

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

AMANDA KAROLINE EMERICK DA SILVA

**A CULTURA DO APRISIONAMENTO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS
DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**VITÓRIA
2017**

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

AMANDA KAROLINE EMERICK DA SILVA

**A CULTURA DO APRISIONAMENTO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS
DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Artigo Científico apresentado ao curso de
Direito da Faculdade Doctum de Vitória,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Penal
Orientador: Profº. Jardel de Deus

VITÓRIA
2017

**A CULTURA DO APRISIONAMENTO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS
DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Amanda Karoline Emerick da Silva¹

Jardel Sabino de Deus²

RESUMO

O presente artigo propõe uma análise acerca o controle jurisdicional das políticas públicas focando especialmente no estudo da política prisional brasileira. Delimitando o tema acerca da implementação das audiências de custódia, partindo de um diagnóstico de estado de superencarceramento, pelos parâmetros constitucionais, a Resolução nº 213, e demais dispositivos legais atrelados à questão central do objeto em estudo. No entanto, a questão central do presente estudo é: Diante de uma cultura do aprisionamento observada no Brasil, a audiência de custódia pode ser considerada uma forma de política criminal adequada que visa o desencarceramento? Para sua elaboração, utilizou-se da forma teórico-dogmática como metodologia, recorrendo-se de artigos e análise de doutrinas, documentos e jurisprudências. O que se defende neste trabalho é a importância das audiências de custódia como política pública prisional à luz da efetivação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura do Encarceramento; Audiência de Custódia; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article proposes an analysis about the jurisdictional control of public policies focusing especially on the study of Brazilian prison politics. Delimiting the theme about the implementation of custody hearings, starting from a diagnosis of supercarrier state, by the constitutional parameters, Resolution 213, and other legal devices tied to the central issue of the object under study. However, the central question of the present study is: Given a culture of imprisonment observed in Brazil, can a custodial audience be considered a form of adequate criminal policy aimed at disincarnation? For its elaboration, it was used in the theoretical-dogmatic form as methodology, resorting to articles and analysis of doctrines, documents and jurisprudence. What is defended in this work is the importance of custody hearings as prison public policy in the light of the realization of fundamental rights.

KEYWORDS: Culture of Incarceration; Custody Hearing; Fundamental rights.

1 Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da faculdade Doctum de Vitória – ES. E-mail: amandaemerick@hotmail.com.br

2 Professor Universitário, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende desenvolver uma análise do cenário penitenciário nacional, no sentido de revelar a importância das audiências de custódia para incentivar o combate à cultura do encarceramento em massa que ainda impera no Brasil. Faz-se necessário o fomento à pesquisa, pelo simples fato de ocuparmos o terceiro lugar no ranking dos países com o maior número de população carcerária do mundo, cenário drástico de superlotação das unidades prisionais no país, totalmente ineficaz que implica sérios problemas, pois, ao contrário de fazer cumprir a função essencial do Direito que é a pacificação social.

Podemos observar que essa cultura gera diversas implicações, afinal, a superlotação dos estabelecimentos prisionais serve de ponto central para a violação dos Direitos Humanos, decorrentes das precárias condições em que estes presos se encontram e leva o Estado à falência com os custos do sistema que abastece, afetando diretamente a possibilidade de implementação de políticas adequadas, ou seja, essa é a realidade verificada em nosso país.

Entretanto, com vistas a “cegueira jurídica” que contribui de forma mais nociva que benéfica para o seio social, uma das saídas para amenizar esse problema é buscar novas formas de punição que não necessariamente a prisão, e urgentemente, não somente olhar para o ordenamento jurídico interno, mas também para a normativa que rege determinados institutos jurídicos no plano internacional. No entanto, diante de uma cultura do aprisionamento observada no Brasil, a audiência de custódia pode ser considerada uma forma de política criminal adequada que visa o desencarceramento?

Nesse viés, a problemática deste artigo é refletir à respeito da atual crise nosso sistema penitenciário e frisar a importância da recente implementação das audiências de custódias frente à cultura do encarceramento, capaz de reverter esse estado de hiperencarceramento, de modo a tentar criar uma anticultura para resistir a esse estado de coisas que de alguma forma tem utilizado a prisão no Brasil como regra para todos os males, podendo fazer eventualmente que essa perspectiva de um país de aprisionamento, de devolução e vingança da pena, se modifique para

uma perspectiva mais lógica, humanizada e realística para o que de fato deve ser a pena. Busca-se assim mostrar os resultados alcançados com a audiência de custódia. Ou seja, presente artigo tem relevância social, pois diante da cultura do aprisionamento observada no Brasil, a audiência de custódia pode ser considerada uma forma de política criminal adequada para o efetivo desencarceramento, diante da observância dos princípios constitucionais que há de se valer a preservação do Estado Democrático de Direito.

Para sua elaboração, utilizou-se da forma teórico-dogmática como metodologia, recorrendo-se de artigos e análise de doutrinas, documentos e jurisprudências. O presente artigo se dividirá em 03 (três) capítulos. O primeiro intitulado “Da prisão”, abordará sobre prisões e medidas cautelares no sistema penal brasileiro, a prisão cautelar como política pública e a cultura do encarceramento. O segundo capítulo, sob o título “Dos tratados internacionais no ordenamento jurídico”, analisará a hierarquia supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como o julgamento da ADPF 347 MC/DF x A violação de direitos fundamentais da população carcerária. Por fim, tendo por título “Da implementação das audiências de custódia”, esboçará a Resolução do CNJ 213/2015 e o Combate a cultura do encarceramento.

1 DA PRISÃO.

1.1 PRISÕES E MEDIDAS CAUTELARES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O Estado ao chamar para si a titularidade do *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir, através dos desvios de conduta humana contra os bens jurídicos mais relevantes com reflexos penais, tem como único instrumento constitucionalmente conhecido o Processo Penal. Porém sabe-se que somente pode desenvolver-se com a fiel obediência de valores superiores, incorporados em princípios e regras que devem nortear o processo de imposição da reprimenda penal. No entanto, diversas prisões ocorrem por um critério qualitativo, no qual o juiz demonstra de fato a necessidade da prisão, porém tal maneira acaba indo de encontro a um critério quantitativo, devido a busca desenfreada pela diminuição de índices de violência e criminalidade.

A utilização da prisão preventiva como garantia específica, que não próprio processo, é integrar-se na ilegalidade da medida, além de inverter os valores postulados na Constituição Federal de que a liberdade é a regra. Contudo, o *jus puniendi* deve ser observado à luz da Constituição Federal, na observância dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa investigada e do contraditório, (BRASIL 1988, artigo 5º, incisos LVII e LXI), para que só ao final de todas as circunstâncias apuradas, imputar a responsabilidade do acusado. Assim, a prisão deve ser tratada sempre como excepcionalidade, ou seja, aplicada em *última ratio*, como resposta ao uso inadequado de um direito que configura abuso, ou ainda, a qualquer transgressão criminal de maior relevância para a sociedade deve ser reprimida pelo Estado.

Em outra perspectiva de análise, Aury LOPES JR. revela a desfaçatez desse argumento. “É preocupante sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policaresco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado”. Com isso, podemos concluir que mesmo diante de tantas mudanças legislativas no trato das prisões a promover revolução na matéria, temos hoje um cenário de excesso de encarcerização por conta da banalização do uso das prisões cautelares. Segundo Eugênio Pacelli. “Se não for o caso de anterior prisão em flagrante, e se forem atendidos os requisitos gerais previstos no artigo 282, I e II do CPP, fundar-se-á em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo”. (PACELLI., 2016, p.504).

Apesar da existência das normas e princípios que assegurem a aplicação do Direito Penal, somente quando os demais ramos do direito falharem, o Brasil com relação as prisões, assumiu em definitivo a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado, porém, com o advento da lei 12.403/11 ampliou-se um leque de alternativas como as de medidas cautelares para proteção regular do processo penal, ratificando a jurisprudência consolidada de que a prisão cautelar deve ser aplicada como *ultima ratio*. Esse conjunto de novas medidas cautelares, se corretamente aplicadas e fiscalizadas, poderiam inaugurar um novo tempo em

relação à questão da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, vindo a minimizar os graves problemas enfrentados no sistema carcerário.

Segundo a Juíza Gisele Souza de Oliveira, “A lei 12.403/11 corre sério risco de entrar para história como mais um daquelas que “não colaram”, pois diante dos números no sistema carcerário pode-se confirmar o seu parcial fracasso, diante da falta de debate, no meio jurídico e com a sociedade”. (SOUZA, p116. 2017). De qualquer forma, reformas pontuais ocorridas não foram suficientes para resolver o problema crônico de encarceramento em massa no Brasil, no entanto, apesar do descrédito da lei supramencionada, existem outros instrumentos capazes de influenciar positivamente nesse cenário no intuito de remeter para questões de política criminal. Afinal, todos os meios aptos a reverter esse cenário de desencarceramento exercem a mesma função processual, ou seja, o acautelamento dos interesses da jurisdição criminal, porém, cumpre salientar que a função maior do Poder Judiciário é garantir os direitos fundamentais do cidadão, e não combater a criminalidade.

1.2 A PRISÃO CAUTELAR COMO POLÍTICA PÚBLICA.

A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal, assim, pode-se afirmar que o enclausuramento por conveniência da instrução criminal possui caráter eminentemente instrumental, pois visa a tão somente o bom andamento do processo. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual.

Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubo, homicídios ou estupros nas metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida

cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade, de, no processo, o réu ser preso. Não é a prisão cautelar que resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo.

O Judiciário não pode substituir a ação do Executivo, salvo quando provocado por ação própria em decorrência de omissão ou ação lesiva a direito de terceiros, e, este não é o caso. Prender muito, não significa “prender bem”, ao contrário, prender muito influi na formação de carreiras criminosas, com prejuízo para a sociedade. A prisão é necessária no controle da criminalidade, mas deve ser utilizada com parcimônia pelo Estado, abrindo mão de uma política criminal baseada no aprisionamento, pois além de ineficaz possui efeitos criminógenos, é o que será confirmado no capítulo seguinte.

1.3 A CULTURA DO ENCARCERAMENTO.

Com vistas a atual situação do sistema carcerário, podemos confirmar que a cultura do encarceramento ainda impera no Brasil, a contar com o número de 654.372 ocupando o 4º (quarto) lugar no ranking como o país de maior população carcerária do mundo. Dessa forma, um diagnóstico do sistema carcerário brasileiro realizado pelo CNJ em conjunto com os Tribunais de Justiça de todo o Brasil (2017), apontou que o nosso país mantém 433.318 presos condenados, ou seja 66% e o restante são presos provisoriamente 221.054, o que corresponde a 36% do total da população carcerária.

No entanto, chegou-se à conclusão de que: “com o pretexto de garantir a segurança da sociedade, o sistema de justiça criminal, e sua lógica autorreferenciada construída em torno do “fim-prisão”, tem feito uso sistemático, abusivo e desarrazoado da detenção provisória, ignorando o direito constitucional ao devido processo legal e privando de liberdade, por antecipação ilegal da pena, pessoas que gozam do princípio da inocência.

Como resultado, decorrem desta mecânica judicial automatizada custos pessoais, sociais e econômicos inestimáveis e sem nenhum impacto comprovado sobre o fim que supostamente se deseja alcançar em relação ao problema da criminalidade”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça, Janeiro/2017)

Todos esses dados reforçam a necessidade de mudanças legislativas que prevejam mecanismos para se restringir o uso banal das prisões cautelares, devendo-se avaliar melhor as circunstâncias que levam à prisão, tornando disponível ao juiz mais elementos de convicção acerca de seu cabimento e aplicação das medidas cautelares, no sentido de evitar prisões preventivas desnecessárias. O excesso de prisão enseja em um círculo vicioso, pois prender muito, não significa prender bem, ao contrário, prender muito pode influir na formação de carreiras criminosas, desestimulando a função social da pena, que ao invés de ressocializar o preso, o desvia para ter mais ódio do sistema e passam a integrar-se na "faculdade do crime", onde saem pior do que entraram e voltam a delinquir, na maioria das vezes, com maior frequência, trazendo prejuízos para a sociedade, intensificando a precariedade no sistema penitenciário de modo a violar os direitos humanos.

Os encarcerados no Brasil têm previsão de garantia de suas integridades física e moral em diversas legislações, tanto nacionais quanto internacionais. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIX, assegura ao preso o respeito à integridade física e moral. A Carta consigna, ainda, que 'ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). A Lei 7.210/84, Lei de Execuções Penais, em seu capítulo II, elenca o rol de assistências assegurado aos presos. No entanto, o Brasil apesar de ser um dos países que mais ratifica Tratados de Direitos Humanos, tem sua realidade de superlotação carcerária indo de encontro com a violação dos direitos humanos dos presos no Brasil.

Números obtidos pelo Estado foram apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em documento enviado, destaca o seguinte trecho: “Para acabar com o déficit atual de 250 mil vagas no sistema penitenciário nacional, seria necessário um investimento de pelo menos R\$ 10 bilhões”, (2016). Ocasão que impulsionou uma blitz nos presídios de todo Brasil para realização de um censo do sistema carcerário nacional.

No mesmo ano de 2016 a Ministra Carmen Lúcia à frente do CNJ, mobilizou ações voltadas à racionalidade, à eficiência e à transparência de forma a contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional. Em observância ao princípio da transparência, apresentou o "Relatório de Gestão da Ministra Cármen Lúcia (1 ano)", contendo os principais resultados da gestão nesse período.

No entanto, diante do drástico cenário penitenciário a Ministra ressaltou que: "O problema principal é o número excessivo de presos, sem condições, portanto, de dar cumprimento integral ao que foi determinado pelo STF, ou seja, fazer com que as pessoas estejam lá em condições de dignidade". O resultado deste relatório foi de apenas confirmar *in loco* a necessidade de urgentes mudanças no sentido da promoção de políticas públicas que assegurem o cumprimento da Lei de Execução Penal e aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Contudo, é importante que Brasil se posicione de forma prática no sentido de coibir tais violações aos direitos humanos dos presos, na medida em que o próprio ordenamento pátrio, bem como os tratados internacionais sobre a matéria, confere tais garantias aos encarcerados. Uma das alternativas capazes de influenciar positivamente este cenário é as audiências de custódia, considerada como um mecanismo que conta com amplo apoio dentre as instituições integrantes do sistema judiciário e na doutrina que foi extraído e ratificado no Brasil que será demonstrado no capítulo seguinte.

2 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

2.1 DA HIERARQUIA SUPRALEGAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Podemos observar que o Processo Penal sofre bastante influência internacional, por meio de tratados e convenções. Após a ditadura militar, o Brasil subscreveu, ratificou e promulgou internamente vários tratados internacionais. Dois desses diplomas são de grande importância por cuidarem especificamente de direitos e garantias fundamentais. Por último, depois de passados 30 anos da sua elaboração, foram

incorporados ao nosso ordenamento jurídico o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque de 1966 (Decreto nº 592/92) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto San José da Costa Rica de 1969 (Decreto nº 678/92). Com efeito, antes da EC. nº 45, a doutrina majoritária efetivamente entendia que os tratados envolvendo direitos humanos, como os dois últimos supramencionados haviam sido incorporados em nosso ordenamento em nível constitucional, complementando a Carta Magna, independentemente de aprovação por votação.

Nesse sentido, Flávia Piovesan, entende que só se aplica aos tratados internacionais promulgados e ratificados após 8/12/2004, sendo que os anteriores que ingressaram em nosso ordenamento jurídico, em patamar constitucional, de forma coerente com o texto da Carta Magna que vigorava na época, e se, for o caso de conflito entre o direito internacional e o direito interno, deve prevalecer o critério da prevalência. (PIOVESAN, São Paulo, 1996, p.21)

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, considerou que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos foi recepcionada a nível inferior à Constituição, mas em patamar superior as leis internas, isto é, com status supralegal (RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009). Por fim, esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira com o fim de impedir retrocessos, bem como, avançar no que tange à proteção dos direitos humanos.

2.2 JULGAMENTO DA ADPF 347 MC/DF X A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA.

Diante do cumprimento do modelo do Código de Processo Penal (CPP, artigos 306-310), as providências previstas são insuficientes para preservar a garantia integral aos direitos humanos da pessoa presa em flagrante e a omissão de realização da audiência constitui irregularidade que precisava ser sanada pelo Estado brasileiro. Entretanto, dentre as situações precárias encontradas praticamente em todos os estabelecimentos prisionais no Brasil, em 2015 o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 pedindo que

se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e, estipule-se adoções de providências para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no País.

Segundo o Partido Político, a Ação Constitucional trata-se de um instrumento adequado para este fim, na medida em que não faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos humanos dos presos, mas sim “vontade política” para implementá-las, destaca-se o seguinte trecho: “Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição do que o sistema prisional brasileiro.

O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do STF”. (Partido Socialismo e Liberdade, 2015)

No entanto, foi debatida a ADPF perante o Supremo Tribunal Federal e julgada a medida liminar parcialmente procedente, no sentido de determinar aos juízes e tribunais que lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal, bem como, aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Além disso, determinou aos juízes e tribunais que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal, para que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo e por fim, à União que libere

o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Sobretudo, a Corte Maior chegou a reconhecer que o Sistema Penitenciário Nacional caracterizava o “estado de coisas inconstitucional”, consoante pode se perceber pela ementa do julgado decidido pela Corte Suprema.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 347-DF, STF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9.9.2015, publicado no DJ em 19.2.2016)

Como resultado, sob o ângulo do risco e da necessidade de adoção urgente de providências a equacionar o problema relatado, inclusive em prol da segurança de toda a sociedade o Plenário determinou a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) à administração local, bem como fixou em 90 dias o prazo ao Judiciário para a implementação das audiências de custódia, por força do comando extraído do Pacto São José da Costa Rica e do Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos gerar a inconstitucionalidade progressiva ou constitucionalidade provisória do modelo atualmente aplicado (CPP, artigos 306-310), passando-se a declarar a ilegalidade das prisões em flagrante convertidas em prisão preventiva, sem garantir a entrevista pessoal do preso com a autoridade judiciária, quando o Poder Judiciário Nacional e os demais órgãos que atuam no sistema judiciário estejam efetivamente instrumentalizados para a implantação das audiências de custódia.

3 DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.

3.1 RESOLUÇÃO Nº213 DO CNJ.

O Conselho Nacional de Justiça optou por criar a regulamentação geral: Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, e orientar os Tribunais a regulamentarem de forma mais específica o procedimento a ser adotado na audiência. Qual seja, o direito de o preso em flagrante ser levado, pessoalmente, e sem demora à presença da autoridade judicial competente para avaliar a legalidade ou necessidade de sua prisão tem previsão em Tratados Internacionais já ratificados pelo Brasil (Pacto San José da Costa Rica e Pacto de Direitos Civis e Políticos).

O CNJ estabeleceu em caráter cogente a realização do ato que acabou por ser conhecido como contexto brasileiro sob a denominação de *audiência de custódia*. Tal disposição normativa veio regulamentar os ditames presentes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela resolução nº 2.200-A (XXI), da ONU, em 19 de dezembro de 1966, e, principalmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada pela OEA, em 22 de novembro de 1969, ambos ratificados pelo Brasil, o primeiro, por meio do Decreto nº 592 no ano de 1992 e, o segundo por meio do Decreto de nº 678 do mesmo ano citado. No entanto, a regulamentação tem sido implantada através de Resoluções e Provimentos, que tomam como base o procedimento visto no Projeto de Lei do Senado (PLS) 554/2011 o qual prevê a realização da audiência para a apresentação do preso a autoridade judiciária até 24 horas a contar da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Cumpra salientar que tramita no Senado Federal o PL 554, de 2011, que alterando o Código de Processo Penal, institui a audiência de custódia, dando como nova redação ao artigo 306 do CPP, fixando o referido prazo de 24 horas e a audiência de custódia. No entanto, trata-se de audiência em que estarão o juiz, o representante do Ministério Público, a defesa e o preso. O juiz poderá adotar umas das decisões previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal.

Essa regulamentação desde que implantada em consonância com a lei de organização judiciária de cada Tribunal e não afronte os princípios constitucionais que regem o processo penal, cumpre o relevante papel de garantir a eficácia aos direitos humanos da pessoa presa em flagrante delito, fazendo-o com respaldo na Constituição Federal, com ênfase para o artigo 5º, §1, o qual dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No entanto, umas das consequências imediatas disso, foi a de que, à luz do entendimento firmado pela Corte, e por força do disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), enquanto instituto processual penal, embora carecesse de regulamentação pormenorizada, veio a ser realizado pela Resolução nº 213 do CNJ, pois mesmo com previsão supralegal, o sistema brasileiro de persecução penal não havia instituído condições para que esse direito pudesse ser exercido por aqueles presos em flagrante.

Em diversos precedentes a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado que o controle judicial imediato que proporciona a audiência de custódia representa um meio de controle idôneo para evitar as capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o não culpado de maneira coerente com a presunção de inocência”. (Corte Interamericana De Direitos Humanos, Caso Acosta Calderón Vs. Equador, 2005).

A principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de

Direitos Humanos. De modo mais específico, Caio Paiva neste sentido diz que “pode-se afirmar, ser o principal objetivo de a audiência de custódia fazer cessar ou evitar o risco de incidência de um dos principais problemas verificados nesta fase de persecução penal, que com a superlotação carcerária, aumentam-se as ocorrências de violações à incolumidade física e/ou psíquica dos indivíduos que tiveram sua liberdade privada em razão de prisão cautelar ou definitiva, além de assegurar os direitos humanos da pessoa presa. (PAIVA, p. 19, 2017).

No entanto, pode-se afirmar que as audiências de custódia, além de evitar prisões desnecessárias, permitindo-se tomar providências diante de possíveis casos se preso foi vítima de maus tratos ou torturas durante a abordagem policial, atenuar o encarceramento em massa, ela permite analisar o potencial auxílio na redução dos gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios no país. Ou seja, trata-se de relevante instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais, que fortalece a visão do juiz como fiador desses mesmos direitos perante a sociedade.

Destarte, levando-se em conta do que foi abordado acima, podemos concluir que a Resolução nº 213 do CNJ não inova a ordem jurídica, mas apenas explicita o conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal. Entretanto, desde a sua regulamentação no ano de 2015 é importante demonstrar a importante evolução que o sistema penitenciário teve neste primeiro biênio de vigência, bem como, sua aplicabilidade no novo modelo tem alcançado diversos objetivos. Todavia, além de ser uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos que ao Brasil não é dado o poder de desprezar, deve-se como Estado Democrático de Direitos usar todos os instrumentos e ferramentas legais aptas a tornar um sistema mais racional a fim de mitigar essa ausência do impacto humano.

3.2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA X CULTURA DO ENCARCERAMENTO.

A questão mais relevante com o qual pretende contribuir este artigo, diz respeito ao modo como a audiência de custódia pode servir de mecanismo ou até mesmo como uma fase do procedimento que organiza o sistema de justiça criminal para mudanças no quadro do excesso de prisão. Como demonstrado nos capítulos anteriores, a visão punitivista de aprisionamento processual é levada a termo no

Brasil, aliado com a falta de estrutura do sistema penitenciário e à atuação equivocada do legislativo no trato da segurança pública, está longe de resolver problema no sistema penitenciário, pelo contrário, tendem só a agravá-los.

Podemos afirmar que estamos vivendo uma cultura de encarceramento, oportunidade que devemos averiguar a eficácia e importância das audiências de custódia no processo penal brasileiro, diante dos benefícios, garantias e limitações que decorrem da sua aplicação. Em um estudo diante do nosso cenário jurídico atual e para defender a hipótese lançada na presente pesquisa, tem-se como referência o posicionamento defendido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, firmado em um evento realizado no Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2016. O Ministro apontou:

“O Brasil prende muito mal, percebe-se com base números que comprovam isso, pois o país tem mais de 600 mil presos, sendo 40% deles provisórios. Isso equivale a 240 mil presos que não tiveram seus casos julgados, mas estão atrás das grades”.

Nota-se que se analisarmos os dados vinculados ao excesso número de presos provisórios, no somente no Estado do Espírito Santo, mas em todo território nacional, podemos afirmar que o aumento da população carcerária brasileira não significou até os dias de hoje, a redução nos índices de violência, pelo contrário, além disso, a sensação de insegurança não diminuiu.

O Ministro ainda salienta que o excesso de prisões no país e a ideia de que quanto mais gente presa, mais segurança à sociedade terá, e nessa oportunidade afirmou:

“O projeto das audiências de custódia não muda necessariamente a situação carcerária do país, pois é preciso mudar a “cultura do encarceramento” que não passa somente pelos Delegados de Polícia ou aos membros do Ministério Público, mas também a Magistratura tem sua parcela de responsabilidade com as decisões dos juízes de execução”.

Neste sentido, convém consignar que são muitos os desafios a serem superados para uma completa alteração do atual paradigma da cultura do encarceramento, mas, a audiência de custódia tem trazido até os dias de hoje, efeitos positivos no sistema carcerário depois de sua implementação, vem transformando de forma positiva o sistema prisional com a finalidade de resgatar a cidadania e efetivar os direitos fundamentais dos presos e impactando no combate ao desencarceramento.

Não obstante a afirmação do Ministro supramencionada, essa não é a única referência. Podemos ter como base, o relatório descritivo e analítico produzido em dezembro de 2014, pelo Departamento Penitenciário Nacional, a Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública que reconhecem e adotam o mesmo pensamento, no sentido de que:

“Vale enaltecer as iniciativas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de **implementar o instituto da audiência de custódia e, a um só tempo, agregar precioso instrumento de prevenção** à tortura e aprimorar o processo decisório envolvendo a aplicação da prisão provisória, responsável por 40% das pessoas privadas de liberdade no país”, ou seja, ao passo que diversos países estão reduzindo as suas taxas de encarceramento nos últimos anos, o Brasil segue em trajetória diametralmente oposta”. (p.6)

“**Deve impulsionar esta relevante política, e assim, encorajar os órgãos do sistema de justiça a ampliarem a aplicação das medidas cautelares e protetivas previstas em lei**, bem como concretizar o princípio da excepcionalidade do uso da prisão”. (p.6)

Portanto, têm-se, duas referências da presente pesquisa a posição do Ministro Ricardo Lewandowski, bem como, o censo realizado pelo Ministério da Justiça. Com ambos exemplos, é possível observarmos que mesmo com os eventuais desafios acerca do sistema prisional, a transformação da realidade carcerária interessa a todos, e, o que está em evidência e se confirma como a questão central do presente artigo, ou seja, a conscientização sobre a importância da audiência de custódia no sistema penal brasileiro à luz dos direitos fundamentais, razão pela qual será defendida.

Podemos observar que essa cultura gera diversas implicações, pois traz consigo, além de prisões superlotadas consideradas verdadeiros depósitos de seres humanos, faz aumentar invariavelmente os efeitos criminógenos em todo sistema prisional brasileiro, servindo apenas como verdadeiras faculdades do crime, o que fortalece cada vez mais o caos penitenciário, de forma a atingir negativamente toda sociedade, afinal, a superlotação dos estabelecimentos prisionais serve de ponto central para a violação dos Direitos Humanos decorrentes das precárias condições em que estes presos se encontram e leva o Estado à falência com os custos do sistema que abastece, afetando diretamente a possibilidade de implementação de políticas adequadas, ou seja, essa é a realidade verificada em nosso país.

As audiências de custódia começam a mudar a realidade dos presídios, isso se verifica com base segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) no primeiro semestre de 2015, foram registradas 565 mortes violentas no sistema carcerário brasileiro. As causas avaliadas pelos especialistas, seria a superlotação exagerada, que faz crescer a tensão entre os presos e os agentes prisionais. As audiências de custódia protagonizam verdadeira mudança da paradigma no sistema

da justiça criminal, são na verdade uma providência concreta para fazer frente à ideia de que com a prisão tudo se resolve. Essa cultura se instalou no sistema penal brasileiro, contaminando o pensamento de todos os setores da sociedade, que têm dificuldade de perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade.

Com base no relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi constatado que dentre os estados que implementaram a audiência de custódia, verificou-se que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que “estima que a redução pela metade do número de pessoas presas antes de terem sido condenadas gera uma economia anual de aproximadamente R\$ 4,3 bilhões de reais. Além disso, ao deixar que prender 120 mil pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de R\$ 9,6 bilhões de reais, totalizando uma economia de R\$ 13,9 bilhões aos cofres públicos”. (ADPF 347, 2015)

Nessa linha, podemos observar que o montante que corresponde à redução dos gastos com o sistema prisional das liberdades provisórias concedidas nas audiências de custódia tem importância da cultura do encarceramento, pois permite analisar o potencial auxílio na redução dos gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios no país. Ademais, diante da economia, impactando nos custos da máquina estatal, abre possibilidades de se investir não só no próprio sistema em suas instalações prisionais, mas também em mais em políticas públicas no que tange a defesa dos direitos fundamentais dos presos decorrente da falência no sistema prisional, devido a ineficiência de investimento adequado para abrandar o cenário precário.

No entanto, com base em dados estatísticos disponibilizados no site do Conselho Nacional De Justiça (CNJ), pode-se analisar o mapa de implantação das audiências de custódia, com abrangência de todo o Brasil até junho de 2017 têm-se as seguintes informações:

- Total de audiências de custódia realizadas: **258.485**
- Casos que resultaram em liberdade: **115.497 (44,68%)**
- Casos que resultaram em prisão preventiva: **142.988 (55,32%)**

- Casos em que houve alegação de violência no ato da prisão: **12.665 (4,90%)**
- Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: **27.669 (10,70%)**

Com base na publicação da pesquisa, pode-se feita a seguinte análise: As audiências de custódias não são um mecanismo de efeito paliativo para o sistema, pelo contrário, tem potencial para combater a cultura do encarceramento em massa, permitindo que sejam cumpridas as normas de direitos humanos, de modo a assegurar as garantias constitucionais, em relação a pessoa presa, bem como impactar na redução dos gastos que o Estado consome para manter o sistema carcerário, de modo a reduzir os gastos, propiciando ao Judiciário adotar outras formas de investir os recursos, como por exemplo trabalhos internos, estudos e com a própria segurança pública, à luz da humanização do processo penal.

CONCLUSÃO

A revisão bibliográfica feita nesta pesquisa evidenciou a importância das audiências de custódia no Brasil, por se tratar de um instrumento necessário para assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa que decorre da aplicação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Diante de uma cultura do encarceramento e de um país enraizado em uma política criminal que usa a prisão como forma de combater todos os males, busca-se com este artigo enfatizar a importância das audiências de custódia como política criminal voltada a produzir menos danos, frente à cultura do encarceramento.

Neste mote, visualiza-se tentar transformar a realidade e os problemas do sistema carcerário interessa, e, é dever de todos, mas não é algo conquistado do dia para a noite. Apesar das significativas mudanças depois da implementação das audiências de custódia é necessário que os *3 Poderes* façam um trabalho em conjunto, com criação de estruturas multidisciplinares, que envolvam centrais de serviços, estudos e outras alternativas penais, criando estímulos de forma a conscientizar toda sociedade, uma espécie de reforço a desnecessidade de imposição de satisfatividade por parte do Estado em relação aos transgressores.

Deve-se usar o Direito Penal como *ultima ratio* e a prisão ser tratada como excepcionalidade, oportunidade na qual for usado, ter critérios razoáveis para o combate à criminalidade, tendo sempre em vista a mitigação do poder punitivo, à luz dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI. Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. 11º ed. Editora Saraiva.

ANDREUCCI. Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial. 12º ed. Editora Saraiva.

CAIO PAIVA, MAURO FONSECA ANDRADE. Audiência de custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2017)
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>

DELMANTO, Código Penal Comentado, 9. Ed. Saraiva.

GISELE SOUZA DE OLIVEIRA, Audiência de custódia: Dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas. 3ª edição. Ver. Atual. Ampliada – Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2015). Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho 2014*. Brasília, DF. Recuperado de <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18ª ed. São Paulo.

SUPREMO

TRIBUNAL

FEDERAL:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>