra e a prisão a exceção, invertendo a má utilização das medidas cautelares e as readequando aos preceitos democráticos e garantistas, não há como, na realidade sistemática e prisional brasileira, fazê-la incidir sobre os flagrantes já convertidos.

Conclui-se então que em relação aos flagrantes anteriores à regulamentação da audiência de custódia, deverá aplicar a máxima do *tempus regit actum*, sendo estas, então, atos perfeitos e acabados.

Por outro lado, no tocante às prisões em flagrante realizadas após a vigência das normas instituidoras da audiência de custódia, estas deverão, sim, serem por ela tuteladas, sob pena de serem as eventuais conversões em prisão temporárias nulas de pleno direito.

Tendo em vista que a audiência de custódia ingressou no ordenamento jurídico brasileiro quando da assinatura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - CADH), tendo o Brasil se tornado signatário desta em 1992 e a promulgado também por meio do Decreto 678/92, parece certo entender que é a partir desse momento que ela se encontra instituída no Brasil, tendo a Resolução proferida pelo CNJ e pelos diversos Tribunais apenas caráter regulamentar.

Entretanto, considerando que entre a instituição da audiência de custódia e a efetiva busca pela sua efetiva realização em sede nacional transcorreu um lapso temporal

excessivamente longo, não há possibilidade fática de se tornarem nulas todas as prisões em flagrante realizadas entre 1992 e 2015.

Nesse sentido, buscando compatibilizar todos os interesses, Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen trazem algumas considerações interessantes. Para estes autores, se faz necessária a criação de uma regra de transição além da que se encontra disposta no art. 15 da Resolução nº 213 de 2015 do CNJ¹⁰⁹. Ademais, defendem também que somente será eivada de nulidade a medida cautelar de natureza pessoal em vigor, gerando assim a possibilidade de pedido de relaxamento da prisão, quando transcorrido o prazo antes mencionado, uma vez que o indivíduo não pode ter a sua liberdade ceifada por período indeterminado até que se fosse possível realizar a audiência de custódia¹¹⁰.

3.3 NULIDADE DA CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA SEM PRÉVIA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O sistema jurídico brasileiro é um sistema dotado de hierarquia no qual todas as normas devem estar em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Assim, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com os ditames estabelecidos na Carta Magna, uma vez que esta, de acordo com Dirley da Cunha Jr., enquanto norma jurídica fundamental é a base de toda a ordem jurídica nacional e o fundamento de sua validade¹¹¹. Dessa forma, uma norma jurídica que não atenda ao preceituado, ainda que implicitamente, no texto constitucional será nula de pleno direito.

A CF/88 traz, em seu artigo 60, §4º¹¹² as chamadas cláusulas pétreas, estabelecendo como tal, em seu inciso IV, os direitos e garantias individuais. As cláusulas pétreas são aquelas que possuem caráter imutável, não podendo, em regras, sofrer alterações. Tais cláusulas somente poderão ser alteradas se o objetivo for ampliar o seu campo de incidência.

¹⁰⁹ Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.

¹¹⁰ ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 108

¹¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição revista, ampliada e atualizada; Salvador: JusPodivm, 2012, p.111.

¹¹² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

A Carta Magna estabelece em seu artigo 5º, LIV e LV¹¹³ os princípios processuais constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Tais princípios, devido à sua localização¹¹⁴ no texto constitucional, possuem caráter de direito fundamental, sendo, então cláusulas pétreas.

O princípio do devido processo legal, na visão de Dirley da Cunha Jr., possui duas perspectivas: 1) formal ou procedimental e; 2) material ou substantivo. A primeira traduz-se como a necessidade de abertura de um regular processo como condição para a restrição de direitos. A segunda, por sua vez, consiste na imposição da exigência de adequação e razoabilidade nas decisões que estabelecem restrição a direitos¹¹⁵.

Em complemento ao devido processo legal, tem-se as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório. Esta refere-se ao direito que a pessoa acusada tem de manifestar-se a respeito da acusação antes que qualquer decisão acerca dela seja tomada, ao passo que, aquela refere-se à possibilidade de o acusado se defender e constituir prova em contrário.

Juntas, as três garantias fundamentais acima demonstradas, constituem os mecanismos constitucionais que garantem a qualquer pessoa sobre a qual recaia uma acusação o direito de dela defender-se de acordo com os ditames legais e constitucionais.

Entretanto, contrariando a CF/88 e os preceitos de um Estado Democrático de Direito, diversos tribunais vem entendendo que a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória sem a realização da audiência de custódia configura mera irregularidade, não sendo, então, suficiente para anular tal conversão. A título de exemplo de tal entendimento, tem-se o seguinte julgado:

TJ-MA - Habeas Corpus HC 0600222015 MA 0010586-24.2015.8.10.0000
(TJ-MA)
Data de publicação: 26/01/2016
HABEAS CORPUS. ART. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO

¹¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes :LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹¹⁴ Os princípios estão localizados no Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I: DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

¹¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição revista, ampliada e atualizada; Salvador: JusPodivm, 2012, p. 740.

PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. MERA **IRREGULARIDADE**. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ESTADO FLAGRANCIAL CONFIGURADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. 1-A respeitável decisão guerreada atendeu o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, vez que alicerçou-se na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, bem como na garantia da aplicação da lei penal, pois existem provas da existência do crime e de indícios da participação dos pacientes no nefasto comércio de entorpecentes, não havendo, portanto que se falar em falta de fundamentação. 2-A ausência de audiência de custódia prévia constitui mera irregularidade, não tendo o condão, por si só, de revogar a prisão preventiva dos ergastulados, quando presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP. 3-Estado flagrancial configurado. Paciente que foram flagrados tentando receber à droga que seria posta à comercialização. 4-Ordem denegada. Unanimidade. (grifo não existente no original)

Tal entendimento, porém, contraria os mandamentos constitucionais, uma vez que, ao interpretar a CF/88 nos termos do princípio da máxima efetividade – princípio que estabelece que as normas e princípios constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais, devem ser interpretados de maneira a atingir a maior efetividade possível, maximizando as suas potencialidades¹¹⁶.

Assim, ao entender que a não realização da audiência de custódia, já regulamentada na resolução 213/2015 do CNJ, constitui mera irregularidade, não sendo suficiente para invalidar a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória, está o aplicador do direito atentando contra os direitos e garantias fundamentais previstos em sede constitucional.

Ademais, a previsão da audiência de custódia em diversos pactos internacionais (art. 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas ¹¹⁷, bem como o art. 7º¹¹⁸, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - CADH)), faz com que seja necessário um controle de compatibilidade das leis. Tal controle, para Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa,

¹¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição revista, ampliada e atualizada; Salvador: JusPodivm, 2012, p. 230.

¹¹⁷ “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”.

¹¹⁸ “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”

não constitui uma faculdade atribuída ao magistrado, mas uma obrigação decorrente do princípio da supremacia da Constituição.

Nesse sentido, já existem julgados proferidos no sentido de atribuir à audiência de custódia a importância que lhe é devida, ordenando a expedição imediata de alvará de soltura aos indivíduos que tiveram suas prisões em flagrante convertidas em prisão preventiva sem a realização do procedimento adequado:

TJ-PR - Habeas Corpus HC 14929198 PR 1492919-8 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 11/03/2016

Ementa: DECISÃO: Acordam os Senhores Julgadores integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conceder a ordem impetrada, determinando a expedição de ofício ao juízo de origem para que expeça o competente alvará de soltura em favor do paciente Bruno Blum Egídio de Lima, se por "al" não estiver preso. EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343 /06.AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IRREGULARIDADE. VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 144 /2015 DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. DECISÃO ANULADA QUANTO À CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. FIXAÇÃO, EX OFFICIO, DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO DO ART. 319 , I , II , IV E V , DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL . ORDEM CONCEDIDA. (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1492919-8 - Colombo - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - - J. 25.02.2016)

TJ-PR - Habeas Corpus HC 14801382 PR 1480138-2 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 24/02/2016

Ementa: DECISÃO: Acordam os Senhores Julgadores integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, com expedição de ofício ao juízo de origem para que expeça alvará de soltura em favor do paciente José Ricassio Formiga Braga, se por "al" não estiver preso. EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343 /06.AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IRREGULARIDADE. VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 144 /2015 DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. DECISÃO PARCIALMENTE ANULADA QUANTO À CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. FIXAÇÃO DE OFÍCIO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ART. 319 , I , II , IV , V , DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL . ORDEM CONCEDIDA. (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1480138-2 - Curitiba - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - - J. 11.02.2016)

Deste modo, no entender dos referidos autores, o julgador não deve buscar somente compatibilizar as suas decisões com a Constituição Federal, mas, também, deve buscar compatibilizá-las com os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, principalmente em relação aos que versem sobre os Direitos Humanos¹¹⁹.

119 LOPES JR. Aury e ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** (parte 1)

Partindo dessa premissa e, considerando que, como já anteriormente demonstrado, as normas processuais penais possuem aplicabilidade retroativa imediata, ressaltando-se somente os atos já praticados, conclui-se não ser admissível tal entendimento, uma vez que ele afronta diretamente não só a Constituição Federal de 1988 como também os diversos pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Dessa forma, o entendimento correto parece ser o adotado pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. No julgamento do Habeas Corpus nº 1.358.323-2¹²⁰, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 3ª Vara Criminal.

Em seu voto, o relator Des. José Laurindo de Souza Neto, expôs que a nossa Constituição Federal prega uma aproximação com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, permitindo a integração do ordenamento jurídico interno com o Direito Internacional. Dessa forma, em sendo o Brasil signatário de diversos tratados que estabelecem a audiência de custódia, torna-se imperiosa a sua realização, uma vez que há, inclusive, risco de sanção internacional em decorrência do descumprimento, reconhecendo, ainda, o importante papel da audiência de custódia na redução da população carcerária provisória brasileira.

Desta maneira, entendeu por bem o relator anular a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória, uma vez que esta, no caso em tela, teria se dado sem o atendimento ao pressuposto legal, determinando a consequente expedição do alvará de soltura. Tal postura se coaduna perfeitamente com o esperado de um Estado Democrático de Direito que busca resguardar os direitos e garantias fundamentais coletivas e individuais e busca efetivar um Direito Processual Penal garantista, visando extinguir o chamado processo penal do inimigo.

Ademais, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ensinam que um ato processual será nulo sempre que o não cumprimento de uma norma processual penal – a exemplo do equivocadamente entendido de que a não realização da audiência de custódia configura mera irregularidade – configure prejuízo à parte ou haja presunção legal de tal prejuízo¹²¹.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acessado em: 10/07/2016.

¹²⁰ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf. Acessado em 10/07/2016

¹²¹ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: JusPodivm, p. 1487.

Em contrapartida, expõem os autores que há uma tendência em se flexibilizar a decretação de nulidades processuais, uma vez que estas, além de poderem configurar dilações processuais indevidas, não se coadunam com os princípios da celeridade¹²².

Porém, há que se observar que a tendência atual trazida pelos referidos autores não pode se sobrepor ao direito fundamental à liberdade. Este, uma vez que a sua privação desnecessária e indevida constitui afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos preceitos de um Estado Democrático de Direito.

Eugênio Pacelli, por sua vez, traz que um ato praticado em desconformidade com o preceituado em lei deverá ser, inicialmente, tratado como um ato eivado de *irregularidade* (o entendimento dos Tribunais aparenta seguir tal corrente) e, por isso, em virtude do princípio da instrumentalidade das formas que deverá ser analisada sob o prisma da legalidade, considerando às finalidades do ato e do processo¹²³.

Há, ainda, que se observar o disposto no art. 563 do CPP¹²⁴. Tal artigo traz a necessidade da ocorrência de prejuízo, para quaisquer das partes, para que seja necessária a declaração de nulidade do ato. Daí decorre a ideia de que a parte não poderá arguir nulidade a qual tenha dado causa, bem como, só poderá arguir nulidade que seja de seu interesse.

Ademais, da decisão que converte a prisão em flagrante em prisão provisória cabe o Habeas Corpus (HC), previsto no art. 5º, LXVIII da CF/88¹²⁵, sendo este, na visão de Eugênio Pacelli, o instrumento constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção (direito de ir e vir)¹²⁶.

Dessa forma, na visão do supramencionado autor, o HC será cabível contra ato atentatório ao direito de ir e vir não sendo, porém, necessário que já exista uma ordem de prisão

¹²² *Ibidem*, p. 1490.

¹²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 897 e 898.

¹²⁴ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

¹²⁵ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LXVIII** - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

¹²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 1019.

emitida em desfavor do indivíduo ou que este já se encontre preso. Basta que haja uma ameaça de lesão¹²⁷ ao direito de ir e vir para que tal ação seja cabível¹²⁸.

Diante de sua impetração, o desembargador relator da câmara para onde for distribuído terá duas opções: restando comprovada, de logo, o constrangimento ilegal ao flagranteado, em razão de sua manutenção em cárcere, irá conceder a ordem de soltura liminarmente ou, de outro modo, poderá requisitar informação ao juízo que fez a conversão e, somente após a prestação de tais informações, concederá ou não a ordem de soltura.

O HC, na visão de Paulo Rangel, é uma ação autônoma de impugnação cuja pretensão é de liberdade. Para tal autor, não configura recurso uma vez que estes necessariamente devem ser interpostos contra decisão ainda não transitada em julgado e tal obrigatoriedade não se verificada para o HC; o recurso somente deve ser refutar decisão judicial, ao passo que o HC é cabível contra decisão judicial, administrativa e contra ato de particular e, por fim, porque os recursos são cabíveis dentro da mesma relação jurídico-processual e o HC inicia uma nova relação jurídica, independentemente daquela de que origem à sua instauração ou, até mesmo, antes que haja uma relação jurídica instaurada¹²⁹.

Dessa forma, em sendo o HC uma ação autônoma na qual se tem uma pretensão de liberdade – declaratória ou constitutiva -, ainda na visão do referido autor, não há que se falar em condenação em custas pela privação indevida da liberdade, uma vez que caberá ao Ministério Público, após o recebimento das peças comunicando o abuso de poder, proceder à responsabilização criminal com pedido condenatório ou não¹³⁰.

Porém, ocorrendo a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória sem a realização da audiência de custódia, o meio de impugnação cabível, para Paulo Rangel, deixa de ser o HC e passa a ser o relaxamento de prisão, previsto no art. 5º, LXV da CF/88¹³¹. Assim, dada a conversão da prisão nas circunstâncias apresentadas, deverá o

¹²⁷ O autor se refere à ameaça potencial, sendo esta o simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado ou imputável à pessoa individualizada. *Ibidem*, p. 1020

¹²⁸ *Ibidem loc. cit*

¹²⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 21 ed. São Paulo: Atlas 2013, p. 1044

¹³⁰ *Ibidem* p. 1045.

¹³¹ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LXV** - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária

defensor do flagranteado opor tal recurso – cuja hipótese de cabimento consiste na verificação de uma prisão ilegal – e, somente não sendo acolhido o seu pedido, torna-se admissível a impetração de um HC, cuja autoridade coatora será o juiz que não concedeu o relaxamento da prisão¹³².

Entretanto, a possibilidade de se requerer o relaxamento da prisão e a impetração de HC não constituem hipóteses excludentes. Dessa forma, ocorrendo a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória, sem a devida realização da audiência de custódia, caberá o pedido de relaxamento de prisão, uma vez que esta se tornará uma prisão ilegal, bem como caberá simultaneamente HC contra o juiz – aqui autoridade coatora.

Dessa forma, em sendo a audiência de custódia requisito de validade par a conversão da prisão em flagrante, sua ausência enseja nulidade do ato praticado, uma vez que há claro prejuízo não só para a defesa do flagranteado, como também há explícito desrespeito ao direito fundamental à liberdade, resguardado tanto pela Constituição Federal quanto em diversos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Deste modo, havendo conversão sem a realização da audiência de custódia a prisão provisória deverá ser relaxada pelo juízo de piso e, em não sendo, deverá ser impetrado HC em favor do flagranteado, a fim de resguardar o seu direito à liberdade.

3.4 PROJETO DE LEI Nº 554/2011

Aqueles que defendem que a não realização da audiência de custódia antes da conversão da prisão em flagrante em prisão provisória utilizam o argumento de que tal necessidade não está regulamentada em lei e, por isso, não se faz necessária a sua observação, uma vez que não há norma estabelecendo tal procedimento.

Nesse sentido, uma vez que a audiência de custódia retrata o uma das formas de busca pela real incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal brasileiro, sendo um modo de humanização e democratização do sistema processual penal pois visa coibir a tortura e os maus tratos, bem como suscita o debate acerca da real necessidade da prisão¹³³ sendo, assim, a sua realização obrigatória independentemente de

¹³² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 21 ed. São Paulo: Atlas 2013, p. 1063

¹³³ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: JusPodivm, p. 915

regulamentação em lei ou não, tem-se que tal argumento não é suficiente para justificar o entendimento de que a não realização da audiência de custódia constitui mera irregularidade

Isso porque os tratados internacionais nos quais há previsão da audiência de custódia possuem *status* normativo supralegal, não sendo, por isso, necessário que haja inovação legislativa, uma vez que as normas referentes a direitos humanos possuem eficácia plena e imediata¹³⁴.

Além disso, com o objetivo de inserir o procedimento a ser adotado com a audiência de custódia no Código de Processo Penal Brasileiro, está em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 (PLS 554/2011)¹³⁵, cuja autoria compete ao Senador Antônio Carlos Valadares, propondo uma alteração no § 1º do art. 306 do CPP, para incluir o prazo de 24h para apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a sua prisão em flagrante.

O autor do PLS 554/2011, Senador Antônio Carlos Valadares, justificou a sua apresentação com uma tríplice argumentação: a necessidade de se tutelar a integridade física e psíquica do conduzido, a necessidade de um diálogo entre o sistema judiciário e organizações de direitos humanos da sociedade civil e da necessidade de adequação do Brasil ao cenário do Direito Internacional através da real efetivação dos acordos dos quais o país seja signatário – aqui, em específico, Pacto de São José da Costa Rica¹³⁶.

Tal alteração tem como objetivo adequar a legislação brasileira, de maneira a incluir, expressamente, a audiência de custódia no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, e a igualar às demais legislações existentes no mundo – a exemplo da Alemanha, que determina a apresentação do flagranteado no dia seguinte - e colocar um lapso temporal concreto onde, atualmente, trabalha-se com a expressão “sem demora”¹³⁷.

¹³⁴ LOPES JR., Aury. PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209. Acessado em 12/07/2016

¹³⁵ Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei:pls:2011-09-06;554>. Acessado em 12/07/2016

¹³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016Fls. 35.

¹³⁷ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95843.pdf>; acessado em 12 de julho de 2016, p. 2

Ressalte-se que, nos termos da proposta de tal projeto de lei, a definição de tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardada, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário¹³⁸.

Entretanto, o PLS 554/2011, na visão de Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, embora seja uma iniciativa louvável no sentido de que busca encerrar a oposição à audiência de custódia – pelo menos aquela baseada na teórica incompetência da Resolução do CNJ -, ao formatar a audiência de custódia de maneira que dela somente participassem o flagranteado e o juiz contraria a obrigatoriedade de observância do contraditório e da ampla defesa, uma vez que será ato realizado antes de prolação de decisão de manutenção em cárcere ou de soltura¹³⁹.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, através do voto de relatoria do Senador Randolfe Rodrigues, reconheceu a conveniência e oportunidade de tal projeto de lei, bem como o reconheceu como livre de vícios procedimentais, antijurídicos ou de inconstitucionalidade. Entretanto, atendendo parcialmente recomendações propostas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

As referidas recomendações consistiam, essencialmente, em deixar explícito no artigo que, quando da apresentação do flagranteado à autoridade judicial, deve se verificar se foram respeitados os seus direitos fundamentais, bem como adotar medidas destinadas à sua preservação e apurar as circunstâncias sob as quais tal prisão ocorreu. Ademais, propuseram ainda que, ao passo que a oitiva do flagranteado perante o juiz deverá se dar na presença de um promotor de justiça, deverá fazer-se presente o defensor público ou advogado constituído pelo flagranteado.

Dessa forma, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentou um substitutivo à proposta original, em que, além de alterar o §1^a do artigo 306, seriam

¹³⁸ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95843.pdf>; acessado em 12 de julho de 2016, p.3.

¹³⁹ ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. Fls. 35.

alterados e inseridos diversos parágrafos regulamentando todo o procedimento da audiência de custódia (anexo I).

A Comissão de Direitos Humanos, por sua vez, em voto proferido pelo Senador João Capiberibe, defendeu que a alteração deveria se dar no art. 283 do CPP, de tal modo que passariam a se referir a qualquer modalidade de prisão e não somente à prisão em flagrante (anexo II).

Todavia, a proposta encaminhada pela Comissão de Direito Humanos, embora possua o justo objetivo de resguardar os direitos fundamentais de qualquer pessoa presa, não parece se coadunar com a proposta da audiência de custódia. Isso porque, nos termos do substitutivo apresentado por tal Comissão, qualquer pessoa presa deverá ser apresentada à autoridade judicial para que esta verifique se foram respeitados os seus direitos fundamentais, bem como apure se houve tortura ou maus tratos durante o procedimento prisional.

No mesmo sentido da Comissão de Direitos Humanos, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), em seu art. 5º, c¹⁴⁰ e 5.3¹⁴¹ entende que a audiência de custódia se aplica não somente às pessoas presas em flagrante delito, mas, também àquelas cuja privação da liberdade objetive sua apresentação ao juízo que, contra ele, estiver conduzindo investigação, aos indivíduos contra os quais existam fundados indícios de autoria de determinado fato e, por fim,

¹⁴⁰Comissão de Direitos Humanos, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), art. 5º, c: "Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido"; Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acessado em 14/10/2016.

¹⁴¹ Comissão de Direitos Humanos, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), art. 5º, 5.3: "Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo"; Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acessado em 14/10/2016.

àquelas cuja prisão se enquadram ao que, no Brasil, enseja a expedição de mandado de prisão preventiva¹⁴²¹⁴³.

Então, verifica-se que, em verdade, ao limitar a realização da audiência de custódia às prisões decorrentes de flagrante delito, o Brasil está, em verdade, limitando o instituto e mascarando a continuidade do desrespeito às normas de direito internacional ratificadas em âmbito nacional – ainda que em relação às demais modalidades de privação de liberdade que, na jurisprudência internacional também devem ser tuteladas pela audiência de custódia¹⁴⁴.

Isso porque, em sede internacional, a audiência de custódia é realizada em toda e qualquer situação de privação de liberdade, seja ela decorrente de prisão em flagrante, prisão provisória ou prisões decorrentes de sentença penal condenatória¹⁴⁵.

Porém, não se pode esquecer que um dos principais objetivos da audiência de custódia é analisar a legalidade e a necessidade de uma prisão em flagrante realizada, o que não se coaduna com as demais modalidades de prisão: a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado – uma vez que aqui já houve cognição exauriente, não havendo mais que se falar em análise de legalidade e de necessidade -, e das prisões cautelares que, quando não decorrentes de uma conversão em prisão em flagrante, possuem em seu procedimento de instauração a obrigatoriedade de realização desta análise.

Nesses termos, ainda que seja igualmente válida a proposta da Comissão de Direitos Humanos, parece mais adequado que esta deve ensejar uma alteração própria do art. 283

¹⁴² Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen comparam a primeira hipótese à nossa prisão preventiva e a segunda hipótese às prisões que decorrem não somente da prisão em flagrante, mas também aquelas situações em que não há estado de flagrância, mas alguns países admitem como possíveis de serem realizadas por juízos que estão encarregados da investigação criminal.

¹⁴³ ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 53.

¹⁴⁴ *Ibidem* p. 55.

¹⁴⁵ Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigues Alflen justificam a realização da audiência de custódia em caso de privação de liberdade decorrente de mandado de prisão provisória ou decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado argumentando que tal instituto serviria, em ambas as situações, para averiguar as condições nas quais a prisão foi realizada, para verificar a correspondência de identidade entre o indivíduo preso e o alvo do mandado (evitando a prisão indevida de homônimos), para averiguar se a prisão continua sendo a medida cautelar mais adequada e se, em ambos os casos, não se encontra extinta a punibilidade, a exemplo da verificação da ocorrência de prescrição ou de prescrição intercorrente. *Ibidem* p. 58 e 59.

do CPP, independentemente da alteração do art. 306 e consequente regulamentação do procedimento a ser adotado na audiência de custódia.

Nesse sentido, em voto posterior (anexo III) àquele que propunha a alteração no art. 283 do CPP, a Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa proferiu novo voto no qual reconhece que a audiência de custódia está adstrita ao momento do ato prisional sem se relacionar com o processo penal que eventualmente o indivíduo venha a responder, razão pela qual optou por manter, embora com algumas alterações redacionais, as alterações anteriormente trazidas para o art. 306 do CPP¹⁴⁶. A Comissão de Assuntos Econômicos votou no mesmo sentido.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do parecer exarado pela Procuradoria Geral de Justiça (anexo IV) em 06 de novembro de 2014, no qual se manifesta em sentido contrário às alterações propostas, pois no procedimento trazido não haveria oportunidade para manifestação do promotor de justiça – o que contraria a ideia de que a audiência de custódia visa efetivar o contraditório quando da prisão em flagrante dando ao indivíduo a oportunidade de se manifestar perante o juiz e, dessa forma, efetivamente influenciar o seu entendimento -, não seria correto nem adequado dar o direito ao contraditório a um e retirá-lo da outra parte.

Ademais, ainda em seu parecer, o Ministério Público propôs alternativas para que seja possível a verificação do respeito aos direitos fundamentais do flagranteado na qual, para tal fim, seria suficiente apenas submeter o indivíduo ao exame de corpo de delito antes do seu encaminhamento ao cárcere e imediatamente após a lavratura do APF.

Dessa forma, propôs o Ministério Público que a audiência, convocada de ofício ou por requerimento das partes, somente se justifica nos casos em que houver fundados indícios de ilegalidade ou de desrespeito aos direitos fundamentais do flagranteado, devendo ocorrer no período máximo de 48h, momento em que, garantido o contraditório, a autoridade judicial deverá analisar a necessidade de manutenção em cárcere processual ou sua substituição, revogação ou alteração de outra medida cautelar eventualmente adotada, sem prejuízo das apurações cabíveis¹⁴⁷. Nesse particular, a manifestação exarada

¹⁴⁶ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/136748.pdf>. Acessado em 12/07/2016

¹⁴⁷ Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=157402&tp=1>. Acessado em 12/07/2016

pelo Ministério Público não se coaduna com a proposta não só da audiência de custódia, mas de todo o ordenamento jurídico brasileiro que é pautado na busca pela máxima efetivação da dignidade da pessoa humana.

A Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), emitiu parecer contrário às alterações, arguindo que, embora seja uma iniciativa louvável, o Brasil não possui recursos materiais, de pessoal e financeiros para implementar a audiência de custódia. Ademais, propôs que, como alternativa a não rejeição do Projeto de Lei, fosse ao menos permitida a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência¹⁴⁸.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (anexo V), em nota técnica, apoiou as mudanças trazidas pelo Projeto de Lei, arguindo que se os presos por crimes menos graves (sem violência ou grave ameaça) são, em regra, postos em liberdade após a audiência de instrução¹⁴⁹, justamente devido ao fato de sua manutenção em cárcere se mostra desnecessária, a sua colocação em liberdade, - ou a não privação indevida desta -, poderia ser evitada desde logo com a realização da audiência de custódia.

Ademais, suscitou ainda a não viabilização da sua realização por meio de videoconferência, pois, em sendo um dos principais objetivos da audiência de custódia fazer cessar eventuais maus tratos sofridos pelo flagranteado, não seria possível o alcance desse objetivo se a autoridade judicial não se encontrar presente, próxima ao indivíduo, das circunstâncias e das autoridades policiais que participaram da prisão.

Dessa forma, conclui-se que, além de buscar inserir a audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, o Projeto de Lei, que ainda se encontra em tramitação, visa efetivá-la da melhor forma que se demonstrar possível, adequando-a à realidade fática brasileira sem, entretanto, permitir que sejam prejudicados os seus objetivos de salvaguardar os direitos fundamentais do flagranteado e, por via transversa, ao analisar a real necessidade daquela prisão, diminui a população carcerária provisória brasileira.

3.5. PROCESSO PENAL DO INIMIGO

¹⁴⁸ Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159456&tp=1>. Acessado em 12/07/2016

¹⁴⁹ Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=161201&tp=1>. Acessado em 12/07/2016. P. 107.

O Direito Processual Penal do Inimigo é uma decorrência lógica do Direito Penal do Inimigo. Tal espécie de Direito Penal tende a ser utilizados em situações emergenciais nas quais a sociedade precisa de uma resposta rápida e, pelo menos aparentemente, efetiva. Nesses casos, no entender de César Faria, a pena perde a sua finalidade principal e passa a ser uma mera forma de confirmação das expectativas sociais.

Assim, nesses casos, há a mitigação do princípio da finalidade ou da prevenção. Este estabelece que a função da pena não, exclusivamente, a de punir pela prática do crime, mas também a de o prevenir. Em sendo uma sanção abstratamente cominada em lei, sua função é de criar uma contramotivação ao comportamento criminoso e, em sendo concretamente aplicado, deverá exercer a função de ressocialização do indivíduo¹⁵⁰.

Segue o referido Autor afirmando que, para alcançar o objetivo de reposta rápida e, assim, recuperar a confiança da sociedade, o Direito Penal acaba por desenvolver um conceito puramente funcional de culpabilidade, que permite que seja feita uma análise objetiva, na qual, preenchendo o agente alguns requisitos, está estabelecido o pressuposto autorizativo de aplicação da sanção¹⁵¹.

Nesse contexto, em decorrência da relação de instrumentalidade entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal, acaba por surgir o chamado Processo Penal do Inimigo. Neste, devido à necessidade estabelecida pelo Direito Penal do Inimigo, acaba por se criar um sistema processual penal sem garantias que visa apenas a estabilização normativa¹⁵², que pode vir a culminar na distorção dos efeitos esperados e das funções da pena, fazendo com que haja, muitas vezes desnecessariamente, segundo Alessandro Baratta “uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”¹⁵³.

¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução: Juarez Girino dos Santos. -3. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, fls. 42

¹⁵¹FARIA, Cesar. **Processo Penal do Inimigo**. Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar. Organizadores: Luiz Augusto Coutinho, Fabiano Pimentel e Wanderley Ribeiro. Salvador: ESA/BA, 2014, fls. 118.

¹⁵² *Ibidem* p. 132

¹⁵³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução: Juarez Girino dos Santos. -3. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 90.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS ATINENTES À TUTELA DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

O Brasil se tornou signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Tal adesão demonstra a vontade do Brasil de se adequar aos ditames do Direito Internacional e, principalmente, de concretizar uma das justificativas da elaboração da referida Convenção, qual seja, construir um regime de liberdade pessoal e de justiça social¹⁵⁴.

Para tanto, nos termos dos arts. 1º e 2º¹⁵⁵ da referida Convenção, os Estados dela signatários deverão atuar no sentido de efetivar, respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, comprometendo-se a, em caso de ausência de mecanismos e/ou previsão de suas tutelas, adotar as medidas necessárias para que se tornem realmente efetivos tais direitos e liberdades¹⁵⁶.

¹⁵⁴Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> acessado em 18/10/2016

¹⁵⁵ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> acessado em 18/10/2016

¹⁵⁶ Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> acessado em 18/10/2016

4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Processual Penal e os Direitos Humanos são ramos jurídicos que guardam uma relação de proximidade muito grande. Isso porque, ao passo que aquele visa, em última instância, a manutenção da paz social por meio da punição daqueles que cometem atos delituosos perturbando assim a paz social, este visa a efetivação e o respeito à dignidade da pessoa humana – e tudo aquilo que ela acarreta -, utilizando-se para tanto de previsão e busca pelo respeito de diversas garantias – tidas como garantias fundamentais – individuais e coletivas¹⁵⁷.

O princípio fundamental basilar da nossa Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, princípio fundante do nosso Estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana. Este atua como vetor orientativo de todo o nosso ordenamento, estabelecendo que todas as normas que a ele integrem devem, em última instância, buscar a efetivação de tal princípio¹⁵⁸.

Dessa forma, todo o ordenamento jurídico deve se voltar para a satisfação dos direitos de cunho social, atuando no sentido de buscar a substancialização da liberdade e da igualdade dos cidadãos, visando resguardar a existência digna de todos¹⁵⁹.

Fernando da Costa Tourinho Filho, por sua vez, defende que o Processo Penal é regido por princípios que, em última análise, devem garantir um sistema processual penal adequado às diretrizes na busca pela concretização da dignidade da pessoa humana. Defendendo então que “o ideal é que o processo penal seja um instrumento através do qual se vise tutelar a liberdade individual”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. Boletim IBCCRIM. Ano 23, nº 269, abril/2015, fls. 4.

¹⁵⁸ No mesmo sentido, Ricardo Maurício Freire Soares defende que “uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais”. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. Ricardo Maurício Freire Soares. São Paulo: Saraiva, 2010, fls. 135/136.

¹⁵⁹ *Ibidem* p.155.

¹⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume I/ Fernando da Costa Tourinho Filho – 35 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, fls. 58.

No mesmo sentido, Luís Flávio Gomes leciona que em sendo o princípio da dignidade da pessoa humana compreendido como o alicerce dos demais princípios constitucionais processuais penais, a violação de quaisquer desses princípios culmina diretamente na violação daquele¹⁶¹.

Entretanto, embora a CADH já integre o ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo, somente após 23 anos após o Brasil se tornar signatário desta, passou-se a buscar a sua efetivação – pelo menos no que tange ao cumprimento da previsão da audiência de custódia¹⁶², um importante instrumento de efetivação dos valores estabelecidos tanto em nossa Constituição Federal quanto em diversos tratados internacionais – a exemplo da CADH – do qual o Brasil é signatário¹⁶³.

Ademais, segundo Ricardo Maurício Freire Soares, o disposto no art. 5º, §2 da CF/88¹⁶⁴, consiste em uma abertura do rol dos direitos fundamentais¹⁶⁵, no entender de Ingo Wolfgang Sarlet, asseguram a eficácia plena dos direitos de defesa – a exemplo dos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia e garantias constitucionais -, uma vez que tal preceito constitui, em regra, suficiente normatividade para a efetividade de tais direitos, dispensando-se assim necessidade de concretização normativa, sendo estas, então, normas autoaplicáveis¹⁶⁶.

Nesse sentido, em sendo a liberdade um dos dogmas fundantes de um Estado Democrático de Direito, é essencial que o mesmo Estado que permite a privação da liberdade de um cidadão em nome da efetividade da persecução penal deve, em contrapartida, assegurar os direitos e garantias fundamentais do alvo da persecução penal,

¹⁶¹ GOMES, Luis Flávio. **Limites do *ius puniendi* e bases principiológicas do garantismo penal. Leituras complementares de processo penal.** Organizador: Rômulo Moreira. Salvador, JusPodivm, 2008, p. 53.

¹⁶² AMARAL, Cláudio do Prado. **Da audiência de custódia em São Paulo.** Boletim IBCCRIM. Ano 23, nº 269, abril/2015, p. 4.

¹⁶³ VILELA, Augusto Tarradt. Boletim IBCCRIM. Ano 23, nº 269, abril/2015, fls. 18.

¹⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 13/10/2016

¹⁶⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva, 2010, fls. 154

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional/Ingo Wolfgang Sarlet.** 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P. 283.

de maneira a evitar o excesso no exercício do *jus puniendi* e resguardar a dignidade do indivíduo¹⁶⁷.

4.2 O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL

O direito à integridade física e mental aos indivíduos privados de liberdade se encontra previsto no art. 5º XLIX da CF¹⁶⁸. Dessa forma, em sendo um princípio expressamente previsto em nossa Magna Carta – e, ainda que assim não fosse -, deve o ordenamento jurídico processual penal brasileiro compatibilizar as funções da pena com o respeito a est – e todos os demais – direitos da pessoa presa.

Dessa forma, segundo Renato Brasileiro, a nossa Constituição Federal assegura ao preso a conservação e manutenção de todos os seus direitos fundamentais, salvo aqueles que sejam incompatíveis com a condição de indivíduo em cárcere¹⁶⁹. São estes: o direito à liberdade, uma vez que se cessa o seu direito de ir e vir e o direito à intimidade¹⁷⁰, vez que buscando assegurar a efetividade da pena e de suas funções, enquanto o indivíduo é mantido sob a custódia do Estado, este tem – ou deveria ter – controle e vigilância sobre os atos praticados pelos presos.

Assim, segue o mesmo Autor afirmando que para a efetivação de tal direito se faz indispensável a realização de exame de corpo de delito, seja no momento da captura, seja no momento da soltura do indivíduo preso. Tal submissão visa documentar e avaliar o estado em que o encarcerado se encontrava no período em que ficou sob a vigilância estatal e, ainda, como via de mão dupla, atua no sentido de resguardar a autoridade policial contra eventuais alegações de tortura e maus tratos¹⁷¹.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015. Fls. 881.

¹⁶⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acessado em 14/10/2016.

¹⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015. fls. 881.

¹⁷⁰ No mesmo sentido, Ricardo Antônio Andreucci interpretando o art. 3º da LEP: “portanto, aos condenados a pena privativa de liberdade estão restringidos os direitos de ir e vir e o direito à intimidade, posto que são direitos incompatíveis com a natureza dessa pena. Mas não estão, contudo, suprimidos os demais direitos individuais passíveis de serem exercitados com a pena imposta”. ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial / Ricardo Antonio Andreucci*. – 10. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, fls.307.

¹⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015 fls. 882.

Ricardo Antônio Andreucci, por sua vez, entende que o resguardo em sede constitucional dos direitos fundamentais do indivíduo preso que sejam compatíveis com a execução da pena privativa de liberdade consiste, em última análise, na humanização da execução penal. Esta é a garantia dada ao condenado de que suas integridades física e moral serão preservadas, respeitando-se assim o princípio maior, qual seja, o princípio da dignidade humana¹⁷².

Ademais, em que pese a audiência de custódia não se refira apenas aos indivíduos que já tenham contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado, nada impede que o entendimento de Ricardo Antônio Andreucci seja aplicado àqueles que ainda não sejam devidamente condenados, uma vez que, conforme já dito anteriormente, um dos objetivos da audiência de custódia é a preservação da integridade física e psíquica do preso¹⁷³.

Nesse mesmo sentido, a própria Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP), em diversos dispositivos¹⁷⁴ assegura a sua aplicabilidade aos presos provisórios. A título de ilustração, oportuno se faz mencionar a decisão de primeiro grau da justiça paraibana, prolatada no processo nº 0180001400, na qual o magistrado reconheceu a possibilidade de progressão de regime estando ainda o indivíduo preso em caráter provisório¹⁷⁵.

Para tanto, fundamentou o magistrado seu entendimento na insuficiência de previsão de institutos despenalizadores para resolver o problema da superlotação carcerária no Brasil, atribuindo como causa fundante de tal problema a perpetuação das prisões provisórias no Brasil que acabam por, em última análise, gerar uma espécie de antecipação de pena. Considerando esta problemática que, no entender do magistrado não é sentida pelos juízes

¹⁷² ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial /Ricardo Antonio Andreucci. – 10. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, fls.302.

¹⁷³ ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016– fls. 104.

¹⁷⁴ A título de exemplo: o art. 2º, Parágrafo Único e art. 39, Parágrafo Único que tratam dos deveres do preso; os arts. 40 e 42 referentes aos direitos do preso e arts. 44 e 50 que versam sobre disciplina e faltas do preso disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm acesso em 15/11/2016

¹⁷⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo) (Ed.). **Progressão de regime a preso provisório**: conheça abaixo a decisão de primeira instância da justiça paraibana, reconhecendo a denominada “progressão virtual” de execução de pena. 2009. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/noticia/13335-Progressao-de-regime-a-preso-provisorio> acessado em 28/10/2016

do processo de conhecimento, mas que gera para os juízes de execução penal a necessidade de administração de um problema¹⁷⁶.

Ademais, segue o magistrado fundamentando seu entendimento argumentando que

é inegável que há uma cultura de valorização da pena privativa de liberdade. Talvez, como resposta a excessiva violência que vivenciamos, tem vigorado a cultura do “teje preso”. O reflexo é a superlotação, é a convivência indevida entre presos provisórios e definitivos, é a prisão por tempo indeterminado dos recolhidos provisoriamente, com claros desrespeitos a preceitos fundamentais¹⁷⁷.

Termina seu entendimento aduzindo que a perpetuação da prisão provisória fere diversos direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso nesta condição, bem como que o argumento de que o preso provisório não faz jus à progressão de regime por tal benesse ser prerrogativa apenas dos encarcerados em caráter definitivo não corresponde à realidade¹⁷⁸. Isto porque, como dito acima, diversos dispositivos da LEP garantem sua aplicabilidade aos presos provisórios. Além disso, nesse mesmo sentido, há a súmula 716 do STF¹⁷⁹.

Dessa forma, vê-se que o próprio legislador, lá em 1984, já buscava maneiras que permitissem tentar buscar a diminuição da violação aos direitos e garantias do indivíduo preso assegurando a estes ao menos o mesmo que se assegura aqueles já presos em caráter definitivo.

A ideia da busca pela efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo preso, desde que compatíveis com a privação de liberdade, na visão de Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen consiste em um dos argumentos centrais apresentados pelas instituições que manifestaram apoio à implementação da audiência de custódia sendo, inclusive, uma das justificativas apresentadas pelo Senador Antônio Carlos Valadares quando da proposição do PLS nº 554 de 2011¹⁸⁰.

¹⁷⁶ *Ibidem*

¹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁷⁸ *Ibidem*

¹⁷⁹ Disponível em

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800
acessado em 28/10/2016

¹⁸⁰ ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a

Entretanto, segundo o Relatório sobre a visita ao Brasil do de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) (anexo VI) elaborado em 2012, esta não é a realidade brasileira. Isso porque, segundo aponta o referido relatório, os juízes brasileiros não costumam fazer perguntas aos detentos acerca do tratamento recebido durante a investigação, o que não atende à recomendação deste Comitê no tocante a necessidade de se registrar por escrito todas as alegações de tortura ou maus-tratos¹⁸¹.

Porém, o mesmo relatório apontou que há no Brasil mecanismos aptos ao recebimento de tais alegações, entretanto tais mecanismos não seriam utilizados pelos presos, uma vez que estes relataram terem sofrido punições quando buscaram registrar o ocorrido. Nesse sentido, o SPT manifestou-se acerca da ineficácia desses mecanismos diante das alegações dos detidos, afirmando que eventuais comunicações de tortura e maus-tratos deverão ser apuradas de maneira imparcial, assegurando-se para tanto a efetividade, a celeridade a prontidão¹⁸².

Ademais, o SPT considerou preocupante a situação da saúde nos estabelecimentos prisionais brasileiros, bem como mostrou-se insatisfeito com a impunidade em relação ao cometimento de crimes de tortura, atribuindo esta a uma cultura que aceita os abusos cometidos pelos entes públicos¹⁸³.

Relevante ainda para o presente trabalho, em sua investigação o SPT se deparou com pessoas sendo mantidas em cárcere por longos períodos de tempo – em muitos casos, por período superior a um ano¹⁸⁴.

Assim, para solucionar os problemas acima referidos, o SPT recomenda que as autoridades brasileiras se manifestem publicamente repudiando todo e qualquer ato de

Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 39 e 52.

¹⁸¹ Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT). Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 08 de fevereiro de 2012. Fls. 07 (anexo VII).

¹⁸² Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT). Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 08 de fevereiro de 2012. Fls. 08 (anexo VII).

¹⁸³ Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT). Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 08 de fevereiro de 2012. Fls. 8 e 11 (anexo VII).

¹⁸⁴ Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT). Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 08 de fevereiro de 2012. Fls. 15 (anexo VII).

tortura e maus-tratos, vez que estes não são justificados em hipótese alguma. Por fim, recomendou a adoção de medidas preventivas, quais sejam, conduções de investigações acerca de tais alegações de maneira célere, imparcial e independente, bem como a adoção de um sistema eficiente de queixas e a consequente punição dos perpetradores de tais práticas¹⁸⁵.

No “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad em las Américas” elaborado pela Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) restou estabelecido que “el derecho a la integridade personal, al igual que el derecho a la vida, es um derecho humano fundamental y básico para el ejercicio de todos los otros derechos”¹⁸⁶.

Ainda nesse mesmo relatório, a CIDH reconheceu como um dos aspectos essenciais do direito à integridade física a proibição máxima da prática de tortura, atribuindo a tal regra a prerrogativa de criar obrigações *erga omnes* sendo, então, a norma de proibição à tortura um *jus cogens*, o que torna dever de o Estado tratar toda pessoa privada de liberdade de maneira digna e garantindo a sua dignidade¹⁸⁷.

A Organização Não Governamental (ONG) *Human Rights Watch*, no Relatório Mundial 2016: Brasil, apurou que, somente no Rio de Janeiro, 20% (vinte por cento) daqueles que passaram pela audiência de custódia relataram ter sofrido algum tipo de violência policial entre o momento da prisão e o da realização da referida audiência, resta claro que a prática de tortura contra os presos em sede investigativa, no nosso país, é uma constante¹⁸⁸. Assim, uma vez que a realização da dita audiência traz ao magistrado mecanismos eficientes de conhecimento e apuração de eventuais ocorrências desse tipo, vê-se que a audiência de custódia é um importante mecanismo de combate às violações de direitos humanos de pessoas detidas.

Isto porque, em estando o conduzido machucado ou fazendo uma reclamação de eventual prática de tortura ou maus tratos contra si perpetrados, deverá o Poder Público atuar, ao

¹⁸⁵ Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT). Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 08 de fevereiro de 2012. Fls. 17 (anexo VII).

¹⁸⁶ Relatório CIDH fls. 129.

¹⁸⁷ Relatório CIDH – fls. 130 e 131.

¹⁸⁸ Human Rights Watch,. **Relatório Mundial 2016: Brasil**: Eventos de 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573> acessado em 30/10/2016

menos, no sentido de verificar a sua existência. Entretanto, se faz importante ressaltar que nem toda lesão ocorrida em uma situação de prisão será decorrente de tortura ou maus tratos, vez que podem ter decorrido do próprio ato da prisão. Assim, já há quem defenda que os agentes públicos utilizem câmeras durante as suas operações, posto que tal utilização consistiria em uma maneira valiosa de esclarecimentos posteriores que se fizerem necessários¹⁸⁹.

Dessa forma, conclui-se que a implementação da audiência de custódia consiste em uma importante maneira do Brasil efetivar adequadamente a tutela à integridade física, psíquica e moral do preso, vez que uma de suas justificativas mais importantes é justamente a tentativa de coibir e tornar possível a punição de eventuais práticas de tortura e maus tratos perpetrados pelos agentes estatais durante a apuração do fato teoricamente delituoso.

4.3 DA COMUNICAÇÃO IMEDIATA DA PRISÃO

A comunicação imediata da prisão consiste no direito que o indivíduo privado de liberdade possui de ter a sua prisão comunicada ao juízo competente, ao ministério público, à defensoria pública – ou ao advogado indicado por ele – e, ainda, a algum familiar ou a quem ele indique. No caso da audiência de custódia, conforme já dito anteriormente, o prazo máximo para comunicação da prisão – e para apresentação pessoal do indivíduo encarcerado - será de 24h (vinte e quatro horas), contadas da detenção.

¹⁸⁹ LOPES JR. Aury e ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?**(parte 1)Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acessado em: 10/07/2016

Tal direito encontra previsão constitucional no art. 5º, LXII¹⁹⁰ e, justamente por se tratar de garantia constitucional processual com conteúdo de defesa, sua inobservância gera nulidade absoluta dos atos praticados¹⁹¹.

Bernardo Montalvão defende que a finalidade de um ato de comunicação processual, sendo ou não referente à comunicação de prisão, consiste na tentativa do sistema processual penal brasileiro de, por meio de um agir institucionalizado e generalizado, criar uma sensação de segurança¹⁹². Segue o referido Autor defendendo que, além da função já mencionada, os atos de comunicação servem como uma resposta à sociedade, uma vez que, ao deixar registrado no corpo do processo que tal ato fora – ou não – devidamente transmitido, permite-se, em decorrência do princípio da publicidade, que terceiros não integrantes da relação processual tenham conhecimento acerca dos atos praticados.¹⁹³

Ademais, Bernardo Montalvão traz ainda a essencialidade dos atos de comunicação processual ao deslinde do feito, uma vez que, além da importância acima exposta, é por meio deles que se torna possível a concretização dos princípios do contraditório, da ampla defesa e, conseqüentemente, do devido processo legal¹⁹⁴.

No mesmo sentido, o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes elaborado pelo Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT), reconheceu o direito à comunicação imediata de sua prisão a uma pessoa de sua escolha consiste em uma importante ferramenta contra a incidência de maus tratos e torturas. Para tanto, estabelece que a comunicação deve ser realizada imediatamente após a prisão do indivíduo, devendo ser novamente feita quando da transferência deste de um

¹⁹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acessadem 19/10/2016.

¹⁹¹ Grinover, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**/Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2009. Fls.73

¹⁹² MONTALVÃO, Bernardo. **Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação processual no processo penal brasileiro e uma breve análise da teoria da ação comunicativa habermesiana**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art8.pdf Acessado em 18/10/2016 fls. 6.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 7.

¹⁹⁴ *Ibidem* p. 8.

centro prisional para outro. Ademais, traz ainda que, preferencialmente, deverá ser feita mediante contato telefônico registrando-se, por escrito, a data, a hora e a identidade da pessoa notificada.¹⁹⁵

A comunicação da prisão ao juiz competente ganha destaque, principalmente, quando se tratar da possibilidade dada ao Poder Judiciário de controlar as prisões em flagrante, uma vez que, conforme já abordado, esta é a única modalidade prisional em nosso ordenamento passível de realização sem necessidade de decreto judicial prévio. Por isso, em se tratando de comunicação de prisão em flagrante, caberá ao juízo realizar a verificação de simetria entre os fatos alegados e, principalmente, analisar se é devida ou não a manutenção deste em cárcere¹⁹⁶.

Ainda em relação à comunicação da prisão à família do preso ou à pessoa a quem ele indicar, verifica-se que tal norma constitui uma norma imperativa e, em tendo o indivíduo indicado alguém a quem devesse ser comunicada sua prisão e tal comunicação não sendo realizada, a omissão estatal deve gerar a nulidade da medida restritiva de liberdade¹⁹⁷.

Importante ressaltar que, além da imediata comunicação da pessoa presa à pessoa por ela indicada, é tão – ou mais – importante que lhe seja assegurado o direito de manter essa comunicação. Isso porque a privação de liberdade é um fato que possibilita uma maior violação aos Direitos Humanos. Nesse sentido, Adeildo Nunes defende que a manutenção de contato frequente entre o preso e seus familiares consiste em uma efetiva forma de controle dos acontecimentos, direção e medidas adotadas nos estabelecimentos prisionais, vez que, em sendo diverso disso, os riscos de violação aos Direitos Humanos serão maiores – e ocorrerão violações mais graves – se o funcionamento dos estabelecimentos prisionais permanecerem ao largo de qualquer mecanismo de controle¹⁹⁸.

Assim, a comunicação da prisão em flagrante ao juízo competente – devido à sua peculiaridade de dispensa da autorização judicial prévia para sua ocorrência – constitui

¹⁹⁵ Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT). Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 08 de fevereiro de 2012. Fls. 14 (anexo VII).

¹⁹⁶ Pozzer, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**/ Benedito Roberto Garcia Pozzer. – São Paulo: IBCCRIM, 2001, p 81.

¹⁹⁷ Grinover, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**/Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2009. Fls. 271.

¹⁹⁸ NUNES, Aldeido 1953 – **A realidade das prisões brasileiras**/Adeildo Nunes. Recife: Nossa Livraria, 2005, fls.420.

forma de assegurar a imediata cognição judicial sobre esse procedimento tão peculiar. Entretanto, mais necessário do que o ato de comunicação em si, é a inafastabilidade de controle judicial acerca da presença ou não dos pressupostos necessários à aplicação, ou não, de medida cautelar restritiva de liberdade¹⁹⁹.

Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen ensinam que, dessa forma, a audiência de custódia visa efetivar o princípio da imediação em relação a este ato. Isso porque, em não sendo respeitado o acima disposto, ou seja, em não sendo o indivíduo preso apresentado à autoridade judiciária no prazo estabelecido, somente duas consequências poderiam ocorrer: ou deverá se proceder à sua apresentação imediata ao juiz, não importando em que fase a investigação (ou processo) estiver ou deverá ser procedida a imediata colocação do indivíduo em liberdade²⁰⁰.

Seguem os referidos Autores afirmando que, no que tange à validade dos atos praticados durante a persecução criminal, esta somente se encontrará ceifada quando atendido um dos requisitos da teoria das nulidades, quais seja, a existência de prejuízo. Assim, demonstrando-se que, ainda que não realizada a audiência de custódia, o indivíduo já obteve a sua liberdade sem o atrelamento à outras medidas cautelares – uma vez que uma medida cautelar, ainda que diversa da prisão, para os apontados Autores configura prejuízo ao indivíduo -, nenhum prejuízo terá sido sofrido, não havendo, então, que se falar em nulidade, pois a audiência de custódia consiste em um ato direcionado ao *status libertatis* do indivíduo e, em sendo este já alcançando, não há que se falar em nulidade dos atos praticados no processo ou na investigação por ausência da audiência de custódia²⁰¹.

Ademais, considerando que o art. 15 da Resolução nº 213 de 2015 do CNJ consiste na abertura de prazo para que fossem realizadas as audiências de custódia não realizadas à época, diante da necessidade de verificação do prejuízo, estas somente deveriam ocorrer em relação aos detidos que ainda não tivessem tido contato com o juiz, pois isto pressupõe

¹⁹⁹ Grinover, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**/Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2009. Fls. 269 e 270.

²⁰⁰ ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 104.

²⁰¹ *Ibidem* p. 105.

a não realização de audiência alguma no procedimento²⁰². Em sentido contrário, se já houve contato do indivíduo com o juiz, estando ele preso ou não, não há que se falar em necessidade de realização da audiência de custódia, posto que a necessidade e adequação de sua manutenção em cárcere já foram avaliadas quando da realização da audiência – normalmente audiência de instrução – no procedimento²⁰³.

Assim, em relação a realização da audiência de custódia no prazo estabelecido e a comunicação da prisão aos indivíduos necessários, concluem os referidos Autores afirmando que não é possível ventilar a nulidade de um procedimento com base no argumento da não realização da audiência de custódia. Isso porque, o que se prioriza é o contato do indivíduo cuja liberdade fora retirada com o juiz. Em tendo o contato já ocorrido, cairá no vazio a alegação de nulidade, posto que o indivíduo já haverá tido oportunidade de se manifestar, a adequação, legalidade e necessidade de sua manutenção em cárcere já terá sido avaliada sendo, então, alcançado o objetivo principal da audiência de custódia²⁰⁴.

4.4 O DIREITO À LIBERDADE

Alexandre Bizzoto e Andreia de Brito Rodrigues ensinam que “processo é garantia, ou, mais poeticamente, a liberdade em sua concretude”²⁰⁵. Ao dizer a frase anteriormente transcrita os autores chamam atenção para um pressuposto que, muitas vezes, parece ser esquecido na aplicação do Processo Penal no sistema jurídico brasileiro: a de que a liberdade não só deverá ser a regra, mas que, acima disso, é um direito fundamental do indivíduo cabendo ao Estado então, esforçar-se para a concretizar e não a mitigar para atender a anseios populares, para satisfazer “meros sentimentos éticos”²⁰⁶ e satisfazer a ideia de que a resposta ao cometimento de um crime tem que ser rápida.

Assim, em sendo a liberdade um direito fundamental do indivíduo, cabe ao Estado atuar para concretizá-la, para preservá-la, para salvaguardar o direito do indivíduo de somente

²⁰² *Ibidem* p. 106.

²⁰³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 105 e 106.

²⁰⁴ *Ibidem* p. 107.

²⁰⁵ BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 03.

ser mantido em cárcere quando já houverem sido esgotadas todas as possibilidades de sua manutenção em liberdade. Daí decorre a ideia de que no Brasil, no tocante as prisões penais, o indivíduo somente poderá ser preso após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória – as demais prisões referem-se às prisões processuais, que somente devem ocorrer em caráter excepcional, e a prisão em flagrante.

Entretanto, em mudança de entendimento amplamente criticada, o STF, no julgamento do HC 126.292, passou a admitir a possibilidade de execução da pena condenatória a partir de sua confirmação no segundo grau. Para tanto, o Ministro Teori Zavascki – relator da demanda -, fundamentou seu entendimento em uma necessidade de compatibilização do princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, justificando-se com o argumento de que, após a ratificação do título condenatório no duplo grau de jurisdição, restando apenas a possibilidade de interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, já restam esgotadas as análises fático-probatórias e, assim, já se encontra o indivíduo “indiscutivelmente” considerado culpado²⁰⁷²⁰⁸.

Todavia, é justamente da ideia da prevalência da liberdade que se estabelece que o Direito Penal como um todo deverá intervir minimamente, de maneira subsidiária. Tal entendimento decorre da amplitude dos danos e privações que as sanções decorridas da incidência deste ramo do Direito podem acarretar na vida do indivíduo e, ainda, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, sua intervenção deverá ser a menor possível.

Dessa ideia decorre o Direito Penal Mínimo, corrente doutrinária que prega que, em havendo tutela jurídica suficiente de outros ramos do Direito, faz-se desnecessária e indevida a utilização do Direito Penal, uma vez que, como explicitado anteriormente, esse constitui a *ultima ratio* de controle social.

²⁰⁷ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> acessado em 30/10/2016. Fls. 4

²⁰⁸ O mesmo entendimento foi apresentado quando do julgamento das ADCs 43 e 44 – propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), respectivamente, cujos pedidos principais consistem na declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP, reconhecendo-se assim a legitimidade de condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065> acessado em 30/10/2016 disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729> acessado e, 30/10/2016

Assim, segundo Júlio Gomes Duarte Neto, o Direito Penal Mínimo, em um Estado Democrático de Direito, tal qual é o Brasil, deve se assentar nas máximas garantias constitucionais, visando incessantemente, manter os seus dizeres em conformidade com os princípios basilares trazidos pela Carta Magna de maneira expressa ou implícita ²⁰⁹.

Nos dizeres de Yuri Carneiro Coelho, a intervenção mínima por parte do Direito Penal consiste em “um aspecto nuclear do direito penal liberal, que, em decorrência de sua natureza subsidiária, só deverá se ocupar daqueles delitos que afetem bens jurídicos fundamentais à convivência em sociedade e à manutenção do Estado Democrático de Direito”²¹⁰.

No mesmo sentido, Paulo Queiroz entende que é em decorrência do caráter subsidiário do Direito Penal que a sua intervenção somente se justifica quando outras formas de prevenção e controle social não conseguem proteger de maneira efetiva e adequada determinado bem²¹¹, sendo daí originada a ideia do princípio da intervenção mínima. Ademais, segue o mesmo autor afirmando que:

Com efeito, a natureza subsidiária – e não principal – do direito penal diante de outras formas de controle social decorre, em primeiro lugar, da circunstância de o direito penal constituir a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. Consequentemente, somente quando forem insuficientes outros modos de intervenção, é legítimo recorrer ao direito penal para a proteção de bens jurídicos.^{212 213}

É exatamente como consequência de tal princípio e a sua importância na adequada interferência e limitação do campo de abrangência do Direito Penal, que o acima mencionado autor explica que “se o direito penal constitui (ordinariamente) a forma mais enérgica de coerção na liberdade dos cidadãos, segue-se que sua intervenção só deve ocorrer em casos de efetiva necessidade para a segurança desses cidadãos”²¹⁴.

²⁰⁹ DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O Direito Penal Simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal.** Disponível em: http://www.ambito-jurico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20_artigos_leitura&artigo_id=6154. Acessado em 04/04/2016

²¹⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**, Mandamentos, Belo Horizonte, 2013, p. 17

²¹¹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral.** 11ª edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015; p. 62

²¹² *Ibidem* p. 66

²¹³ No mesmo sentido, ensina Yuri Carneiro Filho que “o direito penal só deve agir, na medida em que outras instâncias jurídicas não supram mais as expectativas de proteção do bem jurídico violado, quando a sanção decorrente da afronta a outras esferas do sistema jurídico não seja suficiente para a proteção desses bens jurídicos”. COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**, Mandamentos, Belo Horizonte, 2013, p. 16 e 17

²¹⁴ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral.** 11 edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015; p. 83

Porém, em virtude da cultura brasileira de que somente há punição quando há privação da liberdade do suposto autor do fato, ainda que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vê-se que há um flagrante desvirtuamento do preceituado pelo ideal da intervenção mínima, uma vez que se acaba por transformar a prisão em regra, não observando o mandamento de que esta principalmente em sua modalidade preventiva, deve ser a exceção.

Este fato acarreta a ampliação desnecessária do campo de abrangência do Direito Penal podendo levar ao seu desgaste e à perda de sua credibilidade e ideal de coerção perante a sociedade.

Dessa forma, ao se estabelecer que o Direito Penal é a última instância de controle social, verifica-se que o Processo Penal somente se justificará incidir e, ainda, culminar na privação da liberdade do indivíduo em último caso, quando nenhuma outra sanção ou privação de direito se fizer suficiente para coibir a prática de condutas danosas ao convívio e à manutenção da paz social.

4.5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência se encontra previsto no art. 5º, LVII, CF/88²¹⁵. Tal princípio visa resguardar a dignidade daquele que seja alvo de uma persecução penal, visando proteger o seu *status* de inocente até o trânsito em julgado de uma eventual sentença penal condenatória. Assim, estabelecendo a presunção de inocência, a Constituição Federal visa dirimir os danos sociais causados simplesmente por estar o indivíduo “respondendo” a uma ação criminal.

Dessa forma, Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues defendem que tal princípio consiste na garantia dada a qualquer indivíduo de que seus direitos serão respeitados em sua integralidade, não sendo, assim, permitido qualquer tratamento diferenciado no sistema jurídico brasileiro²¹⁶.

²¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²¹⁶ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 52.

Assim, em sendo o Brasil um Estado Constitucional e Humanitário de Direito (ECDH)²¹⁷ que, dentre outros esforços, busca a máxima efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo, ao alvo da persecução penal será assegurado que sua liberdade somente lhe seja retirada – ou diminuída – em hipóteses expressamente previstas em lei²¹⁸.

Ricardo Augusto Schmitt, por sua vez, ensina que o princípio da presunção de inocência consiste em uma forma de tutela do direito à liberdade e que, para tanto, possui três faces: a regra de tratamento, aquela que trata da atribuição do ônus da prova e, por fim, como o vetor orientativo que busca a manutenção da regra geral de liberdade no processo²¹⁹.

Em suas lições, Renato Brasileiro aduz que o princípio ora analisado consiste na segurança que o alvo da persecução penal possui de que não será declarado culpado antes do término do devido processo legal, pois somente assim ele terá tido oportunidade de se utilizar de todos os meios possíveis de defesa tanto para se defender diretamente quanto para desconstituir as provas alegadas pela condenação²²⁰.

Dessa forma, é justamente a terceira face – aquela que diz que, ainda que se trate de um processo criminal a regra deve ser a manutenção do indivíduo em liberdade – a que assegura o caráter de exceção das medidas cautelares, uma vez que estas deverão decorrer de uma imperiosa e injustificável necessidade de se resguardar um eventual provimento jurisdicional²²¹.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que a prisão provisória somente se encontra justificada se for uma providência essencialmente cautelar. Ou seja, deve visar, sempre e apenas, o bom deslinde da persecução criminal devendo, então, incidir apenas para assegurar os fins do processo, sob pena de, contrariando os preceitos fundantes do nosso ordenamento jurídico processual penal, configurar antecipação de pena²²².

217GOMES, Luis Flávio. **Limites do “ius puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal.** Leituras Complementares de Processo Penal. Organizador: Rômulo Moreira, Salvador. Juspodivm, 2008, fls. 53.

218BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p 52.

219SCHMITT, Ricardo Augusto. **Prisões Provisórias: espécies, natureza e alcance.** Leituras Complementares de Processo Penal. Organizador: Rômulo Moreira, Salvador. Juspodivm, 2015, fls. 327.

220 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3ª ed. Juspodivm, 2015. Fls. 43.

221SCHMITT, Ricardo Augusto. **Prisões Provisórias: espécies, natureza e alcance.** Leituras Complementares de Processo Penal. Organizador: Rômulo Moreira, Salvador. Juspodivm, 2008, fls. 327.

222 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume I/ Fernando da Costa Tourinho Filho – 35 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, fls. 88/92.

Entretanto, há de se considerar que o nosso CPP é um diploma anterior à CF/88 que, ao contrário dos ditames buscados por um ECDH, trazia em seu texto a presunção de culpabilidade, uma vez que, antes da ideia de se interpretar a lei conforme à CF/88, a prisão em flagrante por si só sustentava a manutenção do indivíduo em custódia, servindo assim como uma forma de antecipação da responsabilidade criminal, uma vez que, ainda que indiretamente, consistia em um juízo de mérito da ação²²³.

Entretanto, com as atuais diretrizes do nosso ordenamento constitucional, o que se busca, em verdade, é a afirmação deste princípio, assegurando a todos, em regra geral, o direito de liberdade e, apenas em casos específicos e previamente estabelecidos em lei, a possibilidade de incidência de uma medida cautelar, decorrente de manifestação judicial fundamentada, de maneira a se atestar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*²²⁴.

Assim, é possível entender que, uma vez que o um dos principais objetivos da audiência de custódia é a readequação do uso das medidas cautelares no Brasil, buscando fazer prevalecer a regra da manutenção em liberdade, pode-se concluir que a sua implementação configura, ainda, uma maneira de se salvaguardar a dignidade do indivíduo e, principalmente, uma afirmação da presunção da inocência, uma vez que dará ao custodiado o tratamento que lhe é assegurado em sede constitucional em sede de direito internacional, qual seja, a sua manutenção em liberdade e uma eventual privação de liberdade somente em casos estritamente necessários para os quais não haja uma medida cautelar que assegure os fins do processo tal qual a prisão do indivíduo.

Então, conclui-se que o princípio da presunção de inocência atua no sentido de impedir qualquer valoração acerca da culpabilidade do agente em momento indevido – qual seja, em qualquer momento diverso da fase instrutória de um procedimento criminal -, uma vez que tal juízo de valor consiste em análise de mérito devendo, por isso, ser realizado somente no momento de julgamento definitivo da ação²²⁵.

²²³SCHMITT, Ricardo Augusto. **Prisões Provisórias: espécies, natureza e alcance**. Leituras Complementares de Processo Penal. Organizador: Rômulo Moreira, Salvador. Juspodivm, 2008, fls. 329.

²²⁴ *Ibidem loc. cit.*

²²⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Prisões Provisórias: espécies, natureza e alcance**. Leituras Complementares de Processo Penal. Organizador: Rômulo Moreira, Salvador. Juspodivm, 2008, p. 328.

5 A CULTURA DO SUPERENCARCERAMENTO

No Brasil, criou-se a cultura de que somente a prisão imposta àquele que praticou um ato criminoso consiste em punição sendo, então, tal mecanismo entendido socialmente como a forma mais adequada de resposta da sociedade àquele que pratica um ato criminoso e, assim, perturba o equilíbrio social no qual vivemos.

Nesse sentido, José Eduardo Cardozo, enquanto Ministro da Justiça afirmou que a razão do surgimento da cultura do encarceramento está na ideia de que somente a pena privativa de liberdade e a prisão provisória - que conforme já dito diversas vezes anteriormente deve sempre preservar o seu caráter de exceção sob pena de violação das garantias fundamentais da pessoa presa – são medidas efetivas²²⁶.

Entretanto, é importante ressaltar que a cultura do encarceramento – originada, dentre outros fatores, pelo uso inadequado das prisões provisórias – contraria de maneira evidente a nossa Magna Carta. Isto porque, ao passo que a nossa Constituição Federal de 1988 assegura a todo indivíduo privado de liberdade o respeito às suas garantias e direitos fundamentais – desde que compatíveis com a condição de pessoa presa -, a exemplo da preservação da integridade física e moral, a nossa realidade carcerária é bem diferente disso²²⁷.

Aldeido Nunes, por sua vez, defende que a superlotação carcerária é a primeira afronta aos direitos e garantias individuais do encarcerado²²⁸, uma vez que é a partir dela que o controle acerca dos acontecimentos ocorridos em um estabelecimento prisional se torna demasiadamente difícil, tornando quase impossível a eficiência na observância aos direitos do preso. Assim, defende o Autor que os presos não são tratados como pessoas humanas, vez que a desumanização das prisões, ou seja, o péssimo tratamento e condições que o sistema político criminal brasileiro disponibiliza aos seus detentos, é um fato percebido por todos²²⁹.

²²⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>. Acessado em 11/10/2016. Tatiane Freire. Agência CNJ de Notícias.

²²⁷ NUNES, Aldeido 1953 – A realidade das prisões brasileiras/Adeildo Nunes. Recife: Nossa Livraria, 2005, fls.176.

²²⁸ NUNES, Aldeido 1953 – A realidade das prisões brasileiras/Adeildo Nunes. Recife: Nossa Livraria, 2005, fls.176.

²²⁹ NUNES, Aldeido 1953 – A realidade das prisões brasileiras/Adeildo Nunes. Recife: Nossa Livraria, 2005, fls.176

Dessa forma, tendo em vista que a audiência de custódia tem como um de seus objetivos assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa, possibilitando uma análise adequada acerca das circunstâncias daquela prisão ali analisada, verifica-se que ela pode ajudar a atenuar a superlotação carcerária e, por via transversa, reduzir gastos – possibilitando a melhor utilização desses recursos – decorrentes da manutenção daqueles que seriam indevidamente presos provisoriamente²³⁰.

5.1 A REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a superlotação carcerária brasileira se deve, em grande parte, à grande quantidade de detentos que ainda não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso porque, em junho de 2014, as unidades destinadas aos presos provisórios apresentavam taxa de ocupação de 192%, o que praticamente equivale a dois presos para uma só vaga²³¹.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2014, relata que apenas 37% (trinta e sete por cento) das unidades prisionais brasileiras possuem em suas instalações módulos de saúde. Entretanto, 63% (sessenta e três por cento) dos que estão em privação de liberdade. Em outras palavras, mais de um terço da população carcerária não tem sequer acesso a qualquer serviço de saúde, por mais básico que este seja²³².

Nesse mesmo sentido, a já mencionada organização não governamental *Human Rights Watch*, informa que a superlotação carcerária é uma das coisas que mais contribui para o aumento do risco à saúde dos detentos. De acordo com os dados, a média de infecção pelo vírus HIV em nossos estabelecimentos prisionais é 60 (sessenta) vezes superior à média de infecção pelo mesmo vírus da população do Brasil. Ainda estatisticamente falando, a

²³⁰ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320847&caixaBusca=N> acessado em 17/10/2016

²³¹ CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>. Acessado em 11/10/2016

²³² Disponível em <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> acessado em 30/10/2016. Fls. 107

taxa de tuberculose dentro da população carcerária brasileira é aproximadamente 40 (quarenta) vezes maior que a do restante da população²³³.

Dessa forma, é possível concluir que a superlotação das prisões brasileiras contribui para a maior disseminação dos mencionados vírus – e de diversas outras doenças – uma vez que contribui de maneira direta para a precariedade de condições de habitabilidade, pois torna bem difícil a manutenção adequada de um sistema eficaz de ventilação e saneamento. Ainda segundo dados do Infopen, os estabelecimentos prisionais brasileiros – até junho de 2014 – operavam com uma lotação 60% (sessenta por cento) acima de sua capacidade oficial²³⁴.

Ainda segundo o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), nosso país tem a 4ª (quarta) maior população carcerária do mundo, totalizando, em números absolutos, 607.731 (seiscentos e sete mil setecentos e trinta e um) presos, sendo que 41% (quarenta e um por cento) deles correspondem a indivíduos presos sem condenação²³⁵. Essa população carcerária corresponde à 4 (quatro) vezes mais do número de presos que havia em 1995 – aproximadamente 148 mil (cento e quarenta e oito mil)²³⁶.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no estudo “a aplicação de penas e medidas alternativas” confirma “o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”²³⁷. Ademais, no mesmo estudo, concluiu que em 37,2% dos casos de prisão provisória pesquisados, não houve condenação ao final do procedimento²³⁸.

²³³Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308817&caixaBusca=N> acesso em 17/10/2016

²³⁴Human Rights Watch,. **Relatório Mundial 2016: Brasil: Eventos de 2015**. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573> acessado em 17/10/2016

²³⁵ Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN – JUNHO DE 2014**. 2015. Disponível em <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> acessado em 30/10/2016.

²³⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81696-professor-critica-irracionalidade-de-penas-e-encarceramento-em-massa>. Acessado em 11/10/2016

²³⁷ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no estudo “a aplicação de penas e medidas alternativas” Fls. 01

²³⁸ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no estudo “a aplicação de penas e medidas alternativas” Fls. 01

Assim, segundo Renato de Vitto, então diretor do Departamento Penitenciário, a cultura do encarceramento no Brasil é algo extremamente preocupante pois, além do acima exposto e apesar da prisão em massa, a ideia da punição pela prisão não tem obtido êxito, por exemplo, na punição dos homicídios – o número de ocorrências desse crime, apesar do excessivo encarceramento, só vem aumentando -, o que demonstra que, no Brasil, está se prendendo “muito e errado”²³⁹.

Cruzando os dados acima expostos, fica fácil concluir que, tendo em vista a taxa mínima de criminosos mais agressivos – ou seja, aqueles condenados, por exemplo, por homicídio ou latrocínio -, e, em contrapartida, considerando que em 10 anos a população carcerária brasileira quadruplicou, percebe-se, claramente, que o excesso de encarceramento decorre justamente do uso do Direito Penal como instrumento de controle social e de isolamento da classe pobre, culminando, assim, na realização de diversas prisões desnecessárias que afrontam diretamente os direitos e garantias fundamentais do cidadão, afastando o Brasil, cada vez mais, do ideal esperado de um Estado Democrático de Direito.

Outro fator que tem como consequência o enraizamento da cultura do superencarceramento no Brasil é a própria seletividade do nosso sistema penal. Esta, segundo Elmir Duclerc, consiste em uma ideia de utilização do referido sistema para a manutenção de um determinado modelo de distribuição de bens e trabalho nas sociedades humanas²⁴⁰.

Em outras palavras, o superencarceramento é decorrente da não observância a um dos preceitos básicos do Direito Penal, qual seja: o seu caráter subsidiário – devidamente explicado no início do presente trabalho. Isso porque, o ato de se recorrer a este ramo do Direito como forma primeira forma de controle inicial – principalmente em situações que os demais ramos do Direito realizariam a tutela necessária de maneira efetiva -, acaba por

²³⁹ PASTORAL CARCERÁRIA. **Manifesto pelo rompimento do encarceramento em massa e pelo resgate do Estado Social de Direito**. 2012. Disponível em <http://carceraria.org.br/nenhuma-vaga-a-mais.html> acessado em 19/10/2016

²⁴⁰ DUCLER, Elmir. **Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Bimestral; ano 15; n 64; janeiro-fevereiro de 2007. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 274.

distorcer sua função, tornando-o um Direito meramente simbólico que teria como finalidade tranquilizar a opinião pública²⁴¹.

Assim, outras formas, além da audiência de custódia, de se obter uma possível redução da população carcerária brasileira são a descriminalização ou a descarcerização. Tais medidas, que consistem em, respectivamente, extinguir a previsão de determinado fato como sendo um fato tipificado como crime ou, ainda que permaneça sendo entendido como tal, sua punição seja outra que não o cárcere.

A título de exemplo, muito se discute a possível legalização da maconha. Esta seria, em última análise, a descriminalização do tráfico de drogas no que tange ao tráfico da maconha. Aqui, tal atividade seria devidamente regulamentada, controlada e fiscalizada pelo Estado, tirando, então, o seu controle da esfera criminal.²⁴²

A descarcerização, por sua vez, consiste na manutenção de determinado fato como sendo entendido como um crime, porém a sua punição seria por meio das chamadas “penas alternativas”. Tal modalidade de pena é aplicada aos chamados infratores de menor potencial ofensivo, ou seja, aplica-se àqueles que, verificados alguns critérios, a exemplo do grau de culpabilidade e conduta social do agente. São medidas que conjugam o caráter punitivo com a utilidade social de não submeter o indivíduo desnecessariamente à privação de sua liberdade tendo, como efeito transversal a redução da população carcerária.²⁴³

Nesse sentido, o estado de Minas Gerais possui o Programa CEAPA/MG (Central de Penas Alternativas). Tal programa integra a Política de Prevenção da Criminalidade e visa acompanhar a execução de penas alternativas cumpridas no referido estado, de maneira a resgatar a função socioeducativa da pena e, assim, buscando combater a estigmatização sofrida pelos alvos da persecução penal.²⁴⁴

²⁴¹ PASTANA, Débora Regina. **Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Ano 17, n. 77, mar-abr./2009. Coordenadora: Ana Elisa Liberatore S. Bechara, p. 315.

²⁴² Paulo Queiroz. Disponível em <http://www.pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/> acessado em 12/11/2016

²⁴³ Secretaria da Administração Penitenciária. **Penas alternativas**. Disponível em http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/penas_alternativas.php acesso em 12/11/2016.

²⁴⁴ Central de Penas Alternativas – CEAPA. **Programa CEAPA**. Disponível em <http://seds.mg.gov.br/prisional/central-de-flagrantes/page/32-Servi> acessado em 12/11/2016

Dessa forma, verifica-se que há diversas possibilidades e diversos caminhos a serem seguidos se, efetivamente, estiver se objetivando a readequação e a melhora das condições de habitabilidade das prisões brasileiras, deve-se buscar a conjugação dos diversos institutos, a exemplo dos acima apresentados, que impactem, ainda que indiretamente, na redução da população carcerária e, por via transversa, na melhoria do sistema carcerário brasileiro.

5.2 SUPERENCARCERAMENTO E O DIREITO PENAL MÍNIMO

A Pastoral Carcerária, na Agenda Nacional pelo Desencarceramento de 2014, citando Luigi Ferrajoli – que conceitua Direito Penal Mínimo como aquele que se encontra condicionado e limitado pela necessidade de efetivação, em grau máximo, da tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo do Estado – defende que a adoção de tal modalidade do Direito Penal pressupõe o estreitamento da atuação do Direito Penal, de maneira que se limite o impulso punitivo dos agentes de segurança pública. Para a Pastoral Carcerária, se faz necessário também a restrição de pena de prisão apenas aos crimes mais graves²⁴⁵.

O estado apavorante das prisões brasileiras, inspiradas nos estabelecimentos prisionais dos Estados Unidos na época em que se utilizava da política “tolerância zero” - comparados por Loïc Wacquant a campos de concentração para pobres, ou empresas públicas de depósito industrial – demonstra que elas não estão mais conseguindo cumprir o seu papel de dissuasão, neutralização e reinserção do indivíduo na sociedade²⁴⁶.

Assim, a aparente adoção da Teoria da Vidraça Quebrada – teoria que defende que é a partir da luta contra os pequenos distúrbios sociais que se inibe a prática de grandes delitos -, que sustenta a reinvenção do trabalho policial, atribuindo a estes a necessidade de cumprimento de uma obrigação quantitativa de resultados²⁴⁷, acaba por distorcer o caráter subsidiário do Direito Penal, fazendo com que, objetivando cumprir tal obrigação, os

²⁴⁵ CARCERÁRIA ORG. **Agenda Nacional pelo Desencarceramento 2014**. 2014. Disponível em <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Agenda-em-Portugues.pdf>; acessado em 21/10/2016 fls. 14

²⁴⁶ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Paris: Raison d’Agir, 19999, p. 07

²⁴⁷ *Ibidem* p. 16.

agentes do Estado acabem por proceder a diversas prisões que, se devidamente analisadas, não deveriam sequer ser cogitadas.

Nos termos da redação do art. 301 do CPP²⁴⁸ a realização da prisão em caso de flagrante delito é uma faculdade dada a qualquer do povo e uma obrigação atribuída aos agentes policiais. Assim, seria injusto atribuir a responsabilidade pelo excesso da população prisional brasileira à polícia, uma vez que esta somente está exercendo a sua atribuição profissional.

Dessa forma, mais do que à polícia, compete ao Poder Judiciário realizar um controle real e efetivo acerca da necessidade e da adequação da manutenção de determinado indivíduo em cárcere. Isso porque, se foi dada à polícia uma obrigação quantitativa de resultados, tornando sua obrigação – sob pena de responsabilidade por falta funcional – proceder à prisão do indivíduo em toda e qualquer situação como forma de se gerar na sociedade a sensação de que há uma resposta rápida e efetiva por parte do Estado àqueles que perturbam o convívio social, cabe ao Judiciário, então, zelar pelo boa utilização dos institutos do sistema penal brasileiro e prezar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

A exemplo da distorção gerada pela obrigação imposta aos policiais e a consequente realização de prisões desnecessárias tem-se que, considerando a população carcerária, somente uma parcela mínima dela é ocupada por crimes que justificariam uma prisão. Somente 12% (doze por cento) da população carcerária é ocupada por indivíduos presos por homicídio, 3% (três por cento) é ocupada por aqueles condenados por latrocínio. A grande questão parece ser o crime de roubo, uma vez que a população carcerária presa por tal delito corresponde a 27% dos encarcerados²⁴⁹.

Ainda a título de exemplo, o estado de São Paulo, por meio de um relatório divulgado pelo Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) e elaborado devido ao aumento exagerado de presos entre 01º de janeiro de 2011 a 31 de julho de 2015²⁵⁰, apurou que a

²⁴⁸ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm acessado em 13/11/2016

²⁴⁹ Disponível em <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/RELATORIO%20FINAL%20DA%20CPI%20-%20APROVADO%20E%20AUTENTICADO.pdf> em 10/11/2016

²⁵⁰ Durante tal período foram incluídos 497.393 (quatrocentos e noventa e sete mil trezentos e noventa e três) presos disponível em

maior parte das pessoas presas assim estão em virtude da prática de tráfico de drogas e, em segundo lugar, se encontram as pessoas presas por roubo²⁵¹.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014 apurou que, especificamente em relação ao crime de roubo, há 16.449 (dezesesseis mil quatrocentos e quarenta e nove) homens e 224 (duzentas e vinte e quatro) mulheres presos pela prática de roubo simples e 33.563 (trinta e três mil quinhentos e sessenta e três) homens e 555 (quinhentas e cinquenta e cinco) mulheres presos pela prática de roubo qualificado²⁵².

Em sendo o crime de roubo uma modalidade delituosa que pressupõe a ocorrência de violência ou grave ameaça à pessoa, a legislação brasileira impõe para aqueles que o praticam, ainda que na modalidade simples, a necessária submissão à pena prisional²⁵³. Entretanto, admitindo a gravidade inerente ao crime analisado, parece um tanto descabido que, considerando somente os homens presos pela prática de roubo simples, existam mais de 16mil (dezesesseis mil) pessoas presas por tal conduta quando, provavelmente, grande parte deles ainda aguardam julgamento e, em sendo condenados à pena mínima, poderão cumpri-la no regime aberto.

Assim, ainda que um dos requisitos para a prisão provisória do indivíduo seja a prática de um crime que admita a pena privativa de liberdade, tal pressuposto deveria ser analisado de maneira mais consciente e menos objetiva pois, analisando-se cada caso, seria possível perceber quais indivíduos seriam ou não submetidos à pena privativa de liberdade para que somente esses fossem mantidos em cárcere provisoriamente.

Dessa forma, resta claro que o grosso da população carcerária é formado por criminosos menos agressivos e que, se fosse implementada uma política criminal adequada – e não a da utilização do sistema penal como forma de controle social –, as condições das prisões brasileiras não seriam tão precárias.

http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf acesso em 13/11/2016, p.1

²⁵¹ Disponível em http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf acesso em 13/11/2016; p. 2

²⁵² Disponível em <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> acesso em 09/11/2016, p. 65

²⁵³ A obrigatoriedade da pena prisional imposta ao crime de roubo é afastada quando se trata de roubo realizado na modalidade tentada e no roubo simples, desde que, aqui, seja aplicada a pena mínima, para que seja admitido o cumprimento da pena no regime aberto.

Assim, conforme já explicitado anteriormente, o Direito Processual Penal brasileiro – composto por normas de natureza constitucional, convencional e processual – possui mecanismos que estabelecem formas de controle da atividade coercitiva, buscando evitar a ocorrência de excessos decorrentes de acusações infundadas, levianas e, por vezes, caluniosas²⁵⁴.

As referidas formas de controle consistem no poder-dever que o magistrado tem de observar não só as formalidades necessárias à prática de determinado ato, mas bem como deve observar as finalidades, a adequação e a necessidade da medida que se pretende adotar. A inobservância desse poder-dever, segundo Benedito Roberto Garcia Pozzer, rompe o sistema e resulta em impetração de *Habeas Corpus* (HC) pelo indivíduo que, muitas vezes, encontra-se encarcerado – sem a real necessidade de assim estar – somente porque, nas palavras do referido Autor “a preponderância do poder punitivo subjuga o direito de liberdade jurídica”²⁵⁵.

Dessa forma, a política do uso indiscriminado e indevido das prisões cautelares em detrimento da manutenção do *status libertatis* do indivíduo – culminando no fenômeno do superencarceramento-, além de ir de encontro ao ideal da máxima efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo, afronta de maneira direta o caráter subsidiário inerente ao Sistema Penal brasileiro, vez que distorce as funções as reais funções do Direito Penal e passa a utilizá-lo como forma de controle e segregação social.

Tal distorção, assim, acaba por contrariar o esperado de um Direito Penal Mínimo – aqui entendido como incidência do Direito Penal e, principalmente, realização da prisão, seja ela processual ou cautelar, somente quando for estritamente necessário e restar demonstrada a insuficiência da tutela prestada por outros ramos do Direito -, vez que, como já demonstrado em diversos momentos, no sistema processual penal brasileiro a manutenção do indivíduo em liberdade deve ser a regra e, conseqüentemente, a sua prisão cautelar deverá incidir somente em caráter excepcional, uma vez que não há justifica que torne justificável o encarceramento de um indivíduo fora das hipóteses legalmente previstas.

²⁵⁴ Pozzer, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**/ Benedito Roberto Garcia Pozzer. – São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 80

²⁵⁵ *Ibidem loc. cit.*

5.3 O SUPERENCARCERAMENTO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como já dito nos capítulos anteriores, o Direito Processual Penal brasileiro deve atuar de maneira a garantir que uma ação criminal tramite respeitando os direitos e garantias fundamentais do alvo da persecução penal. Para tanto, devem ser respeitados os princípios constitucionais e convencionais basilares do processo penal, uma vez que o respeito a estes consiste em uma das melhores formas de se conciliar os interesses (retributivo, punitivo e ressocializador) do Estado - quando da necessidade de punição pela eventual prática de um crime - com os interesses do alvo da persecução penal, qual seja, o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais, de maneira a possibilitar a máxima observância e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, José Antônio Paganella Boschi, ao trazer que a atual forma de encarceramento brasileira – que distorce nosso ordenamento jurídico criminal, atribuindo a ele a função de apenas instrumentalizar a punição estatal – qual seja, a ideia de que a solução para o problema da criminalidade se encontra no maior confinamento possível de pessoas²⁵⁶, evidencia a inversão valorativa em nossa sociedade, pois, atualmente, mas se busca dar uma resposta rápida – ainda que ineficaz -, do que se busca a preservação dos direitos da pessoa presa que, ressalte-se, continua sendo detentora de direitos fundamentais.

No ordenamento processual penal brasileiro, conforme já dito anteriormente, há a necessidade de se buscar a proteção e a efetividade do direito à liberdade. Nesse sentido, em nosso ordenamento resta estabelecido que, no tocante às prisões processuais – que serão melhor exploradas em momento oportuno -, essas somente poderão decorrer de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, em caráter de extrema excepcionalidade, em caráter cautelar.

Aqui, importante se faz mencionar, novamente, a mudança de entendimento do STF acerca do tema. Nosso Supremo Tribunal entendeu que é possível o início da execução da sentença penal condenatória após a confirmação do referido título em segunda instância. Justificando sua mudança de entendimento, o STF alegou que a possibilidade

²⁵⁶ José Antônio Paganella Boschi: **O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e práxis pretoriana**. Revista Brasileira de Ciências Criminais; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Editora Revista dos Tribunais; São Paulo. Bimestral. Ano 14, nº 58, janeiro-fevereiro de 2006, p. 233.

de interposição de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário – sendo que tais recursos somente analisam alegações de violação à Lei Federal e a nossa Constituição, respectivamente, - e, assim, não admitem a análise de matéria fática e probatória, a execução da pena quando da análise em segunda instância não viola a previsão constitucional de inocência, uma vez que, nesse momento, há a confirmação da alteração do *status* do indivíduo de inocente para culpado.

Entretanto, conforme já anteriormente abordado, nossa Constituição Federal traz a previsão de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, se ainda há possibilidade de recurso – seja ele qual for – não há como se admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado do título condenatório, pois nosso ordenamento jurídico não admite a execução antecipada da pena.

Elmir Duclerc ensina, ainda, que o princípio da presunção de inocência não pode ser devidamente compreendido e assegurado se não for entendido como uma decorrência lógica do princípio da proteção constitucional à liberdade e *garantia* de sua efetividade²⁵⁷. Isto porque, de nada adianta falar em direito à liberdade se a postura dos aplicadores do Direito – no que tange ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal – parece seguir justamente em sentido contrário, vez que o Brasil é o terceiro país do mundo que mais encarcera e, ainda, utiliza como medida corriqueira as prisões cautelares – que, registre-se, são impostas pela lei como medida de extrema excepcionalidade²⁵⁸.

As prisões cautelares foram concebidas como uma exceção ao princípio da presunção de inocência, vez que a justificativa para sua incidência não se encontra na cominação de uma pena concreta a ser imposta a um indivíduo. Suas finalidades, que serão expostas a seguir, consistem no resguardo à finalidade útil de um processo criminal ou na segurança da execução de uma pena que, após o trâmite da ação penal será, eventualmente, aplicada ao sujeito passivo da persecução criminal.

²⁵⁷ DUCLERC, Elmir. **Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Bimestral; ano 15; n 64; janeiro-fevereiro de 2007. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. Fls. 277.

²⁵⁸ BRASIL, Jornal do (ED.). **Audiência de Custódia, um direito a ser respeitado**. 2015. Disponível em <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2015/02/27/audiencia-de-custodia-um-direito-a-ser-respeitado/> acessado em 17/10/2016

Entretanto, no contexto cultural atual brasileiro, qual seja, a ideia da privação da liberdade como sendo a única maneira eficaz no sentido de cessar a sensação de impunidade – tão presente em nossa sociedade -, bem como de responder ao sujeito ativo de um fato teoricamente delituoso pela prática de um ato acaba por trazer funções anômalas – e indevidas – à prisão cautelar, qual seja: a de antecipação da pena.

A prisão cautelar quando utilizada como antecipação de pena²⁵⁹, segundo Antônio Scarance Fernandes, viola o princípio da presunção de inocência. O Autor defende que tal conclusão decorre de um raciocínio simples, qual seja: se a prisão cautelar, exercendo sua função originária anteriormente mencionada, já configura exceção ao princípio em análise, qualquer prisão que lhe seja imposta a título de antecipação de pena – função atípica da prisão cautelar – consistirá em violação a tal princípio. Em suma, para que a prisão cautelar seja admitida e, portanto, não consista em violação a este postulado, deverá preservar o seu caráter de cautelaridade, não sendo admitido o seu uso como antecipação de pena.²⁶⁰²⁶¹.

Diante disso, a Pastoral Carcerária tem razão quando defende que tem havido uma violação sistemática à presunção de inocência, uma vez que na prática há o prevailecimento da prisão provisória como antecipação de pena, configurando-se assim o que a Pastoral chama de “verdadeira farra das prisões cautelares”, pois segundo os dados por ela divulgados na Agenda Nacional pelo Desencarceramento de 2014, 43% (quarenta e três por cento) da população prisional brasileira ainda não tem contra si a prolação de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Dito de outra forma, o concluído

²⁵⁹ Antônio Scarance Fernandes: “importa mencionar como forma de antecipação de pena o impedimento da liberdade provisória em virtude da natureza do crime, sem verificação de necessidade cautelar da prisão. Impedir alguém de liberdade provisória, cerceando a possibilidade de o juiz exercer o seu papel de juiz de vigilância, de juiz de cautela, impedindo-lhe de verificar a necessidade de prisão, representa forma de antecipação de pena”. FERNANDES, Antônio Scarance. **Funções e limites da prisão processual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Editora Revista dos Tribunais. Bimestral. Ano 15 n. 64 janeiro-fevereiro de 2007, São Paulo, p. 242.

²⁶⁰ *Ibidem* p.. 241.

²⁶¹ No mesmo sentido, Elmir Duclerc traz que as posições majoritárias, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, é de que as prisões processuais só poderão persistir enquanto guardarem alguma função cautelar, ou seja, enquanto servirem para garantir o resultado útil do processo penal de conhecimento. DUCLERC, Elmir.. **Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Bimestral; ano 15; n 64; janeiro-fevereiro de 2007. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 278.

pela Pastoral Carcerária é assustador, pois demonstra claramente que “quase metade da população prisional brasileira é juridicamente inocente”²⁶².

5.4 MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares, previstas no Título IX do nosso Código de Processo Penal, consistem em diversas modalidades que restringem a liberdade individual daquele sobre o qual recai a persecução criminal, prevendo, como já explicitado anteriormente e, em diversos graus, maneiras de se assegurar o resultado útil do processo penal de conhecimento ou assegurar a incidência da pena concreta cominada ao caso.

Diante disso, enquanto norma restritiva de direito, vez que atua mitigando um direito fundamental do indivíduo, qual seja, a sua liberdade – ressaltando-se que a restrição a este direito não necessariamente decorre de seu aprisionamento – conclui-se que uma medida cautelar, de natureza prisional ou não, jamais poderá ser decretada se não possuir uma base legal e fática, sob pena de violação ao princípio constitucional de presunção da inocência²⁶³.

Assim, explicita Guilherme de Souza Nucci que, em uma análise *prima facie*, os requisitos necessários à sustentação da imposição de uma medida cautelar são a *necessidade* e a sua *adequação*²⁶⁴.

Isso porque, a imposição de qualquer medida cautelar – seja ela pessoal ou não, prisional ou não – consiste em um cerceamento de direito de defesa do seu alvo e, ainda, ao fato de que, no ordenamento jurídico penal brasileiro, deve-se sempre atuar buscando a manutenção – ao menos na fase persecutória, antes da imposição de pena concretamente cominada ao caso – manter o indivíduo em liberdade, somente cabendo qualquer restrição a tal direito quando se mostrar evidentemente necessário.

²⁶² CARCERÁRIA ORG. **Agenda Nacional pelo Desencarceramento 2014**. 2014. Disponível em <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Agenda-em-Portugues.pdf>; acessado em 21/10/2016 p. 7

²⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**/ Guilherme de Souza Nucci – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.26.

²⁶⁴ *Ibidem loc. cit.*

Renato Brasileiro, por sua vez, defende que as medidas cautelares diversas da prisão possuem duas faces: a primeira, referente à possibilidade de substituírem a prisão em flagrante, preventiva ou temporária atuando, assim, como instrumento de contracautela e a segunda, incidente sobre o indivíduo no qual recai, uma vez que para este, irá atuar como um instrumento cautelar, atuando para restringir o seu campo de liberdade individual, principalmente se este se encontrava em liberdade plena²⁶⁵.

Fernando da Costa Tourinho Filho sinaliza que as medidas cautelares eventualmente impostas ao réu ou ao indiciado devem ser orientadas sob os paradigmas da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, tendo em vista que, associado a elas, deve-se sempre analisar a gravidade do crime e as circunstâncias sob as quais ele ocorreu²⁶⁶.

Ainda em relação à necessidade de observância dos preceitos fundamentais, Eugênio Pacelli defende que a previsão da presunção de inocência em sede constitucional a transforma em um valor normativo que deve ser considerado em todas as fases da persecução criminal. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao afirmar a presunção de inocência acabou por instituir um princípio afirmativo da situação de inocência daquele que for alvo da persecução criminal, bem como garantiu que toda prisão anterior à condenação definitiva (sentença penal transitada em julgado) seja devidamente fundamentada e sempre por escrito²⁶⁷.

Ademais, tendo em vista que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico deve sempre convergir buscando a máxima efetividade dos direitos fundamentais, resguardando e concretizando da maior forma possível o princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode admitir a deturpação de dos institutos – ainda mais tão violentos como são quando originados do Direito Penal – sob pena de se acabar concretizando a hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais²⁶⁸.

Assim, conclui-se que, em sendo as medidas cautelares medidas adotadas para restringir o direito do cidadão, sua incidência deve ir além da análise da presença ou não dos

²⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p. 808 e 809.

²⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 3 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 35.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 432.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli de Oliveira – 18. ed. rev. e ampl. atual. De acordo com as leis nº12.830, 12,850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo, 2014, p. 497

²⁶⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. Ricardo Maurício Freire Soares. São Paulo: Saraiva, 2010, p.150.

requisitos necessárias à sua realização, vez que tem que se observar, ainda, a adequação e a necessidade da medida que se pretende impor. Em outras palavras, as medidas cautelares devem ser impostas de maneira excludente: em sendo possível alcançar o mesmo fim com uma medida cautelar mais branda, injustificada e ilícita se faz a aplicação da medida mais gravosa.

5.4.1 Conceito

No processo penal brasileiro as medidas cautelares constituem uma maneira que o juiz competente possui para, por meio da imposição de obrigações ou, em último caso, decretação da prisão do alvo da persecução penal, assegurar o bom deslinde da ação penal – seja em decorrência da necessidade de se resguardar a instrução do feito nas situações em que o réu ou indiciado atua para prejudicar o andamento do processo, seja por destruir provas seja por ameaçar testemunhas, por exemplo – ou, ainda para garantir a aplicação da sanção pena quando esta, eventualmente, vier a ser imposta por meio de uma sentença judicial. Ambas as possibilidades já foram devidamente apresentadas em oportunidades anteriores.

Assim, Renato Brasileiro complementa o acima exposto estabelecendo que no processo penal brasileiro sempre foi pacífico o entendimento de que não seria possível se aceitar a intervenção penal do investigado (ou réu) antes da realização da medida cautelar – seja ela prisional ou não²⁶⁹. Era realizado, assim, o chamado contraditório diferido.

Entretanto, o entendimento do Autor já foi alvo de reforma legislativa. Hoje, entende-se que, via de regra, será possível a realização de contraditório prévio por parte do indiciado (ou réu), sendo somente cabível a mitigação dele – devendo, nessas situações, ocorrer o contraditório diferido, ou seja, após a realização da medida cautelar será oportunizado ao seu alvo que ele se manifeste acerca da medida imposta – quando se fizer estritamente necessário ou em situações em que o contraditório prévio possa culminar na ineficácia da medida.

5.4.2 Natureza das medidas cautelares

²⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p. 827.

As medidas cautelares demonstram claramente o quanto pode vir a ser atingida a liberdade jurídica do indiciado ou do réu. E, exatamente por isso, não deve o Poder Judiciário ficar inerte e compactuar com a atividade policial, principalmente quando esta estiver buscando a utilização indevida do instituto, pois é, em última análise, papel do juiz impedir qualquer coação ilegal, uma vez que, em nosso ordenamento jurídico, é ele o guardião das liberdades públicas²⁷⁰.

Dessa forma, ao ser provocado a decidir sobre a conversão ou não do APF em prisão provisória está o juiz, em última análise realizando um controle sobre a atuação policial. Assim, ao ordenar a soltura do preso mediante relaxamento de prisão, está o magistrado reconhecendo a ilegalidade da atuação policial. Em sentido contrário, ao converter o APF em prisão provisória ou liberando o indivíduo mediante concessão de liberdade provisória – cumulada ou não com outra medida cautelar - se está, em verdade, homologando o APF e, portanto, reconhecendo a legalidade da atuação policial.

Assim, em virtude da excepcionalidade inerente às medidas cautelares, caberá ao juiz analisar a adequação e necessidade da medida intentada com a gravidade e as circunstâncias sob as quais se deu a ação delituosa, devendo sempre optar pela medida cautelar que, ao mesmo tempo que satisfaça a sua função, seja a menos agressiva possível.

5.4.2.1 Medidas cautelares de natureza pessoal prisional

As medidas cautelares de natureza pessoal consistem em medidas que visam restringir, total ou parcialmente, a liberdade de locomoção daquele sobre o qual recai a persecução criminal. Assim como as demais medidas cautelares, visa assegurar o resultado útil do processo²⁷¹.

Tais medidas, justamente em decorrência de cautelaridade, jamais poderão incidir como efeitos automáticos da prática de determinada infração penal. Isso porque, as medidas cautelares, em sua essência, estão sempre associadas a fatores subjetivos, quais sejam, as circunstâncias sob as quais se deu o ocorrido, a conduta do próprio alvo da persecução penal e, principalmente, sua incidência deverá sempre estar atrelada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Assim, não há possibilidade de se falar em

²⁷⁰ Pozzer, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**/ Benedito Roberto Garcia Pozzer. – São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 83

²⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p. 806 e 807.

ocorrência de medida cautelar de natureza pessoal analisando-se, apenas, o tipo de infração cometida²⁷².

Antes do advento da Lei 12.403/11 e a consequente alteração do art.282, §3º do CPP, as medidas cautelares ocorriam sem a manifestação prévia da defesa. Para tanto, utilizava-se o argumento de que, em tomando o alvo da medida conhecimento a respeito desta antes de sua realização, restaria prejudicada a eficácia desta. Então, adotava-se o chamado contraditório diferido: primeiro, efetivava-se a medida cautelar e, após, era dado à defesa o direito de se manifestar acerca desta²⁷³.

A modalidade de medida cautelar pessoal que interessa ao presente trabalho é a prisão provisória, também chamada de prisão cautelar ou temporária. Diante disso, oportuno se faz lembrar que a prisão cautelar será sempre uma prisão processual e, assim sendo, deverá ser preservado seu caráter de excepcionalidade e, jamais, deverá servir como forma de antecipação de pena²⁷⁴.

Fernando da Costa Tourinho Filho traz que as prisões de natureza processual são as chamadas prisões sem pena, sendo estas uma exceção cautelar de natureza pessoal, fundada na necessidade de se assegurar a real incidência da lei penal. Assim, segue o referido Autor ensinando que, no processo penal brasileiro, as prisões cautelares podem acontecer nos termos de 4 (quatro) possibilidades: prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão domiciliar e prisão temporária²⁷⁵.

A prisão em flagrante, já analisada no item 3.1 do presente trabalho, é aquela que resulta da necessidade imediata de providência cautelaratória em virtude dos indícios de que houve a prática de um delito naquele momento ou em instante próximo²⁷⁶. Tal modalidade prisional encontra-se prevista no já exposto art. 301 do CPP²⁷⁷, sendo uma faculdade para qualquer do povo e uma obrigação para os agentes de polícia estatal realiza-la.

²⁷² *Ibidem* p. 819.

²⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p. 827.

²⁷⁴ LOPES JR, Aury. **Processo Penal no Limite**/Aury Lopes Jr., Alexandre Moraes da Rosa. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 17.

²⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª ed. De acordo com as Leis n. 11.689 e 11.719, todas de junho de 2008.. Saraiva, 2013, v. 03 p. 450.

²⁷⁶ *Ibidem* p. 488

²⁷⁷ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm acesso em 15/11/2015

Assim, inegável é o caráter acautelatório da prisão em flagrante, entendida por autores como Aury Lopes como sendo, em verdade, uma medida pré-processual – tema já enfrentado quando da exposição da prisão em flagrante no item 3.1 – desde que convertido em prisão preventiva. Isso porque tal conversão – como toda incidência de prisão processual – somente se justifica se houver caráter cautelar: se houver necessidade de se assegurar a adequada realização da instrução criminal ou assegurar o cumprimento da lei penal, sob pena de se estar incidindo sobre o indivíduo o cumprimento antecipado de pena, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro em virtude da previsão constitucional de presunção de inocência²⁷⁸.

A prisão temporária é uma medida cautelar cujo prazo máximo de duração, via de regra, será de 5 (cinco) dias, prorrogável uma única vez por igual período, justificada em casos de necessidade extrema. Os presos nessas condições devem, segundo a redação dada pela Lei 12.403/2011, “sempre que possível” ficar separados dos demais encarcerados²⁷⁹. Tal modalidade de medida cautelar consiste na busca pelo asseguramento da investigação policial²⁸⁰.

A prisão preventiva, por sua vez, estará autorizada desde que presentes as hipóteses autorizativas elencadas no art. 312 do CPP, sendo necessariamente determinada pelo juiz nos crimes dolosos – ressaltando-se que não pode a autoridade judiciária determinar a prisão preventiva *ex officio*, exceto se esta já fora iniciada a ação penal -, em qualquer fase do inquérito policial ou a qualquer momento da instrução criminal²⁸¹²⁸².

Os requisitos para a decretação da prisão preventiva são: o teórico crime cometido deverá ser um crime doloso, a pena máxima cominada deve ser superior a 4 (quatro) anos, o acusado deve ter uma condenação anterior transitada em julgado por crime doloso – exceto o previsto no art. 64, I do CP -, e, se o crime se tratar de violência doméstica e

²⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª ed. De acordo com as Leis n. 11.689 e 11.719, todas de junho de 2008.. Saraiva, 2013, p. 489

²⁷⁹ *Ibidem* p. 535 e 536.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 544.

²⁸¹ 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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm acessado em 15/11/2016

²⁸² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª ed. De acordo com as Leis n. 11.689 e 11.719, todas de junho de 2008.. Saraiva, 2013, v. 03 p. 543

familiar contra mulher, criança, idoso, adolescente, enfermo ou portador de necessidades especiais para que se garanta a execução das medidas protetivas de urgência²⁸³.

A prisão domiciliar, introduzida pela lei 12.403/2011, ocorrerá quando o indivíduo for preso por um crime que não ultrapasse 4 (quatro) anos de privação de liberdade – sendo, assim, aplicada quando não couber prisão preventiva. Consiste na imposição de que o alvo da persecução criminal fique recolhido em sua residência, não podendo dela se ausentar sem prévia autorização judicial. Em que pese não se trate de uma medida prisional que imponha ao indivíduo o recolhimento em cárcere, não há como ser encarada como uma medida cautelar diversa da prisão, uma vez que a limitação de sua possibilidade de locomoção consiste, em última análise, a uma restrição à liberdade²⁸⁴.

Segundo Danielle Souza de Andrade e Silva, no nosso sistema processual penal, bem como em todos aqueles que se dizem fundados em bases democráticas, a prisão processual – em qualquer modalidade, excetuada a prisão em flagrante em virtude de suas características peculiares - deverá incidir sempre de maneira excepcional. Para a Autora, a excepcionalidade decorre justamente da sua finalidade, qual seja: a de resguardar a eficácia do processo penal cognitivo ou executivo e, principalmente; a excepcionalidade é necessária, ainda, pois a prisão processual consiste na mais grave forma de limitação da liberdade individual, sendo cabível somente quando não for suficiente a incidência de outra medida acautelatória²⁸⁵.

Antônio Scarance Fernandes, por sua vez, defende que, em nosso meio, além de exercer suas funções típicas, a prisão processual exerce ainda as, por ele denominadas, de funções anômalas, quais sejam: servir como antecipação de pena, impedir o direito ao recurso e para espetáculo público²⁸⁶.

²⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31ª ed. De acordo com as Leis n. 11.689 e 11.719, todas de junho de 2008.. Saraiva, 2013, v. 03 p. 568.

²⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª ed. De acordo com as Leis n. 11.689 e 11.719, todas de junho de 2008.. Saraiva, 2013, v. 03 p. 577

²⁸⁵ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) nº. 62. Bimestral. Ano 14. Editora Revista dos Tribunais, setembro – outubro de 2006, p. 202.

²⁸⁶ FERNANDES, Antônio Scarance.. **Funções e limites da prisão processual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Editora Revista dos Tribunais. Bimestral. Ano 15 n. 64 janeiro-fevereiro de 2007, São Paulo, p. 241.

Para o referido Autor, a polêmica acerca de tal instituto ocorre quando sua incidência é pautada na garantia da ordem pública e na garantia da ordem econômica. Isso porque, ambas as expressões são extremamente abstratas, fazendo com que, em seu escopo, sejam cabíveis as mais diversas interpretações. Assim, para Antônio Scarance Fernandes, quando a prisão cautelar se fundar em algum desses dois aspectos e for possível identificar, em seu plano de fundo, que a prisão, em verdade, objetiva dar credibilidade à justiça e/ou satisfazer o clamor público gerado pela mídia sensacionalista, não haverá justificação para a incidência da prisão cautelar²⁸⁷.

O sensacionalismo midiático decorre do chamado “populismo penal”. Neste, há a exacerbação da pena, a defesa da ampliação do campo de incidência do sistema punitivo e a visão do delinquente sob o seu aspecto pessoal, como se este fosse uma espécie de inimigo a ser derrotado – não enxerga o crime como uma problemática social. Tal movimento é marcado pela hiperpunitivismo, pelo Direito Penal autoritário e de retribuição e pela segregação como forma de afastar o criminoso do convívio social²⁸⁸.

Assim, o populismo penal midiático vai na contramão do que efetivamente deveria ser feito pela mídia: conscientizar a população acerca da importância da ressocialização do preso, divulgação do ideal do Direito Penal mínimo e de sua subsidiariedade, da falência do sistema carcerário brasileiro – que, ao contrário do que é pregado, não é a resposta mais adequada e efetiva a todos os tipos de crime – e que as causas primárias da criminalidade estão na ausência de políticas sociais adequadas que torne possível a satisfação do mínimo existencial de cada indivíduo²⁸⁹.

Dessa forma, vê-se que, quando nem as instituições responsáveis por informar a população realizam o seu papel devidamente, uma vez que estão mais interessadas em índices de audiência do que em cumprir a sua função social – que perpassa pela educação e levantamento de debates essenciais ao estabelecimento da cultura social -, e que o Judiciário muitas vezes cede ao clamor popular apenas para satisfazer o interesse social de resposta ao cometimento de um crime – mitigando indevidamente direitos básicos de um cidadão -, a necessidade de reformulação da política criminal brasileira passa não

²⁸⁷ *Ibidem* p. 244 e 245.

²⁸⁸ SILVA, Darlúcia Palafoz. **Influência do populismo penal midiático no Tribunal do Júri:** Desequilíbrio da estrutura democrática do processo?. 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/30722/influencia-do-populismo-penal-midiatico-no-tribunal-do-juri/2> acessado em 21/10/2016

²⁸⁹ *Ibidem*.

somente pelas instituições judiciais, mas também e, principalmente, pela “reeducação” de todos os ramos da sociedade.

Isso porque somente se poderá falar em processo penal democrático quando as normas garantidoras e os direitos fundamentais individuais ou sociais do preso forem um objetivo comum de toda a sociedade e não meras normas simbólicas que estão somente preenchendo lacunas judiciárias e não exercendo seu real papel de limites ao poder punitivo estatal.

5.4.2.2. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão

As medidas cautelares pessoais diversas da prisão surgiram com a edição da Lei 12.403/2011 – melhor analisada no tópico 5.5 do presente capítulo – e que consistem em medidas cautelares – e justamente por isso processuais e, conseqüentemente, devendo, ainda que não se trate de privação de liberdade - ao menos não em seu grau máximo -, respeitar o caráter excepcional, o respeito aos requisitos necessários para implementação de qualquer medida cautelar e, ainda, a análise de sua real necessidade e adequação ao caso.

Fernando da Costa Tourinho Filho conceitua as medidas cautelares diversas da prisão como sendo medidas precautórias que não possuem tanto rigor quanto o encarceramento. Consistem na possibilidade de o juiz estabelecer uma (ou mais) obrigação ao indiciado ou réu, desde que observadas a sua adequação à gravidade do crime, as circunstâncias sob as quais ele se deu e as condições pessoais do sujeito passivo da persecução criminal²⁹⁰.

5.5 A LEI Nº 12.403 DE 2011

A entrada em vigor da Lei 12.403 de 2011 trouxe um importante efeito sobre as persecuções que na legislação anterior eram desprovidas de medidas acautelatórias, uma vez que, para estas, traz a possibilidade de aplicação de diversas medidas cautelares não prisionais que visam a mesma coisa, qual seja, concretizar a tutela cautelar do processo²⁹¹.

²⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 3 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 35.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Fls. 579.

²⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p. 809.

Nesse sentido, Renato Brasileiro defende que o referido diploma normativo constitui uma importante maneira de acabar com a “*bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*”. Isso porque, antes de sua vigência, no processo penal brasileiro havia uma polaridade: ou o sujeito o respondia em total liberdade, sem necessidade de pagamento de fiança e, apenas, prestando compromisso de que compareceria em juízo – ou perante à autoridade policial – toda vez que fosse intimado para tal, ou o respondia encarcerado²⁹².

A extinção da referida bipolaridade se dá ao fato de que, ao ampliar de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoas diversas da prisão, a lei em comento proporcionou ao juiz a possibilidade de realizar uma escolha mais adequada ao caso concreto, respeitando de maneira mais eficaz os princípios da legalidade e da proporcionalidade²⁹³.

Segundo Renato Brasileiro, a edição da lei 12.403/11 acarreta diversos benefícios. Isso porque o Estado, considerando que um dos efeitos dessa lei é – ou deveria ser - a redução da população carcerária, tal diminuição acarreta, por via transversa, a redução do dispêndio necessário à manutenção do indivíduo em cárcere. Ademais, como consequência à diminuição carcerária, há a redução dos riscos à saúde dos encarcerados, reduz-se a estigmatização que ocorre devido a um processo criminal e se evita o contato dos criminosos “de menor potencial” com a criminalidade de grande porte²⁹⁴.

²⁹² *Ibidem*, p. 807.

²⁹³ *Ibidem loc. cit.*

²⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p. 808.

6 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUPERENCARCERAMENTO

Um dos grandes responsáveis pelo início do debate e implementação da audiência de custódia no ordenamento brasileiro, Ministro Ricardo Lewandowski é, também, um dos defensores da ideia de que a cultura do encarceramento não é a melhor forma de se combater a criminalidade. O Ministro contradiz àqueles que defendem que a manutenção em cárcere é a resposta para o problema da segurança pública expondo a baixa taxa de reincidência daqueles que passaram pela audiência de custódia: em São Paulo e no Espírito Santo, a título de exemplo, tal taxa corresponde a 4% (quatro por cento) e 7% (sete por cento), respectivamente²⁹⁵.

Renato Brasileiro, por sua vez, defende que a audiência de custódia representa um mecanismo essencial à diminuição do encarceramento em massa pois, a simples mudança no método utilizado, qual seja, a simples possibilidade de o juiz encontrar pessoalmente o flagranteado, e não apenas realizar a leitura do APF, permite uma elevação do nível de cientificidade da autoridade judiciária, de maneira que será possível a realização de uma melhor triagem daqueles que possuem uma justificação adequada para a efetivação de sua prisão daqueles que não a possuem²⁹⁶.

No mesmo sentido, Cleomar Rizzo Esselin Filho, defensor público-geral do Estado de Goiás, defende que, no nosso contexto atual, a realização das audiências de custódia constitui a melhor alternativa contra a cultura do superencarceramento²⁹⁷²⁹⁸.

Em sentido contrário, Mauro Fonseca e Pablo Rodrigo Alflen defendem que a audiência de custódia não consiste em um mecanismo que consiga reduzir a população carcerária, pois os requisitos para as prisões provisórias permanecem os mesmos. Para os Autores,

²⁹⁵ Disponível: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81617-audiencias-de-custodia-completam-um-ano-revolucionando-sistema-prisonal>. Acesso em 11/10/2016. Débora Zampier. Agência CNJ de Notícias.

²⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Juspodivm, 2015, p. 928.

²⁹⁷ Disponível em:

http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/index.php?option=com_content&view=article&id=447:audiencias-de-custodia-sao-melhor-saida-contracultura-do-encarceramento&catid=8&Itemid=180. Acessado em 11/10/2016.

²⁹⁸ Ainda nesse sentido, Ruchester Marreiros Barbosa defende que a audiência de custódia é um instituto milagroso para diminuição do abuso no encarceramento provisório no Brasil e, lembra ainda que tal instituto é importante também enquanto instrumento inibitório da tortura praticada pela polícia. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-ou-de-etiquetamento/>. Acessado em 11/10/2015.

então, não havendo mudança nos requisitos necessários para conversão da prisão em flagrante em prisão provisória – ou a sua decretação no decorrer do processo -, não se conseguirá, com a simplesmente implementação da audiência de custódia, alterar a forma como os magistrados interpretam os requisitos já preestabelecidos e, conseqüentemente, não se conseguirá reduzir a população carcerária brasileira²⁹⁹.

Dessa forma, para os autores acima mencionados, a grande questão está na possibilidade do contato pessoal entre o flagranteado e o juiz. Tal apresentação, mais do que possibilitar o aprimoramento da análise realizada pelo magistrado, uma vez que ele terá contato direto com o alvo da persecução criminal e, assim, poderá decidir de maneira mais consciente, pois a presença pessoal do indivíduo altera a atual forma de análise do APF – que, em sua estrutura de elaboração, apresenta um desequilíbrio entre as alegações favoráveis e contra ao flagranteado, pois são documentados, via de regra, mais elementos acusatórios do que de defesa -, acarreta também a necessidade de mudança no campo subjetivo das autoridades judiciárias.

Tais mudanças referem-se à necessidade de que, para que os objetivos da audiência de custódia sejam alcançados, o juiz deve deixar de perceber o indivíduo que lhe é apresentado como “um problema social” e passar a vê-lo como um ser humano detentor de direitos que, embora tenha teoricamente perturbado a paz social, merece uma análise justa e adequada das circunstâncias que permearam a ocorrência.

Também contrária à ideia de que a audiência de custódia irá ensejar a redução do contingente carcerário brasileiro, a juíza Márcia Helena Bosch – membro da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo – defende que, por si só, a audiência de custódia não ensejará tal redução, uma vez que ela não é suficiente para combater o atual problema da criminalidade. No mesmo sentido da Magistrada, Paulo Malvezzi, assessor jurídico da Pastoral Carcerária, defende que, para combater o superencarceramento, mais eficiente que a implementação da audiência de custódia, seria uma mudança no, por ele chamado, “conservadorismo da toga”, ou seja, os mesmos juízes que hoje pecam na decretação

²⁹⁹ ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 57.

desnecessária da prisão provisória serão aqueles que estarão realizando a audiência de custódia³⁰⁰.

O “conservadorismo da toga” consiste no enraizamento da ideia de que somente a privação da liberdade é uma medida adequada pela qual se pode punir alguém pela prática de um crime. Decorre da predominância do entendimento de que cabe ao Direito Penal proporcionar à população a sensação de segurança, através da adoção da política “tolerância zero”, a qual, assim como a teoria da vidraça quebrada, defende que é por meio da aplicação da punição máxima, ainda que se trate de um delito pouco ofensivo, que se coibirá as práticas dos “grandes” delitos.

Dessa forma, conclui-se que, para que a audiência de custódia consiga efetivamente alcançar seus objetivos – não exclusivamente a redução da população carcerária – faz-se necessária uma mudança na postura do Judiciário, no sentido de que os magistrados deverão recolocar o Direito Penal no lugar que lhe é devido, qual seja, o de *ultima ratio* do controle social, afastar a ideia de que somente há punição quando há privação de liberdade para que, assim, seja possível uma análise mais clara, mais objetiva e, sim, mais sensível, acerca da necessidade de manutenção de um indivíduo em cárcere.

Ademais, ainda para afastar o referido “conservadorismo da toga”, é indispensável que os magistrados compreendam que o papel do Direito Penal não é aquele que a mídia ou o anseio popular o dá, mas sim o de meio de proteção dos bens jurídicos mais relevantes, tutelando-os quando a proteção pelos demais ramos jurídicos se mostrar insuficiente, punindo os seus ofensores. Porém, importante frisar que jamais se justificará a “punição por punição” ou a incidência da pena máxima admitida em nosso ordenamento – privação de liberdade, uma vez que não admitimos a pena de morte, salvo as exceções legais -, somente para que o Estado mostre para a população que “está no controle”.

Para tanto, se faz necessário que os magistrados passem a perceber os indivíduos alvos da persecução penal como sujeitos detentores de direitos, os quais deverão ser garantidos e respeitados em grau máximo naquilo que for compatível com a pena atribuída ao fato teoricamente cometido. Assim, a manutenção da privação de liberdade por longos períodos e a conversão de prisões em flagrante em prisões provisórias de maneira

³⁰⁰ Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html> acessado em 19/10/2016

desenfreada e injustificada, ferem os direitos e garantias fundamentais do cidadão, cabendo ao Judiciário prezar pela retomada da eficácia de tais princípios, abandonando o “conservadorismo da toga” e aplicando os institutos da maneira que devem ser aplicados.

Nesse sentido, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no estudo “A Aplicação da Pena e Medidas Alternativas” explicitou que, no contexto atual de formação e prática dos operadores do sistema de justiça – em que se valoriza mais o litígio do que a sua solução restaurativa, configurando assim, essencialmente, o caráter retributivo da justiça criminal brasileira –, qualquer alternativa penal proposta permanecerá sempre sendo meramente burocrática – atuando sempre como atendimento ao disposto previsto e em lei e não de maneira a efetivamente buscar o objetivo do ato a ser praticado –, atuando apenas como mais um mecanismo de controle e não no sentido ideal a ser buscado, qual seja, o de opção à privação de liberdade e compromisso de reestabelecimento das relações sociais³⁰¹.

Por isso, o IPEA defende que para que qualquer mecanismo que vise acabar com a cultura do superencarceramento seja efetivo, deve-se primeiro ocorrer uma mudança significativa no sistema criminal brasileiro sendo, o primeiro passo nesse sentido, o reconhecimento de que o modelo do encarceramento em massa é um modelo falido que deverá ser, ao contrário do que ocorre hoje, a última opção. Deverá, para tanto, ocorrer uma inversão de valores: deve-se valorizar a aplicação de medidas alternativas em detrimento da opção pelo cárcere³⁰².

Em que pese a busca pela máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo encarcerado ainda não seja a ideal, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu, no Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión al Brasil que “El Brasil ha realizado progresos importantes en materia de legislación, salvaguardias, prevención y reforma institucional sobre el papel, aunque en la práctica va muy retrasado”³⁰³.

O referido relatório aponta a superlotação como uma das principais formas de desrespeito à integridade da população carcerária, afirmando que há uma evidente necessidade de

³⁰¹ Estudo IPEA – “a aplicação das penas e medidas alternativas” – fls. 02

³⁰² Estudo IPEA – “a aplicação das penas e medidas alternativas” – fls. 02

³⁰³ Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/16/PDF/G1601416.pdf?OpenElement> acesso em 13/11/2016. Fls. 01

reduzi-la e, sugerindo, para tanto, a redução do percentual (atualmente, 41% dos encarcerados brasileiros são presos em caráter provisório) de presos provisórios. Nesse sentido, um dos pontos mais relevantes do Informe foi a busca pela concretização da audiência de custódia, reconhecendo esta como uma das maneiras de se combater o uso arbitrário da privação de liberdade, bem como de diminuição da tortura³⁰⁴.

A ONG *Human Rights Watch*, por sua vez, no mesmo sentido da ONU, reconhece a problemática da superlotação carcerária brasileira e, também, reconhece que a audiência de custódia configura em um importante meio de busca pela concretização dos direitos fundamentais dos presos podendo, ainda, reduzir os casos de tortura e o superencarceramento³⁰⁵.

No Rio de Janeiro, a realização da audiência de custódia evitou o encarceramento de duas pessoas por dia. De todos os 5.302 (cinco mil trezentos e dois) presos representados pela Defensoria Pública, somente 2,8% foram novamente apreendidos pelo cometimento de novo delito e 33,8% deles foram colocados em liberdade após a realização da referida audiência³⁰⁶.

Em estatística divulgada pelo CNJ (anexo VIII), na Bahia, de 28 de agosto de 2015 até o 28 de fevereiro de 2016, foram realizadas 1.667 (mil seiscentos e sessenta e sete) audiências de custódias, das quais 68,21% culminaram na libertação do indivíduo³⁰⁷. Na mesma estatística, apurou-se que o Distrito Federal, por sua vez, ente 14 de outubro de 2015 e 15 de maio de 2016, realizou 6.844 (seis mil oitocentas e quarenta e quatro) audiências de custódia, das quais 54,32% resultaram na liberdade do indivíduo.

Os estados do Ceará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul – este com o alarmante índice de conversão de 84,66% das audiências de custódia em prisão preventiva -, São Paulo e Sergipe são estados que, pelo menos à primeira vista, se encontram um pouco relutantes com a proposta da audiência de custódia, uma vez que

³⁰⁴ Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/41562-onu-demanda-reducao-do-numero-de-presos-no-brasil> acesso em 15/11/2016

³⁰⁵ Disponível em <https://www.hrw.org/pt/news/2016/01/27/286219> acesso em 15/11/2016

³⁰⁶ Disponível em <http://emporiadodireito.com.br/audiencia-de-custodia-no-rio-de-janeiro-evitou-o-ingresso-de-duas-pessoas-por-dia-no-sistema-carcerario/> acessado em 15/11/2016

³⁰⁷ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/11e32906b74ed6480aca0eb9e5c58ee4.pdf> acessado em 15/11/2016

seu índice de conversão em prisão provisória permanece sendo superior que o índice de libertação dos indivíduos³⁰⁸.

No quadro geral, foram autuadas em flagrante, em todo o Brasil, 83.634 (oitenta e três mil seiscentas e trinta e quatro) pessoa, das quais 81.439 (oitenta e um mil quatrocentas e trinta e nove) foram submetidas à audiência de custódia, sendo que 47,48% destas resultaram em liberdade³⁰⁹.

Especificamente em relação à Salvador, em análise de dados trazida pelo Defensor Público Daniel Nicory do Prado, em relação aos crimes de maior incidência – roubo e tráfico de drogas -, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva foi de 47,83% e 25%, respectivamente. O índice de relaxamento das prisões, por sua vez, diminuiu de 5,36% antes da audiência de custódia para 4,41% após o início de sua realização³¹⁰.

O Defensor segue, assim, defendendo que, diante dos resultados obtidos, a realização da audiência de custódia não tem apresentado impacto significativo em relação à redução do percentual de conversão da prisão em flagrante em prisão provisória, bem como em relação ao reconhecimento da ilegalidade da prisão realizada. Porém, reconhece que a implementação do referido instituto possui salutar importância na ponderação realizada pelo magistrado acerca de qual medida cautelar alternativa mais se enquadra ao caso concreto³¹¹.

³⁰⁸ Disponível em

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/11e32906b74ed6480aca0eb9e5c58ee4.pdf> acessado em 15/11/2016

³⁰⁹ Disponível em

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/11e32906b74ed6480aca0eb9e5c58ee4.pdf> acessado em 15/11/2016

³¹⁰ PRADO, Daniel Nicory. **Audiência de custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação**. Boletim IBCCRIM. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – nº 276 – novembro/2015 -ISSN 1676 - 3661

³¹¹ *Ibidem loc. cit.*

7 CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos acima expostos, conclui-se que a implementação da audiência de custódia, mais do que uma forma de possibilitar que o Brasil se a deque aos ditames estabelecidos em sede de Direito Internacional e que, espontaneamente, aderiu, é uma forma de fazer valer os direitos e garantias do indivíduo preso.

Ademais, consiste também em uma maneira de se evitar e de, talvez, possibilitar a apuração de eventuais torturas e maus-tratos perpetrados pelos agentes do estado no momento da prisão e ao longo de sua duração, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro não há possibilidade alguma de legitimação da tortura, não podendo, então, esta ser usada para fins de obtenção de confissão, nem tampouco, sem finalidade alguma. Tal finalidade consiste em uma maneira de se resguardar a integridade física, moral e psíquica do indivíduo encarcerado, uma vez que sua condição de preso não exclui a sua condição de pessoa humana.

Diante dos dados expostos verifica-se que na realidade brasileira impera a inversão de valores e, além disso, que a política criminal adotada, qual seja, a de utilização do Direito Penal e do Direito Processual Penal como forma de controle social e de controle e segregação da população pobre, configurando a chamada de seletividade do sistema que, ressalte-se mitiga o princípio da isonomia, uma vez que a lei não incide da mesma forma sobre todos os indivíduos, sendo mais grave para os negros e pobres e mais branda para brancos e ricos; distorce a aplicação de institutos como as medidas cautelares, invertendo a lógica do sistema e aplicando a prisão - que, como deveras apresentado, deveria ser a exceção -, como regra e atribuindo à manutenção do *status libertatis* o caráter de exceção.

Assim, ao passo que, por ora, o ordenamento jurídico brasileiro somente prevê a realização da audiência de custódia para as prisões decorrentes de flagrante – diferentemente dos textos internacionais, que preveem tal realização também para as prisões provisórias e para aquelas decorrentes de sentença penal condenatória -, tem-se que esta somente irá alcançar os efeitos dela esperados se houver uma mudança paradigmática na postura dos juízes, vez que de nada adianta a previsão do instituto e a sua realização se os magistrados não se dispuserem a, efetivamente, consolidá-lo.

Isso porque, conforme exposto, os magistrados que atuarão nas audiências de custódia são os mesmo que já possuem em si enraizados a cultura da punição pela prisão antes do

trânsito em julgado da sentença penal condenatória – admitindo o uso desta como antecipação de pena, ressaltando-se que tal possibilidade constitui uma função anômala e, portanto, não prevista no ordenamento e, conseqüentemente, ilícita -, se estes não se dispuserem à realizar uma mudança cultural de entendimento, transformará a realização da audiência de custódia em mero cumprimento de formalidade.

Entretanto, verifica-se que a referida cultura de que o encarceramento é a única maneira eficaz de punição acaba por gerar o aqui denominado superencarceramento ou encarceramento em massa. Porém, de acordo com os dados explicitados, a partir do momento em que quase metade da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios e que uma parcela mínima destes terá uma sentença penal condenatória contra si proferida, resta evidente que há um exagero e um uso indevido do instituto da prisão cautelar.

Ademais, ainda em relação à distorção do uso da medida cautelar prisional, tem-se que este culmina na violação ao preceito constitucional da presunção de inocência, uma vez que se está aplicando a medida mais grave – e não necessariamente a mais adequada e eficaz ao caso -, quando provavelmente em muitos casos há outra medida cautelar que atenderia a finalidade buscada e que ofenderia menos a dignidade do encarcerado.

Tendo em vista os objetivos da audiência de custódia e, destacando-se a possibilidade de, por meio da apresentação pessoal do preso perante a autoridade judicial, se realizar uma análise mais eficiente da necessidade e da legalidade da prisão realizada – uma vez que, conforme oportunamente explicitado, há o rompimento da “fronteira do papel” -, atribui-se a tal instituto a possibilidade de atuar no combate ao superencarceramento contribuindo, por via transversa, para a diminuição da população carcerária brasileira.

Assim, enfrentou-se a possibilidade de a audiência de custódia ser ou não uma forma de se bater a cultura do superencarceramento. Aqui, antes de se buscar combatê-la, se faz necessário o reconhecimento da falência do sistema prisional brasileiro pois, somente a partir disso, associado com a mudança paradigmática já referida, estará a audiência de custódia dotada de eficiência plena podendo sim, se devidamente realizada e compreendida por todos os seus partícipes, atuar de forma determinante no combate ao encarceramento de massa.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. **Da audiência de custódia em São Paulo**. Boletim IBCCRIM. Ano 23, nº 269, abril/2015
- ANDRADE. Mauro Fonseca; ALFLEN Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro** / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial** /Ricardo Antonio Andreucci. – 10. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução: Juarez Girino dos Santos. - 3. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 5448. Impetrante: ANAMAGES. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5448 &proce sso=5448](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5448&proce sso=5448). Acesso em 29 de maio de 2016
- _____, Decreto-lei nº 3.689, de 3/10/1941
- BRASIL, Tj. Pr. Habeas Corpus nº 1.358.323 -2. IMPETRANTE: MARIANA MARTINS NUNES. Relator: DES. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO. Curitiba, 23 de abril de 2015. **Diário Oficial do Paraná**. Paraná, 24 abr. 2015
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1 – 19 ed. rev., ampl. e atual – São Paulo, Saraiva 2013
- BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, **Andreia de Brito**. **Processo penal garantista** / Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues – 2. ed. Goiânia: AB, 2003.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**; Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992
- COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**, Mandamentos, Belo Horizonte, 2013
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição revista, ampliada e atualizada; Salvador: JusPodivm, 2012
- DOTTI, René Ariel, 1934 – **Curso de direito penal: parte geral**; Rio de Janeiro: Forense, 2001
- DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O Direito Penal Simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. Disponível em: http://www.ambito-jurico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20_artigos_leitura&artigo_id=6154. Acessado em 04/04/2016

FARIA, Cesar. **Processo Penal do Inimigo**. Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar. Organizadores: Luiz Augusto Coutinho, Fabiano Pimentel e Wanderley Ribeiro. Salvador: ESA/BA, 2014,

FARIELLO, Luiza. **Audiência de custódia está relacionada ao combate a exclusão social**. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81601-fonape-audiencia-de-custodia-esta-relacionada-ao-combate-a-exclusao-social>. Acesso em 23/02/2016

GIACOMOLLI, Nereu José. **O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais**. Direito Penal em tempos de crise. Org.: Lenio Luiz Streck; André Luis Callegari...[et al]. Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

GOMES, Luis Flávio. **Limites do *ius puniendi* e bases principiológicas do garantismo penal**. Leituras complementares de processo penal. Organizador: Rômulo Moreira. Salvador, JusPodivm, 2008.

Human Rights Watch,. **Relatório Mundial 2016: Brasil**: Eventos de 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573> acessado em 30/10/2016

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo) (Ed.). **Progressão de regime a preso provisório: conheça abaixo a decisão de primeira instância da justiça paraibana, reconhecendo a denominada “progressão virtual” de execução de pena**. 2009. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/noticia/13335-Progressao-de-regime-a-preso-provisorio> acessado em 28/10/2016

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Juspodivm, 2015

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** – vol. II. 7ª ed. Lumen Juris, 2011

_____, Aury. **Habeas Corpus: considerações para uso tópico. Leituras complementares de processo penal**. Organizador: Rômulo Moreira. Salvador, JusPodivm, 2008

_____, Auri; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209. Acessado em 05/04/2016

_____, Aury e ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** (parte 1) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acessado em: 10/07/2016

_____. Aury e ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** (parte 3) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acessado em: 10/07/2016

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre – RS, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2º ed. revis. aument., 2003

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. In: COUTINHO, Luiz (ORGANIZADOR). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacelar**/ Luiz Coutinho/ Fabiano Pimentel/ Wanderley Ribeiro (orgs) – Salvador: ESA/BA, 2014

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios**. 2015.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>. Acesso em: 10/10/2016

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leia Penais e Processuais Penais Comentadas**, vol.2. 8ª ed. Forense, 2014

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015

PRADO, Daniel Nicory do. **Autos da barca do inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2010

Pozzer, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**/ Benedito Roberto Garcia Pozzer. – São Paulo: IBCCRIM, 2001

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 11ª edição, revista ampliada e atualizada; editora jus Podivm, 2015

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL, **Informativo**, ed. 05, ano 03, 2013

REIS, André Wagner Melgaço. **A Teoria das Janelas Quebradas (*broken Windows theory*)*, o programa tolerância zero e os delitos de bagatela**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 18 (jun/jul. 2007)

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Prisões Provisórias: espécies, natureza e alcance**. Leituras Complementares de Processo Penal. Organizador: Rômulo Moreira, Salvador. Juspodivm, 2008

SILVA, Raíssa Zago Leite da. **Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização**. Revista Liberdades, nº 18. Janeiro/abril de 2015. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

SILVA, Suzane Cristina da. **Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do Labelling approach. Revista liberdades.** Maio/agosto de 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** Ricardo Maurício Freire Soares. São Paulo: Saraiva, 2010

TÁVORA NETO, Nestor Néerton Fernandes. **Princípio da adequação e julgamento antecipado do mérito penal.** Salvador: JusPodivm, 2009

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 31^a ed. De acordo com as Leis n. 11.689 e 11.719, todas de junho de 2008.. Saraiva, 2009

VILELA, Augusto Tarradt. **Boletim IBCCRIM.** Ano 23, nº 269, abril/2015

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito;** Informativo Rede Justiça Criminal, ed. 05, ano 03, 2013.

Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81696-professor-critica-irracionalidade-de-penas-e-encarceramento-em-massa>. Acessado em 10/10/2016

ANEXOS

Anexo I – Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Anexo II – Parecer da Comissão de Direito Humanos e Legislação Participativa

Anexo III – Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa

Anexo IV – Ofício nº 3506/2014: Ministério Público do Estado de São Paulo

Anexo V – Ofício nº 02/2015: Associação Nacional dos Defensores Públicos

Anexo VI – Manifestação Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Anexo VII – Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

Anexo VIII – A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas

PARECER Nº , DE 2011

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO,
JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão
terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº
554, de 2011, do Senador ANTONIO CARLOS
VALADARES, que *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.*

RELATOR: Senador **RANDOLFE RODRIGUES**

I – RELATÓRIO

Trata-se do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554, de 2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que estabelece prazo de 24 horas, contadas a partir da prisão em flagrante, para apresentação do preso à autoridade judicial.

A alteração legislativa proposta opera-se no § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), por acréscimo ao que já estabelece esse dispositivo: encaminhamento, no mencionado prazo, do auto de prisão em flagrante ao juiz competente e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Na justificação, o autor argumenta que o item 3 do artigo 9 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado no direito nacional por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, estabelece que *qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.*

Em adição, recorda que o Brasil é signatário também da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que traz determinação de igual teor no item 5 do seu artigo 7.

Ressalta, finalmente, que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil.

Não foram oferecidas emendas até o momento.

II – ANÁLISE

A matéria circunscreve-se à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, sendo de livre iniciativa de qualquer um dos membros do Congresso Nacional, conforme preceituam os arts. 22, I, 48, *caput*, e 61, *caput*, da Constituição Federal.

Não observamos vícios de natureza regimental, de antijuridicidade ou de inconstitucionalidade na proposição sob exame.

No mérito, entendemos que o projeto é conveniente e oportuno.

Independentemente de o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelecerem que o preso deve ser apresentado ao juiz *sem demora*, mostra-se flagrante a necessidade de estabelecer um prazo certo para a efetivação desse procedimento.

Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, mostra-se pertinente e adequada a proposta de estabelecer o mesmo prazo para que o preso seja conduzido à presença da autoridade judiciária.

Não obstante, faremos alguns acréscimos no texto da proposição, especificamente no que tange ao art. 306 do CPP conforme sugestões encaminhadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que acatamos parcialmente.

Temos por imprescindível que, na oportunidade de apresentação do preso ao juiz, este verifique se foram respeitados seus direitos fundamentais, devendo adotar medidas para sua preservação, bem assim para apurar eventual violação. Além disso, nessa oitiva, que deverá ser efetivada na presença do promotor de justiça, o preso deverá estar acompanhado de seu advogado ou de defensor público.

Essas contribuições ao texto do PLS estão contempladas no Substitutivo que oferecemos nesta oportunidade.

III – VOTO

Pelo exposto, somos pela **aprovação** do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, na forma do Substitutivo que apresentamos a seguir:

EMENDA Nº – CCJ (SUBSTITUTIVO)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554, DE 2011

Altera o art. 306 do Código de Processo Penal para estabelecer o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigor com a seguinte redação:

“Art. 306.

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o § anterior, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará exclusivamente sobre a legalidade e necessidade da prisão, a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator

PRECER Nº , DE 2013

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, do Senador Antonio Carlos Valadares, que *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, depois de efetivada sua prisão em flagrante.*

RELATOR: Senador **JOÃO CAPIBERIBE**

I – RELATÓRIO

Submete-se ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554, de 2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. A iniciativa altera o Código de Processo Penal (CPP) com a finalidade de estabelecer o prazo de vinte e quatro horas, contadas a partir da prisão em flagrante, para apresentação do preso à autoridade judicial.

Para tanto, modifica a redação do § 1º do art. 306 do citado CPP, que, nos termos hoje em vigor, prevê apenas o encaminhamento, em 24 horas, do auto de prisão ao juiz competente e, caso o preso não informe o nome de seu advogado, de cópia integral para a Defensoria Pública.

Na justificação, o autor argumenta que o Pacto de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao direito nacional por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, estabelece que *qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.*

O autor também defende a consignação efetiva de determinação nos mesmos termos prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Ressalta, finalmente, que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil.

A matéria foi designada inicialmente para a apreciação exclusiva e terminativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). O Senador Randolfe Rodrigues, nomeado relator da proposição, apresentou um substitutivo ampliando os termos previstos no projeto original. Tal relatório não chegou a ser votado naquela comissão.

Por força da aprovação, em Plenário, do Requerimento nº 113, de 2012, do Senador Humberto Costa, o PLS nº 554, de 2011, foi redistribuído para ser analisado em primeiro lugar pela CDH.

À proposição não foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

À Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa compete opinar sobre matérias que tratem da garantia e promoção de direitos humanos, nos termos do art. 102-E, inciso III, do Regimento Interno do Senado Federal. A matéria ora em análise inscreve-se nesses atributos, razão pela qual é lícita sua análise por este Colegiado.

A matéria não traz vícios de natureza constitucional ou jurídica, uma vez que seu teor observa a competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, sendo sua apresentação de livre iniciativa de qualquer um dos membros do Congresso Nacional, conforme preceituam os arts. 22, I; 48, *caput*; e 61, *caput*, da Constituição Federal.

Quanto ao mérito, consideramos a proposição relevante e oportuna.

É, sim, necessário fixar o prazo de apresentação do preso ao juiz competente, a fim de evitar abusos e resguardar a integridade física e psíquica da pessoa autuada. É com essa finalidade que o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelecem que o preso deva ser apresentado ao juiz *sem demora*.

Levando-se em conta que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro de 24 horas após o ato de prisão, mostra-se pertinente e adequada a proposta de estabelecer o mesmo prazo para que o preso seja conduzido à presença da autoridade judiciária.

Em que pese ao acerto da medida proposta pelo autor do PLS nº 554, de 2011, o relator da matéria na CCJ, Senador Randolfe Rodrigues, apresentou substitutivo – que não chegou a ser votado –, contendo contribuições relevantes que aprimoram a proposta inicial.

Tais modificações incorporam sugestões de entidades com atuação histórica na defesa dos direitos humanos e no combate à violência e à tortura. Essas entidades são profundas conhecedoras das dificuldades que se apresentam quando o indivíduo, especialmente se pertencente à população pobre, necessita exercer seu direito à defesa e busca o reconhecimento da presunção da inocência.

Entre as entidades que enviaram contribuições à matéria, destacamos o Instituto Sou da Paz, a Conectas Direitos Humanos, a Pastoral Carcerária, a Justiça Global, o Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, além do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

Em razão da pertinência das contribuições, acolhemos algumas das modificações sugeridas, incluindo a previsão de que, na oportunidade de apresentação do preso ao juiz, este verifique se foram respeitados os direitos fundamentais do autuado, devendo adotar medidas para sua preservação, bem como para apurar eventual violação. Também introduzimos previsão de que o preso seja ouvido na presença de seu advogado ou de defensor público, favorecendo a garantia de seus direitos fundamentais.

Diferentemente da proposição inicial, mas dentro do mesmo espírito, propomos que as alterações sejam trazidas para o art. 283 do Código de Processo Penal, com o objetivo de que as medidas garantidoras de direitos sejam aplicáveis a qualquer modalidade de prisão, e não apenas à prisão em flagrante.

Essas contribuições ao texto do projeto estão contidas no substitutivo que oferecemos nesta oportunidade.

III – VOTO

Pelo exposto, somos pela **aprovação** do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, na forma da seguinte emenda:

EMENDA Nº – CDH (SUBSTITUTIVO) PROJETO DE LEI
DO SENADO Nº 554, DE 2011

Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para estabelecer o prazo de vinte e quatro horas após a prisão para a apresentação do preso à autoridade judicial.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 283 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 283.**.....

.....
§ 3º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão, a pessoa presa, acompanhada de seu advogado ou, na falta deste, de defensor público, deverá ser conduzida à presença do juiz que decretou a medida, ou do juiz do local, ocasião em que será apresentado o auto de prisão acompanhado de todas as oitivas colhidas e do laudo do exame de corpo de delito.

§ 4º Na ocasião da apresentação a que se refere o § 3º, o juiz deverá inquirir a pessoa presa e respectivo defensor se houve violação dos direitos e garantias fundamentais e ordenar, diante da suposta ocorrência, as medidas cabíveis para a preservação da integridade da pessoa presa e a apuração das violações apontadas.

§ 5º Cópias dos documentos referidos no § 3º serão imediatamente disponibilizadas ao advogado da pessoa presa ou, caso não seja informado o nome deste, à Defensoria Pública.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator

PARECER Nº , DE 2013

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, do Senador Antonio Carlos Valadares, que *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, depois de efetivada sua prisão em flagrante.*

RELATOR: Senador **JOÃO CAPIBERIBE**

I – RELATÓRIO

Submete-se ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554, de 2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. A iniciativa altera o Código de Processo Penal (CPP) com a finalidade de estabelecer o prazo de vinte e quatro horas, contadas a partir da prisão em flagrante, para apresentação do preso à autoridade judicial.

Para tanto, modifica a redação do § 1º do art. 306 do citado CPP, que, nos termos hoje em vigor, prevê apenas o encaminhamento do auto de prisão para o juiz competente, em vinte e quatro horas, e entrega de cópia do documento ao advogado da pessoa presa ou, no caso de não ser informado o nome de seu advogado, à Defensoria Pública.

Na justificação, o autor afirma que a proposição se coaduna com

o Pacto de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao Direito nacional por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Aponta que ali se encontra estabelecido que *qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.*

Argumenta que seu projeto tem o objetivo de definir o significado de “sem demora”, estabelecendo o prazo máximo de vinte e quatro horas para a oitiva diante do juiz. Com a medida, ressalta, cuida-se de preservar a integridade física e psíquica da pessoa presa, prevenindo-se atos de tortura de qualquer natureza, o que resultaria em controle efetivo da legalidade da prisão.

Ressalta, finalmente, que a redação do projeto é fruto de uma série de diálogos travados com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil.

A matéria foi designada inicialmente para a apreciação exclusiva e terminativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). O Senador Randolfe Rodrigues, nomeado relator da proposição, apresentou um substitutivo ampliando os termos previstos no projeto original.

Tal relatório não chegou a ser votado naquela comissão, em razão da aprovação, em Plenário, do Requerimento nº 113, de 2012, do Senador Humberto Costa, que resultou na redistribuição da matéria para ser analisada em primeiro lugar pela CDH.

À proposição não foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

À Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) compete opinar sobre matérias que tratem da garantia e promoção de direitos humanos, nos termos do art. 102-E, inciso III, do Regimento Interno do Senado Federal. A matéria ora em análise inscreve-se nesse rol, razão pela qual é lícita sua análise por este Colegiado.

A matéria não traz vícios de natureza constitucional ou jurídica, uma vez que seu teor observa a competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, sendo sua apresentação de livre iniciativa de qualquer um dos membros do Congresso Nacional, conforme preceituam o inciso I do art. 22; o art. 48, *caput*; e o art. 61, *caput*, todos da Constituição Federal.

Quanto ao mérito, consideramos a proposição relevante e oportuna, na medida em que se converte em garantia da preservação dos direitos humanos da pessoa privada de liberdade.

É, sim, necessário fixar o prazo de apresentação da pessoa presa ao juiz competente, a fim de evitar abusos e resguardar sua integridade física e psíquica. É com essa finalidade que o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelecem que o preso deva ser apresentado ao juiz *sem demora*.

Levando-se em conta que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro de vinte e quatro horas após o ato de prisão, mostra-se pertinente e adequada a proposta de estabelecer o mesmo prazo para que a pessoa presa seja conduzida à presença da autoridade judiciária.

Em que pese ao acerto da medida proposta pelo autor do PLS nº 554, de 2011, o relator da matéria na CCJ, Senador Randolfe Rodrigues, apresentou substitutivo – que não chegou a ser votado –, contendo contribuições relevantes que aprimoram a proposta inicial.

O projeto traz, ainda, o mérito de motivar o envio a esta Casa de sugestões elaboradas por entidades com atuação histórica na defesa dos direitos humanos e no combate à violência e à tortura. Essas entidades são profundas conhecedoras das dificuldades que se apresentam quando o cidadão ou a cidadã, especialmente se pertencente à população pobre, necessita exercer seu direito à defesa e busca o reconhecimento da presunção da inocência.

Entre as organizações que enviaram contribuições à matéria, destacamos o Instituto Sou da Paz, a Conectas Direitos Humanos, a Pastoral Carcerária, a Justiça Global, o Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, além do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

As premissas das sugestões apontam para o fortalecimento, na legislação penal, da relevância do Juizado de Direito para a garantia da legalidade da prisão; e da prevenção da ocorrência de tortura ou de maus tratos, na forma como o Brasil está comprometido, pactuário que é dos principais tratados internacionais sobre direitos humanos.

Também advogam a necessidade de a lei garantir o efetivo acesso ao direito de defesa; bem como de que a audiência de custódia esteja restrita ao ato da prisão, sem se relacionar com o processo penal pela qual eventualmente responderá a pessoa privada de liberdade.

Em razão da pertinência das contribuições, acolhemos a maior parte delas, incluindo a previsão de que, na oportunidade de apresentação ao juiz, este verifique se foram respeitados os direitos fundamentais da pessoa presa, devendo adotar medidas para garantir sua preservação física e psíquica, bem como para apurar eventual violação de direitos. Também introduzimos determinação de que o preso seja ouvido na presença de seu advogado ou de defensor público, favorecendo a garantia de seus direitos fundamentais.

Salientamos que os termos da emenda substitutiva que a seguir apresentamos, com algumas modificações redacionais, são os mesmos adotados pelo Senador Randolfe Rodrigues, relator da matéria na CCJ, a quem louvamos pelo trabalho realizado.

III – VOTO

Pelo exposto, somos pela **aprovação** do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, na forma da seguinte emenda substitutiva:

EMENDA Nº – CDH (SUBSTITUTIVO)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554, DE 2011

Altera o art. 306 do Código de Processo Penal para estabelecer o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 306.

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.
Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator



SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

São Paulo, 06 de novembro de 2014.

encaminhado ao processado do PLS nº 554, de 2.011. Em 25/11/14

Ofício nº 3506/14 - JUR Junte,oo ao rocessado cío Protocolado nº 142.795/1 4 Ref.: PLS nº 554/201 1

stituição ia

Senhor Presidente : Comissão de Constituição Justiça e Cidadania

Cumprimentando-o, sirvo-me do presente para encaminhar ct Vossa Excelência, para conhecimento, a nota técnica elaborada por esta Procuradoria-Geral de Justiça, relativa ao Projeto de Lei 554/201 1, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares.

Sem mais, aproveito o enseio para renovar ct Vossa Excelência meus protestos de

estimo e consideração.

Márcio Fernando Elias Rosa Procurador-Geral de Justiça

Recebido em 27/11/2014 Hora: 12:43 Ana Cristina Brasil - Matr. 255165

Presidência do Senado Federal Recebi o Original Em: 11/11/14 Hs 1058 Rivânia

estim

Ao Excelentíssimo Senhor, Doutor
Senador JOSÉ RENAN VASCONCELOS
CALHEIROS Digníssimo Presidente do Senado
Federal SENADO FEDERAL.

Brasília - DF

srs

Rua Riachuelo, 115 - 8º Andar sala 820 Paulo/ SP CEP 01007-904
Telefones: (011) 3119-9676 Fax (011) 3119-9616



SÃO

NotC1 Técnica n. /2014

Interessados: Núcleo de Estudos Institucionais; e Apoio Legislativo e Centro de Apoio Operacional dos Promotores de Justiça Criminais
Objeto: Projeto de Lei n. 554/2011 do Senado Federal

PROCESSO PENAL. PROJETO DE LEI N. 554/2011. SENADO FEDERAL, ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, INCONVENIÊNCIA AOS SISTEMAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E DE JUSTIÇA. SUGESTÃO DE OITIVA CONDICIONADA DO PRESO EM FLAGRANTE POR FUNDADOS INDÍCIOS DE ILEGALIDADE NA PRISÃO OU DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1. Afigura-se exagerado, derivando à inconstitucionalidade pela proibição de audiência de custódia (em prazo irrazoável e descredenciado valia à confissão tomada sob o influxo do contraditório), gerando (a) maiores ônus econômicos de irrpunidade e de insegurança, (b) sérios agravos à aplicação da lei penal, às finanças públicas e aos serviços públicos, e (c) expedientes improficuos de enfrentamento da criminalidade organizada etc. 2. /vicnifestação contrclric ao projeto de lei. 3, Oferta de sugestão vicáricl de mecanismo de proteção dos direitos fundamentais do pessoa presa: (a) suieição do preso {NO exame de CCI'PO de delito antes de seu ingresso no cárcere} e imediatamente após ct lavraturç.l do flagrante; (b) audiência para oitiva do preso, convocada cle ofício ou

mediante provocação das partes se houver fundados indícios de ilegalidade na prisão ou de violação dos direitos fundamentais, em 48 (quarenta e oito) horas/ oportunidade em que, sob o crivo do contraditório, a autoridade judiciária deverá reavaliar a manutenção

U



do cárcere processual ou revogar as medidas cautelares anteriormente adotadas, sem prejuízo de apurações cabíveis pelo MP.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 554, de 2011, que, alterando o Código de Processo Penal, institui a audiência de custódia. Eis o substitutivo do nobre Senador Antônio Carlos Valadares, consoante substitutivo do nobre Senador João Capib

"Art. 306"

§ 1º, No prazo máximo de vinte e quatro horas

Caso a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido/ corré vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados os direitos fundamentais/ devendo a autoridade

judicial tornar as medidas cabíveis para preservá-las e para apurar eventual violação,

§ 2º. Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º o Juiz ouvirá o Ministério Público, que

poderá* caso entenda necessária, requerer u Pi'isdo preventiva ou outra medida cautelar cilternativa à prisao em seguida ouvirá o preso e Cipós manifestação da defest'çl técnica, deciclrirá fundamentadamente, nos termos ort, 310.

§ 3º. A oitiva a que se refere pcjrágrctfo anterior será registradct em autos apclttodos, não poderá



if)Ào

A

ser utilizada como meio de oрова contra o depoente e versará, exclusivcnmente, sobre (l legalidade e necessidade da prisão; a prevenção dcl ocorrência de tortura ou maus-tratos; e os direitos assegurados (30 preso e ao acusado.

§ 4º. A apresentação do preso juízo deverá ser acompanhada do auto de prisiiio em flagrante e da nota dl? culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, (assinada autoridcldGⁱ policial, corri omotivo dcl prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhes.

§ 5º. A oitiva clo preso em juízo sc»mpre se dará no presenci de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na dcmembro do Ministério Público, poderão inquiri' o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar prevurnente à decisão judicialcle que trata o art. 3] 0 deste Código,„

(NR)

O que se pretence é substituição da ctual determinação legal de comunicação dcl prisão em flagrante CIO -luízo competente (mediante tancominhürne to do correspondente auto prisão) pela apresentctçiiio pessoal cla pessoa prest] ao Juízo, no prtzo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, com sua oitivel pela autoridade judicial.

Nesta audiência, após oitiva do autuado pelo Magistrado em depoimento que deverá versar exclusivamente sobre a legalidade da prisão e direitos do preso e eventuais maus tratos e tortura sofridos, poderá ser aplicada medida protetiva (inclusive a decretação da prisão preventiva) ou libertado o autuado. Chama atenção a previsão expressa



MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

DC) o
IA



de que mencionado depoimento do preso não poderá ser usado COMO meio de prova contra ele, assim como a ausência de oportunidade para que o Ministério Público manifeste o respeito dos elementos relatados pelo autuado em sua oitiva/ em manifesta violação ao princípio do contraditório,

Enquanto que pese finalidade pretendida com a proposta de modificação legislativa, afloram preocupações razoáveis; ao projeto de lei.

Se é certo que prisões cautelares são excepcionais no atual (ambiente jurídico nacional e que violência policial e tortura são comportamentos altamente censuráveis e ilegítimos, não é possível a adoção de expedientes tendentes; ao maior grau de efetiva aplicação da lei penal em face da aguda sensação de impunidade e de insegurança geral e da capilaridade da criminalidade organizada, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio conta com mecanismos que beneficiam autores de delitos graves e hediondos

Além disso não é demais lembrar a conhecida deficiência, estrutural, orçamentária e humana dos atores do poder (Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) no enfrentamento da criminalidade que seria gerada pela incontinente implementação de toda pessoa presa em flagrante para audiência de custódia.

Pesquisa divulgada pelo Instituto Souza Cruz ("O impacto da Lei das Cwtelctres nas prisões em flagrante no Estado de São Paulo")/ no 2º Trimestre de 2012, houve um total de 8.108 prisões em flagrante apenas na Capital do Estado. Esse número representa uma média diária superior a 22 prisões por dia.

O cumprimento da proposta legislativa implicaria não apenas no deslocamento de todas estas pessoas para;

[MINISTÉRIO DC) :qAo



MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE PAULO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

unidades policiais e carcerárias do Município para o Poder Judiciário, com a finalidade de garantir sem número de policiais suas atividades regulares, preventivas e repressivas, para escolta autuados às audiências. Tudo isso sem qualquer planejamento prévio, conhecimento da demanda de transporte escolta em cada local do perfil dos presos, com risco aos próprios usuários das unidades judiciais. Idêntica situação replicaria todas as comarcas do país.

Os custos decorrentes da implementação dessas medidas/ tratamentos serão arcuados exclusivamente pelos Governos Estaduais, são inenunciáveis,

Ao que se refere, o resultado da alteração legislativa será o frequente relaxamento da prisão por descumprimento de toda norma impositiva.

Outro aspecto que também merece consideração diz respeito ao exíguo prazo estabelecido para a apresentação da pessoa presa (24 horas), que não se conforma com os prazos adotados em outros países, como Reino Unido, França, Espanha, Portugal, Alemanha, Suécia e África do Sul — com a admissão de prorrogação por o dobro das exigências 24 horas previstas no projeto de lei.

Não é razoável obter que o Pacto de San José da Costa Rica não determina a apresentação "imediata" da pessoa presa, mas, sim, que a pessoa presa seja conduzida "sem demora" à presença de um juiz (art. 7º item 5). E conforme precedentes de Correlatos Internacionais de Humanos, sem demora" ser considerado 'poucos dias', ser analisado caso a caso, e não 24 horas improporcionáveis.

Chamada atenção, a inovação pretendida em relação ao direito, isto é, a efetiva oitiva da pessoa presa adicionada à DO

A



inédita impossibilidade de utilização de seu depoimento como meio de prova, e, em seu desfavor. Ora, a apresentação física da pessoa presa (de Autoridade Judiciária) não se confunde com sua efetiva oitiva,



MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE PAULO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Além, muito embora não seja o Magistrado profissional com conhecimento técnico para realização de exame médico-legal, parece suficiente (e mesmo mais eficiente) para a constatação de violação à integridade física da pessoa presa exame por médico-perito, que poderá elaborar o laudo pericial.

Não bastasse, o indivíduo é conduzido a uma Corte de Justiça e, perante um Juiz de Direito, um Promotor de Justiça e sua defesa (seja por Advogado constituído, seja por Defensor Público) é ouvido com todas as garantias constitucionais e, mesmo assim, eventual confissão não tem qualquer validade. Ora, não há de arrepiar-se (T.E. autoincriminação: possibilidade de se autoincriminar não constitui violação ao princípio de) nemo tenetur se detere, Acusado ou investigado não podem ser obrigados à autoincriminação, mas, podem, voluntária e conscientemente fazê-lo. ou seja, pode optar pela confissão, não havendo razões para que tal depoimento não seja considerado.

Por fim, para finalizar, cabe citar a maior perplexidade a hipóstese em que houver pelo acusado falsa imputação da prática de crime (p.e. torturo) contra a autoridade policial/ gerando a instauração de investigação criminal em desfavor do agente público. Tal conduto caracteriza, em tese, o delito de denúncia caluniosa, previsto no artigo 339 do Código Penal.

O elemento probatório que evidencia a imputação falsa ao acusado é justamente este depoimento, tomado por ocasião da audiência de

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE PAULO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA



DC)

custódia"n Entretanto, não será possível o uso desta oitiva em desfavor do acusado, pois não pode servir como de prova" file que procedeu à falsa imputação delictiva, consoante pretende o projeto instituindo verdadeira licença para a prática delictiva.

C) conjunto de medidas propostas não se figura adequado necessário ou proporcional) sendo desprovido de razoabilidade,

Outros inconvenientes podem ser contemplados como a impossibilidade de liberação de presos por delitos graves; a impossibilidade de prorrogação do exíguo prazo de 24 horas estabelecido para a apresentação) e a geração de perplexidade e desconformismo social (inexplicável proibição de emprego da oitiva tornada em juízo como meio de prova em desfavor da pessoa presa, inclusive quando, durante sua oitiva vier a cometer crime).

Sobre o tema, o parecer manifestou a oposição do projeto de lei e, se for útil à preservação da legalidade da ação policial e à salvaguarda dos direitos humanos, sugerir a adoção das seguintes regras no Código de Processo Penal:

(a) sujeição do preso ao exame de corpo de delito antes de seu ingresso no cárcere e imediatamente após a deturcação do flagrante; (b) audiência para o preso, convocada de ofício ou mediante provocação das partes, se houver fundados indícios de ilegalidade no prisão ou de violação aos direitos fundamentais, em 48 (quarenta e oito) horas, oportunamente, sob o crivo do contraditório, a autoridade judiciária deverá reavaliar a manutenção do cárcere processual ou revogar ou modificar medidas cautelares anteriormente adotadas, sem prejuízo de apurações cabíveis;

Esta proposta tem seguinte redação:

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE PAULO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA



DC)

A

"Art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido de 3º com a seguinte redação():

'Art. 306.

§ 3º. A pessoa presa deverá ser submetida (1) a exame de corpo de delito, retido por perito médico-legista ou na SUCI ausente, por médico nomeado pela autoridade policial, imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, antes de seu ingresso em instalações carcerárias, (AC)

Art. 2º - O art. 310 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) passa a vigorar acrescido de 2º a 6º renumerado o parágrafo único para 1 com a seguinte redação:

'Art. 310.

§20 O Juiz, de ofício ou por requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do defensor constituído, poderá, a qualquer tempo, verificar a existência de fundados indícios de ilegalidade na prisão ou de violação aos direitos fundamentais da pessoa

para determinar a apresentação para imediata prisão em Juízo.

§ 3º - A prisão que trata o parágrafo anterior deverá ocorrer no prazo até 48 horas, prorrogável para o

CA

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE PAULO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

próximo dia útil caso seu encerramento se der fora



do horário de DO SÃO

expediente forense, e de primordialmente, sobre a legalidade da conveniência prisão, a prevenção da ocorrência de tortura e maus-tratos e os assegurados CIO preso e ao acusado.

§ 4º - A oitiva do preso em Juízo se dará na presença de defensor, nomeado OIJ constituído, e na de membro do Ministério Público, que poderá também inquiri-lo após 03 questionamentos judiciais.

§ 5º - Encerrada a oitiva do preso, deverá o Juiz, após manifestação do membro do Ministério Público e da defesa, reavaliar a manutenção, revogação ou modificação de medida cautelar que tenha sido anteriormente deferida,

§ 6º. Confirmados os indícios de grave violação (L.R.; direitos fundamentais do preso, o Ministério Público tomará as medidas cabíveis, sem prejuízo de eventual responsabilidade administrativa'. (AC) Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário'

São Paulo, 06 de outubro de 2011 d.

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE PAULO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA



Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador Geral de Justiça
do Estado de São Paulo

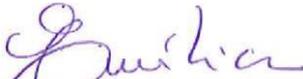
wpmi

Brasília, 15 de novembro de 2014,

- Ofício nº 3506/14-JUR.
- ORIGEM: Ministério Público do Estado de São Paulo.

A Sua Senhoria o Senhor
LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO
Secretário-Geral da Mesa do Senado Federal

Encaminho a Vossa Senhoria o expediente em epígrafe, para conhecimento e adoção das providências cabíveis, nos termos da manifestação do Excelentíssimo Senhor MARCIO FERNANDO ELIAS ROSA, Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, mediante a qual encaminha nota técnica relativa ao Projeto de Lei 554/2011.


EMÍLIA MARIA DA SILVA RIBEIRO CURIA

ANADEP30 anos

Associação dos Defensores Públicos

Recebido em 14/11/14

Registada
Registada Morena Silva
Matrícula n.º 267391
ATRSGM-Assessoria Técnica da SGM

Chefe e de Gabinete

SILVANA DE FIED

Brasília, 14 de novembro de 2014

Senhor Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de
Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo,

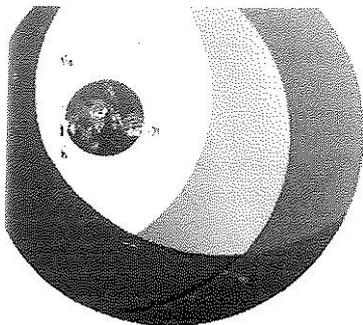
Em atenção ao Ofício n.º 3506/14 JURI de Vossa Excelência, encaminhado a esta Secretaria-Geral pela Presidência do Senado, informo que a referida manifestação foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal para ser juntada ao processado do PLS n.º 554, de 2011, que "Altera o § 1.º do art. 306 do Decreto-Lei n.º 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", que se encontra atualmente naquele órgão.

Atenciosamente,

SCS Quadra Bloco M I Ed. Gilberto Salomão

I Fax: +55 61 3963 1747 :
anadep.org.br

Marcio Fernando Bandeira de Mello
Secretário-Geral da Mesa



ANADEP

Brasília, 05 de fevereiro de 2015.

Ofício ANADEP n.º: 02/2015.

Exmo. Senhor

Senador Renan Calheiros

Presidente do Senado Federal

Comissão de Constituição

Justiça e Cidadania

do ~~Junta-se ao processo~~ do

PLS
n.º 554, de 2011.

Em 26/02/15

Exmo. Senhor Senador:

Na oportunidade em que o cumprimento cordialmente, encaminho Nota Técnica da Associação Nacional dos Defensores Públicos que versa sobre o Projeto de Lei do Senado N.º 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que altera o S.º 1.º 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.

Agradecendo antecipadamente a apreciação da referida Nota Técnica, despeço-me renovando votos de respeito e consideração.

Patrícia K ttermann
Presidente da ANADEP



Recebido em 19/02/11
Hora: 16:01
Marcelo Garcia de Souza - Matr. 266540
SCLSP/SOM

01 | Saturnão rei 1

NOTA TÉCNICA

A RESPEITO DO PROJETO DE LEI DO SENADO N^o 5541 2011

1. INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA

A ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos dos Estados e do Distrito Federal, interessada em contribuir para o aprofundamento do debate que cerca a apreciação do PLS n^o 554 / 2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que altera o 1^o 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, apresenta a presente Nota Técnica, com suas observações e sugestões.

A matéria envolve diretamente as atividades da Defensoria Pública, na medida em que, por força do que determina a Lei Federal n^o 11.449, de 15 de janeiro de 2007, a Instituição deve receber cópia integral do auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. E, nesse sentido, a alteração proposta pelo PLS 554/2011 afetará sensivelmente as atividades defensoriais, até porque a grande maioria das pessoas presas em flagrante delito em nosso país não possui meios para custear o pagamento de honorários advocatfcios, sendo atendidas pela Defensoria Pública.

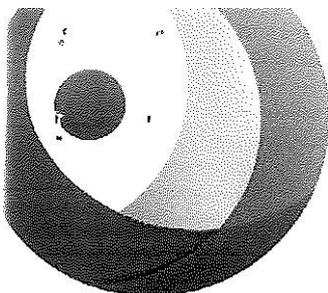
II. ANÁLISE

Passa-ée à análise da proposta, já na forma do substitutivo apresentado para votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, conforme redação proposta pelo Senador Humberto Costa, a qual

01 |
Tel

Gitbeño

1



Hadonat

se encontra em consonância com o substitutivo apresentado pelo Senador João Capiberibe, aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa da mesma Casa Legislativa.

Primeiramente, é fundamental atentar para o fato de que, em verdade, a audiência de custódia já se encontra inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por força da ratificação, pelo Congresso Nacional, de dois tratados internacionais sobre direitos humanos, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (emanada da Organização dos Estados Americanos) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (originado na Organização das Nações Unidas).

Assim é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo decreto presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe

ARTIGO 7º

Direito à Liberdade Pessoal

5 Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada

ANADEP30^{anos}

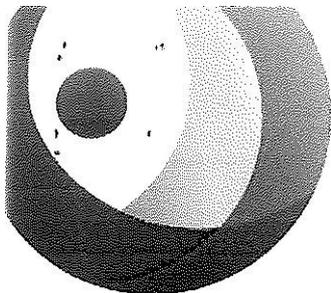
Associação dos Defensores Públicos

dentro de um prazo razoável ou a 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.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que

O I I

Tel |



ANADEP30 anos

Associação Nacional dos Defensores Públicos

este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais.

Dispondo exatamente no mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo decreto presidencial 592, de 6 de julho de 1992, estabelece que:

ARTIGO 9^o

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

Como se pode notar, por força dos tratados internacionais acima, toda pessoa presa, detida, retida ou encarcerada tem o direito a (1) ser conduzida à presença do juiz; (2) que isso se dê sem demora; e (3) com a finalidade que aquele

01 |

Tet

1

CCJ/SF

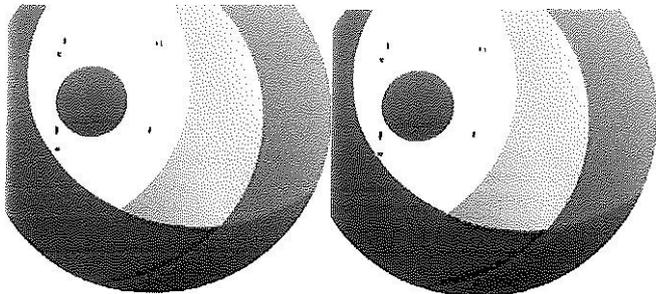
Fl. 103 n

decida sobre a legalidade da prisão ou detenção e ordene a soltura do preso se constatada ilegalidade.

SCS Quadra Bloco M I Ed. Gilberto Salomão I Conj. 1301 | Brasília/DF

Tel I Fax: +55 61 3963 1747 3039 1763

anadep.org.br



ANADEP30 anos

Associação Nacional dos Defensores Públicos

Tais normas, como acima referido, já pertencem ao ordenamento jurídico nacional, malgrado ainda sejam pouco aplicadas em nosso país, ¹ muito em razão da ausência de regulamentação legal sobre o tema, exatamente do que trata de suprir o PLS aqui em comento.

A respeito, deve-se atentar para a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos na pirâmide jurídico-normativa nacional, tendo em vista que o artigo 5^o, S 2^o da Constituição Federal estabeleceu que "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."

Assim, tendo em mente que o Brasil ratificou os tratados internacionais destacados acima, os direitos e garantias neles expressos foram incorporados no ordenamento jurídico nacional, o que hoje já não mais é objeto de qualquer controvérsia.

Por outro lado, debates havia no campo doutrinário, mas a respeito da posição hierárquica que os dispositivos oriundos dos tratados internacionais deveriam ocupar no edifício normativo brasileiro, a respeito do que o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento segundo o qual as normas advindas dos tratados internacionais de direitos humanos se não têm hierarquia constitucional. situam-se, por sua natureza, acima do restante da legislação. como exemplifica a ementa do Habeas Corpus n^o 95967 / MS, de lavra da Eminente Ministra Ellen Gracie:

1 com a honrosa exceção do Núcleo de Prisão em Flagrantes criado pelo Tribunal de Justiça da Bahia em 2011, e do qual participam a Secretaria de Justiça e de Direitos Humanos do Estado da Bahia, a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, o Ministério Público do Estado da Bahia, a Defensoria Pública do Estado da Bahia e a Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado da Bahia.

O I I

CCJ*

Fl. 104 m

"DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STP. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito

SCS Quadra Bloco M I Ed. Gilberto Salomão I Conj. 1301 | Brasília/DF

Tel I Fax: +55 61 3963 1747 3039 1763

anadep.org.br

ANADEP30 anos

Associação Nacional dos Defensores Públicos

nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7^o, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico. estando abaixo da Constituição. porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos, O art. 5^o, 52^o, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente,

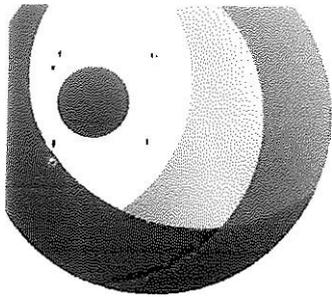
O I I

Tel |

3/1/92
105/12

CC

Fl.



não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido." (grifamos)

Tal aresto, julgado pela Segunda Turma, precedeu à consolidação da matéria pelo Plenário da Casa, quando do julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n.º 466343 e 349,703 e dos Habeas Corpus n.º 87.585 e n.º 92.566, em 3 de dezembro de 2008, no sentido indicado.

Como se percebe, esta nota introdutória é, na verdade, central para a compreensão da natureza do PLS 554/2011 e para a deliberação a respeito de seu conteúdo.

Ocorre que, da exata forma como ocorreu nos casos paradigmáticos resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal, aqui se trata de verificar (1) se os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais acima referidos, e pormenorizados pelo PLS 554/2011, colidem com alguma norma constitucional; e (2) se o projeto de lei colide com os dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que lhes são hierarquicamente superiores.

No primeiro caso, fácil é perceber que a condução célere do preso para que seja ouvido por juiz, a fim de que seja averiguada a legalidade da prisão, é claramente complementar aos objetivos e fundamentos da Lei Maior, assim como aos direitos e garantias constitucionais nela previstos.

Desponta, logo no início do texto constitucional, que entre os próprios fundamentos da República encontra-se a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º III), de modo que, violada esta, abalam-se as bases do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Bem por isso, em boa hora ratificou a Nação os tratados internacionais citados, vez que pouco há de mais indigno ao ser humano do que ser

privado de sua liberdade de locomoção de maneira ilegal e violadora dos direitos fundamentais,

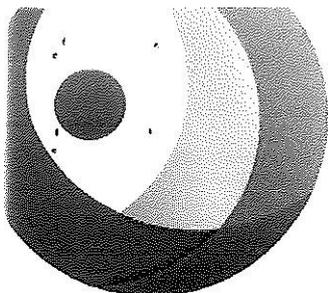
Por isso, garantir-se que preso tenha acesso rápido à autoridade judicial, na presença do Ministério Público e da Defesa (pública ou privada) revelase determinante para a preservação da dignidade humana, haja vista os alarmantes números brasileiros de casos de prisões preventivas, várias delas que poderiam ser substituídas por medidas cautelares de outra natureza, caso pudesse o juiz arguir diretamente o detido e formar a sua convicção.

Tanto assim é que a realidade de nossos tribunais revela que presos por crimes não tão graves (sem ameaça ou violência contra a pessoa) muitas vezes são colocados em liberdade provisória somente após a audiência de instrução, em nada aliviando a pressão já insuportável sobre o sistema penitenciário. O problema, como é notório, é que tais audiências judiciais ocorrem meses após a prisão em flagrante, contribuindo para que atualmente os presos provisórios representem 40% (quarenta por cento) ou mais de todos os privados de liberdade no país.

O Conselho Nacional de Justiça elaborou amplo estudo a respeito do sistema penitenciário, coordenado pelo Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ e Coordenador Nacional dos Mutirões Carcerários, Dr. Erivaldo Ribeiro dos Santos, segundo o qual há grande quantidade de presos provisórios no país, que chegando a uma média nacional de 45%, sendo que em alguns estados esse percentual é superior a 70%, "São presos sem decisão definitiva condenatória, mas que permanecem presos em regime fechado", explica. De acordo com o magistrado, devido à falta de estrutura dos presídios, é comum os mutirões carcerários encontrarem presos provisórios nas mesmas celas dos definitivos?

[2http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7484:judicialrio-do-es-desenvolve-sistema-de-controle-de-presos-provisorios&catid=1:](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7484:judicialrio-do-es-desenvolve-sistema-de-controle-de-presos-provisorios&catid=1)

CCJN



Associação

Há, ainda, diversas outras normas imperativas da Constituição Federal que se coadunam perfeitamente com os dispositivos legais internacionais relativos à audiência de custódia, notadamente os do artigo 5^o, "caput", assim como de seus incisos III, XXXV, XLIX, LXII, LXIII, LXV e LXVI:

Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

ANADEP30 anos

Nacional dos Defensores Públicos

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

É inquestionável que a oitiva sem demora do preso por autoridade judicial muito contribui para fazer com que as normas constitucionais ganhem em plenitude e efetividade, pois o sistema atual, em que o flagrante é apenas documentado pela autoridade policial e remetido ao juiz, tem se mostrado, falha e ineficiente.

i

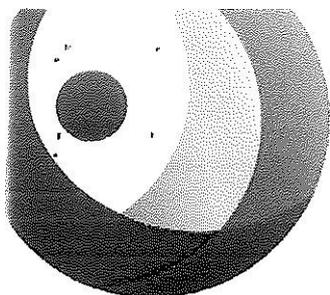
Saturno

|

CCO*
Fl.

ANADEP30 anos

Nacional dos Defensores Públicos



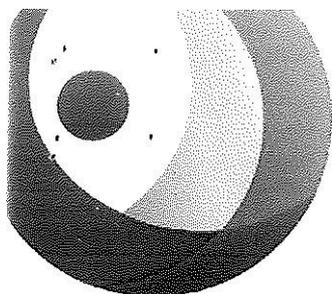
Associação

E isso sem desmerecer o labor dos dignos e dedicados policiais nacionais, mas em decorrência de uma série de circunstâncias que escapam ao resumo da situação pelas frias letras estampadas em papel, quando é certo que a gravidade da decisão judicial, de privar ou não um ser humano de sua liberdade, exige o contato pessoal com quem irá tomar a decisão. E isso, longe de um ambiente naturalmente hostil ao preso, no qual estão sempre presentes os condutores do flagrante.

Para a efetiva garantia da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais é imprescindível que a pessoa presa seja retirada do estabelecimento policial e levada para um terreno neutro e imparcial, presidido por uma autoridade judicial, na presença do representante da sociedade e, especialmente, de seu defensor. Ali, no momento desta audiência é que outros fatos poderão vir à tona, o que conferirá ao juiz maior grau de certeza quanto à medida cautelar a ser adotada, inclusive a da prisão provisória, se o caso, assim contribuindo para que tenhamos um sistema de justiça mais eficiente e confiável, medida de orgulho para a Nação.

Diante do que se acabou de estabelecer, é notório que as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 7^o) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 9^o) são perfeitamente compatíveis com os mandamentos constitucionais, vindo, em verdade, lhes conferir maior efetividade jurídica e fática, como acima verificado.

Então, se as normas convencionais citadas são constitucionais, lhes é permitido o ingresso no edifício jurídico normativo nacional, posicionando-se, como já assentado pelo C. Supremo Tribunal Federal, hierarquicamente acima de toda a legislação ordinária, inclusive do próprio Código de Processo Penal, como é evidente.



Realmente, o C.P.P., introduzido pelo decreto-lei n^o 3.689, de 3 de outubro de 1941, possui reconhecida natureza de lei federal, tanto assim que vem sendo sucessivamente emendado e reformado por legislação comum federal.

E, como corolário do que se acabou de expor, a audiência de custódia já existe no ordenamento jurídico nacional, de modo que o PLS 554/2011, em boa hora lançado, tem o importante condão de regulamentar aquele ato processual, embora já não mais caiba discutir se é ou não o caso de se introduzir o procedimento no ordenamento. Importa, isso sim, bem ordená-lo, de modo a que funcione para atender as finalidades a que se destina e dar-lhe operatividade.

Passa-se, nesta etapa desta Nota Técnica a se debruçar sobre o mgdg pelo qual o Substitutivo apresentado pelo Senador Humberto Costa cuida de ordenar o funcionamento da audiência de custódia (ou de apresentação).

Como acima mencionado, por força dos tratados internacionais já referidos, toda pessoa presa, detida, retida ou encarcerada tem o direito a (1) ser conduzida à presença do juiz; (2) que isso se dê, sem demora; (3) com a finalidade que aquele decida sobre a legalidade da prisão ou detenção e ordene a soltura do preso se constatada ilegalidade.

Passaremos a analisar cada um dos três aspectos em que se desdobra o direito à audiência de custódia.

1) COMPARECIMENTO PESSOAL À PRESENÇA DO [UIZ]

1.1) COMPARECIMENTO PESSOAL

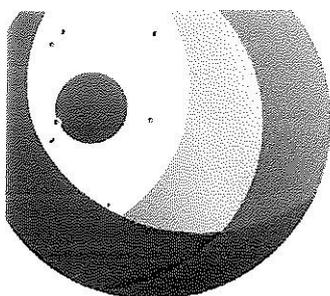
ANADEP30 anos

Nacional dos Defensores Públicos

Segundo a Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete oficial dos tratados de derechos humanos da Organização dos Estados Americanos, a

OII

Tel.



Associação

condução do preso à presença do juiz não se substitui pela mera notificação da prisão, o que ficou estabelecido no caso Tibi X Equador, da seguinte maneira: ³

118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente. "4

Importa notar que a Corte, ao fundamentar sua interpretação, aborda o tema que, talvez, seja o de maior relevância para a presente discussão, para além dos aspectos técnico-jurídicos, justamente a conexão entre a apresentação do preso ao juiz e a efetiva garantia da integridade física e moral do primeiro.

A respeito, vale lembrar que entre as principais causas de tortura registradas pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos

ANADEP30 anos

Nacional dos Defensores Públicos

Deputados figuram os castigos empregados em presos e suspeitos de crimes (38%), e a obtenção de confissão ou informação (33%), que ocorre, em geral, no âmbito das investigações policiais e durante o policiamento ostensivo.⁵

3 Pedimos licença para manter o original em espanhol, visto inexistir tradução oficial e para manter a fidedignidade do texto.

4 Sentença de 7 de setembro de 2004, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 30 de março de 2011.

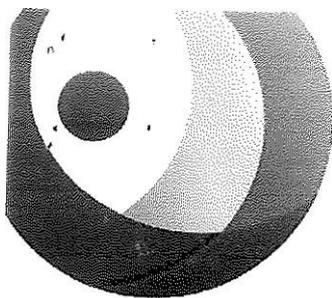
5 cf. Relatório sobre Tortura no Brasil, 2005. O levantamento foi efetuado entre 31 de outubro de 2001 e 31 de janeiro de 2004, sendo contabilizados pelo SOS Tortura (0800 7075551) 1.863 casos de tortura e

O I I

i

Fel

Fl. n 4



Decorre que a apresentação pessoal do preso ao juiz, traduz uma finalidade direta e outra indireta.

No primeiro caso, busca-se salvaguardar a integridade física e psíquica da pessoa, tendo em conta que um dos momentos cruciais, senão o de maior importância, para a prevenção da tortura corresponde às primeiras horas em que a pessoa é privada de sua liberdade de locomoção, ficando à mercê dos agentes estatais responsáveis pela segurança pública.

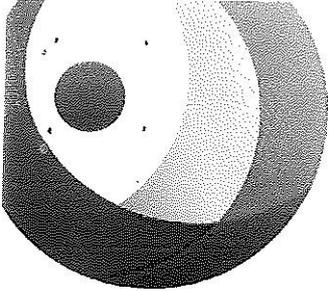
Logo, como valor em si mesmo, a inclusão de dispositivo na legislação processual penal que operacionalize a trazida do preso ao juiz certamente contribuirá para a redução da tortura no país, ou para que sua ocorrência venha à luz, como já destacado no Relatório sobre a Tortura no Brasil, produzido pelo então Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura, Sir Nigel Rodley KBE, que se ressaltava o seguinte:

"92. A Constituição Federativa da República do Brasil de 5 de outubro de 1988 estabelece que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem por escrito e fundamentada de autoridade judiciária competente e que "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada." No caso de prisão em flagrante, a jurisprudência, de acordo com o informado, estabeleceu que um período de detenção de até 24 horas antes que seja expedido um mandado de prisão provisória por um juiz é um período razoável. É preciso observar que o Artigo 310 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz ouvirá o promotor público sobre a prisão. De acordo com a informação recebida, na prática, os juízes e os

tratamento cruel, desumano ou degradante, dos quais, 724 decorreram de forma de castigo e 607 para obter confissão ou informação.

|
Tel

1



promotores públicos são informados pela polícia sobre qualquer prisão mediante uma comunicação por escrito. Não existe qualquer disposição legal que assegure que uma pessoa presa seja vista ou por um juiz ou por um promotor público dentro das primeiras horas de sua prisão, O Relator Especial, no entanto, observa que muitos, inclusive promotores públicos, acreditavam que uma pessoa presa em flagrante deve ser levada para comparecer perante um juiz dentro de 24 horas de sua prisão.'

Reforça essa preocupação a reconhecida ONG Anistia Internacional, para quem:

"A exigência de apresentar os detentos a uma autoridade judicial ou a outra autoridade competente após a prisão é uma salvaguarda essencial para que se preservem os direitos humanos dos prisioneiros. E um meio de garantir que as detenções sejam legais e necessárias. E também uma salvaguarda contra a tortura: um juiz pode verificar se há algum sinal perceptível de maus tratos e pode ouvir algo que o prisioneiro queira dizer. E ainda uma maneira de supervisionar a detenção por meio de controle judicial, eliminando o poder absoluto sobre um prisioneiro que, do contrário, os funcionários poderiam exercer," (g.n.) ⁷

ANADEP30^{anos}

Nacional dos Defensores

Indiretamente, por sua vez, o comparecimento perante um juiz proporciona evidentes garantias ao estabelecimento da verdade real sobre os fatos que resultaram na prisão.

6 <http://www2.camarasgov.br/atividade,,legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/relatorios/RelatTortnoBrasil.html>. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 30 de março de 2011.

7 Combatendo a tortura. Manual de ação. Londres (RU), Amnesty International, 2003.
p. 111.

Tel | Fax: +55 61 3963 1747 | 3039 1763
anadep.org.br

CCO'*
FL. 113 m

Associação

Públicas

Se não bastasse a experiência, os números acima referidos demonstram que, em ao menos em um terço dos casos de tortura, a finalidade era a de extrair a "confissão" dos presos, "prova" essa que, malgrado tenha absolutamente vedada sua utilização, é ainda empregada em nosso país, gerando confissões espúrias e

SCS Quadra 01 Bloco M I Ed, Gitbetto Salomão I Conj. 1301 Brasília/DF

I Fax: +55 61 3963 1747 | 3039 1763
anadep.org.br

enganosas levando a erros judiciários, cujo montante certamente não é pequeno nem desprezível.³¹²³¹³

O sempre presente Cesare Beccaria já advertia a respeito da confissão:

“ (...)É querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz.”

9

Neste aspecto, a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reafirmada em diversos casos³¹⁴ coaduna-se com o objetivo de que as primeiras declarações da pessoa presa se dêem para um juiz, afastando ou minorando a possibilidade de que ela venha a ser torturada para a obtenção de confissão.

Disse a Corte no caso Acosta Calderón: "Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros

³¹² O levantamento realizado pela Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Dra. Sílvia Brum revelou que 54% dos presos que chegavam à 2ª Delegacia de Pronto Atendimento de Porto Alegre haviam sido hostilizados pelos agentes policiais, sendo que ao menos 10% do total noticiaram agressões físicas. Os dados não discrepam dos que vem sendo colhidos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, nas entrevistas que são feitas semanalmente com os presos incluídos em Centros de Detenção Provisória do Estado, cujo levantamento inicial indica que cerca de 30% dos presos reportam violência física e/ou verbal sofrida por parte dos policiais que conduziram o seu flagrante.

³¹³ (Dos delitos e das penas. São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 69.

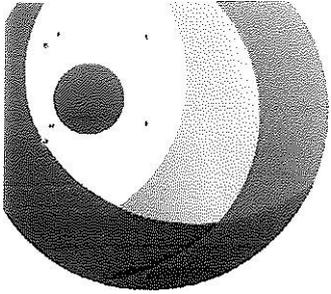
³¹⁴ García Asto e Ramírez Rojas X Peru, S 109; Palamara Iribarne X Chile, S 221; Acosta Calderón X Equador, S 78; e López Álvarez X Honduras, S 87.

| |
Tel

SCS Quadra 01 Bloco M I Ed, Gitbetto Salomão I Conj. 1301 Brasília/DF

I Fax: +55 61 3963 1747 | 3039 1763

anadep.org.br



derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente."¹¹

Por fim, ainda em conexão ao tema da tortura, vale lembrar que outro tratado internacional de direitos humanos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes ¹² estabelece o dever de prevenir a ocorrência de tortura, da forma seguinte:

"Cada Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza, com o intuito de impedir atos de tortura no território sob a sua jurisdição." ¹³

Considerando que ao ratificar um tratado, o país obriga-se a cumpri-lo fielmente ^{14*} é certo que o Brasil assumiu a obrigação de tomar medidas para impedir atos de tortura, sendo a audiência de custódia uma das maneiras adequadas de fazê-lo, sobretudo se for realizada presencialmente e não, como se tem cogitado, à distância, pela chamada videoconferência.

Revela-se a imperiosidade de fazer com que a pessoa presa seja levada à presença do Judiciário, encarnado na pessoa do juiz, única forma de garantir que a audiência de custódia não se torne uma mera formalidade e possa alcançar os fins a que se destina, estabelecidos nos tratados internacionais, quais sejam, de garantir a legalidade da prisão e a preservação da incolumidade física e moral do preso.

¹¹ Caso Acosta Calderon X Equador. Sentença de 25 de junho de 2005, parágrafo 78. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 30 de março de 2011.

¹² Ratificada pelo Brasil em 28.9.1989

¹³ Artigo 2.1

ANADEP30^{anos}

Nacional dos Defensores

14cf. dispõe o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ratificada pelo Brasil em 2010): "Artigo 26 - Pacta sunt servanda: Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé."

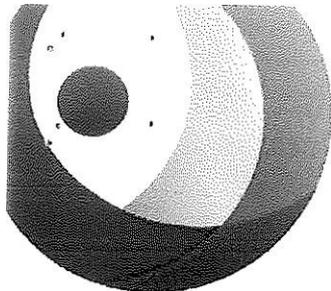
Tel

CCJG
Fl. 115

SCS Quadra 01 Bloco M I Ed, Gitbetto Salomão I Conj. 1301 Brasília/DF

I Fax: +55 61 3963 1747 | 3039 1763

anadep.org.br



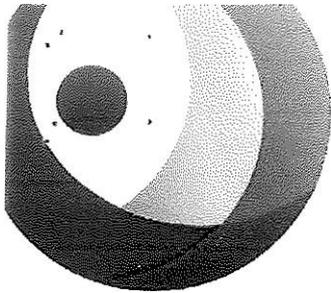
Neste ponto, não há que ser adivinho para ter a clara certeza de que, ouvido à distância, no local de sua prisão ou detenção e com enorme proximidade com seus eventuais agressores, é certo que o preso jamais poderá relatar tudo o que poderia se estivesse longe de tal ambiente, em sala de audiências e na presença do Ministério Público e de sua Defesa.

Nem se imagine que a tecnologia é capaz de assegurar ao juiz que o preso estará a salvo de pressões e coações se participar de videoconferência desde o centro de detenção, seja porque as câmeras não são capazes de abarcar todo o ambiente, seja porque jamais se saberá se, por trás de uma porta fechada ou por meio de escuta ambiental, não haverá quem esteja tomando ciência da fala do preso, de modo a castigá-lo se denunciar os abusos a que tenha sido submetido. O simples receio de que isso possa ocorrer já é suficiente para que o torturado ou seviciado reste silente, com medo de sofrer castigos ainda piores.

É claro que aqui se está falando da exceção, dos casos aberrantes, da tortura, das agressões e das ameaças. Mas não se pode deixar de ter em mente que não são poucos os casos de violação da dignidade humana em nossos estabelecimentos policiais, penitenciários, ou ainda nas viaturas policiais, como nos relembra e adverte o caso dos jovens mortos por policiais militares na cidade do Rio de Janeiro, que, por descuido, esqueceram ligada a câmera interna da viatura policial, ainda neste ano de 2014.³¹⁵ Quantos serão os casos em que a camera teria parado de funcionar subitamente?

Mais do que isso, porém, sobleva o fato inconteste de que somente estando o preso na presença física do Juiz é que ele, e sua defesa, poderão solicitar ao Magistrado imediatas medidas de proteção e salvaguarda, como a determinação de que o preso não retorne ao local de onde proveio, sendo diretamente encaminhado

³¹⁵ Câmeras em carro da PM incriminam policiais em morte de menor no RJ. Fantástico mostra, com exclusividade, detalhes de história chocante que resultou na morte de um adolescente. Acusados pelo crime, dois PMs foram presos."Reportagem veiculada no programa Fantástico da Rede Globo de Televisão, de 20.07.2014, disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/07/cameras-em-carro-da-pm-incriminampoliciais-em-morte-de-menores-no-rj.html>



ANADEP30 anos

Associação Nacional dos Defensores Públicos

para estabelecimento prisional em que sua vida esteja garantida, ou mesmo colocado em liberdade provisória.

É justamente o que preconiza o artigo 13 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ao dispor que:

"Cada Estado Parte assegurará que qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob a sua jurisdição tenha o direito de apresentar queixa e de ter o seu caso rápida e imparcialmente examinado pelas autoridades competentes do dito Estado. Serão adotadas providências no sentido de assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer mastratos ou intimidações resultantes de queixa ou depoimento prestados,"

Se a audiência transcorrer à distância, no caso de uma grave denúncia de maus tratos, como fará o juiz para proteger a integridade pessoal do preso, se ele, ao sair da sala, se deparará justamente com aqueles que o agrediram ou que o farão dentro de alguns minutos?

E, ainda que sejam poucos os casos de denúncias diante do universo de pessoas ouvidas, como ensina o sábio provérbio judaico, "Se você salva a vida de uma pessoa, é como se tivesse salvo o mundo inteiro."¹⁶ A dignidade inerente a todo ser humano é inegociável.

1.2.0 CONCEITO DE _____ OU "OUTRA _____" AUTORIDADE AUTORIZADA PELA LEI A EXERCER FUNÇÕES LUDICIAIS"

16 <http://www.chabad.org.br/biblioteca/artigos/Sugihara/index.html> ccow:

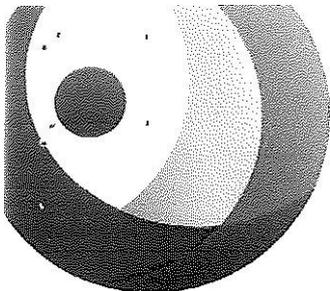
Aspecto de grande relevância para a análise do tema é a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz da locução "juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais", constante do referido artigo 7.5 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Realmente, não pairam dúvidas quanto à impossibilidade de o Juiz ser substituído neste ato por funcionário administrativo, Policial ou mesmo Promotor de Justiça, como estabelecido no caso Chaparro Álvarez, em que se decidiu:

SCS Quadra Bloco M I Ed. Gilberto Salomão I Conj. 1301 | Brasília/DF

I Fax: +55 61 3963 1747 | 3039 1763

anadep.org.br



ANADEP30 anos

Associação Nacional dos Defensores Públicos

"84. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte en otro caso relativo al Estado ecuatoriano, no puede considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumple con el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales' .."

A Corte, nos casos Tibi (S 119) e Acosta Calderón (S 80) entende que o "juiz" deve se revestir das qualidades estabelecidas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, segundo a qual "1, Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e 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 ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." (g.n.)

Evidentemente, este não é o caso de integrantes da Polícia ou do Ministério Público, ainda que respeitáveis em suas funções para a realização da Justiça em nosso país.

Além disso, é certo que a audiência judicial deve ser cercada do primado da ampla defesa, segundo as previsões da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o acusado tem o direito de se "defender pessoalmente ou de ser

O I I

Tel | Fax: +55 61 3963 1747 | 3039 1763

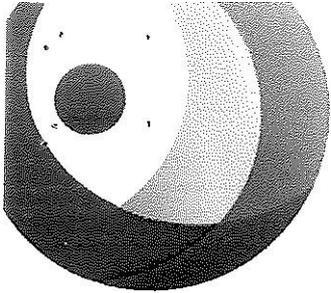
anadep.org.br

CCJ/DF
Fl. 117 m

SCS Quadra Bloco M I Ed. Gilberto Salomão I Conj. 1301 | Brasília/DF

I Fax: +55 61 3963 1747 | 3039 1763

anadep.org.br



Ration3t

assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor," (Artigo 8^o 2, d)

Conjugando-se tal norma com o direito interno brasileiro, é inconteste a obrigatoriedade de que a oitiva judicial seja acompanhada de defensor tecnicamente habilitado, público ou privado, aplicando-se aí a diretriz interpretativa segundo a qual os direitos e garantias fundamentais recebem interpretação ampliativa, no sentido da combinação dos dispositivos de direito interno e internacional, a fim de mais bem proteger a pessoa, nos termos do artigo

29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁷

Assim, a incidência dos incisos LIV e LV do artigo 5^o da Constituição da República, c.c. o artigo Artigo 8^o 2, d da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, impõem a presença de defesa técnica no ato de oitiva judicial do preso, o que, a nosso ver, deve constar expressamente do novo texto do Código de Processo Penal, inclusive quanto ao direito de entrevistar-se previamente com o acusado.

Ainda assim, não custa por em relevo os desenvolvimentos relativos ao direito à defesa técnica advindos de recentes manifestações de órgãos da Organização dos Estados Americanos, a começar pela própria Corte

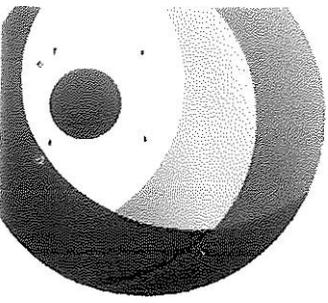
17 Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

GCJ/ST
Fl. 112



Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva n° 18, de 2003, na qual, ao analisar a situação dos migrantes indocumentados, fixou que estes, seres humanos que são, remanescem com o direito ao devido processo legal, o que engloba a prestação de um serviço público gratuito de defesa legal a seu favor, para que se façam valer os direitos em juízo. A respeito, pontuou o Tribunal que o Estado deve garantir que o acesso à justiça seja não apenas formal, mas real.

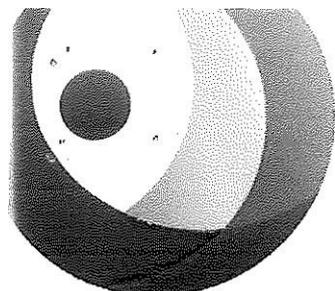
Aderindo à noção de que a assistência jurídica, prevista no artigo 8² da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser estruturada com base num serviço público e gratuito, estruturado pelo Estado, a Assembleia Geral da mesma OEA aprovou, em 7 de junho de 2011, a Resolução n° 2656, intitulada "Garantias de acesso à justiça: O papel dos Defensores Públicos Oficiais," na qual decidiu "afinizar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade", e ainda que "o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados."

Desta maneira, inequívoca a exigência de que a defesa técnica esteja presente à oitiva judicial da pessoa presa, e que nela possa atuar com independência e autonomia, para a efetiva proteção dos direitos humanos dos custodiados pelo Estado.

2) "SEM DEMORA"

A respeito, a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez do artigo 7.5 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, na parte em que prescreve que a oitiva da pessoa presa pelo juiz deve se dar "sem demora", observa, primeiramente, o que diz a legislação interna do país caso esta fixe um prazo para tal apresentação, em face do que a Corte faz dois juízos: Um

CCX'
Fl. 120 m



Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva n^o 18, de 2003, na qual, ao analisar a situação dos migrantes indocumentados, fixou que estes, seres humanos que são, remanescem com o direito ao devido processo legal, o que engloba a prestação de um serviço público gratuito de defesa legal a seu favor, para que se façam valer os direitos em juízo. A respeito, pontuou o Tribunal que o Estado deve garantir que o acesso à justiça seja não apenas formal, mas real.

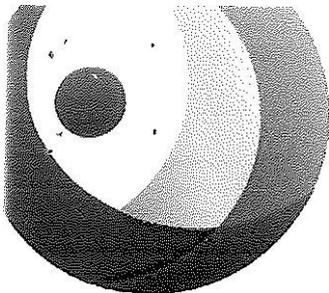
Aderindo à noção de que a assistência jurídica, prevista no artigo 8^o da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser estruturada com base num serviço público e gratuito, estruturado pelo Estado, a Assembleia Geral da mesma OEA aprovou, em 7 de junho de 2011, a Resolução n^o 2656, intitulada "Garantias de acesso à justiça: O papel dos Defensores Públicos Oficiais.", na qual decidiu afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade", e ainda que "o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados."

Desta maneira, inequívoca a exigência de que a defesa técnica esteja presente à oitiva judicial da pessoa presa, e que nela possa atuar com independência e autonomia, para a efetiva proteção dos direitos humanos dos custodiados pelo Estado.

2) "SEM DEMORA"

ANADEP30_{anos}

A respeito, a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez do artigo 7,5 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, na parte em que prescreve que a oitiva da pessoa presa pelo juiz deve se dar "sem demora", observa, primeiramente, o que diz a legislação interna do país caso esta fixe um prazo para tal apresentação, em face do que a Corte faz dois juízos: Um



ANADEP30 anos

Associação Nacional dos Defensores Públicos

quanto ao respeito ao prazo estabelecido pelo próprio país, logicamente considerando violado o preceito da apresentação célere se for descumprida a legislação local, e, outro, quanto à razoabilidade deste mesmo prazo, em face da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Bom exemplo disso é o caso Castillo Petruzzi X Peru, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu:

110. La Corte estima, en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que "[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales[...]."

111. En el caso concreto, al aplicar la legislación vigente, el Estado mantuvo detenidos a los señores Mellado Saavedra, Pincheira Sáez y Astorga Valdez sin control judicial desde el 14 de octubre de 1993 hasta el 20 de noviembre siguiente, fecha en que los puso a disposición de un juez del Fuero Privativo Militar. El señor Castillo Petruzzi, por su parte, fue detenido el 15 de octubre de 1993 y puesto a disposición del juez citado el 20 de noviembre del mismo año. Esta Corte considera que el período de aproximadamente 36 días transcurrido desde la detención y hasta la fecha en que

I

Tel

CCuWSi'

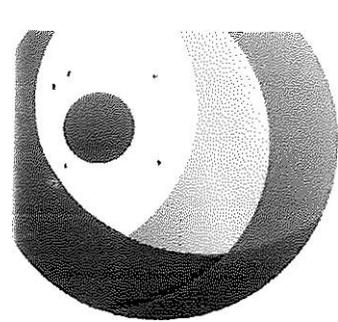
fueron puestos a disposición judicial es excesivo y contradice lo dispuesto en la Convención. "18

Como se vê, no caso citado a Corte IDH não só declarou o Estado peruano culpado por ter infringido sua própria norma (a vítima somente foi levada à presença de juiz 36 dias após a prisão, enquanto o máximo legal era de 30 dias),

SCS Quadra 01 | Bloco M I Ed. Gilberto Salomão Conj. 130] Brasília/DF

I Fax: +55 61 3963 1747 / 3039 1763

anadep.org.br



como entendeu que o prazo estabelecido (15 dias, prorrogáveis por igual período) feria a norma da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de apresentação do preso "sem demora".

A Corte observa, ainda, outra diretriz para avaliar o cumprimento pelo Estado da referida regra, no caso das situações em que a legislação local não contém prazo expresso em lei para a apresentação do preso, como ocorre no Brasil, até o momento.

Aqui, atuando de maneira casuística, a Corte vem buscando estabelecer um raciocínio de proporcionalidade e razoabilidade, como no caso Bayarri X Argentina, em que entendeu que a demora de uma semana para o preso ser ouvido pelo juiz não satisfaz a exigência do artigo 7.5 da CADH:

'66. Posteriormente, el 24 de noviembre de 1991 Juan Carlos Bayarri fue trasladado al Palacio de Justicia de la Capital Federal para rendir declaración indagatoria ante el Juzgado de Instrucción No. 25. Dicha actuación además de no ajustarse a lo establecido en la legislación argentina, vulnerándose así el artículo 7.2 de la Convención (supra párrs. 56 y 64), fue realizada casi una semana después del acto de detención y por lo mismo no satisfizo la exigencia de

18 Caso Castillo Petruzzi X Peru. Sentença de 30 de maio de 1999. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casps.cfm>, acesso em 30 de março de 2011.

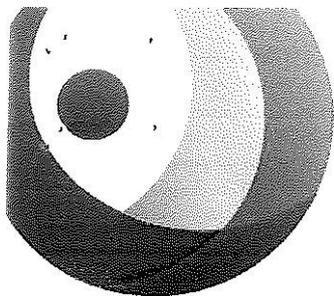
OII

cc,,wy

presentación del detenido "sin demora" ante la autoridad judicial del artículo 7.5 de la Convención Americana.³¹⁶

Fl. 123

³¹⁶ Caso Bayarri x Argentina. Sentença de 30 de outubro de 2008. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 30 de março de 2011.



ANADEP30 anos

Associação Nacional dos Defensores Públicos

Por outro lado, há um precedente de absolvição de Estado pela Corte IDH, justamente em situação em que o preso foi levado à presença de um juiz no prazo de vinte e quatro horas de sua prisão.³¹⁷

Portanto, com absoluto acerto o texto do Substitutivo, ao prever que a apresentação da pessoa presa para audiência de custódia se dê no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas.

Ainda quanto a este aspecto, não procedem, em nosso entender, as críticas quanto à suposta exiguidade do prazo, pois a realidade judiciária nacional revela que a imensa maioria das prisões em flagrante ocorre em comarcas dotadas de membro do Poder Judiciário, ao que se acrescenta que, nas grandes cidades brasileiras, nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, a apreciação das comunicações de prisão em flagrante se dá de maneira concentrada, ou em um órgão específico (como a Central de Flagrantes no Estado da Bahia), ou aquelas são destinadas a um ou alguns juízes, os quais ficariam naturalmente vinculados à oitiva pessoal de que ora se cuida.

Por fim, ainda no presente quadrante, cumpre verificar que os empecilhos relacionados aos custos relativos ao transporte dos presos, ou aos supostos riscos relativos ao transporte dos detidos - que certamente não possuem o mesmo patamar valorativo do que a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana - é de se ter em conta que os Poderes Executivo e Judiciário encontrarão saídas administrativas condizentes, como, por exemplo, a adotada no Estado da Bahia, em que as autoridades deslocam-se ao local para onde são regularmente levados os presos de Salvador. Tal deslocamento, à toda

CCJSP
Fl. 1242

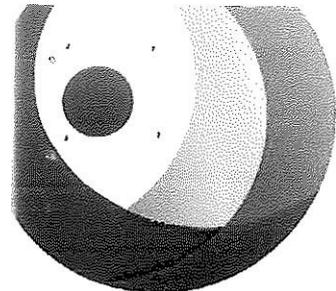
³¹⁷ Caso López Álvarez X Honduras. Sentença de 12 de fevereiro de 2006, parágrafo 91. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfmi> acesso em 30 de março de 2011.

Tel

SCS Quadra 01 Bloco M I Ed. Gilberto Salomão I Conj. 1301 | Brasília/DF

I Fax: +55 61 3963 1747 3039 1763

anadep.org.br



evidência, revela-se de baixíssimo custo e enorme efetividade, até porque aproxima o julgador não só da pessoa presa, mas o familiariza com as condições de detenção, as quais podem pesar no momento de decidir sobre real necessidade a manutenção da pessoa naquele ambiente.

C) FINALIDADE.

A vinculação entre a apresentação do preso ao juiz e a finalidade deste ato é a "pedra de toque" de todo este sistema, o que o justifica e exige.

Embora a norma da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos não o preveja expressamente, a apresentação do preso perante o juiz cumpre uma finalidade específica, que tem a ver com dois aspectos, quais sejam, a preservação dos direitos do detido e a revisão judicial dos motivos da prisão, a fim de decidir se procede à liberação ou a manutenção da privação de liberdade.

A respeito da primeira preocupação, a Corte IDH reconheceu a importância do controle judicial como garantia da vida e da integridade física das pessoas submetidas às forças de segurança do Estado.

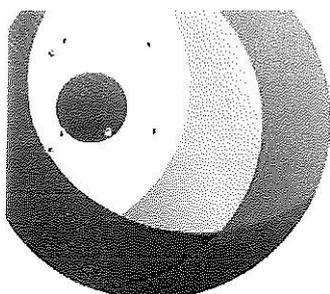
No caso "Niños de la Calle", disse a Corte:

135. La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "Corte Europea") ha remarcado que el énfasis en la prontitud del control judicial de las detenciones asume particular importancia para la prevención de detenciones arbitrarias. La pronta intervención judicial es la que permitiría detectar y prevenir amenazas contra la vida o serios malos tratos, que

violan garantías fundamentales también contenidas en el
Convenio Europeo para la

OII

Tel



Protección³¹⁸ de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convención Europea")²¹ y en la Convención Americana, Están en juego tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal. En este sentido, la Corte Europea destacó especialmente que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de esas garantías y una más grave violación del artículo en cuestión." ³¹⁹

Assim, o individuo que tenha sido privado de sua liberdade sem nenhum tipo de controle judicial deve ser libertado ou colocado imediatamente à disposição de um juiz, como atesta a vasta jurisprudência. ³²⁰

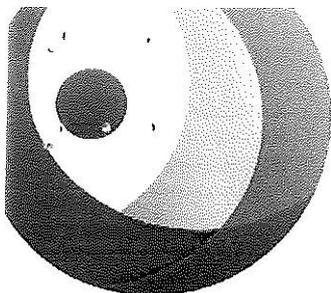
³¹⁸ Cfr. Eur. Court BR, Aksoy v. Turkey judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-W, p. 2282, 76 y Brogan and Others Judgment of 29 November 1988, Serie A no. 145B, p. 32, S 58 y Eur. Court HR, Kurt v. Turkey judgment of 25 May 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-111, p. 1185, SS 123-124.

³¹⁹ Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) X. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acceso em 30 de março de 2011.

³²⁰ : Casos Bámaca Velásquez; Juan Humberto Sánchez; Maritza Urrutia; Hermanos Gómez Paquiyauri; Bulacio; e Castillo Petruzzi.

A Corte IDH não mede palavras ao enfatizar o vínculo entre o controle judicial e a realização plena do Estado de Direito, como se vê das seguintes passagens:

"Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de



Nacional

aquél. Como ya se dijo, el Juez es garante de los derechos de toda persona bajo custodia del Estado, por lo que le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias" (g.n.)³²¹

De forma mais específica, no já citado caso López Álvarez X Honduras, a Corte ressaltou:

64. En la detención Infraganti legítima es preciso que exista un control judicial inmediato de dicha detención, como medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de la medida.

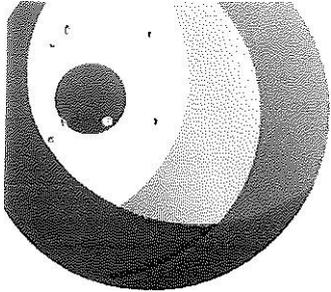
88. La inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas infragantj

³²¹ Caso Bayarri X Argentina, S 67.

(supra párr. 64) y constituye un deber del Estado para garantizar los derechos del detenido.

Como se vê, a Corte tem o foco precisamente direcionado à realidade sul-americana, da qual o Brasil não escapa, qual seja, a dos abusos cometidos quando das prisões "em flagrante", em geral praticadas em face de pessoas em situação de vulnerabilidade.³²²³²³

³²² Mas não só: O direito de ser ouvido pelo juiz não distingue a modalidade de prisão, como ventilado no caso Chaparro Álvarez: "83. El derecho de la persona detenida o retenida de ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, de los cargos formulados en su contra está consagrado en el artículo 7.4 de la Convención Americana, que no distingue entre la detención efectuada por orden judicial y la que se practica infraganti. Por ello se puede concluir que el arrestado en flagrante delito conserva aquel derecho."



Nacional

A esse respeito, não custa assinalar que a oitiva do preso pelo juiz (e não por delegado de polícia) é curial para afastar a produção de "prova" que, não raro, macula toda a possibilidade de defesa técnica efetiva ao longo do processo penal e, quiçá, seja responsável hoje por um sem número de condenações indevidas. Bem por isso, caminhou bem o projeto de lei ao prever que as evidências e declarações colhidas na audiência de custódia jamais podem contaminar o processo penal de conhecimento.

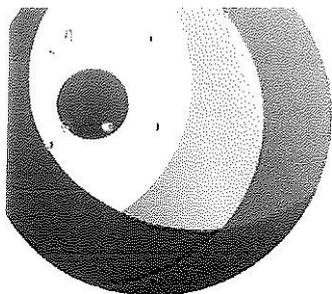
De outro lado, a oitiva da pessoa presa tem a finalidade de propiciar a esta a oportunidade de expor ao juiz a sua versão a respeito dos fatos (ou de não o fazer, lembrando que deverá ser acompanhado por defensor neste ato, como aqui exposto).

A respeito, a Corte [DH já decidiu que o juiz tem que ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir sobre os motivos e a eventual continuidade da prisão.²⁶

No já mencionado caso Bayarri, disse a Corte:

"La Corte ha reiterado que el juez debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad²⁷. Lo contrario equivaldría a despojar de toda efectividad el control judicial dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención"

²⁶ Em outros precedentes, ora não citados, a Corte IDH é prolífica quanto à imperatividade da prisão processual como absoluta exceção, que somente se justifica em casos de manifesta necessidade e adequação. A respeito vide a obra "Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)". ([htt : www.defensoria.org.br/docs/Repositorio/31 Documentos Libros df](http://www.defensoria.org.br/docs/Repositorio/31%20Documentos%20Libros%20df)) »Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez Vs. Ecuador, supra nota 9, párr. 85.



A respeito, a Anistia Internacional destaca que: "O prisioneiro deveria ser apresentado pessoalmente a um juiz, sendo que este não deveria decidir sobre a legalidade e a necessidade da prisão sem que tivesse visto e ouvido o prisioneiro. O prisioneiro deveria poder se dirigir ao juiz em uma atmosfera livre de intimidação. Se houver qualquer sinal de tortura ou maus-tratos, o juiz deveria, sem demora, informar-se a esse respeito, mesmo que o prisioneiro não tenha, de maneira voluntária, feito qualquer declaração. Se as informações requisitadas ou as próprias declarações do prisioneiros oferecem razões para acreditar que se tenha cometido tortura ou maus-tratos, o juiz deveria iniciar uma investigação e adotar medidas efetivas para proteger o prisioneiro contra maus-tratos adicionais e, caso a detenção for ilegal ou desnecessária, ordenar a soltura imediata do prisioneiro em condições seguras. "28

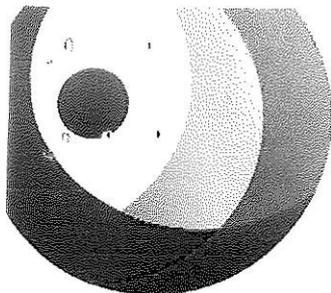
As recomendações acima transcritas encontram fundamento em preceito da já referida Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, no sentido que "Cada Estado Parte assegurará que as suas autoridades competentes procederão a uma investigação rápida e imparcial sempre que houver motivos suficientes para se crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território a sob sua jurisdição. "(artigo 12).

E no caso Chaparro Alvarez, completa para vincular a atividade judicial de revisão da prisão com os primados da presunção de inocência e da estrita necessidade da prisão cautelar:

"El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de

28 Combatendo a tortura, Manual de ação, Londres (RU), Amnesty International, 2003.

01 | cc>>ysp



coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.»

III. CONCLUSÕES

Diante do estudo aqui conduzido, é possível afirmar que:

1) Ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU), toda pessoa presa no Brasil passou a ter o direito de ser ouvida pessoalmente e sem demora por juiz, a fim de que este decida sobre a

legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura caso a privação da liberdade se mostre ilegais.

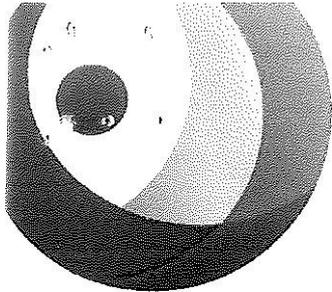
2) Os preceitos dos artigos 7^o e 9^o dos referidos tratados internacionais, respectivamente, foram incorporados ao ordenamento jurídico nacional em 1992 e

estão em perfeita consonância com a Constituição Federal, servindo para ampliar os direitos ali previstos e garantir a eficácia das normas constitucionais.

3) O direito à audiência de custódia já existe no ordenamento nacional, cumprindo que se faça sua regulamentação pela legislação ordinária a fim de ordenar os atos processuais e dar exequibilidade ao referido direito.

4) O comparecimento da pessoa presa ou detida à audiência deve ser real e não virtual, não se coadunando com a finalidade protetiva do ato o emprego de videoconferência para tal fim.

5) A audiência deve se dar na pessoa de juiz, integrante da Justiça Federal ou Estadual, conforme o caso.



6) A pessoa presa ou detida tem o direito a ser assistida por defensor de sua livre escolha ou, em sua falta ou impossibilidade, por Defensor Público, garantindo-se à defesa o direito de entrevista prévia e de formular perguntas ao depoente, agindo com autonomia e independência.

7) Embora os tratados internacionais citados não prevejam um prazo específico para a realização da audiência, a proposta de que seja realizada em não mais do que 24 (vinte e quatro) horas, está conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

8) A finalidade da audiência é a de verificar a legalidade da prisão, nisso compreendida a verificação do respeito à integridade física e psíquica do preso, devendo o juiz tomar medidas assecuratórias da dignidade fundamental do ser humanos, se o caso.

9) O Projeto de Lei do Senado n.º 554 de 2011, na redação apresentada pelo Substitutivo do Senador Humberto Costa, atende a todos os requisitos estabelecidos pelos tratados internacionais, a fim de estabelecer as normas processuais de regência da audiência de custódia.

Brasília,

CIM (À PATRÍCIA KETTERMANN)
Presidente

smNADOFED
SECRETARIA-G-ERAL DA PIES A

Brasília, de fevereiro de 2015

Senhora Patrícia Kettermann, Presidente da Associação
Nacional dos Defensores Públicos — ANADEP,

Em atenção ao Ofício ANADEP n^o: 02/2015, de Vossa
Senhoria, encaminhado a esta Secretaria-Geral pela Presidência do
Senado, informo que a referida manifestação foi encaminhada à
Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal para
ser juntada ao processado do PLS n^o 554, de 2011, que "Altera o S 1^o do
atf. 306 do Decreto-Lei n^o 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", que se encontra atualmente naquele órgão.

Atenciosamente,



Luiz Fernando Bandeira de Mello
Secretário-Geral da Mesa

320151

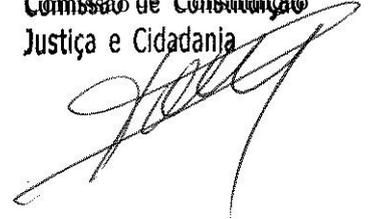
Junte-se ao proegssado do
no—5ÁL, de— ao/1.

5Bccmnn

Em 17-1

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

Comissão de Constituição
Justiça e Cidadania



Ilmo Sr.
Presidente do Senado Federal,

Digníssimo Senador José Renan Vasconcelos Calheiros

Ref.: PLS 554/2011 - nota técnica do Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais

Cumprimentando-o, sirvo-me do presente para encaminhar a Vossa
Excelência, para conhecimento, a nota técnica elaborada pelo Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais, relativa ao Projeto de Lei 554/2011, de autoria do Senador Antônio
Carlos Valadares.

Sem mais, aproveito o ensejo para renovar a Vossa Excelência meus protestos de
estima e consideração.



Andre Pires de Andrade Kehdi

Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



11 9 FEV 2015
1

IBccR1n.n

O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - [BCCRIM, entidade não governamental, sem fins lucrativos, com sede na cidade de São Paulo (SP), Rua Onze de Agosto, 52 - Centro, vem, por meio de seus representantes, apresentar nota técnica sobre o Projeto de Lei do Senado n.º 554/11, de autoria do I. Senador Antonio Carlos Valadares.

1. Objeto do PLS n.º 554/11 e sua tramitação legislativa

Tramita atualmente, perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado o Projeto de Lei n.º 554/11, o qual pretende estabelecer o prazo de vinte e quatro horas para apresentação do preso à autoridade judicial, a contar da efetivação da prisão em flagrante.

Segundo a proposta legislativa inicial, o artigo 306, S 1º do Código de Processo Penal passaria a conter a seguinte redação:

"Art. 306.

S 1² No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública."

Submetido o projeto à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) desta Casa, o órgão colegiado, por unanimidade, aprovou um Substitutivo, apresentado pelo D, Senador João Capiberibe, com a seguinte redação:

"Art. 306

S 12 No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos



IBccmnn

fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

IBccR1n.n

S 2² Na audiência de custódia que trata o parágrafo 1², o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art.

310.

S 32 A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como Ineio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de Inaus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

S 4⁰ A apresentação do preso em juízo deverá ser aconipanhada do auto de prisão ein flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, conl o motivo da prisão, o ncne do condutor e os nomes das testemunhas.

S A oitiva do preso enl juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na de membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 32 ,bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.!

A proposta, então, foi encaminhada à Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), a qual, também por unanimidade, aprovou o Projeto, nos termos da emenda supracitada. Submetido o texto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o D. Senador Francisco Dornelles apresentou nova emenda por meio da qual se acrescentaria a possibilidade de realização de audiência de custódia por sistema de videoconferência, Eis a redação sugerida:

"Art. 306.

SIP No prazo IDáximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião ein que deverá ser apresentado o auto de prisão em



flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a defensoria pública." (grifos nossos)

Dada a pertinência do assunto e considerando os inúmeros argumentos deduzidos ao longo do processo legislativo, pede-se licença para lançar adiante breves considerações, julgadas indispensáveis, sobre a matéria atinente ao Projeto de Lei e às emendas até o momento propostas.

2. Constitucionalidade do PLS n? 554/11 e relevância temática

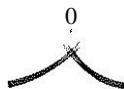
O Projeto de Lei n ° 554/11 tem como escopo central introduzir na legislação processual-penal pátria a denominada "audiência de custódia". Trata-se de ato, a ser realizado em 24 horas a contar da prisão em flagrante delito, para apresentação física do preso à autoridade judicial.

A proposta legislativa pretende corrigir uma grave lacuna existente há anos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, como é sabido, o país é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizados no ordenamento jurídico pátrio, respectivamente, por meio do Decreto n ° 592/92 e Decreto n? 678/92, dos quais é possível extrair os seguintes dispositivos legais:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um 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." (grifos nossos)

Convenção Americana sobre Direitos Humanos



IBccR1n.n

7(5). Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou 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." (grifos nossos)

Transcorridas Inais de duas décadas desde a entrada em vigor de ambos os dispositivos legais supratranscritos, e a despeito de possuírem, pelo menos, status normativo supralegal, verifica-se que não há a devida observância das normas no direito interno. Com efeito, sob o argumento de que inexistente legislação específica apta a regulamentar o sentido da expressão "sem demora", o agente preso em flagrante, na prática, somente terá acesso a um magistrado após vários dias, meses - ou anos - encarcerado.

E, como é intuitivo, a demora à apresentação à Autoridade Judicial é diretamente proporcional à fragilidade psíquica do próprio suspeito não só para fazer frente à acusação penal, como à agonia de ter contato com o sujeito imparcial do processo e, notadamente, ao risco de desaparecimento de vestígios até mesmo de torturas sofridas antes, durante ou mesmo depois de sua prisão - inclusive por agentes públicos dos mais diversos na persecução penal.

Nesse sentido, o PLS n.º 554/11, ao instituir a obrigatoriedade de condução do preso à presença do juiz no prazo máximo de 24 horas, insere no Código de Processo Penal norma apta a conferir aplicabilidade concreta e impor requisitos mais estritos para a correta observância de garantia fundamental, que já há muito deveria ser respeitada em nosso país.

INão se desconhece a controvérsia que gira em torno da questão relativa à natureza jurídica de normas provenientes de tratados internacionais. Mesmo que não seja essa a posição que parece ser a melhor porque não é a mais atenta à normatividade constitucional intrínseca aos tratados e convenções de direitos humanos, por cautela e observância ao atual estágio da questão no STF, leva-se em conta a posição sufragada no RE 466.343, DJE 05.06.2009.



De acordo com a atual sistemática adotada pelo Código de Processo Penal, ao juiz é encaminhado o auto de prisão em flagrante, lavrado por autoridade policial, sendo certo que exclusivamente com base nesse documento, sem a possibilidade de ouvir o detido, terá de decidir sobre a eventual necessidade de decretar uma prisão provisória que perdurará, nos mais das vezes, por toda a instrução criminal.

A previsão de um ato judicial solene, em que magistrado e preso ficam frente a frente, garantirá maior legitimidade a esse processo decisório, deixando de ser ele apenas um ato burocrático. Mais ainda, servirá para que as autoridades judiciárias, efetivamente, possam fiscalizar em maior extensão a legalidade da prisão de qualquer pessoa e,

IBccR1n.n

também, que o próprio preso desfrute, com a celeridade reclamada pela momentânea perda de sua liberdade, de contato com dita autoridade.

Destaque-se que a audiência de custódia reveste-se de monumental importância, sobretudo porque é por meio dela que se pode, além de outros benefícios, (i) assegurar judicialmente o respeito às garantias do preso, permitindo um maior controle sobre eventuais violações levadas a efeito no momento da prisão, bem como (ii) promover um conhecimento efetivo, com a presença do preso, e sob o crivo do contraditório, acerca da legalidade e necessidade de manutenção da custódia cautelar.

Não se trata de qualquer inovação no plano de direito comparado. Muito ao revés, a audiência de custódia se faz presente em grande parte dos diplomas processuais, os quais garantem ao preso em flagrante, sempre dentro de uma limitação temporal prevista em lei, a condução à presença de um magistrado.

A título ilustrativo - e não sem a curiosa situação de se tratar de países latinoamericanos que têm realidade econômica e, porque não dizer, carcerária, bastante semelhante à brasileira - para demonstrar a premente necessidade de aprovação do projeto, de se citar os mais diversos diplomas processuais estrangeiros e os respectivos prazos exigidos por lei para realização da audiência



IBccmn de custódia: Equador (art. 161, prazo de 24 horas); Peru (art. 266, prazo de 24 horas); Uruguai (art. 118, prazo de 24 horas); Chile (art. 131, prazo de 24 horas); Paraguai (art. 85, prazo de 24 horas); e México (art. 194, prazo de 48 horas) 2.

Nesses países, é inadmissível que a prisão em flagrante, medida de natureza administrativa, não seja prontamente jurisdicionalizada para que um sujeito imparcial se debruce sobre sua legalidade e adequação no caso concreto.

Parecem ser inaceitáveis as alegações, formuladas por órgãos refratários à aprovação da proposta legislativa, de que haveria limitações de ordens estruturais e financeiras para implementação da audiência de custódia no Brasil.

A uma, porque cabe ao Estado aparelhar-se para assegurar as garantias dos cidadãos, e não o contrário, as garantias serem suprimidas ou flexibilizadas segundo a benevolência momentânea do Estado.

Cuida-se, em verdade, de assunção de verdadeira política de Estado, a de sempre se orientar para garantir, na maior eficácia possível, o exercício dos direitos de todos os cidadãos; e não a oposta, que significaria política pública conformista com a prisão sem o mais expedito controle judicial.

Assim, pretender mostrar oposição à incorporação em nosso ordenamento processual penal da audiência de custódia com base em argumentos de dificuldade de transporte, riscos de locomoção e dispêndios com aparato policial para levar os presos às audiências de custódia é argumento que não colhe,

Em verdade, e como bem pontuado em brilhante decisão monocrática proferida por Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 25 de janeiro de 2015, trata-se de puro e simples argumento metajurídico. Como ali dito:

IBccR1n.n

² É, a propósito, pertinente lembrar da autorizada lição de Laurence Burgogue-Larsen, que, em comentário ao funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, asseriu que em vários países da América Latina e também da Europa, a prisão preventiva tem se tornado pregressa, ao invés de exceção, inexistindo que seja a mais severa medida que pode ser aplicada a uma pessoa acusada de um crime. (Laurence Burgogue-Larsen e Amaya Úbeda de Torres. *The InterAmerican Court of Human Rights. Case Laws and Commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2011, p. 485).



“Isto porque não só não pode um Magistrado deixar de aplicar uma norma de status constitucional porque não tem meios materiais para tanto – como, por exemplo, seguir no julgamento de um feito, sem realizar a Instrução deste, porque, simplesmente, não possui meios de transportar réus presos e/ou internar e requisitar a apresentação de testemunhas — como também tal avaliação não é da sua competência, mas sim, da Administração Superior deste Tribunal de Justiça, cabendo ao Juiz cumprir a lei e os princípios constitucionais próprios, e, caso não possua condições concretas de realizar o seu mister, que acione a Colenda Presidência e a Egrégia Corregedoria Geral deste Pretório, solicitando a urgência e denotando a imprescindibilidade da medida que precisa ser adotada. ” (HC 0064910-46.2014.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Noronha Dantas, pp. 65/6)

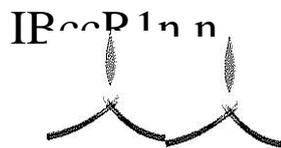
A perspectiva da política de Estado aqui alvitrada impõe que a questão seja vista não como um entrave apriorístico à efetivação da medida mas sim, ao contrário, como a oportunidade de, diagnosticada a falha Estatal, superá-la. Trata-se de ver o problema, gravíssimo, já existente e enfrentá-lo ao invés de se resignar fazendo de conta de que não há solução.

A duas, porque, se bem aplicada, a nova lei certamente permitirá que o magistrado avalie, de maneira criteriosa (e não somente com base no que consta de um papel), a possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, o que certamente acabaria por gerar uma diminuição do número exacerbado de presos sob administração do Estado e um conseqüente decréscimo de gastos públicos ³.

³ Segundo dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2010, os presos provisórios, ou seja, contra os quais ainda não existe uma sentença condenatória definitiva, representam cerca de 43% da população carcerária. Estima-se

IBccR1n.n

que cada preso custe, aos cofi'es do Estado, enl Inédia R\$ 28.000,00 por ano. Fácil de se ver, portanto, que a diminuição do n(lInero de prisões provisórias, além de assegurav a garantia da presunção de inocência, gerará unia retenção significativa de gastos públicos.



Já por essa perspectiva, não parece admissível se ver com maus olhos eventual predisposição, com a audiência de custódia, a relaxar prisões, revogá-las, ou mesmo, convertê-las em outras medidas cautelares processuais penais necessárias e suficientes aos fins de proteção dos interesses processuais. A política, pois, pode reduzir danos à integridade física e psíquica do cidadão, pode reduzir o contingente carcerário sabidamente dramático do país e, com isso, tornar inclusive de mais fácil controle e fiscalização a situação carcerária dos cidadãos que devam permanecer presos temporariamente,

A propósito, a medida resgata o prestígio de outra alteração legislativa que, conquanto recente no Código de Processo Penal brasileiro, ainda não teve a devida importância por parte da maioria dos atores do processo penal: a aplicação de medidas alternativas à prisão cautelar, previstas ao longo do art. 319, do Código de Processo Penal.

Por fim, impõe, na mesma toada, considerar-se o contato pessoal entre cidadão preso e juiz como abrangente ao exercício de outro direito, qual seja: o de concretamente expor ao Magistrado não somente situações justificadoras de soltura, mas até mesmo a apresentação pessoal de tantas outras necessidades pessoais sabidas por quem atua em sistema de justiça criminal, como por exemplo, o pedido de fornecimento de medicamentos e de transferências de locais para o cumprimento da prisão temporária. Pode-se afirmar, portanto, que além do ponto de vista estritamente técnicojurídico a medida ser um salutar - e já atrasado - passo a se dar na conformação do Estado Democrático de Direito Brasileiro, constitui-se, também, em medida que se pode até mesmo tomar por inteligente e, assim, eficaz do ponto de vista da Administração Pública (art. 37, caput, Constituição da República),

Trata-se de escolha política, frise-se, de Política Pública condizente ao tratamento dado pelo Estado aos cidadãos presumidamente inocentes, em momento tão crucial em suas vidas como é, sabidamente, o da prisão cautelar, cujos fins extravasam inclusive o de questões de soltura pura e simplesmente.

IBccRIA/1

3. Emenda nº 1 CDH - Senador João Capiberibe

Conforme já assentado, inexistente dúvida de que a regulamentação da audiência de custódia, no processo penal pátrio, revela-se premente e a sua adoção promoverá um inegável avanço para o fortalecimento das garantias fundamentais. No entanto, o texto originário do PLS nº 554/11, embora trate acertadamente do prazo para ocorrência da audiência de custódia, é omissivo quanto ao aspecto procedimental relativo ao ato praticado em juízo,

De modo a complementar o texto original da proposta legislativa, o D. Senador João Capiberibe apresentou projeto substitutivo, no bojo do qual, além de avaliar o prazo de 24 horas para realização da audiência de custódia, estabelece o devido procedimento para sua realização.

Inicialmente, aludida emenda, em seu S 2º, prevê que o juiz, antes de lançar sua decisão acerca da legalidade da prisão e de eventual necessidade de conversão em prisão preventiva, ou mesmo de outra medida cautelar, ouvirá, nessa ordem, o



representante do Ministério Público, o detido e, por fim, a defesa técnica. Tal dispositivo legal mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, na medida em que preserva a correta dialética processual, permitindo à defesa exercer o devido contraditório (CF, 5^o LV).

A emenda proposta prevê, também de modo salutar, que a oitiva prestada pelo preso durante a audiência será mantida em autos apartados, não podendo o seu conteúdo ser utilizado como meio de prova em desfavor do depoente. De fato, a audiência de custódia deve ficar restrita às matérias atinentes à legalidade da prisão, necessidade de imposição de outras medidas cautelares, bem como de eventuais arbitrariedades cometidas em sede policial. É forçoso que haja a separação dos atos, de um lado, da audiência para controle de detenção e, de outro, da instrução para apuração do ato supostamente criminoso.

Ressalte-se, por oportuno, que o Código de Processo Penal, a partir da entrada em vigor da Lei 11.719/08, passou a prever que o interrogatório do acusado e, portanto, o momento oportuno para que ele forneça sua versão dos fatos declinados pela acusação, constitui o último ato da instrução penal. Trata-se de inegável garantia, conquistada às duras penas, que encontra guarida em todo e qualquer Estado Democrático de Direito. E, aqui, não se há de estranhar a previsão de que o conteúdo da audiência de custódia não deva ser utilizado em desfavor do próprio preso. Se a alteração legislativa no artigo 186 do Código de Processo Penal já significou importante avanço na consideração do interrogatório não como meio de prova, mas sim como Ineio exclusivo de defesa do imputado, e se em 2008 essa orientação ganhou nova consagração legislativa, significaria um verdadeiro retrocesso aquele segundo o qual, exatamente no momento em que se cuida de fiscalização da prisão processual de alguém, os depoimentos do preso pudessem ser interpretados em seu próprio desfavor. Suprimir o S 3² da emenda proposta e, por consequência, permitir o uso da oitiva do preso em detrimento próprio, significaria desvirtuar o devido processo penal, retrocedendo, na prática, à época em que o interrogatório estava previsto como primeiro ato da instrução penal e se retrocedendo, inclusive, ao ponto de tomar o depoimento do investigado não como meio de defesa dele próprio, mas como meio de prova, inclusive, para a acusação.

Por derradeiro, o Substitutivo estabelece, em seu S 5^o, a imprescindibilidade da presença do advogado do preso na audiência de custódia. Em caso de não ser indicado referido profissional, nomear-se-á Defensor Público para o ato.

Novamente, nesse ponto, andou bem a proposta legislativa, tendo em vista que a obrigatoriedade da presença de defensor, em ato procedimental que tratará diretamente dos direitos do preso vai ao encontro da garantia constitucional insculpida no art. 5^o LXIII, da Magna Carta, Esclareça-se que a presença do defensor é essencial para assegurar a legalidade da audiência, bem como para

IO



IBCCR1n.n

fornecer elementos jurídicos ao magistrado para contrapor eventual pedido de prisão formulado pelo Ministério Público.

Não fosse apenas pela evidente relevância do conteúdo produzido na audiência de custódia, a exigência da presença de um defensor tem o condão de garantir ao preso mais necessitado, desprovido de meios materiais para a contratação de um advogado, o mesmo tratamento conferido aos demais investigados presos. Estranho seria se o defensor constituísse peça facultativa da audiência, permitindo que somente alguns presos, mais abastados, utilizassem do conhecimento técnico para produzir elementos probatórios em seu favor.

4. Emenda CCI - Senador Francisco Dornelles

Durante a tramitação do PLS n.º 554/11 perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o l. Senador Francisco Dornelles apresentou emenda para fazer inserir a alternativa de realizar a audiência de custódia por sistema de videoconferência.

Depreende-se da justificativa lançada pelo Parlamentar que a audiência por videoconferência, para além de não interferir no contato direto entre juiz e preso, também traria o benefício de diminuir a circulação de presos pelas cidades e dependências do Poder Judiciário. Ainda como argumento justificatório da emenda, argumenta-se que o Código de Processo Penal, desde o ano de 2009, já prevê a realização de atos processuais por sistema de videoconferência, sendo certo que inexistiria prejuízo na adoção do Inesmo instrumento para a audiência de custódia,

Há de se rechaçar tal pretensão legislativa.

Com efeito, o que, num primeiro momento, poderia parecer apenas uma mudança insignificante, sem grandes repercussões e tendente apenas a facilitar a instrumentalização da audiência de custódia, na prática é medida apta a provocar um genuíno desvirtuamento desse instituto processual.

A presença física do acusado é essencial para cumprimento do desiderato pretendido pelo PLS n.º 554/11. Não se pode olvidar que uni dos Inotivos pelos quais será instituída a audiência de custódia é justamente para prevenir a ocorrência de maus-tratos e apurar outras arbitrariedades cometidas no momento da prisão.

Não se trata, importante frisar, de audiência instrutória dos fatos imputados; e sim, atende a reclamos distintos e claros, quais sejam: o de contato com o juiz para análise



IBccR1n.n

da legalidade da prisão e, também, de evitar sua manutenção se a situação for ou de soltura pura e simples ou, ainda, de imposição de medidas cautelares diversas. Por certo que somente o contato físico - e não virtual - com o cidadão detido possibilitará ao magistrado o exame da veracidade relacionada a eventuais relatos de maus-tratos sofridos. Além disso, não há como cerrar os olhos para o fato de que o preso se sentirá naturalmente mais intimidado para denunciar ações arbitrárias cometidas pela polícia de dentro do centro penitenciário ou, ainda, o que lamentavelmente ocorre com grande frequência, de dentro do próprio Distrito Policial em que se lavrou o auto de prisão em flagrante.

A audiência de custódia, ademais, é a primeira oportunidade em que o juiz conhecerá o próprio imputado, sendo essencial que nessa ocasião possa avaliar, de forma criteriosa, a necessidade de manutenção do cárcere provisório. Por esse motivo, esse ato processual, provavelmente mais do que em qualquer outro, o contato físico se revela indispensável.

Não por acaso, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Decreto n° 592/92), quanto o Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ratificado pelo Decreto n° 678/92), exigem que o preso "deve ser conduzido" à presença da autoridade judicial. Trata-se de direito garantido a todo preso, consubstanciado em norma que, por óbvio, não permite uma interpretação ampliada para abranger também a videoconferência.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Lopes Álvarez u Honduras*, se manifestou no sentido de ser essencial, para correta aplicação do art. 7(5) que o preso seja levado ao encontro do juiz.⁴ Pela pertinência, de se transcrever trecho de referida decisão:

"Conforme al artículo 7(5) de la Convención y de acuerdo con 10s principios de control judicial e intermediación procesal, la persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez o autoridad judicial competente. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y de otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento judicial de que una persona está detenida no satisface esa garantía; el detenido debe comparecer personalmente y rendir declaración ante el juez o autoridad competente."

(grifos nossos)

Parece crível aceitar que se o Brasil irá finalmente regulamentar direito já há muito consagrado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, imperioso que essa legislação seja consentânea - ou, ao menos, não o contrarie frontalmente - com o entendimento já disposto pela Corte Interamericana em inúmeros casos. E, consoante já acentuado, tal Corte exige a presença física do acusado em audiência, sendo insuficiente, para observância da garantia em questão, o contato virtual por sistema de videoconferência.

IBccR1n.n

5. Considerações Finais

À vista do que se buscou demonstrar nas breves linhas acima, a mudança legislativa para fazer inserir, na legislação infraconstitucional, a obrigatoriedade da

4. Nesse Inesmo sentido, ainda pela Coite Interanlet'icana de Direitos Humanos: Garcia Asto v. Peru, (25/11/2005); Palanzara Iribarne v. Chile (22/11/2005); Tibi v. Ecuador (7/9/2004).



IBccmnn

audiência de custódia em casos de flagrante delito revela-se imprescindível e premente.

A despeito de já estarmos atrasados em relação a tantos outros países no que tange a essa matéria específica - o que deveria enrubescer a todos aqueles que conclamam pela vigência plena e efetiva do chamado "Estado Democrático de Direito" no Brasil ante tão vergonhosa e injustificável omissão - não se pode perder de vista que os números de encarceramento provisório e de casos de tortura policial só aumentam.

Para além de uma mera mudança legislativa, a audiência de custódia promoverá um radical avanço para a devida aplicação das garantias fundamentais insculpidas pela Constituição Federal,

Por essas razões, enfim, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais expressa seu irrestrito apoio ao PLS n.º 554/11 e posiciona-se de forma favorável à redação prevista pelo Substitutivo n.º 1 (CDH), rechaçando-se, por outro lado, o Substitutivo n.º 1 (CCJ), por inserir instrumento (videoconferência) inadequado para os reais propósitos da audiência de custódia.

De São Paulo para Brasília, aos 11 de fevereiro de 2014.

(ILUCUO(

Andre Pires de Andrade Kehdi
(Presidente do IBCCrim)

Alberto Silva Franco
(1.º Vice-Presidente do IBCCrim)

IBccR1nn

Renato Stanziola Vieira

(Coordenador da Comissão de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCrim)

Daniel Zaclis (Comissão de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCrim)

André Azevedo (Comissão de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCrim)

abiana 8 s-cun

Fabiana Eduardo Saenz (Comissão de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCrim)



SENADO FEDERAL
Presidência

Brasília, RB de fevereiro de 2015.

A Sua Senhoria o Senhor
LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO FILHO
Secretário-Geral da Mesa do Senado Federal

Senhor Secretário-Geral,

Cumprimentando-o, encaminho, para conhecimento e providências pertinentes, os anexos expedientes constantes da relação abaixo, que foram endereçados a esta Presidência.

DOCUMENTO	ORIGEM	ASSUNTO
Ofício nº 709/2014	Câmara Municipal de Salvador	Manifesta moção de apoio ao Projeto de Lei de nº 4.471/2012.
Documento sem Numero	IBCCFUM	Encaminha Nota Técnica elaborada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, relativa ao Projeto de Lei 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares.
Ofício nº 03/2015	Sindicato dos Psicólogos de São Paulo	Solicita que o Congresso Nacional rejeite o Veto nº 31 de 2014. Presta esclarecimentos.
Ofício nº 029/2015GAB/CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP.	Encaminha Nota Técnica contendo algumas ponderações quanto a discussão DP P LS 554/11, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE) que determina o prazo máximo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade Judicial. Após efetivada

sua prisão em flagrante (audiência de custódia).

Recebido em 23/02/2015

Hora: 10h44min

Sued f.f.

Sued Ferres Fagundes
Mat. 232836 Secretária - Geral da Mesa

Atenciosamente,


EMÍLIA MARICHEFE

EMÍLIA MARICHEFE
Chefe de Gabinete

Brasília, 16 de março de 2015

Senhor Andre Pires de Andrade Kehdi, Presidente do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM,

Em atenção ao Documento s/nº, de Vossa Senhoria, encaminhado a esta Secretaria-Geral pela Presidência do Senado, informo que a referida manifestação foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal para ser juntada ao processado do PLS nº 554, de 2011, que "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", que se encontra atualmente naquele órgão.

Atenciosamente,



**Protocolo Facultativo à
Convenção contra a Tortura e outros
Tratamentos ou Penas Cruéis,
Desumanos ou Degradantes**

Distr.: Restrita
08 de fevereiro de 2012

Original: inglês

**Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros
Tratamentos ou Penas Cruéis,
Desumanos ou Degradantes**

**Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da
Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou
Degradantes**

Sumário

I. INTRODUÇÃO	3
II. MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO	4
III. TEMAS ABRANGENTES	6
A. Estrutura Legal	6
B. Estrutura Institucional	6
C. Atenção à saúde	8
D. Impunidade	11
E. Corrupção	12
F. Represálias	12
IV. SITUAÇÃO DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE	13
A. Detenção Policial	13
B. Instituições Penitenciárias	17
C. Instituições para Crianças e Adolescentes	24
D. Outras Instituições	29
ANEXOS	31
Anexo I	31

Lista de pessoas com as quais o SPT se encontrou	31
--	----

Anexo II

35

Locais de Privação de Liberdade	35
---------------------------------------	----

I. Introdução

1. De acordo com os artigos 1 a 11 do Protocolo Adicional à Convenção contra a Tortura (OPCAT), o Subcomitê de Prevenção à Tortura (SPT) realizou visita ao Brasil entre 19 e 30 de setembro de 2011³²⁴.
2. O SPT foi representado pelos seguintes membros: Wilder Tayler (Chefe de Delegação), Mario Coriolano, Marija Definis-Gojanovic, Suzanne Jabbour, Goran Klemencic, Petros Michaelides, Christian Pross e Felipe Villavicencio.
3. O SPT foi auxiliado por quatro funcionários de Direitos Humanos do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUDH). O Subcomitê foi também auxiliado por funcionários de segurança e por intérpretes das Nações Unidas.
4. Durante a visita ao Brasil, o SPT vistoriou o tratamento recebido por pessoas privadas de liberdade em quatro estados diferentes². Em São Paulo, o trabalho do SPT focou-se nos centros de detenção juvenil, enquanto a visita aos outros estados abrangeu uma série de instituições.
5. Ainda que não se faça menção, neste relatório, a todos os locais visitados, o SPT se reserva ao direito de fazer comentários sobre qualquer local visitado em seu diálogo futuro com o Estado Parte. A ausência de qualquer menção, neste relatório, relativa a alguma instituição em particular visitada pelo SPT tampouco implica uma avaliação positiva ou negativa.
6. Além de realizar visitas a locais de detenção, o SPT participou de reuniões com autoridades governamentais, com o Sistema ONU no Brasil, e com membros da sociedade civil³²⁵. O SPT gostaria de agradecer-lhes pelas valiosas informações fornecidas.
7. Ao final de sua visita, o SPT apresentou oralmente suas observações preliminares confidenciais às autoridades brasileiras³²⁶. O Governo brasileiro submeteu seus comentários

³²⁴ Para maiores informações sobre o SPT, consulte o [sítio](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/index.htm) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/index.htm> ² Ver Anexo II.

³²⁵ Ver Anexo I.

³²⁶ As observações preliminares foram transmitidas posteriormente ao Estado parte por escrito em 14 de outubro de 2011.

a essas observações preliminares em 28 de novembro de 2011. No presente relatório, o SPT apresenta suas avaliações e recomendações concernentes à prevenção da tortura e dos maus-tratos de pessoas privadas de liberdade no Brasil. Este relatório utiliza o termo genérico “maus-tratos” para referir-se a qualquer forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante³²⁷.

8. O SPT recorda que muitas das recomendações feitas no presente relatório não estão sendo apresentadas ao Brasil pela primeira vez, considerando-se visitas anteriores dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas. Infelizmente, o SPT detectou muitos problemas semelhantes aos identificados nessas visitas anteriores³²⁸, ainda que tenha havido progresso em algumas áreas específicas. O SPT está ciente de que recomendações recorrentes e consistentes feitas, durante vários anos, por diferentes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas não foram implementadas em sua totalidade. O SPT espera que sua visita e as recomendações que dela resultam sejam observadas e propiciem um grande impulso para que o Governo brasileiro tome ações decisivas no sentido de erradicar a tortura e os maus-tratos infligidos a todas as pessoas privadas de liberdade.

9. O SPT solicita que as autoridades brasileiras lhe forneçam uma resposta, dentro do prazo de seis meses a partir da data de transmissão desse relatório, por meio da qual preste contas das ações estatais levadas a cabo com vistas à implementação de suas recomendações.

10. O presente relatório permanecerá confidencial até o momento em que as autoridades brasileiras decidam torná-lo público, conforme estipulado pelo artigo 16(2) do OPCAT. A publicação deste relatório, sem dúvida, servirá de meio adicional para prevenir a tortura e os maus-tratos no Brasil, uma vez que o SPT considera que a ampla disseminação das recomendações contribuiria para um diálogo nacional transparente e frutífero sobre os assuntos abordados pelo relatório.

11. O SPT deseja chamar a atenção do Estado Parte para o Fundo Especial estabelecido em concordância com o artigo 26 do OPCAT. As recomendações contidas nos relatórios públicos da visita do SPT podem constituir as bases de uma solicitação do Estado Parte para o financiamento de projetos específicos por meio do Fundo Especial³²⁹.

12. O SPT recomenda que o Brasil solicite a publicação do presente relatório, em conformidade com o artigo 16(2) do OPCAT.

³²⁷ Em concordância com o artigo 16 da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. XXX

³²⁸ Relatório do Relator Especial sobre Tortura, Sir Nigel Rodley, durante sua visita ao Brasil, E/CN.4/2001/66/Add.2; Relatório sobre o Brasil produzido pelo Comitê contra a Tortura (CAT), CAT/C/39/2; Relatórios do Relator Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, A/HRC/14/24/Add.4 e A/HRC/11/2/Add.2.

³²⁹ Ver <http://www.2ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/SpecialFund.htm>

13. O SPT deseja expressar sua gratidão às autoridades brasileiras e, em particular, aos pontos focais governamentais na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, por sua cooperação positiva e pela facilitação da visita.

14. Maiores detalhes sobre as preocupações expressadas pelo SPT com relação ao acesso e cooperação estão contidos nas observações preliminares confidenciais.

II. Mecanismo Nacional de Prevenção

15. O Brasil deveria ter estabelecido ou designado um Mecanismo Preventivo Nacional (MPN) dentro de, no máximo, um ano após a data de ratificação do OPCAT³³⁰. No momento da visita, entretanto, o MPN brasileiro ainda não tinha sido estabelecido. Durante o último dia da visita do SPT ao país, o Governo brasileiro apresentou ao SPT um projeto de lei sobre o MPN, que foi submetido ao Congresso Nacional logo em seguida, como Projeto de Lei 2442/2011. O SPT compraz-se com essa evolução e espera que a discussão do projeto de lei no Congresso transcorra rapidamente.

16. Para além do seu mandato sob o artigo 11(b)(i) do OPCAT, o SPT gostaria de expressar suas visões a respeito do Projeto de Lei sobre o MPN. Enquanto o SPT considera que muitos elementos desse projeto são positivos e refletem as disposições do OPCAT, o SPT continua preocupado com o método de escolha dos membros do MPN. O atual projeto propõe um sistema em que a Presidenta do Brasil escolhe os membros do MPN entre uma lista de candidatos preparada pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, cujos membros, por sua vez, são selecionados e indicados pela Presidenta. Nesse sentido, o SPT relembra suas Diretrizes sobre os MPNs³³¹, que defendem um processo aberto, transparente e inclusivo para a seleção e indicação dos membros do MPN. Tal processo deve envolver uma vasta gama de partes relevantes, incluindo a sociedade civil, e deve estar de acordo com os critérios publicizados. Ademais, o projeto de lei não faz referência à necessidade de esforços com vistas ao balanceamento com relação a gênero e à adequada representação de grupos étnicos e minoritários na composição do MPN, conforme previsão do artigo 18 do OPCAT e dos Princípios de Paris³³².

17. O SPT recomenda que o Estado Parte realize as mudanças necessárias, de forma a garantir um processo aberto, transparente e inclusivo – em particular com relação à sociedade civil –, com vistas à seleção e indicação dos membros do MPN. O SPT também recomenda que se garanta o balanceamento com relação ao gênero, bem como à representação étnica e de minorias, na composição do MPN. Alinhado com

³³⁰ De acordo com o artigo 17 do Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

³³¹ Diretrizes do SPT sobre mecanismos de prevenção nacional, CAT/OP/12/5.

³³² Princípios relativos ao status das instituições nacionais para a promoção e proteção dos direitos humanos (“Princípios de Paris”), anexos à resolução 48/134 da Assembleia Geral (AGNU).

os princípios da cooperação e do diálogo construtivo com os Estados partes, e em conformidade com o artigo 11(b)(iv), o SPT expressa seu desejo de prestar assistência ao Estado Parte para o estabelecimento do MPN.

18. Devido à estrutura federal do país, os estados brasileiros começaram a criar mecanismos locais para a prevenção da tortura em nível estadual. Na ocasião da visita, três estados (Alagoas, Paraíba e Rio de Janeiro) possuíam legislação que estabelece mecanismos locais. Dos três, somente o Rio de Janeiro possuía um mecanismo em funcionamento. O SPT demonstra satisfação com essas evoluções e é da opinião que a criação desses mecanismos estaduais deveria ser encorajada pelas autoridades federais e dos Estados.
19. A delegação se encontrou com o Mecanismo Preventivo do Rio de Janeiro. Este mecanismo atende aos requisitos do OPCAT e tem potencial para se tornar um ator chave na prevenção da tortura. Sua eficácia, contudo, é prejudicada pela falta de recursos materiais.
20. **O SPT recomenda que autoridades federais e estaduais relevantes forneçam ao mecanismo do Rio de Janeiro, assim como a outros mecanismos a serem criados, independência funcional e recursos suficientes, que lhes permitam realizar suas funções de modo efetivo, de acordo com o que dispõe o OPCAT.**

III. Temas Abrangentes

21. Além de examinar a situação específica das pessoas privadas de liberdade, o SPT analisou uma série de temas sistêmicos gerais relativos ao tratamento das pessoas privadas de liberdade. Estes temas são abordados nas seguintes seções de A a F.

A. Estrutura Legal

22. O SPT concorda com outros mecanismos das Nações Unidas que têm declarado que o quadro jurídico brasileiro sobre a prevenção da tortura é, em grande medida, adequado³³³³³⁴. A definição de tortura em sua legislação interna, bem como as salvaguardas jurídicas existentes contra a tortura, os maus-tratos e os direitos das pessoas privadas de liberdade, estão, de maneira geral, em conformidade com os padrões internacionais. O SPT preocupase, contudo, com a lacuna existente entre o aparato jurídico e sua aplicação na prática, uma vez que a maioria das garantias e dos direitos dispostos na legislação nacional são amplamente ignorados. Conforme observado pelo Relator Especial sobre Tortura, no

³³³ Observações conclusivas do Comitê contra Tortura sobre o Brasil, A/56/

³³⁴, parágrafos 115-120; Relatório sobre o Brasil produzidos pelo CAT sob o artigo 20 da Convenção e resposta do governo brasileiro, CAT/C/39/2, parágrafo 37; observações conclusivas do Comitê dos Direitos da Criança sobre o Brasil, CRC/C/15/Add.241, parágrafos 5 e 7, Relatório do Relatório Especial sobre Tortura, Sir Nigel Rodley, em sua visita ao Brasil, E/CN.4/2001/66/Add.2, parágrafo 161.

seguimento de sua visita em 2001, muitas das recomendações meramente solicitavam que as autoridades respeitassem as leis brasileiras existentes³³⁵.

B. Estrutura Institucional

23. A prevenção da tortura em locais de privação de liberdade é uma responsabilidade compartilhada por diversas instituições que trabalham no campo da administração da justiça. O SPT expressa preocupação com o fato de a atual estrutura institucional no Brasil não proporcionar proteção suficiente contra a tortura e os maus-tratos.

1. Sistema de Defensoria Pública

24. A assistência jurídica gratuita para aqueles que não podem pagar por um advogado é garantida pela Constituição Brasileira. Por meio de entrevistas realizadas com pessoas privadas de liberdade, o SPT descobriu que, entretanto, a assistência jurídica gratuita não era disponibilizada a todos que dela necessitavam.

25. Durante sua visita, o SPT se reuniu com defensores públicos, estaduais e federais, para inteirar-se sobre dos desafios que enfrentam. Em geral, o SPT foi informado que a falta de autonomia institucional, bem como de recursos humanos, em particular quando comparado ao Ministério Público, dificultava o trabalho dos defensores públicos³³⁶. Além disso, o SPT observou que, no estado de Goiás, não havia sistema de defensoria pública.

26. O SPT recomenda que se garanta autonomia às defensorias públicas e que lhes sejam fornecidos recursos financeiros e materiais suficientes para lhes permitir oferecer defesa legal adequada a todas as pessoas privadas de liberdade. O SPT recomenda ainda que o Estado Parte acelere a criação e a efetiva implementação de um sistema de defensoria pública naqueles estados que não dispõem de tal órgão.

27. O SPT recomenda que as defensorias públicas mantenham um registro central das alegações de tortura e de maus-tratos, incluindo informações confidenciais que se lhes sejam fornecidas. O SPT recomenda também que os defensores públicos cooperem e se coordenem com os mecanismos nacionais e/ou locais de prevenção, em particular para evitar retaliações que se sigam a visitas de monitoramento.

2. Judiciário

28. De acordo com as informações coletadas, os juízes raramente faziam perguntas aos detentos sobre o tratamento que recebiam durante a investigação. Os juízes devem

³³⁵ Relatório do Relator Especial, E/CN.4/2011/66/Add.2, parágrafo 168.

³³⁶ De acordo com as informações fornecidas pelo Governo Federal em resposta às observações preliminares do SPT, nos últimos quatro anos, o Governo brasileiro investiu cerca de US\$ 8 milhões em defensores públicos em 18 estados para fornecer assistência jurídica a detentos.

permanecer vigilantes aos sinais de tortura e de maus-tratos, bem como realizar os passos necessários para corrigir e pôr termo a essas situações.

29. O SPT recomenda que os juízes sejam obrigados por lei a consultar todas as pessoas detidas acerca do tratamento recebido ao longo das investigações, a registrar por escrito quaisquer alegações de tortura ou maus-tratos, bem como a determinar a realização imediata de exames médicos forenses sempre que houver motivos para se acreditar que algum detido tenha sido submetido a tortura ou a maus-tratos.

30. De acordo com a lei brasileira, as confissões são admitidas como provas judiciais, exceto nos casos em que tenham sido obtidas por meio da violação de disposições constitucionais ou de outros dispositivos legais ³³⁷. Apesar da vedação legal às provas obtidas por meio ilícito, tem-se notícia de que confissões – incluídas aquelas obtidas mediante tortura – têm sido utilizadas em procedimentos judiciais.

31. O SPT recomenda fortemente que os juízes se recusem a aceitar confissões quando houver motivos razoáveis para se acreditar que tenham sido obtidas por meio de tortura ou de maus-tratos. Nesses casos, os juízes deverão notificar imediatamente a Polícia e/ou o Ministério Público, de modo a que uma investigação possa ser iniciada.

3. Mecanismos de Fiscalização e Reclamação

32. O SPT tomou nota da existência de mecanismos de fiscalização e reclamação em muitos dos locais visitados. Esses mecanismos incluíam ouvidorias, corregedorias e juízes de execução penal. O SPT recebeu, entretanto, diversas alegações, por parte de detentos entrevistados, a respeito de punições que teriam recebido por haverem encaminhado reclamações, as quais tampouco recebiam resposta. Os entrevistados também alegaram que os juízes raramente os visitavam. O SPT deseja enfatizar que a mera existência de mecanismos de queixas não é suficiente; esses devem ser, e devem ser percebidos como sendo independentes e imparciais. Devem ainda oferecer garantias de efetividade, prontidão e celeridade.

33. Com relação a esse tema, o SPT recomenda que todas as pessoas privadas de liberdade sejam informadas a respeito de seu direito de submeter diretamente reclamações confidenciais à autoridade responsável pela administração dos locais de detenção, às autoridades superiores e a autoridades com poderes de correição. Informações acerca desse direito devem ser fornecidas por escrito, em linguagem que possa ser compreendida no momento da chegada aos locais de detenção, assim como se devem fazer conhecidas em todos os locais de detenção, por meio de placas e pôsteres afixados, de modo visível, nos locais de detenção. O direito a submeter reclamações deve ser garantido na prática e as reclamações devem ser recebidas sem censura de sua substância, além de serem analisadas e respondidas sem demoras indevidas. Os indivíduos que realizarem reclamações não devem ser submetidos a qualquer forma de retaliação ou preconceito. As autoridades relevantes devem manter registro de todas as reclamações recebidas, incluindo sua natureza, instituições de onde se originam, data

³³⁷ CF, artigo 34; CPP, artigo 157.

de recebimento, data da decisão, natureza da decisão e quaisquer providências tomadas em consequência daquelas. Esses registros devem ser disponibilizados a órgãos externos de monitoramento.

4. Instituto de Medicina Forense

34. A maioria dos institutos de medicina forense no Brasil é subordinada às Secretarias de Segurança Pública dos Estados, que controlam a polícia. O SPT preocupa-se que isso possa exercer um impacto negativo na independência d

os profissionais forenses e em sua capacidade de realizar exames médicos sem interferências indevidas.

35. O SPT recomenda que todos os institutos forenses se tornem independentes das Secretarias de Segurança Pública. O SPT também recomenda que o Estado Parte estabeleça um sistema de exame independente, de acordo com o Protocolo de Istambul³³⁸, segundo o qual médicos forenses e psicólogos devem realizar investigações completas quando o médico que examinar o detido tenha motivos para supor que os indivíduos tenham sido submetidos a tortura e/ou a maus-tratos.

C. Atenção à saúde

36. O SPT considera que a situação de saúde na maior parte das instalações visitadas era extremamente preocupante. As preocupações gerais incluem a falta de recursos financeiros, materiais e humanos, além da subordinação dos serviços de saúde aos serviços de segurança.

37. Nas delegacias de polícia, não havia acesso a médicos. Realiza-se um exame de corpo de delito nos detentos logo após sua prisão, normalmente antes de sua admissão na delegacia de polícia. Todos os detentos entrevistados pelo SPT afirmam que esse exame era superficial e conduzido de forma perfuntória.

38. Exames médicos e o registro apropriado das lesões sofridas por pessoas privadas de liberdade constituem importantes salvaguardas para a prevenção da tortura e dos maus-tratos, bem como para o combate à impunidade³³⁹. Essas providências podem também proteger os funcionários da polícia e das prisões contra falsas alegações. Os Estados devem levar a cabo uma investigação imparcial quando houver motivo razoável para se acreditar que um ato de tortura ou de maus-tratos tenha sido cometido³⁴⁰. Aqueles exames devem ser realizados, em privado, por um profissional de saúde treinado em diagnosticar lesões – incluindo exames médicos e psicológicos minuciosos e independentes. Deve ser mantida a confidencialidade dos resultados desses exames, especialmente com relação à polícia e a funcionários de

³³⁸ O Manual sobre Investigação Efetiva e Documentação de Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Protocolo de Istambul), adotado em 1999, HR/P/PT8/Ver.1.

³³⁹ CAT, comentário geral n° 2, CAT/C/GC/2, parágrafo 13.

³⁴⁰ UNCAT, art. 12

estabelecimentos prisionais. Esses resultados deverão ser compartilhados somente com o detento ou seu advogado, de acordo com o Protocolo de Istambul.

39. O SPT recomenda que se faculte a todas as pessoas detidas a realização de um exame médico, assim que possível, após a sua detenção inicial. Esse exame deverá ser independente, gratuito e conduzido de acordo com o Protocolo de Istambul. O SPT recomenda também que se estabeleça um sistema que garanta o acesso pronto e gratuito a cuidados e tratamento médicos para aqueles sob a custódia policial, sempre que necessário.

40. Nas prisões, a assistência médica era irregular e, na maioria dos casos, o acesso aos serviços médicos ocorria com grandes atrasos. Além disso, não havia funcionários médicos à noite ou nos fins de semana. A equipe médica era insuficiente e incluía detentos não qualificados para prestar serviços médicos. Por exemplo, em uma prisão visitada, o SPT foi informado de que havia somente um médico presente, uma vez por semana, para atender mais de 3000 prisioneiros.

41. O SPT recomenda que a assistência médica nas prisões seja disponibilizada 24 horas por dia e 7 dias por semana. As condições de trabalho da equipe médica, incluindo salários, devem ser adequadas, de modo a atrair pessoal qualificado. Os detentos não se devem envolver na prestação de serviços médicos.

42. De acordo com as informações recebidas, os prisioneiros não passavam por exames médicos ao dar entrada na prisão. Os detentos informaram, ainda, que o acesso aos serviços médicos era frequentemente prestado a critério dos guardas das prisões ou dos “faxinas”, detentos que trabalham para a instituição.

43. O SPT recomenda que o Estado Parte garanta que um profissional de saúde examine todos os detentos assim que possível, após sua admissão, e sempre que necessário, de acordo com os padrões internacionais³⁴¹. Aos detentos deverá ser facultado procurar assistência médica profissional, de modo confidencial, sem que seu pedido seja obstruído ou filtrado por guardas ou outros detentos.

44. O SPT encontrou casos de grave negligência, incluindo detentos com doenças crônicas graves, membros quebrados ou outros ferimentos sem tratamento. Os detentos expressaram sua apreensão com relação à solicitação de assistência médica, baseados na experiência de punição por guardas das prisões, ou de maus-tratos quanto do transporte até o hospital.

³⁴¹ Regras Mínimas Padrão para o tratamento de Prisioneiros (SMRTP), regra 24; Corpo de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas sob qualquer Forma de Detenção ou encarceramento, princípio 24. ¹⁹ Lei 7210/1984, art.14(3); Regras Mínimas para o Tratamento do preso no Brasil (Regras Mínimas), resolução do CNPCP nº 14 de 11 de novembro de 1994, art. 16.

45. **O SPT recomenda que sejam transmitidas instruções claras às autoridades prisionais, no sentido de que nenhum detento seja punido por solicitar assistência**

médica. O SPT recomenda que as políticas de segurança para a transferência de pessoas para instalações médicas externas sejam revisadas.

46. As condições materiais na maioria das unidades médicas eram espantosas e havia carência de equipamentos médicos e de medicamentos.

47. **O SPT recomenda que as condições materiais das unidades médicas das prisões sejam melhoradas imediatamente e que equipamentos adequados e materiais farmacêuticos necessários sejam providenciados.**

48. O SPT recebeu alegações de prisioneiras gestantes e prisioneiras com crianças na prisão sobre a falta de cuidado obstetrício e o atraso na aplicação de vacinas em crianças, o que está em contradição com as leis brasileiras¹⁹.

49. **O SPT recomenda que mulheres grávidas recebam, de um profissional de saúde qualificado, aconselhamento regular a respeito de sua saúde. O SPT recomenda que se disponibilize às crianças que vivam com suas mães na prisão serviços de saúde contínuos e que seu desenvolvimento seja monitorado por especialistas³⁴².**

50. Durante sua visita às instituições para crianças e adolescentes, o SPT observou hematomas e outros tipos de lesão sem tratamento. Segundo alegações, as lesões eram desconsideradas e frequentemente encobertas pelo pessoal médico como sendo frutos de acidentes. O SPT considera que tais alegações contradizem os princípios éticos a que a profissão médica se submete³⁴³. O pessoal médico entrevistado reconheceu a presença de guardas em consultas médicas prestadas a crianças ou adolescentes.

51. **O SPT recomenda que o Estado Parte dê claras instruções aos médicos que trabalham em locais de privação de liberdade no sentido de que nenhum ato suspeito de tortura ou de maus-tratos seja ocultado ou ignorado e que os mesmos sejam relatados às autoridades relevantes. Exames médicos devem ser realizados em estrita confidencialidade. Como regra, os guardas não devem poder assistir ou escutar os exames médicos; caso contrário, sua presença deverá constar dos registros médicos. Os arquivos médicos deverão permanecer confidenciais.**

³⁴² Regras das Nações Unidas para o tratamento de Mulheres Prisioneiras e Medidas não-custodiantes para Mulheres Infratoras (as “Regras de Bancoc”), adotadas pela resolução 65/229 da Assembleia Geral, regras 48 e 51.

³⁴³ Princípios de Ética Médica relevantes ao Papel do Funcionário Médico, em particular físicos, na Proteção de Prisioneiros e Detentos Contra Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotados pela resolução 37/194 da AGNU em 18 de dezembro de 1982; Declaração de Tóquio, adotada pela 29ª Assembleia Médica Mundial, em Tóquio, outubro de 1975.

D. Impunidade

52. A impunidade por atos de tortura está disseminada e se evidencia pelo fracasso generalizado em levar-se os criminosos à justiça, bem como pela persistência de uma cultura que aceita os abusos cometidos pelos funcionários públicos. Em muitas de suas reuniões, o SPT solicitou acesso ao número de indivíduos sentenciados pelo crime de tortura, mas o dado não foi fornecido³⁴⁴. Os indivíduos entrevistados pelo SPT não demonstraram esperança de que justiça fosse feita ou de que sua situação particular fosse considerada pelas instituições estatais.

53. O SPT recomenda que todas as alegações de tortura e de maus-tratos sejam rigorosamente investigadas, de modo rotineiro, e que os perpetradores sejam responsabilizados por seus atos. O Estado Parte deve emitir uma forte condenação, no mais alto nível, declarando que a tortura não será tolerada sob nenhuma circunstância. Essa mensagem de “tolerância zero” com relação à tortura e aos tratamentos desumanos deve ser encaminhada, em intervalos regulares, a todas as forças de segurança e equipes de custódia, inclusive por meio de treinamento profissional.

54. O SPT tomou conhecimento de que ouvidorias e corregedorias de polícia não possuem capacidade investigativa própria e que dependem de inquéritos conduzidos pela polícia, inclusive em casos nos quais é alegada tortura. Esse arranjo institucional pode prejudicar a imparcialidade dos inquéritos e contribuir para a impunidade.

55. O SPT recomenda que a integridade do trabalho de ouvidores e de corregedores seja protegida por meio do fortalecimento de sua independência e da garantia de sua efetiva capacidade de investigação.

E. Corrupção

56. O SPT demonstrou grave preocupação com respeito às numerosas e consistentes alegações de corrupção que recebeu. Os exemplos incluem o pagamento, pelos detentos, de suborno no montante de R\$10.000,00 aos policiais, para serem libertados; o roubo de provas por policiais; o pagamento de suborno, pelos detentos, para a satisfação de necessidades básicas, como banho de sol; o pagamento, por parte dos familiares, para poderem visitar os detentos; pagamento em troca de proteção, etc. O SPT recebeu alegações de que algumas pessoas estavam sendo mantidas em delegacias de polícia enquanto se aguardava o pagamento de suborno para que pudessem ser transferidas para instalações de detenção pré-julgamento.

³⁴⁴ De acordo com a informação fornecida pelo Estado Parte durante a visita, em abril de 2011, houve 160 pessoas acusadas pelo crime de tortura no contexto de uma população carcerária de 512.000 detentos.

57. Ademais, a corrupção foi evidenciada pelo controle quase completo de certos locais de detenção pelos grupos do crime organizado. Os salários inadequados dos policiais foram citados como uma das causas originárias da corrupção³⁴⁵.

58. O SPT recomenda:

- a) **a adoção e a implementação, pelas autoridades policiais e prisionais do mais alto nível, de uma política firme e transparente de tolerância zero com relação à corrupção;**
- b) **o treinamento de policiais e de agentes penitenciários e a revisão dos salários da polícia e dos funcionários penitenciários;**
- c) **a adoção de medidas para aprimorar o escrutínio público por parte da sociedade civil, como meio de aprimorar a prestação de contas;**
- d) **a realização de uma campanha para sensibilizar funcionários do sistema de justiça, bem como o público em geral, sobre a necessidade de se combater a corrupção em locais de detenção e de conscientizá-los das consequências adversas da corrupção;**
- e) **a investigação das alegações de corrupção e, nos casos em que se suspeite que um crime foi cometido, o encaminhamento de informação relevante ao Ministério**

Público;

- f) **a adoção de um plano de ação, que inclua objetivos, medidas e prazos, para a implementação das recomendações acima citadas.**

F. Represálias

59. As sérias preocupações do SPT no tocante às represálias contra as pessoas entrevistadas, bem como a falta de controle apropriado de salvaguardas contra represálias, foram expressadas nas observações preliminares. O SPT saúda o comprometimento do Ouvidor Nacional dos Direitos Humanos em monitorar os locais de detenção visitados pelo SPT, com vistas a investigar a possível ocorrência de represálias³⁴⁶.

60. De acordo com informações recebidas pelo SPT imediatamente após a visita, ocorreram represálias em pelo menos um dos locais visitados, a saber, o Presídio Feminino Nelson Hungria. Trata-se de violação às obrigações específicas do Brasil no âmbito OPCAT.

³⁴⁵ A/HRC/14/24/Add.4, parágrafos 35-39.

³⁴⁶ Resposta do Estado Parte às observações preliminares confidenciais, de 28 de novembro de 2011. ²⁵ Conjunto de Princípios, princípio 13.

61. **O SPT expressa sua forte condenação a esses e a quaisquer outros atos de represália e solicita ao Estado Parte que investigue imediatamente a situação e que responsabilize os responsáveis. O SPT reitera as recomendações feitas nas observações preliminares e destaca que aqueles que prestam informação para órgãos ou instituições de monitoramento, nacionais ou internacionais, não devem sofrer nenhuma punição ou quaisquer outras consequências negativas por ter fornecido informações.**

62. **O SPT solicita ser mantido informado sobre as atividades do Estado Parte com vistas a prevenir e a investigar represálias e solicita, também, receber relatório do Ouvidor Nacional dos Direitos Humanos sobre suas visitas com esse propósito específico, inclusive no tocante às medidas tomadas com relação às represálias registradas no Presídio Nelson Hungria.**

IV. Situação das Pessoas Privadas de sua Liberdade

A. Detenção Policial

1. Questões Gerais

(a) Informação sobre os direitos dos detentos

63. Muitos entrevistados afirmaram que não tinham sido devidamente informados sobre seus direitos no momento de sua prisão²⁵. Fornecer às pessoas privadas de liberdade as informações sobre seus direitos constitui uma salvaguarda fundamental contra a detenção arbitrária, a tortura e os maus-tratos.

64. **O SPT recomenda que o Estado Parte garanta que instruirá os funcionários responsáveis pelas detenções a salvaguardar a implementação efetiva e sistemática dos direitos das pessoas privadas de liberdade de serem informadas oralmente e por escrito de seus direitos durante o período de detenção, em linguagem que possam entender, desde o início da detenção. Este procedimento deve ser registrado.** *(b) Direito a informar terceiros sobre a detenção*

65. O direito de as pessoas privadas de liberdade informarem uma pessoa, de sua escolha, sobre sua detenção representa uma salvaguarda básica contra a tortura e os maus-tratos³⁴⁷. O SPT encontrou diversos casos em que as pessoas privadas de liberdade não tiveram a possibilidade de informar, por longos períodos de tempo, a um terceiro, de sua escolha, sobre sua detenção.

66. **O SPT recomenda que as pessoas privadas de liberdade possam notificar ou solicitar que a autoridade competente notifique uma pessoa de sua escolha sobre sua detenção e sobre o local onde se encontra detida. Tal notificação deve ser realizada imediatamente após a detenção inicial ou prisão e também ser feita após qualquer transferência de um centro de detenção para outro. Idealmente, essa notificação deve**

³⁴⁷ CAT/C/GC/2, parágrafo 13, Body of Principles, princípio 16(1).

ser feita por telefone; a data e hora, bem como a identidade da pessoa notificada, devem ser registradas. (c) *Direito à assistência legal*

67. Um detento deve ter direito à assistência jurídica de sua escolha³⁴⁸, desde o momento inicial de sua prisão³⁴⁹. Um representante jurídico independente deve estar presente e assistir o detento em todas as entrevistas policiais, bem como perante o juiz, como uma salvaguarda fundamental contra a tortura e os maus-tratos. Se um detento houver sido submetido a tortura ou maus-tratos, o acesso à defesa facilitará seu direito de reclamação, além de exercer uma função preventiva.

68. O SPT recomenda que as autoridades garantam que as pessoas privadas de liberdade sejam consistentemente informadas de seu direito a ter acesso a um advogado de sua escolha, que pode ser providenciado gratuitamente pelo Estado, e de que são livres para exercer esse direito desde o momento de sua detenção ou privação de liberdade e durante todos os procedimentos criminais³⁵⁰.

(d) *Categorias de detentos*

69. O SPT encontrou situações em que os detentos eram mantidos em instalações policiais juntamente com pessoas que já tinham sido sentenciadas e deveriam ser colocadas em regime fechado ou semi-aberto para prisioneiros sentenciados. O SPT recorda que a separação entre pessoas acusadas e pessoas condenadas é uma importante obrigação segundo o direito internacional³⁵¹.

70. O SPT recomenda que o Estado Parte garanta a separação efetiva entre detentos e presos sentenciados, e que a detenção policial seja reduzida ao mínimo, inclusive para detentos sob custódia. Pessoas condenadas não devem ser mantidas juntamente com acusados e devem ser transferidos para locais apropriados.

(e) *Duração da Detenção Policial*

71. O SPT encontrou pessoas sendo mantidas em delegacias por longos períodos de tempo, muitas vezes por mais de um ano. Em alguns casos, a prisão prolongada coincidia com o fato de a pessoa já haver sido sentenciada, como descrito acima. Em outros casos, as pessoas ainda aguardavam o julgamento.

72. O uso de instalações policiais para deter pessoas por períodos prolongados de tempo é completamente inapropriado. O SPT recomenda que as autoridades competentes tomem medidas urgentes para transferir pessoas detidas por prolongados períodos de tempo em instituições policiais para locais apropriados a sua situação. (f)

Funcionários

³⁴⁸ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR), art. 14, parágrafo 3(d).

³⁴⁹ CAT/C/GC/2, parágrafo 13.

³⁵⁰ Princípios básicos sobre o papel dos advogados, 8º Congresso da ONU sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Criminosos, Havana, 1990, princípio 7.

³⁵¹ ICCPR, art. 10(2).

73. O SPT expressa preocupação com relação aos problemas gerais de insuficiência de pessoal e à correlata corrupção policial. Como exemplo concreto, o SPT

pôde observar que a Polinter Grajaú estava sob o controle de uma milícia. O SPT ficou profundamente preocupado com a atmosfera tensa da Polinter Grajaú e com o modo pelo qual era administrada, assunto a qual se refere na seção III.E.

74. O SPT recomenda que o Estado Parte aloque um montante de seu orçamento que seja suficiente para garantir que a força policial seja integrada por agentes motivados e pagos apropriadamente, suficientemente treinados em técnicas modernas de investigação forense e com conhecimento apropriado acerca de abordagem de direitos humanos. Mecanismos internos de monitoramento deverão ser colocados em funcionamento para garantir a conformidade da atuação dos policiais com padrões internacionais de direitos humanos. As autoridades competentes deverão implementar políticas internas rigorosas, incluindo mecanismos de investigação e punição adequados, voltados para a erradicação da prática de transferir qualquer forma de autoridade sobre as instituições policiais para gangues ou outros grupos.

2. Condições da detenção

(a) Superlotação

75. O SPT recebeu alegações consistentes sobre a superlotação das instituições policiais, e pôde observar esse tipo de situação. Notadamente, no Polinter Grajaú, o SPT encontrou casos de grave superlotação em certas celas. Além disso, o SPT recebeu relatos confiáveis de que uma delas – cela 14, medindo aproximadamente 7m² – foi utilizada para reter uma quantidade extrema de pessoas enquanto aguardavam suas transferências para a prisão provisória Ary Franco. O SPT considera que submeter detentos a situações de superlotação extrema constitui uma forma severa de maus-tratos³⁵².

76. O Estado Parte deve tomar imediatamente medidas para prevenir os níveis extremos de superlotação descritos³⁵³. Um mínimo de espaço em metros quadrados por detento deve ser estritamente respeitado, em consonância com parâmetros internacionais, em todas as instalações policiais do país.

(b) Condições materiais

77. O SPT notou que alguns esforços foram feitos no sentido de renovar algumas instituições policiais, como a Delegacia 76 em Niterói. Nas concentradoras, entretanto, o SPT encontrou motivo de preocupação no que se refere às condições materiais das instalações. Em relação a outros estados, o SPT recebeu relatos consistentes de que as instalações policiais se encontravam em condições muito precárias. As pessoas detidas nessas instalações eram frequentemente mantidas em celas em mau estado, sujas e abafadas, em condições sanitárias precárias ou inexistentes. Os leitos eram também inadequados ou inexistentes.

³⁵² Incluindo o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotada pela resolução 34/169 da AGNU.

³⁵³ Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (“Princípios Interamericanos”), OEA/Ser/L/V/II.131 doc.26), princípio XVII.

Ademais, o SPT recebeu relatos consistentes sobre privação de comida, água, além de falta de acesso a ar fresco e exercícios, no caso de detenções policiais prolongadas.

78. O SPT recomenda que o Estado Parte conduza uma auditoria com alcance nacional a respeito do estado material das instalações policiais e que estabeleça um plano de ação para limpeza, renovação e reforma desses espaços. O Estado Parte deve tomar as medidas necessárias para garantir que as condições de detenção nas unidades policiais do país sejam urgentemente alinhadas aos padrões internacionais e que as necessidades básicas das pessoas privadas de liberdade sejam atendidas no que se refere a saneamento e limpeza, alojamento, alimentação, acesso a água e possibilidade de exercício físico. Aqueles em detenção policial por mais de 24 horas devem ter acesso mínimo a uma hora de exercício por dia ao ar livre.

3. Tortura e maus-tratos

79. O SPT recebeu diversas e consistentes alegações dos entrevistados acerca de tortura e de maus-tratos, cometidos, particularmente, pela polícia civil e militar. As alegações incluem ameaças, chutes e socos na cabeça e no corpo, além de golpes com cassetetes. Esses espancamentos aconteceram sob a custódia policial, mas também em ruas, dentro de casas, ou em locais ermos, no momento da prisão. A tortura e os maus-tratos foram descritos como violência gratuita, como forma de punição, para extrair confissões e também como meio de extorsão.

80. O SPT também recebeu relatos consistentes de crianças e adolescentes, sobre tortura e maus-tratos sofridos no momento da prisão e durante a custódia policial. As crianças e adolescentes alegaram que a tortura e os maus-tratos cometidos pela polícia militar ocorreram por ocasião da prisão e que os métodos incluíam tapas, chutes e socos em todas as partes do corpo. Uma prisioneira relatou que tinha sido estuprada por dois policiais no período em que esteve sob custódia policial.

81. No tocante ao tratamento recebido durante a custódia policial, um prisioneiro relatou que os métodos de tortura utilizados em seu interrogatório incluíram asfixia, ao receber um saco plástico em sua cabeça, choques elétricos, ameaças psicológicas e banhos frios, ao longo de seis dias. O SPT também recebeu alegações de maus-tratos durante a custódia policial, tais como a obrigação de os detentos dormirem no chão em uma cela suja, sem o devido acesso a condições sanitárias, alimentação e água, incluindo a privação dos serviços de saúde. Crianças e adolescentes haveriam sido, segundo alegações, feridos pela polícia.

82. O SPT recebeu ainda alegações de espancamentos e maus-tratos como forma de punição. Por exemplo, um detento alegou que, durante sua custódia pela polícia civil, em um período de dois dias, foi mantido em uma cela suja de aproximadamente 8m² com 20 homens, e privado de alimentação e água. Quando os detentos reclamavam e pediam comida e água, eram espancados. Os prisioneiros também relataram terem sido mantidos em posições desconfortáveis (por exemplo, em uma postura em que o corpo era sustentado pelos joelhos dobrados) por períodos prolongados de tempo durante a custódia policial.

83. Em relação ao transporte, o SPT recebeu relatos consistentes de tortura e maus-tratos em viaturas policiais, incluindo superlotação de veículos e detenção prolongada nas viaturas, além de espancamentos durante a transferência.

84. No Polinter Grajaú, alguns prisioneiros temiam por suas vidas. Ali o SPT recebeu relatos consistentes de que a tortura e os maus-tratos eram lugar-comum. Essas práticas estavam relacionadas com a atmosfera geral tensa, as condições materiais precárias e a administração corrupta das instalações.

85. O SPT também observou o tratamento discriminatório de pessoas privadas de liberdade que necessitavam de proteção especial (os chamados “seguros”). Em uma instituição visitada, o SPT descobriu que as pessoas mantidas pela polícia na seção de “seguro” estavam em condições muito inferiores aos demais detentos e eram, segundo alegaram, submetidos a espancamentos frequentes.

86. O SPT considera que as alegações acima são casos de tortura física e mental ou de maus-tratos. O SPT condena todos os atos de tortura e de maus-tratos e lembra que a tortura não pode ser justificada sob nenhuma circunstância. O SPT reitera seu chamado às autoridades brasileiras para que condenem firme e publicamente qualquer ato de tortura e que tomem todas as medidas necessárias para prevenir tortura e maus-tratos. As medidas preventivas incluem, dentre outras, a condução de investigações céleres, imparciais e independentes; o estabelecimento de um sistema eficiente de queixas e o processo e punição dos supostos perpetradores.

B. Instituições Penitenciárias

1. Questões Gerais

(a) Registros

87. Em todas as prisões visitadas, o SPT verificou os registros, revisou os arquivos pessoais e manteve conversas com os funcionários das prisões responsáveis por manter e atualizar os registros. Enquanto os registros prisionais eram mantidos de forma eletrônica nos sistemas penitenciários do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, os registros das instituições visitadas em Goiás não eram computadorizados e grande parte era feita à mão.

88. O SPT recomenda que se estabeleça um sistema informatizado uniforme em todos os Estados, para o registro de admissões e a manutenção de outros registros.

89. Um exame dos registros prisionais em Ary Franco revelou que sete prisioneiros morreram naquele centro de detenção desde o início de 2011. Na maior parte dos casos, a causa da morte não era clara e/ou as circunstâncias que levaram à morte não se encontravam disponíveis. O SPT tomou nota de que, durante o mesmo período, houve um total de 91 mortes em custódia prisional somente no Estado do Rio de Janeiro.

90. O SPT solicita que o Estado Parte providencie informações detalhadas, incluindo certidões de óbito e relatórios de autópsias sobre a causa e as circunstâncias

de todas as mortes que ocorram em locais de detenção, bem como informações sobre as investigações independentes conduzidas a esse respeito.

(b) Separação de categorias de internos

91. O SPT ficou satisfeito em notar que a separação entre homens e mulheres nas prisões era estritamente respeitada, e que as prisioneiras eram geralmente vigiadas por funcionárias mulheres. O SPT observou, contudo – conforme o mencionado acima no tocante às delegacias –, que a falta de instalações adequadas levaram a situações em que prisioneiros condenados eram mantidos juntamente com presos provisórios.

92. Em quase todos os presídios visitados, o SPT notou a presença de grupos criminosos organizados. Os prisioneiros eram mantidos em instalações ou alas separadas com base na facção criminosa a que eram filiados. Nesse sentido, o SPT observou que os arquivos pessoais dos prisioneiros em Ary Franco incluíam uma declaração assinada pelo detento, em que afirmava haver concordado em ser alocado em determinada ala, sob o controle de uma facção em particular, e assumia a responsabilidade por sua própria segurança.

93. O Estado Parte deve garantir a separação efetiva de detentos e presos condenados, de acordo com as obrigações estabelecidas pelas normas internacionais de direitos humanos³⁵⁴. O SPT reitera sua preocupação e a recomendação expressa pelo Relator Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias que “*prisões devem ser administradas pelos carcereiros e não pelos presos. A prática (...) de forçar novos prisioneiros que nunca pertenceram a nenhuma gangue a escolher uma ao ingressar no sistema penitenciário é cruel e leva ao inchaço das gangues.*”³⁵⁵ A alocação em uma cela ou ala deve ser baseada em critérios objetivos. *(c) Prisões de Segurança Máxima*

94. Em resposta à situação de superlotação extrema nas prisões, o Estado do Espírito Santo adotou um plano, mediante o qual construirá 26 novos estabelecimentos prisionais, alguns no modelo de segurança máxima. Algumas dessas novas instalações foram visitadas pelo SPT, encontravam-se limpas e não tinham problema de superlotação. Um regime extremamente duro e repressivo, entretanto, foi observado. Na prisão masculina provisória Viena II, o SPT observou que os movimentos dos detentos dentro da própria unidade eram objeto de controle estrito, por meio da aplicação da disciplina de grupo. O SPT expressa preocupação com as sequelas psicológicas do regime aplicado nessas prisões, bem como com a possibilidade de o modelo usado no Espírito Santo ser seguido em outros estados brasileiros.

95. O SPT considera que esses tipos de unidade não devem ser a regra e que devem ser evitados especialmente no caso de detentos que ainda não foram julgados. O SPT considera, ainda, que a possível reprodução desse modelo de encarceramento pelas autoridades federais, em outros Estados, deveria ser objeto de estudo ulterior.

³⁵⁴ ICCPR, art. 10.

³⁵⁵ A/HRC/8/3/Add.4, parágrafo 21(h).

2. Condições de detenção

(a) Superlotação

96. Em quase todas as instalações, o número de detentos excedia a capacidade máxima. O SPT encontrou níveis alarmantes de superlotação na Casa de Prisão Provisória Coronel Odenir Guimarães, em Goiás, e no presídio Ary Franco. Como resultado, os detentos têm de se revezar para dormir em finos colchões de espuma no chão, em condições extremamente precárias. O SPT também foi informado que os juízes parecem evitar a imposição de penas alternativas, mesmo para réus primários. O SPT tomou conhecimento ainda de recente legislação que restringe tal possibilidade, o que contribui para a superlotação dos estabelecimentos prisionais.

97. **O SPT insta o Estado Parte a reavaliar suas políticas de segurança pública e a tomar as medidas apropriadas, no curto e no longo prazo com vistas a reduzir a superlotação nas prisões³⁵⁶. Os internos devem ser acomodados em consonância com padrões internacionais, com a devida atenção ao conteúdo cúbico de ar e ao mínimo espaço de chão, dentre outros³⁵⁷. Cada prisioneiro deveria ter uma cama separada e roupa de cama limpa³⁵⁸.**

98. **O SPT recomenda que o Estado Parte promova a aplicação de medidas alternativas à custódia por parte do Judiciário, em conformidade com padrões internacionais³⁸.** (b) *Condições Materiais*

99. Entre as instituições penitenciárias visitadas pelo SPT, as condições materiais de detenção variaram consideravelmente. Em Coronel Odemir Guimarães-CPP, as condições também variaram entre as diferentes instalações e as alas. Por exemplo, a acomodação em celas no Módulo de Respeito (Bloco 2A) propiciava boas condições de vida. A cela de quarentena para os detidos recém-chegados, entretanto, acomodava, na ocasião da visita, nove detentos, sem leitos e em condições sanitárias completamente inadequadas. As piores condições foram observadas no Bloco 4B, onde eram mantidos criminosos reincidentes condenados por crimes violentos.

100. **O SPT recomenda que os internos sejam tratados em bases iguais e de maneira não discriminatória. As condições de vida devem ser harmonizadas de forma a garantir a não-discriminação e a eliminar possíveis fontes de pressão ou de extorsão dos internos. A alocação de um interno em uma determinada cela ou ala de uma prisão deve ocorrer de acordo com critérios objetivos e deve ser registrada de maneira transparente no arquivo pessoal do detento.**

³⁵⁶ Princípios Interamericanos, princípio XVII.

³⁵⁷ SMRTP, regra 10.

³⁵⁸ SMRTP, regra

19. ³⁸ Regras de Tóquio.

101. **Solicita-se às autoridades brasileiras que providenciem informação sobre ações adotadas para reavaliar o uso de celas de quarentena para os detentos recémchegados, de forma a que essas se adequem aos padrões internacionais.**

102. Em Nelson Hungria, os prisioneiros eram alocados em dormitórios de grande capacidade (50 leitos), onde as refeições também eram servidas. Os banheiros ofereciam pouca privacidade. As detentas do presídio feminino Petrolino de Oliveira reclamaram que não havia água quente para o banho.

103. **O SPT recomenda às autoridades que desenvolvam um plano para substituir progressivamente os grandes dormitórios por unidades menores. O SPT recomenda, ainda, que as deficiências na infraestrutura de limpeza e saneamento nas instituições penitenciárias sejam sanadas com a devida consideração dos padrões internacionais³⁵⁹.**

104. As condições materiais na prisão Ary Franco refletiram um desrespeito acentuado pela dignidade dos internos. As celas em estado mais precário localizam-se no subsolo do prédio principal, especialmente nas áreas em que os prisioneiros necessitam de proteção contra outros detentos (“seguro”). O Corredor A, uma unidade dedicada a prisioneiros protegidos, possuía uma capacidade oficial de 296, mas acomodava 457 detentos na ocasião da visita. A capacidade de acomodação da unidade consistia em 21 celas de multiocupação (30m²), cada uma contendo dois conjuntos de beliches e uma pia ou chuveiro. Cada cela acomodava até 30 detentos, metade dos quais dormiam no chão, sem leito adequado.

105. As celas em Ary Franco eram geralmente escuras, sujas, abafadas e infestadas de baratas e outros insetos. A grave superlotação e a manutenção precária das celas resultaram em condições que criaram graves problemas de saúde para os detentos, como micose e outras doenças da pele e do estômago. Em algumas celas, o SPT pôde perceber que o sistema de esgoto das celas dos pisos superiores estava vazando pelo teto e pelas paredes. 106. Além do estado deplorável das instalações das acomodações, havia uma deficiência generalizada no fornecimento de itens de higiene, vestimenta, roupa de cama e outros itens essenciais. O SPT recebeu informações de detentos de que o sabonete custava oito reais e o papel higiênico, cinquenta centavos, valores que muitos prisioneiros não podiam pagar.

107. O SPT concluiu que as condições materiais dessa instituição em geral não estavam em consonância com as regulações nacionais³⁶⁰, nem com os padrões internacionais relevantes, e que a detenção naquelas condições equivalia a tratamento desumano e degradante.

108. **O SPT reitera o apelo feito em suas observações preliminares ao Estado no sentido do fechamento imediato da prisão Ary Franco. Em seguida, esse estabelecimento deveria ser desativado permanentemente ou completamente reestruturado e remodelado.**

³⁵⁹ SMRTP, regras 12-13.

³⁶⁰ Regras Mínimas.

109. **O SPT insta o Estado a adotar urgentemente as medidas necessárias para garantir que as condições de detenção nas prisões do país se adaptem às Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros. Um plano de ação para as prisões deve ser elaborado e disseminado, com o objetivo de garantir que as necessidades básicas de todas as pessoas privadas de liberdade sejam atendidas. Como uma questão de prioridade, o Estado deveria realizar uma auditoria nacional quanto às condições materiais das instituições prisionais brasileiras, com vistas a criar e implementar programas de limpeza, renovação e reforma.**

110. Os detentos provisórios entrevistados em Viana II reclamaram da alta temperatura de suas celas durante o tempo quente, e também que uma parte dos detentos havia desenvolvido problemas respiratórios devido à precária ventilação. Além disso, os banheiros dentro das células quádruplas (aproximadamente 8m²) eram dispostos de um modo que oferecia pouca privacidade.

111. **Medidas apropriadas deveriam ser adotadas para remediar as deficiências relativas à temperatura, ventilação insuficiente e instalações sanitárias nas celas. c)**

Banho de sol e atividades

112. O SPT recebeu relatos de acesso insuficiente ao mínimo de uma hora diária de exercício, em conformidade com os padrões internacionais ³⁶¹. As precárias condições materiais nas instalações do Ary Franco são acentuadas pelo fato de os detentos serem trancados em suas celas superlotadas, sem devida ventilação ou iluminação natural, continuamente por até duas ou três semanas (somente dez prisioneiros de cada cela tinham acesso ao rodízio de uma hora de banho de sol por semana). Na penitenciária de segurança máxima de Viana II, para a maioria dos detentos provisórios, o regime era limitado a uma hora de exercício diário ao ar livre, e somente um número reduzido de detentos tinha acesso a programas de educação e trabalho. Os detentos informaram que não tinham acesso a livros de sua escolha.

113. O SPT notou que havia poucas oportunidades disponíveis para os detentos participarem de atividades significativas, ainda que algumas instituições ofereçam algumas oportunidades. Em Nelson Hungria, o SPT observou que 330 prisioneiros estavam frequentando aulas na escola, incluindo educação básica, secundária e superior. A variedade de atividades oferecidas aos detentos no Módulo de Respeito em Coronel Odenir Guimarães-CPP era satisfatória. Observou-se, no entanto, que, em outras unidades dentro da mesma penitenciária, inexistiam oportunidades significativas com relação a educação, trabalho e recreação.

114. **O SPT recomenda que todos os internos, sem exceção, tenham acesso a um mínimo de uma hora diária de exercícios ao ar livre. O SPT recomenda que as autoridades relevantes aumentem seus esforços no sentido de garantir que todos os internos tenham acesso a atividades e de melhorar os programas de atividades**

³⁶¹ SMRTP, regra 21.

oferecidas em estabelecimentos penitenciários em todo o país. *d) Contato com o mundo externo*

115. Em muitas prisões, o SPT foi informado pelos detentos que os mesmos tinham acesso muito limitado à comunicação por telefone ou carta. O SPT também recebeu alegações relativas a não entrega de correspondência.

116. Em Viana II, detentos provisórios alocados em regime de segurança máxima tinham um horário de visitas de duas horas por semana e visitas íntimas quinzenais. Os locais de visita eram adequados, mas a localização geográfica dos novos centros de detenção construídos no Espírito Santo era problemática e os detentos frequentemente eram mantidos longe de suas famílias. Aos detentos de segurança máxima não era permitido fazer ligações telefônicas, receber encomendas ou guardar pertences.

117. O SPT recomenda que todos os presos tenham permissão para, sob a supervisão necessária, comunicarem-se regularmente por carta, telefone e visitas, com seus familiares e outras pessoas.

118. O SPT recebeu muitas reclamações relativas aos procedimentos de revista intrusivos e humilhantes nos locais de visita, inclusive para mulheres idosas e crianças, que eram obrigadas a se submeter a revistas íntimas. Outra queixa recorrente referia-se aos frequentes atrasos na emissão dos passes para os visitantes.

119. O SPT recomenda que o Estado garanta que as revistas cumpram com os critérios de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade. Se conduzidas, as revistas corporais devem ser realizadas em condições sanitárias adequadas; por pessoal qualificado, do mesmo sexo do indivíduo revistado; e devem ser compatíveis com a dignidade humana e com o respeito aos direitos fundamentais. Revistas intrusivas, como vaginais e anais, devem ser proibidas por lei³⁶². A emissão de passes para os visitantes deve ser agilizada.

120. O SPT expressou preocupação com os relatos recebidos de que mães com filhos na prisão estavam sendo privadas de seu direito de ter a guarda dos filhos maiores de dois anos, os quais, em alguns casos, eram colocados para adoção.

121. O SPT recomenda que as decisões quanto a permitir que as crianças permaneçam com suas mães na prisão sejam baseadas no melhor interesse das crianças e em cuidadosas avaliações individuais³⁶³. O SPT solicita ainda que o Estado apresente esclarecimentos quanto à prática de se colocarem as crianças para adoção e sobre a aplicação da legislação quanto à custódia infantil nestas situações. *e) Comida e água potável*

³⁶² UNCAT, art. 16; Regras de Bangkok, regras 19 a 21; Princípios Interamericanos, princípio XXI.

³⁶³ Regras de Bangkok, regras 49 e 52.

122. Muitos detentos se queixaram de que a comida da prisão era de má qualidade. Detentos do presídio Coronel Odenir Guimarães-CPP relataram restrições no abastecimento de água.

123. O SPT recomenda que as autoridades brasileiras intensifiquem os procedimentos de verificação da qualidade da comida, para garantir que todas as refeições sejam preparadas de maneira higiênica, em quantidade suficiente e com a qualidade e variedade nutricionais para a manutenção da saúde dos detentos.

3. Disciplina e sanção

124. O SPT observou que o direito brasileiro³⁶⁴ contém dispositivos relativos a sanções disciplinares aplicáveis a pessoas privadas de liberdade. Durante suas visitas, o SPT se deparou com muitos prisioneiros que eram detidos em celas de isolamento disciplinar. A partir das entrevistas com esses detentos, ficou claro que a punição era frequentemente aplicada como reação às reclamações, de modo regular. Também ficou evidente que os detentos não confiavam em nenhum mecanismo de queixa disponível. De acordo com alegações de detentos no presídio Nelson Hungria, os prisioneiros mantidos em segregação disciplinar eram confinados 24 horas por dia, por trás de uma porta dupla de metal. As sete celas de punição, nesse presídio, eram frequentemente inundadas pela água da chuva.

125. O SPT reitera sua recomendação às autoridades de que se assegure que nenhuma forma de punição será aplicada como resposta a reclamações; O SPT recomenda ainda que não sejam utilizadas punições coletivas e que as mesmas sejam proibidas por lei³⁶⁵.

4. Tortura e maus-tratos

126. Vários detentos se queixaram de abusos e maus-tratos envolvendo insultos, sanções arbitrárias e humilhação por parte dos guardas das prisões. Em Ary Franco, o SPT observou que a atmosfera geral era altamente repressiva e caracterizada pelo contínuo tratamento degradante dos internos. O SPT recebeu relatos consistentes de maus-tratos, incluindo a destruição de pertences pelos agentes penitenciários ou pelos “faxinas”. Os internos eram forçados a adotar posições humilhantes durante transferências ou inspeções. Por fim, o SPT também recebeu alegações de espancamentos.

127. O SPT também demonstrou preocupação com as alegações de graves maus-tratos e condições desumanas de transporte nos veículos dos Serviços de Operações Especiais (SOE). Os métodos utilizados pelo pessoal do SOE, segundo estas alegações, incluíam trancar um grande número de detentos em posições desconfortáveis, algemados e sem ventilação; abrir as portas para espirrar spray de pimenta nos detentos e depois fechar o veículo. Espancamentos, insultos e ameaças também foram relatados.

128. Em Viana II, o SPT ouviu ainda relatos de maus-tratos e de uso excessivo da força pelos guardas da prisão, em especial o uso de gás lacrimogêneo em espaços de confinamento,

³⁶⁴ Lei de Execução Penal, decreto de lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

³⁶⁵ Princípios Interamericanos, princípio XXII.4.

incluindo as celas. O SPT tem sérias reservas ao uso, em locais de confinamento, de gases que causam irritação, uma vez que podem ocasionar riscos à saúde e causar sofrimento desnecessário.

129. Como medida de urgência, o SPT insta o Estado Parte a:

- a) garantir a realização de uma investigação expedita e imparcial a respeito de todas as reclamações de tortura e tratamento degradante, de acordo com os artigos 12 e 13 da Convenção contra a Tortura;**
- b) reafirmar inequivocamente a absoluta proibição da tortura e publicamente condenar tal prática, juntamente com um aviso claro de que quem quer que cometa tais atos ou seja cúmplice dos mesmos será pessoalmente responsabilizado perante a lei e estará sujeito à persecução criminal e devidas penalidades;**
- c) garantir que, em casos de tortura ou maus-tratos, os suspeitos sejam imediatamente suspensos de suas atribuições por toda a duração da investigação e, se condenados, exonerados de seus cargos;**
- d) Estabelecer regras claras sobre o uso de gases irritantes, de modo a garantir que eles sejam usados em estreita conformidade com os princípios da proporcionalidade e necessidade. Deve ser mantido um registro sobre o uso de qualquer tipo de força, incluindo força não-letal.**

C. Instituições para Crianças e Adolescentes

1. Questões gerais

a) Legislação sobre crianças e adolescentes

130. Durante a visita, o SPT expressou preocupação com o fato de que a privação de liberdade de crianças e adolescentes não era utilizada como último recurso, contrariamente ao espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990. Ademais, as instituições em que as crianças e adolescentes eram mantidos, em geral, não diferiam muito de prisões comuns para adultos, com um sistema disciplinar muito rígido. As autoridades com as quais o SPT se encontrou em São Paulo reconheceram o aumento significativo no número de crianças e adolescentes privados de liberdade o que, em sua opinião, demonstra uma falha nas políticas de prevenção, especialmente nos setores de tráfico de drogas e de dependência química.

131. O SPT demonstrou preocupação com a falta de ênfase na dimensão socioeducativa do sistema juvenil. Na prática, pouca análise e apoio foram disponibilizados com vistas a permitir a reintegração de crianças e adolescentes na sociedade. O SPT ficou com a impressão de que faltava treinamento especializado para a equipe técnica.

132. A fim de garantir a completa implementação do ECA em consonância com os padrões internacionais e tendo em mente o melhor interesse da criança³⁶⁶, o SPT recomenda que:

- a) as crianças e adolescentes só sejam privadas de sua liberdade em última instância, pelo menor tempo possível, com possibilidade de revisão da medida;
- b) seja realizada uma mudança de abordagem, do punitivo para o preventivo³⁶⁷, a fim de se evitar uma maior estigmatização e criminalização das crianças. A infraestrutura e os recursos humanos existentes deveriam ser melhorados e o treinamento do pessoal aperfeiçoado;
- c) o Estado Parte amplie a educação técnica oferecida às crianças e adolescentes mantidos nos centros, de modo a possibilitar sua reintegração em sua comunidade e na sociedade como um todo;
- d) o Estado Parte mantenha e encoraje a participação dos pais durante todo o período de implementação das medidas sócio-educativas, com vistas a permitir a crianças e adolescentes um contato constante com suas famílias.

b) Salvaguardas legais quanto à custódia policial, cadeias públicas e instituições sócioeducativas

133. Com base nas numerosas entrevistas realizadas, o SPT descobriu que a proteção especial de que as crianças e adolescentes necessitam não era disponibilizada a partir do momento da prisão. Os entrevistados relataram práticas de abusos físicos, alguns beirando a tortura, além da falta de salvaguardas legais.

134. O SPT congratula-se com o completo envolvimento de defensores públicos em centros para crianças e adolescentes. O SPT demonstrou, entretanto, preocupação com a falta de informações transparentes às crianças, acerca de seu processo judicial e do sistema em vigor para avaliar seu progresso e habilidade de reintegração social. O SPT também demonstrou preocupação com a ausência das visitas de promotores e juízes às instituições sócio-educativas.

135. O SPT recomenda que:

- a) todas as garantias legais carreadas pelo ECA sejam aplicadas à criança ou ao adolescente desde o momento de sua detenção;

³⁶⁶ Convenção sobre os Direitos da Criança, arts. 37(b), 39 e 40; Regras de Beijing, adotadas pela resolução 40/33 da AGNU; Regras das Nações Unidas para a *Proteção* dos Jovens *Privados de Liberdade, resolução 45/113 da AGNU*.

³⁶⁷ Em consonância com as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riyadh), resolução 45/112 da AGNU.

- b) seja dada prioridade à redução do número de crianças detidas sem uma determinação judicial, bem como à redução da duração da privação de liberdade quando houver fortes razões para que essa privação ocorra³⁶⁸;**
- c) as crianças recebam defesa legal apropriada ao longo de todos os estágios dos procedimentos legais, inclusive durante os depoimentos policiais ³⁶⁹, e que inspeções regulares dos centros sócio-educativos sejam realizadas por juízes e promotores.**

2. Condições de detenção

136. Apesar das boas condições materiais observadas nas unidades de internação para meninas (Educandário Santos Dumont no Rio de Janeiro e Mooca em São Paulo), bem como no CNESE Gelso de Carvalho Amaral no Rio de Janeiro e CASA Nogueira em São Paulo, o SPT demonstrou preocupação com as condições gerais em que as pessoas de 12 a 21 anos eram mantidas. A situação foi considerada ainda pior nos centros onde as crianças e os adolescentes eram reincidentes.

137. Na maior parte das instituições visitadas no estado de São Paulo e no Instituto Padre Severino, no Rio de Janeiro, o SPT demonstrou preocupação com as precárias condições materiais de detenção. A delegação encontrou superlotação nas celas, leitos inadequados, acesso inadequado a materiais de higiene, além de vestimentas precárias. Foram fornecidas ao SPT amostras da comida distribuída às crianças, algumas pareciam estar podres.

138. O SPT recomenda que o Estado forneça, de acordo com os padrões internacionais, alimentação e acomodação adequadas, assim como os itens mínimos necessários para que as pessoas vivam, enquanto detidas, em condições mínimas de dignidade no que se refere à higiene.

139. O SPT recomenda ainda que:

- a) se finalize o novo centro que está sendo construído no complexo Padre Severino, a fim de garantir o fechamento dos dormitórios em más condições no centro principal e de reduzir a grave situação de superpopulação naquele centro;**
- b) o Estado Parte acelere o processo de descentralização, para possibilitar que as crianças e adolescentes permaneçam em instituições mais próximas a suas famílias.**

3. Disciplina e sanção

140. O SPT demonstrou preocupação com o regime bastante rígido e militarista observado em instalações para crianças e adolescentes. No concernente ao uso das tropas de segurança para manter a disciplina, o SPT se refere à seção IV.C.4. Em Viana II, crianças e adolescentes

³⁶⁸ Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, regra 17.

³⁶⁹ Regras de Beijing, parágrafo 7.1.

encontravam-se detidas em uma instalação de segurança máxima, com procedimentos internos muito rigorosos. Nessas instalações, o SPT expressou muita preocupação com a situação psicológica e de saúde das crianças, algumas das quais estavam fortemente medicadas.

141. O SPT notou a existência de uma ouvidoria para crianças e adolescentes. Na prática, entretanto, os entrevistados que relataram maus-tratos ou outras formas de abusos foram impossibilitados de relatar tais abusos a terceiros independentes e imparciais. O SPT demonstrou grande preocupação a respeito do medo de represálias, expressado pela maior parte das crianças e adolescentes.

142. O SPT recomenda ao Estado que adote medidas práticas para garantir o direito de crianças e adolescentes submeterem petições ou recursos relativos ao seu tratamento a autoridades independentes com poderes remediadores apropriados, inclusive no que se refere a medidas disciplinares, sem medo de represálias.

4. Tortura e maus-tratos

a) Prisões provisórias

143. O SPT recebeu alegações consistentes e numerosas de maus-tratos no Fórum Brás e no prédio contíguo ao Rio Nilo, ambos instalações de detenção provisória adjacentes ao Tribunal do Brás, em São Paulo. Crianças e adolescentes relataram uma atmosfera militar, com disciplina rígida. O SPT observou que os detentos olhavam para o chão e mantinham as mãos nas costas, sem permissão para falar. O SPT observou hematomas (olhos roxos) nos rostos de alguns detentos.

b) Instituições para crianças e adolescentes

144. Embora as autoridades tenham insistido na natureza psicológica do trabalho nos centros de detenção e a ausência de pessoal armado dentro dos centros para crianças e adolescentes, o SPT demonstrou grande preocupação, especialmente nos centros de reincidentes, com relação à tensão existente entre os detentos e os funcionários.

145. Por meio de entrevistas conduzidas com diversas crianças e adolescentes, o SPT recebeu alegações confiáveis e reiteradas de tortura e maus-tratos. Essas alegações envolvem espancamentos – realizados pelos funcionários e aplicados na nuca e em outras partes do corpo – com a mão aberta, bastões de madeira ou metal. A prática inclui ainda despir crianças e adolescentes, forçando-os a ficar em pé em posições desconfortáveis, além de insultá-los e ameaçá-los. Como observação geral, o SPT notou que se recorria a práticas humilhantes como forma de manutenção da disciplina. Na Unidade de Internação Jatobá, em São Paulo, o SPT coletou evidências de negação e acobertamento, por parte da equipe médica, de lesões. Na instituição para crianças e adolescentes no Espírito Santo, que era gerida como um presídio de segurança máxima, houve quatro tentativas de suicídio e um suicídio de fato nos últimos sete meses.

146. Um elemento de extrema preocupação foi o envolvimento das tropas de choque na manutenção da disciplina e na repressão de motins. Comumente, essas tropas permaneceriam do lado de fora dos centros e interviriam somente quando solicitadas a fazê-lo pela administração, em caso de motins. O SPT recebeu, entretanto, uma grande quantidade de

alegações confiáveis de que as tropas de choque seriam frequentemente, se não sistematicamente, solicitadas a entrar e a aplicar força de maneira excessiva. As tropas empregariam ainda práticas humilhantes após a revista de uma instituição ou quando da ocorrência de motins, ou mesmo de desentendimentos entre uma criança ou adolescente e funcionários. Em um centro, essas intervenções teriam acontecido três vezes em uma semana. As crianças mostraram ao SPT ferimentos recentes resultantes desses espancamentos. Esse tipo de tratamento era muitas vezes imposto mediante a participação de outros agentes, ou mesmo de diretores da instituição. O SPT recebeu frequentes alegações de que atos de tortura e maus-tratos foram levados a cabo contra crianças e adolescentes em salas ou espaços escondidos das câmeras de vídeo existentes.

147. Com relação a centros para meninas, o SPT demonstrou preocupação, especificamente em um dos centros, com relação ao sistema de “modo silencioso” que é imposto às recém-chegadas em suas primeiras 24 horas no centro, ou como forma de punição.

148. O SPT considera que as alegações acima são exemplos de tortura e maus-tratos, físicos ou mentais, ainda mais preocupantes devido à pouca idade das vítimas. À luz da consistência das alegações recebidas, o SPT considera que a tortura, os maus-tratos e outras formas de abuso eram praticadas na maior parte das instituições sócio-educativas visitadas.

149. **O SPT reitera sua categórica condenação a todos os atos de tortura e maus-tratos. O SPT relembra que as crianças privadas de liberdade devem ser tratadas de maneira consistente com a promoção do senso de dignidade e valor da criança, reforçando seu respeito pelos direitos humanos de outros e levando em conta a idade da criança e o desejo de que ela se reintegre à sociedade³⁷⁰. O SPT solicita ser informado acerca de qualquer plano de ação que seja elaborado para erradicar a tortura e os maus-tratos em instituições para crianças e adolescentes.**

150. **O uso da “tropa de choque” deve ser limitado a casos excepcionais e autorizado apenas pela mais alta autoridade estatal relevante, de acordo com critérios claros e estabelecidos. Relatar cada operação e empreender o monitoramento externo das mesmas deve ser obrigatório.**

D. Outras Instituições

1. Centro de Tratamento de Dependência Química Roberto Medeiros, no Rio de Janeiro

151. Essa instituição não oferecia qualquer tratamento psiquiátrico e psicológico específico para o vício em drogas, exceto altas doses de medicamentos psicotrópicos ministradas a 95% dos pacientes. Os indivíduos detidos devido a medidas de segurança advindas de uma ordem judicial permaneciam ali por períodos indefinidos, sem previsão de tratamento ou projetos de reabilitação ou reintegração social.

152. **O SPT recomenda que haja uma revisão periódica, pelas autoridades judiciais, quanto às medidas de segurança aplicadas a pessoas admitidas em instituições para o**

³⁷⁰ Convenção sobre os Direitos da Criança, arts. 37 e 40.

tratamento de dependência química. As autoridades judiciais devem avaliar, regularmente, a necessidade quanto à admissão involuntária, baseando-se em pareceres médicos. Alternativas à internação involuntária devem ser sempre consideradas e utilizadas, quando apropriado³⁷¹.

153. Tanto a infraestrutura quanto o tratamento recebido pelos pacientes era mais parecido com o de uma prisão do que de um hospital, como evidenciado pela arquitetura das instalações e pelo fato de que os pacientes tinham de manter suas cabeças abaixadas e as mãos para trás quando caminhavam pela instituição e quando falavam com algum funcionário. A equipe de saúde mental encontrava-se sob estresse, mal paga, desmotivada e sujeita à autoridade dos guardas da prisão. A equipe não tinha conhecimento específico sobre o tratamento de dependentes químicos; uma verdadeira terapia de desintoxicação não se encontrava em curso. No entendimento do SPT, o objetivo dessa instituição era punitivo e não terapêutico.

154. O SPT recomenda que o Estado melhore a infraestrutura dessa instituição, a fim de adequá-la a seu objetivo terapêutico. O SPT recomenda a melhoria das condições de trabalho da equipe, particularmente a de saúde mental, bem como o oferecimento de oportunidades regulares de treinamento, inclusive sobre assuntos relacionados à dependência química. Os dependentes químicos deveriam ser transferidos de unidades de detenção para centros especializados, a fim de se beneficiarem de serviços e tratamentos especializados.

2. Unidade Experimental de Saúde, em São Paulo

155. Essa instalação albergava seis jovens, de 20 a 22 anos, que foram sentenciados por crimes graves cometidos quando eram menores de idade. O SPT impressionou-se positivamente pelas condições materiais dessa unidade, bem como pela proporção entre detentos e funcionários e pelo profissionalismo da equipe técnica responsável.

156. Essa unidade foi criada sob a égide do predecessor da Fundação CASA e posteriormente foi transferida para a Secretaria de Saúde de São Paulo, em virtude de um decreto executivo. A Unidade Experimental de Saúde não é uma unidade de medidas socioeducativas, nem foi prevista pelo ECA. Tampouco se trata de uma prisão, centro de detenção preventiva, ou hospital de custódia e tratamento. Os detidos nessa unidade já tinham cumprido a sentença máxima de 3 anos como menores. Eles permaneceram, entretanto, detidos por um período de tempo ilimitado devido a sua suposta periculosidade. O SPT expressa grande preocupação com a situação legal dos detidos nesse centro e com o sofrimento mental que uma detenção sem prazo definido pode causar.

157. O SPT recomenda que a unidade de saúde experimental seja desativada. O SPT também recomenda que se respeitem estritamente as disposições do ECA, de acordo

³⁷¹ Princípios para a proteção de pessoas com deficiência mental e melhoria do tratamento de saúde mental, resolução 46/119, e Princípios Interamericanos, princípio III.3.

com as quais o período máximo de internação de crianças e adolescentes não deve exceder três anos e a liberação deve ser compulsória aos vinte e um anos³⁷².

³⁷² ECA, art. 121, parágrafos 3 e 5.

Anexos

Anexo I

Lista de pessoas com as quais o SPT se encontrou

I. Autoridades A. Brasília

- Gleisi Hoffmann, Ministra-Chefe da Casa Civil;
- Antônio de Aguiar Patriota, Ministro das Relações Exteriores;
- Maria do Rosário Nunes, Ministra-Chefe da Secretaria de Direitos Humanos;
- José Eduardo Cardozo, Ministro da Justiça;
- Afonso Carlos Roberto Prado, Defensor Público Geral em exercício;
- Luciano Losekan, Juiz, Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário;
- Francásto das Neves Coelho, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário
- Márcio André Kepler Fraga, Juiz, Conselho Nacional de Justiça;
- Gilda Pereira de Carvalho, Subprocuradora-Geral da República e Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão;
- Ramaís de Castro Oliveira, Secretário Executivo da Secretaria de Direitos Humanos;
- Maria Ivonete Barbosa Tamboril, Secretária Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos;
- Fábio Balestro Floriano, Diretor, Departamento de Relações Internacionais, Secretaria de Direitos Humanos;
- Michelle Morais de Sá e Silva, Coordenadora-Geral de Cooperação Internacional, Secretaria de Direitos Humanos;
- Aldo Zaiden Benvindo, Coordenador-Geral, Coordenação-Geral de Saúde Mental e Combate à Tortura;
- Mateus do Prado Utzig, Coordenação-Geral de Saúde Mental e Combate à Tortura;
- Regina Maria Filomena de Luca Miki, Secretária Nacional de Segurança Pública;
- Augusto Eduardo de Souza Rossini, Diretor-Geral, Departamento Penitenciário Nacional;
- Jayme Jemil Asfora Filho, Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- Arcelino Vieira Damasceno, Diretor, Sistema Penitenciário Federal;

-
- Membros do Comitê Nacional de Prevenção e Controle da Tortura;
- Christiana Freitas, Coordenadora-Geral, Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana;
- Percílio de Sousa Lima Neto, Vice-Presidente, Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana;
- Eugênio José Guilherme Aragão, Professor de Direito Penal, Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana;
- Carlos Eduardo da Cunha Oliveira, Ministério das Relações Exteriores;
- Ivana Farina Navarrete Pena, Promotora, Estado de Goiás;
- Domingos Sávio Dresch da Silveira, Ouvidor Nacional de Direitos Humanos;
- Manuela D'Ávila, Deputada Federal, Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias;
- Paulo Paim, Senador.

B. São Paulo

- Berenice Maria Giannella, Presidente, Fundação CASA;
- Antônio Ferreira Pinto, Secretário Estadual, Secretaria de Segurança Pública;
- Arnaldo Hossepian S. L. Júnior, Vice-Secretário, Secretaria de Segurança Pública;
- Lourival Gomes, Secretário de Estado, Secretaria de Administração Penitenciária;
- Eloísa de Sousa Arruda, Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania;
- Daniela Solberger Cembrenelli, Defensora Pública;
- Adriano Diogo, Deputado Estadual, Presidente da Comissão de Direitos Humanos, Assembléia Legislativa Estadual;
- Sérgio Turra Sobrane, Subprocurador-Geral de Justiça;
- Eduardo Ferreira Valério, promotor de justiça de Direitos Humanos.

C. Rio de Janeiro

- Membros do Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura do Estado do Rio de Janeiro;
- Marcelo Freixo, Deputado Estadual, Presidente da Comissão de Direitos Humanos, Assembléia Legislativa Estadual;
- Roberto Cesário Sá, Subsecretário de Planejamento e Integração Operacional;

-
- Sauler Sakalem, Subsecretário Adjunto de Unidades Prisionais;
- Jorge Perrote, Coordenador de Segurança, Secretaria de Administração Penitenciária;
- Martha Mesquita da Rocha, Chefe de Polícia Civil;
- Antônio Carlos Biscaia, Subsecretário de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos;
- Andréa Sepúlveda Brito Carotti, Subsecretaria de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos;
- Nilson Bruno Filho, Defensor Público Geral.

D. Espírito Santo

- Ângelo Roncalli de Ramos Barros, Secretário Estadual de Justiça;
- Silvana Gallina, Diretora do IASES (Instituto de Atendimento SócioEducativo do Espírito Santo);
- André Luiz Moreira, Presidente, Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- Gilmar Ferreira de Oliveira, Presidente, Conselho Estadual dos Direitos Humanos;
- André Carlos de Amorim Pimentel Filho, Promotor Regional dos Direitos Humanos.

E. Nações Unidas

- Jorge Chediek, Coordenador Residente do Sistema ONU no Brasil.

F. Sociedade Civil

- ACAT Brasil;
- CEJIL;
- Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, Universidade Cândido Mendes;
- Centro de Apoio aos Direitos Humanos, Espírito Santo;
- Centro de Defesa dos Direitos Humanos, Espírito Santo;
- CONECTAS;
- Grupo Tortura Nunca Mais;
- Justiça Global;
- Ordem dos Advogados do Brasil – OAB;
- Pastoral Carcerária Nacional.

•

Anexo II

Locais de Privação de Liberdade

I. Instituições penitenciárias

- Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia [Prisão Masculina Coronel Odenir Guimarães, instalações de detenção pré-julgamento, (“Núcleo de custódia”)], Goiás;
- Prisão masculina Ary Franco, Rio de Janeiro;
- Prisão masculina Vicente Piragibe, Complexo Gericinó (Bangu), Rio de Janeiro;
- Prisão feminina Nelso Hungria (Bangu VII), Complexo Gericinó (Bangu), Rio de Janeiro;
- Prisão feminina Petrolino de Oliveira (Bangu VIII), Complexo Gericinó (Bangu), Rio de Janeiro;
- Instalações de detenção pré-julgamento Viana II, Complexo de Viana, Espírito Santo;
- Unidade feminina de detenção pré-julgamento (CDP-FVV), Complexo Penitenciário Regional Vila Velha, Espírito Santo;

II. Instituições policiais

- Polinter Neves, Rio de Janeiro;
- 76º Delegacia de Polícia, Niterói, Rio de Janeiro;
- Polinter Grajaú, Rio de Janeiro;
- 59ª Delegacia de Polícia, Duque de Caxias, Rio de Janeiro;

III. Instalações para crianças e adolescentes

- Unidade de Internamento de Belém, São Paulo;
- Complexo Franco da Rocha (Unidades de Internamento Jacarandá e Tapajós), São Paulo;
- Unidade de Internamento Franco da Rocha (Internato Franco da Rocha), São Paulo;
- Instalações judiciárias de detenção provisória no Brás, São Paulo;
- Complexo Vila Maria (Unidades de Internamento Jatobá e Nogueira), São Paulo;
- Unidades femininas de internamento na Mooca, São Paulo;
- Instituto Padre Severino, Rio de Janeiro;
- Educandário Santos Dumont (jovens do sexo feminino), Rio de Janeiro;
- CENSE Gelso de Carvalho Amaral, Rio de Janeiro;
- Unidade de Internação Socioeducativa, Complexo Penitenciário Regional em Vila Velha, Espírito Santo.

IV. Outras instalações

- Unidade Experimental de Saúde, São Paulo;
- Centro de Tratamento em Dependência Química Roberto Medeiros, Complexo Gericinó (Bangu), Rio de Janeiro.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA

DIRETORIA DE ESTUDOS E POLÍTICAS DO ESTADO, DAS INSTITUIÇÕES E DA DEMOCRACIA

A APLICAÇÃO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

RELATÓRIO DE PESQUISA – SUMÁRIO EXECUTIVO

Novembro de 2014

APRESENTAÇÃO

A publicação da pesquisa “*A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*”, realizada em parceria entre o Ministério da Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), é um marco na política de alternativas penais no Brasil. O trabalho realizado pela equipe coordenada pela Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia, do IPEA, permite uma maior compreensão das práticas adotadas pelo sistema de justiça criminal e uma melhor orientação da política pública implementada no país nessa área.

Os achados da pesquisa confirmam algumas impressões dos atores que atuam com alternativas penais e com justiça criminal, mas, também, servem para desconstruir certos preconceitos. Entre eles, está a noção de que a concessão de liberdade provisória seria sinônimo de impunidade. Porém, o estudo constata que, mesmo quando os réus respondem ao processo em liberdade, a prescrição ocorre em apenas 13,7% dos casos, considerando os processos que tramitaram em varas criminais. Apesar dessa constatação, a pesquisa confirma “*o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país*”. É gravíssima a informação de que em 37,2% dos casos pesquisados em que os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo. Projetando esse achado para o gritante número de presos provisórios no país, que ultrapassou a marca de 240 mil pessoas em dezembro de 2013, é provável que tenhamos cerca de 90 mil homens e mulheres encarcerados que, por diversas razões, não serão condenados à prisão, na maior parte dos casos com sentenças de absolvição ou condenação a penas alternativas.

A pesquisa se soma, também, a diversas outras publicações que revelam o sentido racial da política penal no Brasil. Levantamento realizado tanto em varas como em juizados permite análises importantes a esse respeito, sobretudo quanto à existência de maior número de réus negros nas varas criminais, onde a prisão é a regra, e maior quantidade de acusados brancos nos juizados, nos quais prevalece a aplicação de alternativas penais. Esses dados chamam, novamente, a atenção para os processos de construção de desigualdades e de reprodução de opressões nas instituições brasileiras, que conferem a cor negra aos nossos cárceres.

Considerada como um todo, a pesquisa permite uma compreensão essencial, que não pode deixar de ser mencionada nesta apresentação. A constatação de um certo descrédito quanto à aplicação das penas e medidas alternativas, a ausência dos juízes, promotores, defensores e até mesmo das partes nos atos processuais, o caráter burocrático das audiências de conciliação, todos esses elementos evidenciam que o sistema de justiça não incorporou o sentido restaurativo às práticas alternativas à prisão. As alternativas penais são tratadas, assim, como mera possibilidade, e não como recursos que fazem parte de uma maneira de lidar com os conflitos sociais.

A formação e a prática dos operadores do sistema de justiça valorizam o litígio e não a solução restaurativa dos conflitos que chegam ao Judiciário. Não há encorajamento das partes, envolvimento dos operadores ou priorização institucional, justamente porque a Justiça segue majoritária e intencionalmente sendo retributiva. Seguindo desse modo, qualquer alternativa penal continuará sendo meramente burocrática e significará, sempre, aumento de controle, afastando-se de sua vocação como opção à privação da liberdade e do compromisso com a restauração das relações sociais.

Dá a necessidade de profunda transformação no sistema de justiça criminal do país, que deve assumir a falência do modelo de encarceramento em massa, passando a reconhecer o cárcere como última opção e privilegiando a aplicação efetiva de alternativas penais.

Victor Martins Pimenta

Coordenador-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas
Departamento Penitenciário Nacional
Ministério da Justiça

I- INTRODUÇÃO

Desde 2000, o Governo Federal executa, por intermédio do Ministério da Justiça (MJ), a política nacional de penas alternativas, com foco no apoio à criação de estruturas que viabilizem a execução dessas sanções no âmbito das unidades federativas. Criado em setembro do referido ano, a partir de proposta do Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPCP) e sob a gerência da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas tem como objetivo desobstruir óbices burocráticos e outros empecilhos criados por parte dos atores institucionais para aplicação e monitoramento das sanções alternativas, incentivando sua aplicação e apoiando a criação de Centrais de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas.

É necessário ampliar o conhecimento sobre o contexto que antecede essa modalidade de execução penal e a própria *aplicação* dessas penas e medidas pelo sistema de justiça brasileiro. Por exemplo, compreender de forma mais aprofundada as inovações recentes na política criminal brasileira que indicam a necessidade de repensar o lugar das penas e das medidas alternativas no sistema de justiça. Podem-se citar, de um lado, os óbices à aplicação desse tipo de medidas impostas pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e, de outro, o aumento do leque de medidas cautelares à disposição do sistema de justiça, possibilitado pela Lei 12.403/2011 (a nova Lei das Cautelares). Adicionalmente, adensa-se a percepção de que o próprio sistema de justiça criminal, incluindo as polícias, o Ministério Público, o Judiciário e os advogados, com seus valores e éticas profissionais distintos, com as rotinas e os procedimentos específicos aos órgãos a que se vinculam, é portador de uma lógica

de atuação que interfere diretamente sobre o que se concebe, na prática processual, como pena alternativa e sobre os fins a que se destina.

O Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ), por meio da Coordenação-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), estabeleceu acordo de cooperação técnica com o Ipea para realização do projeto “*A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*”. O termo de referência acordado entre os dois órgãos possibilitou a realização de um diagnóstico quanto à aplicação de penas e medidas alternativas. Quanto ao estudo quantitativo, pretendeu-se originalmente executar um levantamento retrospectivo sobre o fluxo da justiça criminal, desde a fase de execução penal até o inquérito policial. Para tanto, a pesquisa centrou-se em algumas unidades da federação que apresentam maior taxa de homicídios por habitantes, incluindo Alagoas (AL), Distrito Federal (DF), Espírito Santo (ES), Minas Gerais (MG), Pará (PA), Paraná (PR), Pernambuco (PE), Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP).

Construiu-se uma amostra para cada uma das unidades da federação selecionadas. Foram escolhidos processos distribuídos entre varas criminais e juizados especiais com baixa definitiva em 2011. Os formulários para coleta de dados foram compostos por questões fechadas que abrangiam, entre outras, variáveis relativas ao perfil sociodemográfico do autor e variáveis estritamente processuais, que pudessem fornecer subsídios para a compreensão do fluxo do sistema de justiça criminal.

Complementarmente à pesquisa quantitativa, trabalhou-se com um enfoque qualitativo. Com a vantagem de possibilitar a abordagem mais intensiva e pormenorizada do funcionamento rotineiro do sistema de justiça, a pesquisa qualitativa enfocou os órgãos onde se dá o desfecho do processamento do fluxo da justiça criminal, ou seja, o trabalho de campo envolveu a observação de audiências e a realização de entrevistas com magistrados e servidores de varas e juizados criminais, varas de execução penal e centrais de penas e medidas alternativas. De forma a diversificar os casos estudados, foram selecionadas cinco UFs dentre aquelas que tomam parte no estudo quantitativo, garantindo-se a inclusão de todas as regiões geográficas brasileiras. Em cada uma das UFs selecionadas a capital e uma cidade do interior foram objeto de investigação, com o intuito de confrontar as duas realidades, em termos de estrutura e procedimentos, de modo a tentar compreender seu impacto sobre a implementação das penas e medidas alternativas. A expectativa é a de que os “achados” da pesquisa possam ajudar a esclarecer os meandros da aplicação e da execução das penas e medidas alternativas pelo sistema de justiça, contribuindo para apontar os desafios da política nacional.

II- RESULTADOS DO ESTUDO QUANTITATIVO

Primeiramente se abordarão os dados referentes aos processos tramitados em Varas Criminais. Posteriormente, se apresentarão os resultados quanto ao estudo dos processos de Juizados Especiais Criminais - JECRIMs (a partir da TABELA 9). Na TABELA 1, observa-se que a maioria dos processos origina-se de inquéritos policiais instaurados a partir de flagrante.

TABELA 1. Varas criminais - Inquéritos instaurados a partir de:

Frequência	%	% Acumulado
------------	---	----------------

			59,2
			94,0
			100,0
Flagrante	1.258	59,2	
Portaria	740	34,8	
Outro	127	6,0	
Total	2125	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

Constata-se que 59,2% deles foram instruídos por um inquérito instaurado a partir da prisão em flagrante dos suspeitos e 34,8% a partir de inquéritos iniciados por portaria. Além disso, em 6% dos casos os acusados já se encontravam presos por motivos alheios ao processo. Ou seja, **em 65,2% dos processos analisados os acusados já se encontravam presos no momento da instauração dos inquéritos policiais.**

Passando da fase policial à denúncia. Vemos na TABELA 2 que a maioria das denúncias feitas pelo Ministério Público referem-se a pessoas mantidas presas.

TABELA 2. Varas criminais - O processo corria contra réu preso no momento da denúncia?

	Frequência	%
Não	842	45,4
Sim	1.012	54,6
Total	1.854	100

Fonte: Diest/Ipea.

A prisão provisória é a regra e não a exceção no Sistema de Justiça Brasileiro e há, em grande medida, a manutenção da prisão realizada na fase policial. Na parte qualitativa da pesquisa, verificou-se que a falta de uma defensoria ativa é um dos motivos que levam a que sejam mantidas as prisões cautelares, muitas vezes por delitos menores, como furtos simples, como furto de alicates de unha em lojas de departamento. Não obstante, outro fato que chamou bastante atenção da equipe, algumas vezes as prisões cautelares são mantidas como uma forma de prisão “terapêutica”, ou seja, uma oportunidade de desintoxicação do réu, caso se perceba seu envolvimento com drogas. Manter a prisão também é uma “estratégia” adotada quando se trata de pessoas em situação de rua, sem endereço fixo.

Como se evidencia na TABELA 3, a denúncia é aceita em 86,9% dos casos em que o acusado encontrava-se preso. Dentre o total de denúncias que são recebidas pelo juiz, 65,5% envolvem casos de flagrante.

TABELA 3. Processo em que a denúncia foi recebida pelo juiz por tipo de instauração de inquérito, segundo a condição do réu no momento da denúncia

	Réu em liberdade		Réu Preso		Total	
	Frequência	%	Frequência	%	Frequência	%
Flagrante	318	39,1	874	86,9	1.192	65,5
Portaria	431	52,9	124	12,3	555	30,5
Outro	65	8,0	8	0,8	73	4,0
Total	814	100	1.006	100	1.820	100

Fonte: Diest / Ipea

A TABELA 4 mostra as sentenças. Verificou-se que **46,8% dos réus foram condenados a penas privativas de liberdade e 12,2% foram condenados a penas alternativas**. Além disso, **6,0% tiveram que cumprir algum tipo de medida alternativa**, enquanto que 0,2% cumpriram medidas de segurança. 19,7% foram absolvidos.

TABELA 4. Varas criminais - Tipos de sentenças

	Frequência	%	%	Acumulado
Condenação a pena privativa de liberdade	1.106	46,8		46,8
Absolvição	467	19,7		66,5
Condenação a pena alternativa	288	12,2		78,7
Aplicação de medida alternativa	143	6,0		84,8
Aplicação de medida de segurança	5	0,2		85,0
Arquivamento	163	6,9		91,9

Desistência da Vítima	6	0,3	92,1
Prescrição	187	7,9	100,0
Total	2.365	100,0	
Fonte:	Diest	/Ipea.	

Ou seja, 85% dos réus receberam algum tipo de sentença definitiva. Em cerca de 15% dos processos não houve sentença de mérito, mas tão somente sentenças terminativas relacionadas a eventos como a prescrição do crime, a desistência da vítima ou o arquivamento por falta de materialidade das provas.

De acordo com a TABELA 5, no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou tiveram que cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se ainda os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), **constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados a pena privativa de liberdade.**

Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país.

TABELA 5. Varas criminais - Tipos de sentença segundo a situação do réu (prisão provisória ou não)

Tipo de Sentença	Prisão Provisória?			
	Não		Sim	
	Frequência	%	Frequência	%
Condenação a pena privativa de liberdade	254	25,2	852	62,8
Absolvição	232	23,0	235	17,3

Condenação	a pena	160	15,9	128	9,4
	alternativa				
Medida	Alternativa	102	10,1	41	3,0
Medida	de Segurança	2	0,2	3	0,2
Arquivamento		114	11,3	49	3,6
Prescrição		138	13,7	49	3,6
Desistência	da Vítima	6	0,6	0	0,0
Total		1.008	100,0	1.357	100,0

Fonte:

Diest

/Ipea.

Já entre os réus que responderam o processo em liberdade, observou-se a seguinte distribuição das sentenças proferidas: 25,2% foram condenados à prisão, 23% foram absolvidos e 26,0% foram condenados a penas ou medidas alternativas. Também é importante notar que 25,6% desses réus tiveram seus processos arquivados por falta de provas ou por prescrição.

Em suma, podemos constatar que a condenação a pena privativa de liberdade é o tipo de sentença mais frequente (46,8%). Além disso, verifica-se que 92,8% dos réus que cumpriram prisão provisória receberam uma sentença de mérito, ao passo que, entre os réus que responderam o processo em liberdade, apenas 74,4% chegaram a uma sentença de mérito. Do total de processos que tinham sido arquivados, 72,5% correram com o réu em liberdade. O alto percentual de sentenças de mérito obtidas em casos em que os réus cumpriram prisão provisória (92,8%) pode ser explicado pela tramitação prioritária desses processos e maior facilidade de se praticar atos processuais. Não obstante, o percentual também elevado de sentenças de mérito em casos de réus que não cumpriram prisão provisória (74,4%) demonstra que a liberdade não se apresenta como óbice objetivo à conclusão dos processos criminais.

TABELA 6. Varas criminais - A defesa recorreu?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	1.438	59,9	59,9
Sim, o réu aguardou em liberdade	427	17,8	77,7
Sim, o réu aguardou preso	537	22,4	100,0

Total	2.402	100,0
-------	-------	-------

Fonte:

Diest/Ipea.

Como visto na TABELA 6, entre os réus condenados, 40,2% recorreram da sentença, sendo que apenas 17,8% deles aguardaram o recurso em liberdade. Ou seja, uma vez proferida a sentença de condenação, esta é cumprida imediatamente pela grande maioria dos réus. São poucos os processos com recursos capazes de adiar o cumprimento da sentença.

Cabe também explorar o perfil dos acusados. Com relação ao sexo dos autores, as informações contidas nos processos mostram que 90,3% dos acusados eram do sexo masculino e 9,7%, do feminino.

Já com relação aos dados raciais, as informações existentes nos processos criminais analisados não são muito precisas. Não foi possível determinar a cor dos autores em 30,9% dos casos. Dentre os processos que continham informações, **verificou-se que 41,9% dos acusados eram brancos e 57,6% negros.**

TABELA 7. Varas criminais - Perfil dos autores, por raça/cor.

Raça/cor	Frequência	%	% Acumulado
Branca	904	41,9	41,9
Negra	1243	57,6	99,5
Amarela	7	0,3	99,9
Indígena	3	0,1	100
Sem informação	966	-	
Total (válidos)	2.157	100	

Fonte: Diest/Ipea.

A mesma falta de informações foi uma dificuldade encontrada para aferir o grau de instrução dos acusados. Não foi possível determinar a escolaridade em 30,3% dos casos. Dentre os processos que continham informações, verificou-se que a maioria dos acusados, 75,6%, tinha até o nível fundamental. Apenas 4% tinham nível superior, pelo menos incompleto.

TABELA 8. Varas criminais - Perfil dos autores, por grau de instrução.

Graus de instrução	Frequência	%	% Acumulado
Analfabeto	65	3,0	3,0
Sabe ler e escrever	212	9,8	12,8

Fundamental Incompleto	934	43,1	55,9
Fundamental Completo	427	19,7	75,6
Médio Incompleto	199	9,2	84,8
Médio Completo	243	11,2	96,0
Superior Incompleto	37	1,7	97,7
Superior Completo	50	2,3	100
Sem informação	940		
Total	2.167	100	

Fonte: Diest/Ipea.

Comparando esses dados com o perfil encontrado nos processos de Juizados Especiais Criminais, vemos diferenças. Por exemplo, proporção de mulheres é um pouco maior nos JECRIMs: são 20,6% de pessoas do sexo feminino, contra apenas 9,7% no caso das Varas Criminais.

Na TABELA 9 percebe-se que houve dificuldade em se levantar informações sobre a composição racial dos autores de fatos delitivos nos JECRIMs, não sendo possível identificar a raça/cor em mais de 50% dos casos. Porém, a partir dos processos que continham essa informação, é possível se observar uma grande diferença em relação às Varas, sendo que os acusados nos JECRIMs são em sua maioria brancos, 52,6%.

TABELA 9. Jecrims - Perfil dos autores, por raça/cor.

	Frequência	%	% Acumulada
Branca	222	52,6	52,6
Negra	195	46,2	98,8
Amarela	5	1,2	100
Total	448		
Total	422	100	
Sem		informação	-

Fonte: Diest/Ipea.

A TABELA 10 apresenta os dados sobre o grau de instrução dos autores constantes nos processos de JECRIMs. Não foi possível determinar a escolaridade em 30,3% dos casos. Dentre os processos que continham informações, verificou-se que a maioria dos acusados, 62%, tinha até o nível fundamental. 11,5% tinham nível superior, pelo menos incompleto.

TABELA 10. Jecrims - Perfil dos Autores, por nível de escolaridade

Analfabeto	22	4,4	4,4
	Sabe ler e escrever		
54	10,7	15,0	
Fundamental Incompleto	131	25,9	41,0

Fundamental	Completo	106	21,0	62,0
Médio	Incompleto	44	8,7	70,7
Médio	Completo	90	17,8	88,5
Superior	Incompleto	18	3,6	92,1
Superior Completo	40	7,9	100	Sem informação
Total		505	100	

Fonte: Diest/Ipea.

Em contraste com as Varas Criminais, apenas uma pequena parcela dos casos dos JECRIMS envolveram prisão na fase policial.

TABELA 11. Jecrims - Houve prisão na fase policial?

	Frequência	%
Não	775	91,5
Sim	72	8,5
Total	847	100

Fonte: Diest/Ipea.

Dessas prisões, cerca de 45% foram revogadas. Ainda, os processos encaminhados aos Jecrims são passíveis de algum tipo de benefício penal (transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil). Salvo as situações impeditivas, era de se esperar o uso frequente dessas medidas para economia processual e celeridade da justiça. Verificou-se que em apenas 8,4% dos processos analisados na pesquisa houve composição civil. Em 25,5% dos casos foi oferecida uma transação penal e em 7,2% foi oferecida a suspensão condicional do processo. Em 7,8% houve condenação dos réus.

TABELA 12. Jecrims - Houve composição civil?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	547	91,6	91,6
Sim	50	8,4	100,0
Total	597	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

TABELA 13. Jecrims - Foi oferecida transação penal?

	Frequência	%	% Acumulado
--	------------	---	-------------

Não	446	74,5	74,5
Sim	153	25,5	100,0
Total	599	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

TABELA 14. Jecrimis - Houve condenação?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	552	92,2	92,2
Sim	47	7,8	100,0
Total	599		

Fonte: Diest/Ipea.

III- RESULTADOS DO ESTUDO QUALITATIVO

Entre os órgãos judiciais visitados nas mais diferentes localidades, os JECRIMS foram os que apresentaram maior variedade nos procedimentos seguidos. Essas variações podem ser explicadas por vários motivos: a falta de estrutura local, a condição do juizado como adjunto a uma vara criminal, o acúmulo de processos ou as particularidades de entendimentos dos juízes responsáveis. Por conta dessa variedade, não foi possível estabelecer padrões de procedimentos seguidos, inclusive no processamento dos casos, no entanto, essa mesma variedade demonstra a forma diversificada pela qual se interpretam e aplicam, na prática cotidiana, os dispositivos e procedimentos legais estabelecidos.

De modo geral é possível entrever que ainda há resistência em trabalharem nos JECRIMS por parte de alguns juízes e servidores, assim como de promotores e de defensores. Conversas informais com esses atores atuantes nas varas transmitem uma impressão de que as atribuições dos juzizados são menosprezadas no âmbito do sistema de justiça criminal, o que, conseqüentemente, gera um desprestígio para o trabalho dos funcionários que aí estão lotados. Em algumas localidades visitadas, essa situação é interpretada como consequência de uma hierarquia que se estabelece com base no menosprezo pelos tipos penais de menor potencial ofensivo e na pouca visibilidade do papel dos juzizados - e aqui considerações acerca de progressão na carreira são percebidas com descrédito, pois os juzizados não ocupam um lugar de destaque junto aos Tribunais Estaduais. Alguns servidores e juízes entrevistados durante a pesquisa afirmam que os promotores de justiça, habituados a tratar de crimes mais graves, também não se interessam pelas causas de juzizados e não contribuem com a transação penal.

Deve-se ressaltar que, no discurso dos entrevistados, há um reconhecimento de que a conciliação possui grande capacidade de dirimir conflitos, de modo que seu uso é também justificado com o objetivo de dar baixa rápida ao processo. Pode-se dizer que as audiências de conciliação são aquelas que mais representam a ideia de acordo, pois pressupõem a presença de ambas as partes e a mútua concordância com os termos estabelecidos. Contudo, isso não implica, necessariamente, em um processo de composição das partes envolvidas. Além disso, segundo alguns juízes

entrevistados, há uma baixa resolutividade de conflitos por meio das conciliações nos juizados, devida, principalmente ao não comparecimento, em juízo, de réus e vítimas. Diante dessa falta de resolutividade, muitos preferem iniciar o processo já pela transação penal.

Outro tipo de resolução utilizada no juizado é a suspensão condicional do processo. Como observado pela equipe de pesquisa, as propostas de suspensão condicional de processo vêm sendo realizadas de maneira bastante automatizada. Em muitos juizados, quando cabe a suspensão do processo, o réu entra na sala de audiência e é convidado apenas a assinar o documento aceitando a suspensão, sem muitas explicações, somente com o aviso de que deverá comparecer para assinar na vara. Em geral, não lhe é realmente pedido o seu acordo.

A pesquisa encontrou grande variedade nos procedimentos seguidos para a realização das transações penais. Embora se espere a participação no ato do juiz, promotor de justiça, acusado e defesa, em vários casos observados um ou mais de um desses atores envolvidos não se encontrava presente. Na percepção de determinados servidores, a transação - enquanto conciliação e forma de resolução do processo penal, implica em um movimento de massificação usado de forma quase indiscriminada. Ademais, pouco espaço de diálogo é observado na realização deste ato. Na maioria das audiências acompanhadas pela equipe, a propositura dos valores e termos já estava préestabelecida ou era negociada entre juiz e promotor e somente informada ao réu e defensor. A negociação incidia sobre as datas para o pagamento e o tipo de parcelamento dos valores, mas nunca sobre o valor em si. Segundo alguns juízes esse tipo de desfecho dos processos causa insatisfação para muitas vítimas, problematizando a questão dos baixos valores propostos pelo MP a título de prestação pecuniária. Menos comum, aplica-se, também, a prestação de serviços à comunidade na transação penal, sendo esta a preferência de algumas localidades.

Em cada Fórum visitado também foram selecionadas algumas varas criminais para a realização de estudos de caso. Em fóruns das capitais, onde há maior especialização das varas, a seleção se restringiu às varas de competência comum. Tal escolha impôs um limite para que a pesquisa realizasse um estudo comparativo entre as localidades, especialmente tendo como foco os tipos de delitos. Por exemplo, o processamento de casos de tráfico de drogas não pôde ser verificado em capitais onde havia uma vara especializada em entorpecentes. Além disso, algumas varas visitadas acumulavam também as matérias do juizado. Contudo, as visitas às diversas varas criminais foram extremamente úteis para observar a aplicação das medidas e penas alternativas.

As percepções de juízes e servidores sobre as penas e medidas alternativas variaram muito segundo as localidades visitadas. Em alguns momentos, são vistas como sinônimo de impunidade, de ineficácia do sistema de justiça brasileiro em oferecer uma justiça rígida e eficiente. Segundo essa visão, se as alternativas penais foram pensadas como uma forma de desafogar as penitenciárias brasileiras, elas não estão cumprindo esse objetivo. Um dos motivos alegados por vários juízes do desprestígio das penas alternativas foi a banalização de sua aplicação pela oferta de cestas básicas no passado. Um dos juízes entrevistados explica que em 1996, quando foi possibilitada a aplicação de cestas básicas, não se poderia prever que ocorreria tamanha banalização.

Embora não sejam responsáveis pela execução, juízes de varas criminais de um dos fóruns visitados evitam a substituição por “saberem de antemão” que não será cumprida. Nota-se, em alguns desses casos, uma preferência pela aplicação do

regime aberto, justamente em ocasiões nas quais seria possível a substituição por penas restritivas de direito. A falta de regulamentação e fiscalização do regime aberto é vista como um dos fatores que impactam negativamente a execução das penas alternativas. Juízes e servidores alegam que quando há substituição por penas alternativas, mas não há estrutura para fiscalização do aberto, os réus não cumprem para poder ter sua pena regredida e vir para o regime aberto. Um réu bem orientado por um advogado sabe que só terá de comparecer à vara a cada dois meses para assinar uma lista de comparecimento.

Desde o momento da marcação da visita da equipe do IPEA com diretores de secretaria das varas criminais observou-se uma resistência por parte deles em relação à pesquisa. Essa resistência é, em geral, explicada pela pouca representatividade de processos possíveis de terem as penas substituídas nas varas criminais. Segundo os diretores, esses processos tendem a se perder no meio de outros considerados mais urgentes, especialmente aqueles que envolvem réus presos. Em varas que acumulam matéria de juizados, os processos tenderiam, ainda mais, a ficarem relegados a um segundo plano, e nesse caso, como se trata de penas curtas, haveria um grande volume de prescrição.

Já o trabalho de campo realizado nas varas de execução penal e de execução de penas e medidas alternativas teve como objetivo acompanhar a execução, monitoramento e fiscalização das penas e medidas alternativas; observar o fluxo dos processos que envolvem essas penas; e identificar o perfil do apenado.

Especializadas ou não, na maioria das vezes essas varas acabam delegando as funções de encaminhamento, acompanhamento e fiscalização, propriamente ditas, aos psicossociais e centrais de execução, ocupando-se apenas da parte mais cartorial e da realização de audiências. Em varas de execução genéricas os juízes tendem a dar preferência ao tratamento de crimes mais graves e alertam que não possuem estrutura suficiente, inclusive de pessoal, para dar encaminhamento aos processos que envolvem penas e medidas alternativas. Deve-se ressaltar também que as varas de execução de penas alternativas tendem a ter espaço marginal nos fóruns, em relação às varas de execução de penas em regime fechado. Não obstante, a percepção dos profissionais que atuam na área de alternativas penais é de que, apesar das dificuldades e da falta de estrutura, a aplicação das penas e medidas influi positivamente na trajetória dos cumpridores.

IV- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação deixa ao arbítrio do juiz avaliar se a substituição é suficiente considerando tanto o crime, pelos motivos e circunstâncias, quanto o réu, por sua culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade. Mas nota-se que questões alheias a esses critérios, como as percepções sobre a falta de estrutura para execução de penas alternativas e a ideia de que as alternativas penais são um sinônimo de impunidade, acabam restringindo as substituições. Os dados colhidos nos processos de Varas Criminais atestam claramente que a prisão é a categoria central que estrutura o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro.

Inclusive, o alto número de prisões em flagrante convertidas em prisão provisória indica a importância de se implementar a Lei de Cautelares, que reafirmou a excepcionalidade da prisão preventiva.

Embora a opinião comum sustente que a atuação dos juizados criminais especiais favoreceria a aplicação de sanções alternativas, já que os tipos penais de competência dos JECRIMs apresentam as características legalmente exigidas, muitos dos entrevistados na etapa qualitativa desta pesquisa afirmaram que existem vários problemas nos atos processuais dos JECRIMs e, de resto, nos próprios processos de conhecimento e de execução que interferem negativamente sobre a aplicação das penas e medidas alternativas. Com isso, o número de casos sentenciados com penas alternativas que efetivamente chega à fase de execução é bastante inferior (praticamente residual) em relação ao número que entra nos juizados e varas criminais e que seria passível de receber uma penalização alternativa.

A partir dos achados da pesquisa, que constatou vários fatores que enfraquecem e impedem o avanço da política criminal alternativa à prisão, foram sugeridas as seguintes ações ao Ministério da Justiça: **1) convocação de uma Conferência Nacional de Política Criminal, com amplo processo de discussão das alternativas de políticas; 2) reestruturação do Conselho Nacional de Política Criminal para permitir a presença de movimentos sociais organizados; 3) realização de mais estudos para fundamentar propostas de reforma do sistema de justiça criminal, para melhorar o planejamento das políticas e aumentar o controle social pela sociedade civil; 4) proposição ao Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da inclusão da política criminal brasileira entre seus temas de debate; 5) estabelecimento de parceria com o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, Defensorias Públicas e OAB, entre outros órgãos, para a revisão da política criminal brasileira.**

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA

DIRETORIA DE ESTUDOS E POLÍTICAS DO ESTADO, DAS INSTITUIÇÕES E DA DEMOCRACIA

A APLICAÇÃO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

RELATÓRIO DE PESQUISA – SUMÁRIO EXECUTIVO

Novembro de 2014

APRESENTAÇÃO

A publicação da pesquisa “*A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*”, realizada em parceria entre o Ministério da Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), é um marco na política de alternativas penais no Brasil. O trabalho realizado pela equipe coordenada pela Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia, do IPEA, permite uma maior compreensão das práticas adotadas pelo sistema de justiça criminal e uma melhor orientação da política pública implementada no país nessa área.

Os achados da pesquisa confirmam algumas impressões dos atores que atuam com alternativas penais e com justiça criminal, mas, também, servem para desconstruir certos preconceitos. Entre eles, está a noção de que a concessão de liberdade provisória seria sinônimo de impunidade. Porém, o estudo constata que, mesmo quando os réus respondem ao processo em liberdade, a prescrição ocorre em apenas 13,7% dos casos, considerando os processos que tramitaram em varas criminais. Apesar dessa constatação, a pesquisa confirma “*o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país*”. É gravíssima a informação de que em 37,2% dos casos pesquisados em que os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo. Projetando esse achado para o gritante número de presos provisórios no país, que ultrapassou a marca de 240 mil pessoas em dezembro de 2013, é provável que tenhamos cerca de 90 mil homens e mulheres encarcerados que, por diversas razões, não serão condenados à prisão, na maior parte dos casos com sentenças de absolvição ou condenação a penas alternativas.

A pesquisa se soma, também, a diversas outras publicações que revelam o sentido racial da política penal no Brasil. Levantamento realizado tanto em varas como em juizados permite análises importantes a esse respeito, sobretudo quanto à existência de maior número de réus negros nas varas criminais, onde a prisão é a regra, e maior quantidade de acusados brancos nos juizados, nos quais prevalece a aplicação de alternativas penais. Esses dados chamam, novamente, a atenção para os processos de construção de desigualdades e de reprodução de opressões nas instituições brasileiras, que conferem a cor negra aos nossos cárceres.

Considerada como um todo, a pesquisa permite uma compreensão essencial, que não pode deixar de ser mencionada nesta apresentação. A constatação de um certo descrédito quanto à aplicação das penas e medidas alternativas, a ausência dos juízes, promotores, defensores e até mesmo das partes nos atos processuais, o caráter burocrático das audiências de conciliação, todos esses elementos evidenciam que o sistema de justiça não incorporou o sentido restaurativo às práticas alternativas à prisão. As alternativas penais são tratadas, assim, como mera possibilidade, e não como recursos que fazem parte de uma maneira de lidar com os conflitos sociais.

A formação e a prática dos operadores do sistema de justiça valorizam o litígio e não a solução restaurativa dos conflitos que chegam ao Judiciário. Não há encorajamento das partes, envolvimento dos operadores ou priorização institucional, justamente porque a Justiça segue majoritária e intencionalmente sendo retributiva. Seguindo desse modo, qualquer alternativa penal continuará sendo meramente burocrática e significará, sempre, aumento de controle, afastando-se de sua vocação como opção à privação da liberdade e do compromisso com a restauração das relações sociais.

Dá a necessidade de profunda transformação no sistema de justiça criminal do país, que deve assumir a falência do modelo de encarceramento em massa, passando a reconhecer o cárcere como última opção e privilegiando a aplicação efetiva de alternativas penais.

Victor Martins Pimenta

Coordenador-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas
Departamento Penitenciário Nacional
Ministério da Justiça

I- INTRODUÇÃO

Desde 2000, o Governo Federal executa, por intermédio do Ministério da Justiça (MJ), a política nacional de penas alternativas, com foco no apoio à criação de estruturas que viabilizem a execução dessas sanções no âmbito das unidades federativas. Criado em setembro do referido ano, a partir de proposta do Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPCP) e sob a gerência da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas tem como objetivo desobstruir óbices burocráticos e outros empecilhos criados por parte dos atores institucionais para aplicação e monitoramento das sanções alternativas, incentivando sua aplicação e apoiando a criação de Centrais de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas.

É necessário ampliar o conhecimento sobre o contexto que antecede essa modalidade de execução penal e a própria *aplicação* dessas penas e medidas pelo sistema de justiça brasileiro. Por exemplo, compreender de forma mais aprofundada as inovações recentes na política criminal brasileira que indicam a necessidade de repensar o lugar das penas e das medidas alternativas no sistema de justiça. Podem-se citar, de um lado, os óbices à aplicação desse tipo de medidas impostas pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e, de outro, o aumento do leque de medidas cautelares à disposição do sistema de justiça, possibilitado pela Lei 12.403/2011 (a nova Lei das Cautelares). Adicionalmente, adensa-se a percepção de que o próprio sistema de justiça criminal, incluindo as polícias, o Ministério Público, o Judiciário e os advogados, com seus valores e éticas profissionais distintos, com as rotinas e os procedimentos específicos aos órgãos a que se vinculam, é portador de uma lógica

de atuação que interfere diretamente sobre o que se concebe, na prática processual, como pena alternativa e sobre os fins a que se destina.

O Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ), por meio da Coordenação-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), estabeleceu acordo de cooperação técnica com o Ipea para realização do projeto “*A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*”. O termo de referência acordado entre os dois órgãos possibilitou a realização de um diagnóstico quanto à aplicação de penas e medidas alternativas. Quanto ao estudo quantitativo, pretendeu-se originalmente executar um levantamento retrospectivo sobre o fluxo da justiça criminal, desde a fase de execução penal até o inquérito policial. Para tanto, a pesquisa centrou-se em algumas unidades da federação que apresentam maior taxa de homicídios por habitantes, incluindo Alagoas (AL), Distrito Federal (DF), Espírito Santo (ES), Minas Gerais (MG), Pará (PA), Paraná (PR), Pernambuco (PE), Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP).

Construiu-se uma amostra para cada uma das unidades da federação selecionadas. Foram escolhidos processos distribuídos entre varas criminais e juizados especiais com baixa definitiva em 2011. Os formulários para coleta de dados foram compostos por questões fechadas que abrangiam, entre outras, variáveis relativas ao perfil sociodemográfico do autor e variáveis estritamente processuais, que pudessem fornecer subsídios para a compreensão do fluxo do sistema de justiça criminal.

Complementarmente à pesquisa quantitativa, trabalhou-se com um enfoque qualitativo. Com a vantagem de possibilitar a abordagem mais intensiva e pormenorizada do funcionamento rotineiro do sistema de justiça, a pesquisa qualitativa enfocou os órgãos onde se dá o desfecho do processamento do fluxo da justiça criminal, ou seja, o trabalho de campo envolveu a observação de audiências e a realização de entrevistas com magistrados e servidores de varas e juizados criminais, varas de execução penal e centrais de penas e medidas alternativas. De forma a diversificar os casos estudados, foram selecionadas cinco UFs dentre aquelas que tomam parte no estudo quantitativo, garantindo-se a inclusão de todas as regiões geográficas brasileiras. Em cada uma das UFs selecionadas a capital e uma cidade do interior foram objeto de investigação, com o intuito de confrontar as duas realidades, em termos de estrutura e procedimentos, de modo a tentar compreender seu impacto sobre a implementação das penas e medidas alternativas. A expectativa é a de que os “achados” da pesquisa possam ajudar a esclarecer os meandros da aplicação e da execução das penas e medidas alternativas pelo sistema de justiça, contribuindo para apontar os desafios da política nacional.

II- RESULTADOS DO ESTUDO QUANTITATIVO

Primeiramente se abordarão os dados referentes aos processos tramitados em Varas Criminais. Posteriormente, se apresentarão os resultados quanto ao estudo dos processos de Juizados Especiais Criminais - JECRIMs (a partir da TABELA 9). Na TABELA 1, observa-se que a maioria dos processos origina-se de inquéritos policiais instaurados a partir de flagrante.

TABELA 1. Varas criminais - Inquéritos instaurados a partir de:

Frequência	%	% Acumulado
------------	---	----------------

			59,2
			94,0
			100,0
Flagrante	1.258	59,2	
Portaria	740	34,8	
Outro	127	6,0	
Total	2125	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

Constata-se que 59,2% deles foram instruídos por um inquérito instaurado a partir da prisão em flagrante dos suspeitos e 34,8% a partir de inquéritos iniciados por portaria. Além disso, em 6% dos casos os acusados já se encontravam presos por motivos alheios ao processo. Ou seja, **em 65,2% dos processos analisados os acusados já se encontravam presos no momento da instauração dos inquéritos policiais.**

Passando da fase policial à denúncia. Vemos na TABELA 2 que a maioria das denúncias feitas pelo Ministério Público referem-se a pessoas mantidas presas.

TABELA 2. Varas criminais - O processo corria contra réu preso no momento da denúncia?

	Frequência	%
Não	842	45,4
Sim	1.012	54,6
Total	1.854	100

Fonte: Diest/Ipea.

A prisão provisória é a regra e não a exceção no Sistema de Justiça Brasileiro e há, em grande medida, a manutenção da prisão realizada na fase policial. Na parte qualitativa da pesquisa, verificou-se que a falta de uma defensoria ativa é um dos motivos que levam a que sejam mantidas as prisões cautelares, muitas vezes por delitos menores, como furtos simples, como furto de alicates de unha em lojas de departamento. Não obstante, outro fato que chamou bastante atenção da equipe, algumas vezes as prisões cautelares são mantidas como uma forma de prisão “terapêutica”, ou seja, uma oportunidade de desintoxicação do réu, caso se perceba seu envolvimento com drogas. Manter a prisão também é uma “estratégia” adotada quando se trata de pessoas em situação de rua, sem endereço fixo.

Como se evidencia na TABELA 3, a denúncia é aceita em 86,9% dos casos em que o acusado encontrava-se preso. Dentre o total de denúncias que são recebidas pelo juiz, 65,5% envolvem casos de flagrante.

TABELA 3. Processo em que a denúncia foi recebida pelo juiz por tipo de instauração de inquérito, segundo a condição do réu no momento da denúncia

	Réu em liberdade		Réu Preso		Total	
	Frequência	%	Frequência	%	Frequência	%
Flagrante	318	39,1	874	86,9	1.192	65,5
Portaria	431	52,9	124	12,3	555	30,5
Outro	65	8,0	8	0,8	73	4,0
Total	814	100	1.006	100	1.820	100

Fonte: Diest / Ipea

A TABELA 4 mostra as sentenças. Verificou-se que **46,8% dos réus foram condenados a penas privativas de liberdade e 12,2% foram condenados a penas alternativas**. Além disso, **6,0% tiveram que cumprir algum tipo de medida alternativa**, enquanto que 0,2% cumpriram medidas de segurança. 19,7% foram absolvidos.

TABELA 4. Varas criminais - Tipos de sentenças

	Frequência	%	%	Acumulado
Condenação a pena privativa de liberdade	1.106	46,8		46,8
Absolvição	467	19,7		66,5
Condenação a pena alternativa	288	12,2		78,7
Aplicação de medida alternativa	143	6,0		84,8
Aplicação de medida de segurança	5	0,2		85,0
Arquivamento	163	6,9		91,9

Desistência da Vítima	6	0,3	92,1
Prescrição	187	7,9	100,0
Total	2.365	100,0	
Fonte:	Diest	/Ipea.	

Ou seja, 85% dos réus receberam algum tipo de sentença definitiva. Em cerca de 15% dos processos não houve sentença de mérito, mas tão somente sentenças terminativas relacionadas a eventos como a prescrição do crime, a desistência da vítima ou o arquivamento por falta de materialidade das provas.

De acordo com a TABELA 5, no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou tiveram que cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se ainda os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), **constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados a pena privativa de liberdade.**

Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país.

TABELA 5. Varas criminais - Tipos de sentença segundo a situação do réu (prisão provisória ou não)

Tipo de Sentença	Prisão Provisória?			
	Não		Sim	
	Frequência	%	Frequência	%
Condenação a pena privativa de liberdade	254	25,2	852	62,8
Absolvição	232	23,0	235	17,3

Condenação	a pena	160	15,9	128	9,4
	alternativa				
Medida	Alternativa	102	10,1	41	3,0
Medida	de Segurança	2	0,2	3	0,2
Arquivamento		114	11,3	49	3,6
Prescrição		138	13,7	49	3,6
Desistência	da Vítima	6	0,6	0	0,0
Total		1.008	100,0	1.357	100,0

Fonte:

Diest

/Ipea.

Já entre os réus que responderam o processo em liberdade, observou-se a seguinte distribuição das sentenças proferidas: 25,2% foram condenados à prisão, 23% foram absolvidos e 26,0% foram condenados a penas ou medidas alternativas. Também é importante notar que 25,6% desses réus tiveram seus processos arquivados por falta de provas ou por prescrição.

Em suma, podemos constatar que a condenação a pena privativa de liberdade é o tipo de sentença mais frequente (46,8%). Além disso, verifica-se que 92,8% dos réus que cumpriram prisão provisória receberam uma sentença de mérito, ao passo que, entre os réus que responderam o processo em liberdade, apenas 74,4% chegaram a uma sentença de mérito. Do total de processos que tinham sido arquivados, 72,5% correram com o réu em liberdade. O alto percentual de sentenças de mérito obtidas em casos em que os réus cumpriram prisão provisória (92,8%) pode ser explicado pela tramitação prioritária desses processos e maior facilidade de se praticar atos processuais. Não obstante, o percentual também elevado de sentenças de mérito em casos de réus que não cumpriram prisão provisória (74,4%) demonstra que a liberdade não se apresenta como óbice objetivo à conclusão dos processos criminais.

TABELA 6. Varas criminais - A defesa recorreu?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	1.438	59,9	59,9
Sim, o réu aguardou em liberdade	427	17,8	77,7
Sim, o réu aguardou preso	537	22,4	100,0

Total	2.402	100,0
-------	-------	-------

Fonte:

Diest/Ipea.

Como visto na TABELA 6, entre os réus condenados, 40,2% recorreram da sentença, sendo que apenas 17,8% deles aguardaram o recurso em liberdade. Ou seja, uma vez proferida a sentença de condenação, esta é cumprida imediatamente pela grande maioria dos réus. São poucos os processos com recursos capazes de adiar o cumprimento da sentença.

Cabe também explorar o perfil dos acusados. Com relação ao sexo dos autores, as informações contidas nos processos mostram que 90,3% dos acusados eram do sexo masculino e 9,7%, do feminino.

Já com relação aos dados raciais, as informações existentes nos processos criminais analisados não são muito precisas. Não foi possível determinar a cor dos autores em 30,9% dos casos. Dentre os processos que continham informações, **verificou-se que 41,9% dos acusados eram brancos e 57,6% negros.**

TABELA 7. Varas criminais - Perfil dos autores, por raça/cor.

Raça/cor	Frequência	%	% Acumulado
Branca	904	41,9	41,9
Negra	1243	57,6	99,5
Amarela	7	0,3	99,9
Indígena	3	0,1	100
Sem informação	966	-	
Total (válidos)	2.157	100	

Fonte: Diest/Ipea.

A mesma falta de informações foi uma dificuldade encontrada para aferir o grau de instrução dos acusados. Não foi possível determinar a escolaridade em 30,3% dos casos. Dentre os processos que continham informações, verificou-se que a maioria dos acusados, 75,6%, tinha até o nível fundamental. Apenas 4% tinham nível superior, pelo menos incompleto.

TABELA 8. Varas criminais - Perfil dos autores, por grau de instrução.

Graus de instrução	Frequência	%	% Acumulado
Analfabeto	65	3,0	3,0
Sabe ler e escrever	212	9,8	12,8

Fundamental Incompleto	934	43,1	55,9
Fundamental Completo	427	19,7	75,6
Médio Incompleto	199	9,2	84,8
Médio Completo	243	11,2	96,0
Superior Incompleto	37	1,7	97,7
Superior Completo	50	2,3	100
Sem informação	940		
Total	2.167	100	

Fonte: Diest/Ipea.

Comparando esses dados com o perfil encontrado nos processos de Juizados Especiais Criminais, vemos diferenças. Por exemplo, proporção de mulheres é um pouco maior nos JECRIMs: são 20,6% de pessoas do sexo feminino, contra apenas 9,7% no caso das Varas Criminais.

Na TABELA 9 percebe-se que houve dificuldade em se levantar informações sobre a composição racial dos autores de fatos delitivos nos JECRIMs, não sendo possível identificar a raça/cor em mais de 50% dos casos. Porém, a partir dos processos que continham essa informação, é possível se observar uma grande diferença em relação às Varas, sendo que os acusados nos JECRIMs são em sua maioria brancos, 52,6%.

TABELA 9. Jecrims - Perfil dos autores, por raça/cor.

	Frequência	%	% Acumulada
Branca	222	52,6	52,6
Negra	195	46,2	98,8
Amarela	5	1,2	100
Total	448		
Total	422	100	
Sem		informação	-

Fonte: Diest/Ipea.

A TABELA 10 apresenta os dados sobre o grau de instrução dos autores constantes nos processos de JECRIMs. Não foi possível determinar a escolaridade em 30,3% dos casos. Dentre os processos que continham informações, verificou-se que a maioria dos acusados, 62%, tinha até o nível fundamental. 11,5% tinham nível superior, pelo menos incompleto.

TABELA 10. Jecrims - Perfil dos Autores, por nível de escolaridade

Analfabeto	22	4,4	4,4
	Sabe ler e escrever		
54	10,7	15,0	
Fundamental Incompleto	131	25,9	41,0

Fundamental	Completo	106	21,0	62,0
Médio	Incompleto	44	8,7	70,7
Médio	Completo	90	17,8	88,5
Superior	Incompleto	18	3,6	92,1
Superior Completo	40	7,9	100	Sem informação
Total		505		100

Fonte: Diest/Ipea.

Em contraste com as Varas Criminais, apenas uma pequena parcela dos casos dos JECRIMS envolveram prisão na fase policial.

TABELA 11. Jecrims - Houve prisão na fase policial?

	Frequência	%
Não	775	91,5
Sim	72	8,5
Total	847	100

Fonte: Diest/Ipea.

Dessas prisões, cerca de 45% foram revogadas. Ainda, os processos encaminhados aos Jecrims são passíveis de algum tipo de benefício penal (transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil). Salvo as situações impeditivas, era de se esperar o uso frequente dessas medidas para economia processual e celeridade da justiça. Verificou-se que em apenas 8,4% dos processos analisados na pesquisa houve composição civil. Em 25,5% dos casos foi oferecida uma transação penal e em 7,2% foi oferecida a suspensão condicional do processo. Em 7,8% houve condenação dos réus.

TABELA 12. Jecrims - Houve composição civil?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	547	91,6	91,6
Sim	50	8,4	100,0
Total	597	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

TABELA 13. Jecrims - Foi oferecida transação penal?

	Frequência	%	% Acumulado
--	------------	---	-------------

Não	446	74,5	74,5
Sim	153	25,5	100,0
Total	599	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

TABELA 14. Jecrimis - Houve condenação?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	552	92,2	92,2
Sim	47	7,8	100,0
Total	599		

Fonte: Diest/Ipea.

III- RESULTADOS DO ESTUDO QUALITATIVO

Entre os órgãos judiciais visitados nas mais diferentes localidades, os JECRIMs foram os que apresentaram maior variedade nos procedimentos seguidos. Essas variações podem ser explicadas por vários motivos: a falta de estrutura local, a condição do juizado como adjunto a uma vara criminal, o acúmulo de processos ou as particularidades de entendimentos dos juízes responsáveis. Por conta dessa variedade, não foi possível estabelecer padrões de procedimentos seguidos, inclusive no processamento dos casos, no entanto, essa mesma variedade demonstra a forma diversificada pela qual se interpretam e aplicam, na prática cotidiana, os dispositivos e procedimentos legais estabelecidos.

De modo geral é possível entrever que ainda há resistência em trabalharem nos JECRIMs por parte de alguns juízes e servidores, assim como de promotores e de defensores. Conversas informais com esses atores atuantes nas varas transmitem uma impressão de que as atribuições dos juzizados são menosprezadas no âmbito do sistema de justiça criminal, o que, conseqüentemente, gera um desprestígio para o trabalho dos funcionários que aí estão lotados. Em algumas localidades visitadas, essa situação é interpretada como consequência de uma hierarquia que se estabelece com base no menosprezo pelos tipos penais de menor potencial ofensivo e na pouca visibilidade do papel dos juzizados - e aqui considerações acerca de progressão na carreira são percebidas com descrédito, pois os juzizados não ocupam um lugar de destaque junto aos Tribunais Estaduais. Alguns servidores e juízes entrevistados durante a pesquisa afirmam que os promotores de justiça, habituados a tratar de crimes mais graves, também não se interessam pelas causas de juzizados e não contribuem com a transação penal.

Deve-se ressaltar que, no discurso dos entrevistados, há um reconhecimento de que a conciliação possui grande capacidade de dirimir conflitos, de modo que seu uso é também justificado com o objetivo de dar baixa rápida ao processo. Pode-se dizer que as audiências de conciliação são aquelas que mais representam a ideia de acordo, pois pressupõem a presença de ambas as partes e a mútua concordância com os termos estabelecidos. Contudo, isso não implica, necessariamente, em um processo de composição das partes envolvidas. Além disso, segundo alguns juízes

entrevistados, há uma baixa resolutividade de conflitos por meio das conciliações nos juizados, devida, principalmente ao não comparecimento, em juízo, de réus e vítimas. Diante dessa falta de resolutividade, muitos preferem iniciar o processo já pela transação penal.

Outro tipo de resolução utilizada no juizado é a suspensão condicional do processo. Como observado pela equipe de pesquisa, as propostas de suspensão condicional de processo vêm sendo realizadas de maneira bastante automatizada. Em muitos juizados, quando cabe a suspensão do processo, o réu entra na sala de audiência e é convidado apenas a assinar o documento aceitando a suspensão, sem muitas explicações, somente com o aviso de que deverá comparecer para assinar na vara. Em geral, não lhe é realmente pedido o seu acordo.

A pesquisa encontrou grande variedade nos procedimentos seguidos para a realização das transações penais. Embora se espere a participação no ato do juiz, promotor de justiça, acusado e defesa, em vários casos observados um ou mais de um desses atores envolvidos não se encontrava presente. Na percepção de determinados servidores, a transação - enquanto conciliação e forma de resolução do processo penal, implica em um movimento de massificação usado de forma quase indiscriminada. Ademais, pouco espaço de diálogo é observado na realização deste ato. Na maioria das audiências acompanhadas pela equipe, a propositura dos valores e termos já estava préestabelecida ou era negociada entre juiz e promotor e somente informada ao réu e defensor. A negociação incidia sobre as datas para o pagamento e o tipo de parcelamento dos valores, mas nunca sobre o valor em si. Segundo alguns juízes esse tipo de desfecho dos processos causa insatisfação para muitas vítimas, problematizando a questão dos baixos valores propostos pelo MP a título de prestação pecuniária. Menos comum, aplica-se, também, a prestação de serviços à comunidade na transação penal, sendo esta a preferência de algumas localidades.

Em cada Fórum visitado também foram selecionadas algumas varas criminais para a realização de estudos de caso. Em fóruns das capitais, onde há maior especialização das varas, a seleção se restringiu às varas de competência comum. Tal escolha impôs um limite para que a pesquisa realizasse um estudo comparativo entre as localidades, especialmente tendo como foco os tipos de delitos. Por exemplo, o processamento de casos de tráfico de drogas não pôde ser verificado em capitais onde havia uma vara especializada em entorpecentes. Além disso, algumas varas visitadas acumulavam também as matérias do juizado. Contudo, as visitas às diversas varas criminais foram extremamente úteis para observar a aplicação das medidas e penas alternativas.

As percepções de juízes e servidores sobre as penas e medidas alternativas variaram muito segundo as localidades visitadas. Em alguns momentos, são vistas como sinônimo de impunidade, de ineficácia do sistema de justiça brasileiro em oferecer uma justiça rígida e eficiente. Segundo essa visão, se as alternativas penais foram pensadas como uma forma de desafogar as penitenciárias brasileiras, elas não estão cumprindo esse objetivo. Um dos motivos alegados por vários juízes do desprestígio das penas alternativas foi a banalização de sua aplicação pela oferta de cestas básicas no passado. Um dos juízes entrevistados explica que em 1996, quando foi possibilitada a aplicação de cestas básicas, não se poderia prever que ocorreria tamanha banalização.

Embora não sejam responsáveis pela execução, juízes de varas criminais de um dos fóruns visitados evitam a substituição por “saberem de antemão” que não será cumprida. Nota-se, em alguns desses casos, uma preferência pela aplicação do

regime aberto, justamente em ocasiões nas quais seria possível a substituição por penas restritivas de direito. A falta de regulamentação e fiscalização do regime aberto é vista como um dos fatores que impactam negativamente a execução das penas alternativas. Juízes e servidores alegam que quando há substituição por penas alternativas, mas não há estrutura para fiscalização do aberto, os réus não cumprem para poder ter sua pena regredida e vir para o regime aberto. Um réu bem orientado por um advogado sabe que só terá de comparecer à vara a cada dois meses para assinar uma lista de comparecimento.

Desde o momento da marcação da visita da equipe do IPEA com diretores de secretaria das varas criminais observou-se uma resistência por parte deles em relação à pesquisa. Essa resistência é, em geral, explicada pela pouca representatividade de processos possíveis de terem as penas substituídas nas varas criminais. Segundo os diretores, esses processos tendem a se perder no meio de outros considerados mais urgentes, especialmente aqueles que envolvem réus presos. Em varas que acumulam matéria de juizados, os processos tenderiam, ainda mais, a ficarem relegados a um segundo plano, e nesse caso, como se trata de penas curtas, haveria um grande volume de prescrição.

Já o trabalho de campo realizado nas varas de execução penal e de execução de penas e medidas alternativas teve como objetivo acompanhar a execução, monitoramento e fiscalização das penas e medidas alternativas; observar o fluxo dos processos que envolvem essas penas; e identificar o perfil do apenado.

Especializadas ou não, na maioria das vezes essas varas acabam delegando as funções de encaminhamento, acompanhamento e fiscalização, propriamente ditas, aos psicossociais e centrais de execução, ocupando-se apenas da parte mais cartorial e da realização de audiências. Em varas de execução genéricas os juízes tendem a dar preferência ao tratamento de crimes mais graves e alertam que não possuem estrutura suficiente, inclusive de pessoal, para dar encaminhamento aos processos que envolvem penas e medidas alternativas. Deve-se ressaltar também que as varas de execução de penas alternativas tendem a ter espaço marginal nos fóruns, em relação às varas de execução de penas em regime fechado. Não obstante, a percepção dos profissionais que atuam na área de alternativas penais é de que, apesar das dificuldades e da falta de estrutura, a aplicação das penas e medidas influi positivamente na trajetória dos cumpridores.

IV- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação deixa ao arbítrio do juiz avaliar se a substituição é suficiente considerando tanto o crime, pelos motivos e circunstâncias, quanto o réu, por sua culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade. Mas nota-se que questões alheias a esses critérios, como as percepções sobre a falta de estrutura para execução de penas alternativas e a ideia de que as alternativas penais são um sinônimo de impunidade, acabam restringindo as substituições. Os dados colhidos nos processos de Varas Criminais atestam claramente que a prisão é a categoria central que estrutura o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro.

Inclusive, o alto número de prisões em flagrante convertidas em prisão provisória indica a importância de se implementar a Lei de Cautelares, que reafirmou a excepcionalidade da prisão preventiva.

Embora a opinião comum sustente que a atuação dos juizados criminais especiais favoreceria a aplicação de sanções alternativas, já que os tipos penais de competência dos JECRIMs apresentam as características legalmente exigidas, muitos dos entrevistados na etapa qualitativa desta pesquisa afirmaram que existem vários problemas nos atos processuais dos JECRIMs e, de resto, nos próprios processos de conhecimento e de execução que interferem negativamente sobre a aplicação das penas e medidas alternativas. Com isso, o número de casos sentenciados com penas alternativas que efetivamente chega à fase de execução é bastante inferior (praticamente residual) em relação ao número que entra nos juizados e varas criminais e que seria passível de receber uma penalização alternativa.

A partir dos achados da pesquisa, que constatou vários fatores que enfraquecem e impedem o avanço da política criminal alternativa à prisão, foram sugeridas as seguintes ações ao Ministério da Justiça: **1) convocação de uma Conferência Nacional de Política Criminal, com amplo processo de discussão das alternativas de políticas; 2) reestruturação do Conselho Nacional de Política Criminal para permitir a presença de movimentos sociais organizados; 3) realização de mais estudos para fundamentar propostas de reforma do sistema de justiça criminal, para melhorar o planejamento das políticas e aumentar o controle social pela sociedade civil; 4) proposição ao Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da inclusão da política criminal brasileira entre seus temas de debate; 5) estabelecimento de parceria com o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, Defensorias Públicas e OAB, entre outros órgãos, para a revisão da política criminal brasileira.**

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA

DIRETORIA DE ESTUDOS E POLÍTICAS DO ESTADO, DAS INSTITUIÇÕES E DA DEMOCRACIA

A APLICAÇÃO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

RELATÓRIO DE PESQUISA – SUMÁRIO EXECUTIVO

Novembro de 2014

APRESENTAÇÃO

A publicação da pesquisa “*A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*”, realizada em parceria entre o Ministério da Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), é um marco na política de alternativas penais no Brasil. O trabalho realizado pela equipe coordenada pela Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia, do IPEA, permite uma maior compreensão das práticas adotadas pelo sistema de justiça criminal e uma melhor orientação da política pública implementada no país nessa área.

Os achados da pesquisa confirmam algumas impressões dos atores que atuam com alternativas penais e com justiça criminal, mas, também, servem para desconstruir certos preconceitos. Entre eles, está a noção de que a concessão de liberdade provisória seria sinônimo de impunidade. Porém, o estudo constata que, mesmo quando os réus respondem ao processo em liberdade, a prescrição ocorre em apenas 13,7% dos casos, considerando os processos que tramitaram em varas criminais. Apesar dessa constatação, a pesquisa confirma “*o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país*”. É gravíssima a informação de que em 37,2% dos casos pesquisados em que os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo. Projetando esse achado para o gritante número de presos provisórios no país, que ultrapassou a marca de 240 mil pessoas em dezembro de 2013, é provável que tenhamos cerca de 90 mil homens e mulheres encarcerados que, por diversas razões, não serão condenados à prisão, na maior parte dos casos com sentenças de absolvição ou condenação a penas alternativas.

A pesquisa se soma, também, a diversas outras publicações que revelam o sentido racial da política penal no Brasil. Levantamento realizado tanto em varas como em juizados permite análises importantes a esse respeito, sobretudo quanto à existência de maior número de réus negros nas varas criminais, onde a prisão é a regra, e maior quantidade de acusados brancos nos juizados, nos quais prevalece a aplicação de alternativas penais. Esses dados chamam, novamente, a atenção para os processos de construção de desigualdades e de reprodução de opressões nas instituições brasileiras, que conferem a cor negra aos nossos cárceres.

Considerada como um todo, a pesquisa permite uma compreensão essencial, que não pode deixar de ser mencionada nesta apresentação. A constatação de um certo descrédito quanto à aplicação das penas e medidas alternativas, a ausência dos juízes, promotores, defensores e até mesmo das partes nos atos processuais, o caráter burocrático das audiências de conciliação, todos esses elementos evidenciam que o sistema de justiça não incorporou o sentido restaurativo às práticas alternativas à prisão. As alternativas penais são tratadas, assim, como mera possibilidade, e não como recursos que fazem parte de uma maneira de lidar com os conflitos sociais.

A formação e a prática dos operadores do sistema de justiça valorizam o litígio e não a solução restaurativa dos conflitos que chegam ao Judiciário. Não há encorajamento das partes, envolvimento dos operadores ou priorização institucional, justamente porque a Justiça segue majoritária e intencionalmente sendo retributiva. Seguindo desse modo, qualquer alternativa penal continuará sendo meramente burocrática e significará, sempre, aumento de controle, afastando-se de sua vocação como opção à privação da liberdade e do compromisso com a restauração das relações sociais.

Dá a necessidade de profunda transformação no sistema de justiça criminal do país, que deve assumir a falência do modelo de encarceramento em massa, passando a reconhecer o cárcere como última opção e privilegiando a aplicação efetiva de alternativas penais.

Victor Martins Pimenta

Coordenador-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas
Departamento Penitenciário Nacional
Ministério da Justiça

I- INTRODUÇÃO

Desde 2000, o Governo Federal executa, por intermédio do Ministério da Justiça (MJ), a política nacional de penas alternativas, com foco no apoio à criação de estruturas que viabilizem a execução dessas sanções no âmbito das unidades federativas. Criado em setembro do referido ano, a partir de proposta do Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPCP) e sob a gerência da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas tem como objetivo desobstruir óbices burocráticos e outros empecilhos criados por parte dos atores institucionais para aplicação e monitoramento das sanções alternativas, incentivando sua aplicação e apoiando a criação de Centrais de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas.

É necessário ampliar o conhecimento sobre o contexto que antecede essa modalidade de execução penal e a própria *aplicação* dessas penas e medidas pelo sistema de justiça brasileiro. Por exemplo, compreender de forma mais aprofundada as inovações recentes na política criminal brasileira que indicam a necessidade de repensar o lugar das penas e das medidas alternativas no sistema de justiça. Podem-se citar, de um lado, os óbices à aplicação desse tipo de medidas impostas pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e, de outro, o aumento do leque de medidas cautelares à disposição do sistema de justiça, possibilitado pela Lei 12.403/2011 (a nova Lei das Cautelares). Adicionalmente, adensa-se a percepção de que o próprio sistema de justiça criminal, incluindo as polícias, o Ministério Público, o Judiciário e os advogados, com seus valores e éticas profissionais distintos, com as rotinas e os procedimentos específicos aos órgãos a que se vinculam, é portador de uma lógica

de atuação que interfere diretamente sobre o que se concebe, na prática processual, como pena alternativa e sobre os fins a que se destina.

O Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ), por meio da Coordenação-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), estabeleceu acordo de cooperação técnica com o Ipea para realização do projeto “*A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*”. O termo de referência acordado entre os dois órgãos possibilitou a realização de um diagnóstico quanto à aplicação de penas e medidas alternativas. Quanto ao estudo quantitativo, pretendeu-se originalmente executar um levantamento retrospectivo sobre o fluxo da justiça criminal, desde a fase de execução penal até o inquérito policial. Para tanto, a pesquisa centrou-se em algumas unidades da federação que apresentam maior taxa de homicídios por habitantes, incluindo Alagoas (AL), Distrito Federal (DF), Espírito Santo (ES), Minas Gerais (MG), Pará (PA), Paraná (PR), Pernambuco (PE), Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP).

Construiu-se uma amostra para cada uma das unidades da federação selecionadas. Foram escolhidos processos distribuídos entre varas criminais e juizados especiais com baixa definitiva em 2011. Os formulários para coleta de dados foram compostos por questões fechadas que abrangiam, entre outras, variáveis relativas ao perfil sociodemográfico do autor e variáveis estritamente processuais, que pudessem fornecer subsídios para a compreensão do fluxo do sistema de justiça criminal. Complementarmente à pesquisa quantitativa, trabalhou-se com um enfoque qualitativo. Com a vantagem de possibilitar a abordagem mais intensiva e pormenorizada do funcionamento rotineiro do sistema de justiça, a pesquisa qualitativa enfocou os órgãos onde se dá o desfecho do processamento do fluxo da justiça criminal, ou seja, o trabalho de campo envolveu a observação de audiências e a realização de entrevistas com magistrados e servidores de varas e juizados criminais, varas de execução penal e centrais de penas e medidas alternativas. De forma a diversificar os casos estudados, foram selecionadas cinco UFs dentre aquelas que tomam parte no estudo quantitativo, garantindo-se a inclusão de todas as regiões geográficas brasileiras. Em cada uma das UFs selecionadas a capital e uma cidade do interior foram objeto de investigação, com o intuito de confrontar as duas realidades, em termos de estrutura e procedimentos, de modo a tentar compreender seu impacto sobre a implementação das penas e medidas alternativas. A expectativa é a de que os “achados” da pesquisa possam ajudar a esclarecer os meandros da aplicação e da execução das penas e medidas alternativas pelo sistema de justiça, contribuindo para apontar os desafios da política nacional.

II- RESULTADOS DO ESTUDO QUANTITATIVO

Primeiramente se abordarão os dados referentes aos processos tramitados em Varas Criminais. Posteriormente, se apresentarão os resultados quanto ao estudo dos processos de Juizados Especiais Criminais - JECRIMs (a partir da TABELA 9). Na TABELA 1, observa-se que a maioria dos processos origina-se de inquéritos policiais instaurados a partir de flagrante.

TABELA 1. Varas criminais - Inquéritos instaurados a partir de:

Frequência	%	% Acumulado
------------	---	----------------

			59,2
			94,0
			100,0
Flagrante	1.258	59,2	
Portaria	740	34,8	
Outro	127	6,0	
Total	2125	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

Constata-se que 59,2% deles foram instruídos por um inquérito instaurado a partir da prisão em flagrante dos suspeitos e 34,8% a partir de inquéritos iniciados por portaria. Além disso, em 6% dos casos os acusados já se encontravam presos por motivos alheios ao processo. Ou seja, **em 65,2% dos processos analisados os acusados já se encontravam presos no momento da instauração dos inquéritos policiais.**

Passando da fase policial à denúncia. Vemos na TABELA 2 que a maioria das denúncias feitas pelo Ministério Público referem-se a pessoas mantidas presas.

TABELA 2. Varas criminais - O processo corria contra réu preso no momento da denúncia?

	Frequência	%
Não	842	45,4
Sim	1.012	54,6
Total	1.854	100

Fonte: Diest/Ipea.

A prisão provisória é a regra e não a exceção no Sistema de Justiça Brasileiro e há, em grande medida, a manutenção da prisão realizada na fase policial. Na parte qualitativa da pesquisa, verificou-se que a falta de uma defensoria ativa é um dos motivos que levam a que sejam mantidas as prisões cautelares, muitas vezes por delitos menores, como furtos simples, como furto de alicates de unha em lojas de departamento. Não obstante, outro fato que chamou bastante atenção da equipe, algumas vezes as prisões cautelares são mantidas como uma forma de prisão “terapêutica”, ou seja, uma oportunidade de desintoxicação do réu, caso se perceba seu envolvimento com drogas. Manter a prisão também é uma “estratégia” adotada quando se trata de pessoas em situação de rua, sem endereço fixo.

Como se evidencia na TABELA 3, a denúncia é aceita em 86,9% dos casos em que o acusado encontrava-se preso. Dentre o total de denúncias que são recebidas pelo juiz, 65,5% envolvem casos de flagrante.

TABELA 3. Processo em que a denúncia foi recebida pelo juiz por tipo de instauração de inquérito, segundo a condição do réu no momento da denúncia

	Réu em liberdade		Réu Preso		Total	
	Frequência	%	Frequência	%	Frequência	%
Flagrante	318	39,1	874	86,9	1.192	65,5
Portaria	431	52,9	124	12,3	555	30,5
Outro	65	8,0	8	0,8	73	4,0
Total	814	100	1.006	100	1.820	100

Fonte: Diest / Ipea

A TABELA 4 mostra as sentenças. Verificou-se que **46,8% dos réus foram condenados a penas privativas de liberdade e 12,2% foram condenados a penas alternativas**. Além disso, **6,0% tiveram que cumprir algum tipo de medida alternativa**, enquanto que 0,2% cumpriram medidas de segurança. 19,7% foram absolvidos.

TABELA 4. Varas criminais - Tipos de sentenças

	Frequência	%	%	Acumulado
Condenação a pena privativa de liberdade	1.106	46,8		46,8
Absolvição	467	19,7		66,5
Condenação a pena alternativa	288	12,2		78,7
Aplicação de medida alternativa	143	6,0		84,8
Aplicação de medida de segurança	5	0,2		85,0
Arquivamento	163	6,9		91,9

Desistência da Vítima	6	0,3	92,1
Prescrição	187	7,9	100,0
Total	2.365	100,0	
Fonte:	Diest	/Ipea.	

Ou seja, 85% dos réus receberam algum tipo de sentença definitiva. Em cerca de 15% dos processos não houve sentença de mérito, mas tão somente sentenças terminativas relacionadas a eventos como a prescrição do crime, a desistência da vítima ou o arquivamento por falta de materialidade das provas.

De acordo com a TABELA 5, no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou tiveram que cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se ainda os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), **constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados a pena privativa de liberdade.**

Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país.

TABELA 5. Varas criminais - Tipos de sentença segundo a situação do réu (prisão provisória ou não)

Tipo de Sentença	Prisão Provisória?			
	Não		Sim	
	Frequência	%	Frequência	%
Condenação a pena privativa de liberdade	254	25,2	852	62,8
Absolvição	232	23,0	235	17,3

Condenação	a pena	160	15,9	128	9,4
	alternativa				
Medida	Alternativa	102	10,1	41	3,0
Medida	de Segurança	2	0,2	3	0,2
Arquivamento		114	11,3	49	3,6
Prescrição		138	13,7	49	3,6
Desistência	da Vítima	6	0,6	0	0,0
Total		1.008	100,0	1.357	100,0

Fonte:

Diest

/Ipea.

Já entre os réus que responderam o processo em liberdade, observou-se a seguinte distribuição das sentenças proferidas: 25,2% foram condenados à prisão, 23% foram absolvidos e 26,0% foram condenados a penas ou medidas alternativas. Também é importante notar que 25,6% desses réus tiveram seus processos arquivados por falta de provas ou por prescrição.

Em suma, podemos constatar que a condenação a pena privativa de liberdade é o tipo de sentença mais frequente (46,8%). Além disso, verifica-se que 92,8% dos réus que cumpriram prisão provisória receberam uma sentença de mérito, ao passo que, entre os réus que responderam o processo em liberdade, apenas 74,4% chegaram a uma sentença de mérito. Do total de processos que tinham sido arquivados, 72,5% correram com o réu em liberdade. O alto percentual de sentenças de mérito obtidas em casos em que os réus cumpriram prisão provisória (92,8%) pode ser explicado pela tramitação prioritária desses processos e maior facilidade de se praticar atos processuais. Não obstante, o percentual também elevado de sentenças de mérito em casos de réus que não cumpriram prisão provisória (74,4%) demonstra que a liberdade não se apresenta como óbice objetivo à conclusão dos processos criminais.

TABELA 6. Varas criminais - A defesa recorreu?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	1.438	59,9	59,9
Sim, o réu aguardou em liberdade	427	17,8	77,7
Sim, o réu aguardou preso	537	22,4	100,0

Total 2.402 100,0

Fonte:

Diest/Ipea.

Como visto na TABELA 6, entre os réus condenados, 40,2% recorreram da sentença, sendo que apenas 17,8% deles aguardaram o recurso em liberdade. Ou seja, uma vez proferida a sentença de condenação, esta é cumprida imediatamente pela grande maioria dos réus. São poucos os processos com recursos capazes de adiar o cumprimento da sentença.

Cabe também explorar o perfil dos acusados. Com relação ao sexo dos autores, as informações contidas nos processos mostram que 90,3% dos acusados eram do sexo masculino e 9,7%, do feminino.

Já com relação aos dados raciais, as informações existentes nos processos criminais analisados não são muito precisas. Não foi possível determinar a cor dos autores em 30,9% dos casos. Dentre os processos que continham informações, **verificou-se que 41,9% dos acusados eram brancos e 57,6% negros.**

TABELA 7. Varas criminais - Perfil dos autores, por raça/cor.

Raça/cor	Frequência	%	% Acumulado
Branca	904	41,9	41,9
Negra	1243	57,6	99,5
Amarela	7	0,3	99,9
Indígena	3	0,1	100
Sem informação	966	-	
Total (válidos)	2.157	100	

Fonte: Diest/Ipea.

A mesma falta de informações foi uma dificuldade encontrada para aferir o grau de instrução dos acusados. Não foi possível determinar a escolaridade em 30,3% dos casos. Dentre os processos que continham informações, verificou-se que a maioria dos acusados, 75,6%, tinha até o nível fundamental. Apenas 4% tinham nível superior, pelo menos incompleto.

TABELA 8. Varas criminais - Perfil dos autores, por grau de instrução.

Graus de instrução	Frequência	%	% Acumulado
Analfabeto	65	3,0	3,0
Sabe ler e escrever	212	9,8	12,8

Fundamental Incompleto	934	43,1	55,9
Fundamental Completo	427	19,7	75,6
Médio Incompleto	199	9,2	84,8
Médio Completo	243	11,2	96,0
Superior Incompleto	37	1,7	97,7
Superior Completo	50	2,3	100
Sem informação	940		
Total	2.167	100	

Fonte: Diest/Ipea.

Comparando esses dados com o perfil encontrado nos processos de Juizados Especiais Criminais, vemos diferenças. Por exemplo, proporção de mulheres é um pouco maior nos JECRIMs: são 20,6% de pessoas do sexo feminino, contra apenas 9,7% no caso das Varas Criminais.

Na TABELA 9 percebe-se que houve dificuldade em se levantar informações sobre a composição racial dos autores de fatos delitivos nos JECRIMs, não sendo possível identificar a raça/cor em mais de 50% dos casos. Porém, a partir dos processos que continham essa informação, é possível se observar uma grande diferença em relação às Varas, sendo que os acusados nos JECRIMs são em sua maioria brancos, 52,6%.

TABELA 9. Jecrims - Perfil dos autores, por raça/cor.

	Frequência	%	% Acumulada
Branca	222	52,6	52,6
Negra	195	46,2	98,8
Amarela	5	1,2	100
Total	448		
Total	422	100	
Sem		informação	-

Fonte: Diest/Ipea.

A TABELA 10 apresenta os dados sobre o grau de instrução dos autores constantes nos processos de JECRIMs. Não foi possível determinar a escolaridade em 30,3% dos casos. Dentre os processos que continham informações, verificou-se que a maioria dos acusados, 62%, tinha até o nível fundamental. 11,5% tinham nível superior, pelo menos incompleto.

TABELA 10. Jecrims - Perfil dos Autores, por nível de escolaridade

Analfabeto	22	4,4	4,4
	Sabe ler e escrever		
54	10,7	15,0	
Fundamental Incompleto	131	25,9	41,0

Fundamental	Completo	106	21,0	62,0
Médio	Incompleto	44	8,7	70,7
Médio	Completo	90	17,8	88,5
Superior	Incompleto	18	3,6	92,1
Superior Completo	40	7,9	100	Sem informação
Total		505		100

Fonte: Diest/Ipea.

Em contraste com as Varas Criminais, apenas uma pequena parcela dos casos dos JECRIMS envolveram prisão na fase policial.

TABELA 11. Jecrims - Houve prisão na fase policial?

	Frequência	%
Não	775	91,5
Sim	72	8,5
Total	847	100

Fonte: Diest/Ipea.

Dessas prisões, cerca de 45% foram revogadas. Ainda, os processos encaminhados aos Jecrims são passíveis de algum tipo de benefício penal (transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil). Salvo as situações impeditivas, era de se esperar o uso frequente dessas medidas para economia processual e celeridade da justiça. Verificou-se que em apenas 8,4% dos processos analisados na pesquisa houve composição civil. Em 25,5% dos casos foi oferecida uma transação penal e em 7,2% foi oferecida a suspensão condicional do processo. Em 7,8% houve condenação dos réus.

TABELA 12. Jecrims - Houve composição civil?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	547	91,6	91,6
Sim	50	8,4	100,0
Total	597	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

TABELA 13. Jecrims - Foi oferecida transação penal?

	Frequência	%	% Acumulado
--	------------	---	-------------

Não	446	74,5	74,5
Sim	153	25,5	100,0
Total	599	100,0	

Fonte: Diest/Ipea.

TABELA 14. Jecrimis - Houve condenação?

	Frequência	%	% Acumulado
Não	552	92,2	92,2
Sim	47	7,8	100,0
Total	599		

Fonte: Diest/Ipea.

III- RESULTADOS DO ESTUDO QUALITATIVO

Entre os órgãos judiciais visitados nas mais diferentes localidades, os JECRIMS foram os que apresentaram maior variedade nos procedimentos seguidos. Essas variações podem ser explicadas por vários motivos: a falta de estrutura local, a condição do juizado como adjunto a uma vara criminal, o acúmulo de processos ou as particularidades de entendimentos dos juízes responsáveis. Por conta dessa variedade, não foi possível estabelecer padrões de procedimentos seguidos, inclusive no processamento dos casos, no entanto, essa mesma variedade demonstra a forma diversificada pela qual se interpretam e aplicam, na prática cotidiana, os dispositivos e procedimentos legais estabelecidos.

De modo geral é possível entrever que ainda há resistência em trabalharem nos JECRIMS por parte de alguns juízes e servidores, assim como de promotores e de defensores. Conversas informais com esses atores atuantes nas varas transmitem uma impressão de que as atribuições dos juzizados são menosprezadas no âmbito do sistema de justiça criminal, o que, conseqüentemente, gera um desprestígio para o trabalho dos funcionários que aí estão lotados. Em algumas localidades visitadas, essa situação é interpretada como consequência de uma hierarquia que se estabelece com base no menosprezo pelos tipos penais de menor potencial ofensivo e na pouca visibilidade do papel dos juzizados - e aqui considerações acerca de progressão na carreira são percebidas com descrédito, pois os juzizados não ocupam um lugar de destaque junto aos Tribunais Estaduais. Alguns servidores e juízes entrevistados durante a pesquisa afirmam que os promotores de justiça, habituados a tratar de crimes mais graves, também não se interessam pelas causas de juzizados e não contribuem com a transação penal.

Deve-se ressaltar que, no discurso dos entrevistados, há um reconhecimento de que a conciliação possui grande capacidade de dirimir conflitos, de modo que seu uso é também justificado com o objetivo de dar baixa rápida ao processo. Pode-se dizer que as audiências de conciliação são aquelas que mais representam a ideia de acordo, pois pressupõem a presença de ambas as partes e a mútua concordância com os termos estabelecidos. Contudo, isso não implica, necessariamente, em um processo de composição das partes envolvidas. Além disso, segundo alguns juízes

entrevistados, há uma baixa resolutividade de conflitos por meio das conciliações nos juizados, devida, principalmente ao não comparecimento, em juízo, de réus e vítimas. Diante dessa falta de resolutividade, muitos preferem iniciar o processo já pela transação penal.

Outro tipo de resolução utilizada no juizado é a suspensão condicional do processo. Como observado pela equipe de pesquisa, as propostas de suspensão condicional de processo vêm sendo realizadas de maneira bastante automatizada. Em muitos juizados, quando cabe a suspensão do processo, o réu entra na sala de audiência e é convidado apenas a assinar o documento aceitando a suspensão, sem muitas explicações, somente com o aviso de que deverá comparecer para assinar na vara. Em geral, não lhe é realmente pedido o seu acordo.

A pesquisa encontrou grande variedade nos procedimentos seguidos para a realização das transações penais. Embora se espere a participação no ato do juiz, promotor de justiça, acusado e defesa, em vários casos observados um ou mais de um desses atores envolvidos não se encontrava presente. Na percepção de determinados servidores, a transação - enquanto conciliação e forma de resolução do processo penal, implica em um movimento de massificação usado de forma quase indiscriminada. Ademais, pouco espaço de diálogo é observado na realização deste ato. Na maioria das audiências acompanhadas pela equipe, a propositura dos valores e termos já estava préestabelecida ou era negociada entre juiz e promotor e somente informada ao réu e defensor. A negociação incidia sobre as datas para o pagamento e o tipo de parcelamento dos valores, mas nunca sobre o valor em si. Segundo alguns juízes esse tipo de desfecho dos processos causa insatisfação para muitas vítimas, problematizando a questão dos baixos valores propostos pelo MP a título de prestação pecuniária. Menos comum, aplica-se, também, a prestação de serviços à comunidade na transação penal, sendo esta a preferência de algumas localidades.

Em cada Fórum visitado também foram selecionadas algumas varas criminais para a realização de estudos de caso. Em fóruns das capitais, onde há maior especialização das varas, a seleção se restringiu às varas de competência comum. Tal escolha impôs um limite para que a pesquisa realizasse um estudo comparativo entre as localidades, especialmente tendo como foco os tipos de delitos. Por exemplo, o processamento de casos de tráfico de drogas não pôde ser verificado em capitais onde havia uma vara especializada em entorpecentes. Além disso, algumas varas visitadas acumulavam também as matérias do juizado. Contudo, as visitas às diversas varas criminais foram extremamente úteis para observar a aplicação das medidas e penas alternativas.

As percepções de juízes e servidores sobre as penas e medidas alternativas variaram muito segundo as localidades visitadas. Em alguns momentos, são vistas como sinônimo de impunidade, de ineficácia do sistema de justiça brasileiro em oferecer uma justiça rígida e eficiente. Segundo essa visão, se as alternativas penais foram pensadas como uma forma de desafogar as penitenciárias brasileiras, elas não estão cumprindo esse objetivo. Um dos motivos alegados por vários juízes do desprestígio das penas alternativas foi a banalização de sua aplicação pela oferta de cestas básicas no passado. Um dos juízes entrevistados explica que em 1996, quando foi possibilitada a aplicação de cestas básicas, não se poderia prever que ocorreria tamanha banalização.

Embora não sejam responsáveis pela execução, juízes de varas criminais de um dos fóruns visitados evitam a substituição por “saberem de antemão” que não será cumprida. Nota-se, em alguns desses casos, uma preferência pela aplicação do

regime aberto, justamente em ocasiões nas quais seria possível a substituição por penas restritivas de direito. A falta de regulamentação e fiscalização do regime aberto é vista como um dos fatores que impactam negativamente a execução das penas alternativas. Juízes e servidores alegam que quando há substituição por penas alternativas, mas não há estrutura para fiscalização do aberto, os réus não cumprem para poder ter sua pena regredida e vir para o regime aberto. Um réu bem orientado por um advogado sabe que só terá de comparecer à vara a cada dois meses para assinar uma lista de comparecimento.

Desde o momento da marcação da visita da equipe do IPEA com diretores de secretaria das varas criminais observou-se uma resistência por parte deles em relação à pesquisa. Essa resistência é, em geral, explicada pela pouca representatividade de processos possíveis de terem as penas substituídas nas varas criminais. Segundo os diretores, esses processos tendem a se perder no meio de outros considerados mais urgentes, especialmente aqueles que envolvem réus presos. Em varas que acumulam matéria de juizados, os processos tenderiam, ainda mais, a ficarem relegados a um segundo plano, e nesse caso, como se trata de penas curtas, haveria um grande volume de prescrição.

Já o trabalho de campo realizado nas varas de execução penal e de execução de penas e medidas alternativas teve como objetivo acompanhar a execução, monitoramento e fiscalização das penas e medidas alternativas; observar o fluxo dos processos que envolvem essas penas; e identificar o perfil do apenado.

Especializadas ou não, na maioria das vezes essas varas acabam delegando as funções de encaminhamento, acompanhamento e fiscalização, propriamente ditas, aos psicossociais e centrais de execução, ocupando-se apenas da parte mais cartorial e da realização de audiências. Em varas de execução genéricas os juízes tendem a dar preferência ao tratamento de crimes mais graves e alertam que não possuem estrutura suficiente, inclusive de pessoal, para dar encaminhamento aos processos que envolvem penas e medidas alternativas. Deve-se ressaltar também que as varas de execução de penas alternativas tendem a ter espaço marginal nos fóruns, em relação às varas de execução de penas em regime fechado. Não obstante, a percepção dos profissionais que atuam na área de alternativas penais é de que, apesar das dificuldades e da falta de estrutura, a aplicação das penas e medidas influi positivamente na trajetória dos cumpridores.

IV- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação deixa ao arbítrio do juiz avaliar se a substituição é suficiente considerando tanto o crime, pelos motivos e circunstâncias, quanto o réu, por sua culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade. Mas nota-se que questões alheias a esses critérios, como as percepções sobre a falta de estrutura para execução de penas alternativas e a ideia de que as alternativas penais são um sinônimo de impunidade, acabam restringindo as substituições. Os dados colhidos nos processos de Varas Criminais atestam claramente que a prisão é a categoria central que estrutura o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro.

Inclusive, o alto número de prisões em flagrante convertidas em prisão provisória indica a importância de se implementar a Lei de Cautelares, que reafirmou a excepcionalidade da prisão preventiva.

Embora a opinião comum sustente que a atuação dos juizados criminais especiais favoreceria a aplicação de sanções alternativas, já que os tipos penais de competência dos JECRIMs apresentam as características legalmente exigidas, muitos dos entrevistados na etapa qualitativa desta pesquisa afirmaram que existem vários problemas nos atos processuais dos JECRIMs e, de resto, nos próprios processos de conhecimento e de execução que interferem negativamente sobre a aplicação das penas e medidas alternativas. Com isso, o número de casos sentenciados com penas alternativas que efetivamente chega à fase de execução é bastante inferior (praticamente residual) em relação ao número que entra nos juizados e varas criminais e que seria passível de receber uma penalização alternativa.

A partir dos achados da pesquisa, que constatou vários fatores que enfraquecem e impedem o avanço da política criminal alternativa à prisão, foram sugeridas as seguintes ações ao Ministério da Justiça: **1) convocação de uma Conferência Nacional de Política Criminal, com amplo processo de discussão das alternativas de políticas; 2) reestruturação do Conselho Nacional de Política Criminal para permitir a presença de movimentos sociais organizados; 3) realização de mais estudos para fundamentar propostas de reforma do sistema de justiça criminal, para melhorar o planejamento das políticas e aumentar o controle social pela sociedade civil; 4) proposição ao Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da inclusão da política criminal brasileira entre seus temas de debate; 5) estabelecimento de parceria com o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, Defensorias Públicas e OAB, entre outros órgãos, para a revisão da política criminal brasileira.**