

Introdução

Apesar de a dignidade da pessoa humana ser um fundamento da República, inerente a todo ser humano, não há dúvidas de que a prisão restringe direitos fundamentais do indivíduo em prol do suposto bem comum.

Conforme se verificará adiante, a prisão acultura e estigmatiza o cidadão que, independentemente da sorte do processo, terá vivido o ambiente prisional e carregará a pecha de ex-presidiário.

A situação é ainda mais agravante quando se trata de presos provisórios, ou seja, daqueles presumidamente inocentes, nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que não têm contra si decreto condenatório definitivo.

Embora a prisão desses seja um mero instrumento útil para o *jus puniendi* estatal, acaba por marcá-los para sempre, interferindo de maneira avassaladora no rumo e dignidade de suas vidas e daqueles que os circundam.

Com metodologia de pesquisa legislativa, documental, bibliográfica e jurisprudencial, serão destacadas questões que permeiam o problema da prisão provisória no Brasil. O objetivo é contribuir para a discussão, perquirindo soluções para que a instrumentalidade processual não ocorra de forma indevida, sancionando a dignidade do preso provisório.

Justifica-se a discussão pela histórica e cotidiana coisificação do preso, mesmo na provisoriedade da prisão, pela qual a audiência de custódia surtiu como luz de dignidade ao ser humano que é detido e agora, levado sem demora à autoridade judiciária.

1 A prisão provisória no Brasil

A busca pela liberdade tem sido perseguida pelos indivíduos ao longo dos séculos, a exemplo dos escravos na Idade Antiga e dos revolucionários iluministas na Idade Moderna, e a sua restrição, como substituição às penas capitais há muito denunciadas por Michel Foucault, divide opiniões entre os juristas acerca da efetividade das funções geral e especial desta espécie de pena.

Em que pese o destaque existente acerca dos efeitos deletérios da prisão-pena no Estado Democrático de Direito, isto é, da prisão decorrente da pena privativa de liberdade, pouco se discute quanto à restrição provisória da liberdade, quando sequer há definitividade de condenação e cominação de sanção a fundamentar o cerceamento de tal direito.

A prisão provisória não tem caráter satisfativo, mas meramente cautelar, servindo como instrumento às finalidades processuais previstas em lei e, por isso, deve preencher os requisitos específicos para decretação, sempre em observância à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. No ordenamento jurídico pátrio, compreende as modalidades temporária, preventiva e em flagrante e, enquanto esta logo é convertida em liberdade provisória ou prisão preventiva, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, a prisão temporária tem por escopo assegurar o sucesso das investigações e prazo definido em lei, conforme dispõe o artigo 2º da Lei n. 7.960/89 e artigo 2º, §4º, da Lei n. 8.072/90, restando a prisão preventiva como espécie de prisão cautelar mais comum e duradoura.

De acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva é cabível para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conceitos, por vezes, vagos; por conveniência da instrução criminal, quando atitudes do investigado ou réu ameaçam a lisura e integridade do *jus perseguendi*; ou para assegurar a aplicação da lei penal, em caso de interesse de fuga do distrito da culpa. Em todos os casos, é mister a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

No entanto, a realidade demonstra, mormente pelo extenso número de presos provisórios e pela duração da medida cautelar, que a prisão provisória deixa de ter apenas um lado instrumental no processo penal para se tornar uma efetiva - e indevida - forma de sanção do preso que, até o momento, é presumidamente inocente, ou não culpado, como preferem alguns.

Jr e Paiva (2014, p. 162), questionando o número de prisões provisórias no Brasil e citando Carnelutti, indicam que se vivencia um círculo vicioso em que "*é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar*".

De fato, consoante o “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil” (CNJ, 2014), a população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia e, desse grupo significativo de pessoas reclusas, 41% são presos provisórios, o que totaliza 563.526 detentos. Em sentido semelhante, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN - (DEPEN, 2019), elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, divulgado em junho de 2017, segundo o qual o percentual de presos provisórios atingiu o patamar de 33,29%.

De acordo com o relatório do CNJ, essa taxa de presos sem condenação no Brasil, cuja maioria está no cárcere há mais de noventa dias na maior parte dos Estados

brasileiros, é menor apenas que na Índia (67,6%), Paquistão (66,2%), Filipinas (63,1%), Peru (49,8%), Marrocos (46,2%) e México (42%), e, à época, se equiparava à proporção de condenados que cumprem pena em regime fechado, conforme se extrai do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (DEPEN, 2014), divulgado em junho de 2014.

É de causar estranheza também que "50,03% dos estabelecimentos prisionais no Brasil foram construídos para a detenção de presos provisórios"(DEPEN, 2019), o que sugere uma preocupação em manter essa espécie de medida cautelar como regra, ainda que não expressamente. Em aludida pesquisa, restou consignado que "a maior parte dos custodiados é composta por: jovens, pretos, pardos e com baixa escolaridade."

Diante de tamanha população carcerária provisória, a situação ainda é mais alarmante diante dos apontamentos realizados por Zaffaroni (2007, p. 71):

Aproximadamente 3/4 dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase 1/3 será absolvido. Isto significa que em 1/4 dos casos os infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade total dos casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito ao 1/4 restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que nesse 1/4 de casos absolvidos a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação.

Infere-se que a prisão cautelar é um indício de condenação, de modo que a absolvição somente se dá quando não encontrados substratos para o decreto condenatório. E quando absolvido, o indivíduo inocente já passara tempo significativo no sistema carcerário e, por isso, fora submetido a nítido processo de etiquetamento e desumanização.

2 A coisificação do preso

A princípio, cabe salientar que inexistente uma lei tratando especificamente da organização, direitos e deveres do preso provisório, sendo-lhe aplicada a Lei de Execução Penal no que cabível, nos ditames de seu artigo 5º, parágrafo único, a par da gama de direitos e garantias constitucionais aplicáveis a todos os reclusos.

Diante do atual cenário da prisão provisória no Brasil, que conta com alarmante número de detentos, é mister o conhecimento da notória violação de direitos fundamentais e do processo de estigmatização que vivenciam dentro do presídio e de sua influência na construção da sua estima social.

Para Neves (2018, p. 70):

O crescimento prisional excessivo e a falta de vagas são os principais fatores que resultam na superpopulação carcerária e, em consequência, refletem em violação a direitos fundamentais como a proibição do tratamento desumano e degradante e da proteção da integridade física e moral do preso, bem como violação de preceitos determinados na Lei de Execução Penal como o direito a unidade celular dotada de salubridade, lotação compatível com a estrutura e finalidade do estabelecimento prisional e adequada aos objetivos da individualização da pena, bem como resultam em condições de convivência não pacíficas entre presos. Esses são alguns dos graves problemas observados no cotidiano do sistema prisional brasileiro que não serão resolvidos com a construção de novas unidades prisionais, visto tratar-se de medida meramente paliativa.

Os centros de detenção e penitenciárias, evidentemente, restringem a liberdade e direitos dela decorrentes. No entanto, seus efeitos se estendem ainda mais, atingindo a própria dignidade do indivíduo - seja em razão da superlotação, que impede o cumprimento de pena em ambiente salubre e em respeito aos direitos constitucionais, seja em virtude da própria natureza da instituição e seus efeitos secundários.

Braga (2008, p. 36), com base nos estudos de Goffman, esclarece que há duas espécies de instituições sociais, uma na qual o indivíduo, apesar de ser de certa forma por ela delimitado, uma vez que suas ações devem corresponder às regras institucionais, pode exercer suas atividades normais sem ser por ela limitado, e outra na qual o interno é impedido de exercer com plenitude os demais papéis na comunidade. Esta última é denominada por Goffman como instituição total.

O sistema prisional se insere, sem sombra de dúvidas, na segunda modalidade, já que impede o exercício das atividades rotineiras extramuros, bem como de o detento ser si mesmo, na medida em que perde a própria identidade para integrar uma unidade do coletivo:

Em prisão, perde o recluso toda a sua individualidade, inclusive em matéria de roupas. Não bastasse a supressão de inúmeros outros quesitos, a impossibilitar qualquer tentativa a ter por escopo além da ressocialização, a não dessocialização; aos submetidos à pena privativa de liberdade, nega-se o próprio vestuário, à realidade. E, no país das camisas brancas e calças bege, cores distintas tornam-se exceção. A disciplina, a sujeição (JUNQUEIRA, 2005, p. 86).

Como se verifica, o indivíduo preso passa por um processo de coisificação, em que perde suas particularidades pessoais distintivas e suas preferências para compor um todo unânime, tornando-se um objeto idêntico aos demais.

Giacioia e Hammerschmidt (2012, p. 95) pontuam que Donald Clemmer chamou essa perda de individualidade decorrente do encarceramento de prisionização ou aculturação, ou seja, o preso se submete a um procedimento para se adequar às normas e valores trazidos com a vida no cárcere, que se diferem daqueles correspondentes à liberdade. Os autores ainda ensinam que Goffman conceituou como desculturação a forma negativa que os demais veem o egresso pela perda de sua autodeterminação.

O fenômeno da desculturação, portanto, consiste na perda das características individuais do ser enquanto livre, ao passo que a aculturação é o processo de adaptação do interno às regras e normas de conduta do cárcere. A personalidade do sujeito e os valores por ele tidos como fundamentais são gradativamente substituídos por um perfil adequado ao cárcere, incorporando-se uma nova cultura, na qual compreendido o vocabulário, atividades esportivas, interesse musical, expressão por meio de tatuagens, mesmos assuntos e pontos de vista, ambições, preferências e aversões:

Para Goffman, as mudanças nas crenças do indivíduo sobre si mesmo e dos outros em relação a ele dentro da instituição total levam ao que ele denomina processo de mortificação do eu. A institucionalização compromete o referencial identitário do indivíduo, ao lhe privar das disposições sociais estabelecidas nas suas relações anteriores. Clemer (1958, p. 102) emprega o termo *swallowing up* para se referir ao sentimento de perda de identidade na primeira entrada do indivíduo na prisão. Esse sentimento é mais pronunciado nas pessoas não acentuadamente “criminalizadas” ou naquelas vindas de pequenas comunidades, aonde o anonimato não existe. Para Clemmer, alguns homens nunca conseguem superar os efeitos do processo de “ser tragado” pela instituição e parecem perder o sentido da sua própria individualidade (BRAGA, 2008, p. 37).

No cárcere, há regras de conduta próprias, tanto as oficiais estabelecidas pelo estabelecimento prisional, quanto as impostas por facções criminosas. Além disso, o convívio interno gera um comportamento referencial de adoção não obrigatória, mas inevitável.

Mediante a inserção no sistema carcerário, o indivíduo se distancia da sua realidade, obstado de realizar seus afazeres, de se relacionar diuturnamente com pessoas queridas e de satisfazer seus desejos e interesses extramuros; tem sua autodeterminação aniquilada.

Tanto que, quando novamente em liberdade, não se reconhece, pois tudo que

sabe sobre si é que compõe a coletividade de indivíduos iguais: presos de determinado estabelecimento estatal. Perde-se a própria identidade para incorporação de comportamentos estabelecidos - ainda que não coativamente:

A segregação da pessoa do entorno social conduz a um desajuste tão profundo que é quase impossível sua reinserção na sociedade. O isolamento exclui o preso da vida social normal e o faz se adaptar a outro ambiente muito diferente. Mesmo assim o processo de encarceramento se caracteriza especialmente pela adaptação do interno à subcultura da prisão, modo de vida administrado pelo código do recluso, ordenamento interno oficial que prevalece entre os detentos a expensas ou em prejuízo das regras disciplinares legalmente postas (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 94).

Quando novamente em liberdade, têm de enfrentar uma barreira de natureza pessoal, compreendida na necessidade de readaptação à cultura, valores e referenciais extramuros, e outra de ordem social, consistente na aceitação pela comunidade.

São visíveis os obstáculos enfrentados pelos presos provisórios, ou seja, daqueles que têm a favor de si presunção de não culpa, que mesmo presos cautelarmente, com fins, em regra, meramente processuais, precisam recuperar uma identidade perdida quando já adotado novo padrão de comportamento e reocupar posição social dentro dos diversos subsistemas que outrora compunham.

Apesar do elevado grau de dificuldade representado pelo primeiro entrave, já que afeta o âmbito psicossocial do indivíduo, o segundo é ainda mais agravante ao ex-presos cautelar, uma vez que “o indivíduo cunhado com o estigma de presidiário tem pouca liberdade e poder sobre a sua identidade pessoal, a sua identidade social aparece antes e como limitante da pessoal” (BRAGA, 2008, p. 38):

A sociedade, por sua vez, tomada pela crescente insegurança das relações, vê naquele cidadão egresso seu inimigo. Nega-lhe direitos, possibilidades, emprego, atenção. As oportunidades de vida digna são consideravelmente diminuídas para aquele que possui antecedentes criminais, restando-lhe, por vezes, como único meio de vida, o crime. A prisão, assim, é capaz de gerar mais criminalização e exclusão social, que leva o indivíduo à recidiva e, novamente, ao encarceramento, em um ciclo contínuo. A criminalidade e a reincidência como etiquetas atribuídas pelo sistema de controle social aos marginalizados são exemplos dos estigmas sociais com que estes são obrigados a conviver até o fim de seus dias. A presunção de veracidade de uma ficha criminal reduz toda uma vida à degradação (SILVA, 2014).

Corroborando o afirmado, tem-se a exigência dos antecedentes criminais e/ou a investigação de conduta para formalização de um contrato de emprego. Não há espaço no

mercado de trabalho para alguém que esteve dentro do cárcere, o qual, após a soltura, se apresenta como um risco à sociedade.

Como bem reflete Neves (2018, p. 75), "devido aos problemas sócio-econômicos que atormentam os brasileiros, como os índices de desemprego, a má distribuição de renda, diferenças nas possibilidades sociais, como se oportunizar o trabalho para aquele indivíduo que sequer é tratado com dignidade?".

Se não há oportunidade de emprego formal, as chances de o egresso ser aceito nos demais grupos sociais - comunidade, instituições religiosa e de ensino, clube de recreação - são ainda mais escassas.

No mesmo sentido, Junqueira (2005, p. 66) aduz que “fica ao léu o preso, assim como o egresso. De maneira que, ademais disso, enfrentam os mesmos toda e qualquer forma de desrespeito e/ou discriminação, por adversidades várias a serem desencadeadas em comunidade”.

Interessante notar que a situação narrada é, na perspectiva dos presos, como um obstáculo a ser enfrentado na realidade extramuros, marca que leva até mesmo à reincidência criminal. Segundo levantamento realizado em cooperação entre o CNJ e o IPEA, no qual foram ouvidos presos nas mais variadas condições, notou-se que

Afastar-se das coisas que pudessem trazer lembranças da prisão era tido como um elemento importante para aqueles que pretendiam um dia recomeçar a vida. Contudo, no retorno à liberdade seria difícil desfazer-se dessas lembranças. Até porque, a mácula do lugar ficaria cravada em suas vidas: “ex-presidiário nunca sai”. Nenhum dos entrevistados desconsiderava este estigma que envolve o cárcere, ao que atribuíam uma das principais causas da reincidência criminal. Geralmente a sociedade não oferecia espaço de êxito social para o preso, considerando-o inapto para o convívio em sociedade, tratando-o com preconceito e discriminação, o que gerava revolta, pois consideravam injustos os rótulos vindos de fora. Ao mesmo tempo, viam o estigma como um ônus que teriam de enfrentar quando obtivessem a liberdade, momento para o qual tinham muitos planos, embora a sociedade não estivesse preparada para recebê-los. (ANDRADE et al., 2015, p. 39)

Assim, o preso provisório, seja a prisão decretada para êxito das investigações, como na temporária, seja para a manutenção da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, no caso da preventiva, como não tem um decreto condenatório definitivo contra si, pode ser absolvido ou mesmo solto antes do julgamento definitivo.

Todavia, ainda que de natureza cautelar, a restrição da liberdade lhe estigmatiza,

etiqueta como ex-presidiário e, ante a carga preconceituosa difundida pelas instituições de controle social, é excluído de todas oportunidades de reinserção.

Como se vê, há efetiva perda da estima social do egresso, ou seja, a prisão lhe retira toda sua autonomia moral, interferindo tanto na forma como pensa e se relaciona consigo mesmo, quanto de como é visto e interage no seio social.

Moraes (2005), ao aprofundar o pensamento de Honneth, explica que:

A ética formal conforma um conjunto de três condições abstratas e formais (amor, direito e estima), indispensáveis para um indivíduo constituir-se enquanto pessoa num processo reflexivo. Isto é, ao ser capaz de analisar, por si mesmo, as perspectivas segundo as quais o agente é visto pelos demais indivíduos com os quais interage, ele é capaz de se perceber como ser dotado de propriedades e capacidades positivamente valoradas. Tais valorações desse ser-no-mundo são, precisamente, as condições mínimas para que um indivíduo possa assumir um processo interativo simétrico, ou seja, um processo no qual os sujeitos da ação gozam de um nível igual de respeito, indispensável ao reconhecimento.

A partir do momento em que se vê impossibilitado de se reinserir nas atividades sociais, não lhe sendo permitida a interação necessária para o reconhecimento, o ex-presidiário se anula, deixando de se manifestar como pessoa humana integrante de uma coletividade.

Por isso, de suma importância a reflexão acerca do instituto da prisão provisória e dos direitos do respectivo preso, pois, além da restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção, aludida medida cautelar nulifica a autodeterminação e identidade psíquica do indivíduo e o etiqueta como egresso, a quem a sociedade entende por bem não dar oportunidades.

3 Prisão provisória na perspectiva da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana, valor constitucionalmente previsto como fundamento da República e, evidentemente, inerente a todo ser humano, cabe a todos de maneira equivalente e absoluta, de modo que não se pode falar em escalas de intensidade da dignidade a determinados grupos ou pessoas.

A par disso, é mister o estabelecimento e, mais que isso, o respeito a direitos mínimos dos presos e a sua forma de exercício, sob pena de se negligenciar a proteção de direitos fundamentais.

Além da violação de direitos ínsitos ao ser humano positivados na Lei Fundamental, Greco (2012, p. 83), ao citar Ferrajoli, aponta que "um Estado que mata,

que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.”, o que demonstra a perda de credibilidade do próprio poder punitivo estatal.

O artigo 5º do Pacto de San José da Costa Rica prescreve que toda pessoa tem direito à integridade pessoal, nela compreendida o respeito à integridade física, psíquica e moral, a não submissão a torturas ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, a individualização da pena, a distinção entre presos cautelares e condenados, a separação de menores, bem como a finalidade ressocializadora da pena.

O dispositivo em referência aduz expressamente que “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Nesse mesmo sentido, o artigo 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592/92, o qual dispõe que “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”, bem como que “as pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada”.

Em observância aos tratados internacionais, determina o artigo 84 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.167/2015, que “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”, segundo os critérios previamente estipulados.

A elaboração da Lei nº 13.167/2015 demonstra a preocupação do legislador com a situação do preso provisório dentro do sistema prisional, bem como a intenção de se evitar o contato com aqueles que têm como reconhecida a culpa.

Tratando dos presos em geral, o artigo 41 da Lei de Execução Penal traz um rol de direitos do preso, alertando o artigo subsequente que são também aplicáveis ao preso provisório, no que cabível. Os direitos previstos, se assegurados na prática, podem auxiliar no retardo ou mesmo no impedimento do processo de desculturação do preso.

O chamamento pelo nome, por exemplo, representa um importante tratamento dos reclusos, pois garante seu reconhecimento como pessoa, sujeito de direitos. No Brasil, contudo, a própria prática forense já substitui a importância do nome do investigado ou réu pelo número do processo, de maneira a se perder a individualidade em relação a quem julga, passando o preso a ser algarismos em amontoados de papel.

Também podem possibilitar a manutenção dos laços com o mundo externo e, com isso, facilitar sua readaptação ao meio quando em liberdade, os direitos à

comunicação por correspondência, ao acesso aos meios de comunicação escritos e à visita de amigos e familiares, inclusive a visita íntima do parceiro.

Contudo, conforme como explica Greco (2011, p. 104), as situações vexatórias e constrangedoras pelas quais passam os familiares ao serem revistados antes da visita acaba por afastá-los. Vê-se, portanto, que aludido direito acaba sendo, indireta e paulatinamente, neutralizado por outras regras do sistema prisional.

Os presos provisórios ainda poderão, de acordo com o regramento da instituição e se assim o desejarem, ter alimentação às suas expensas. Cabe pontuar, novamente, a pesquisa realizada pelo IPEA (ANDRADE et al., 2015, p. 14), a qual demonstrou que a qualidade da comida nos presídios apareceu como motivo de queixas, sendo que, tanto nas situações em que a alimentação era preparada por empresa concessionária de serviço público, quanto nas realizadas na própria unidade prisional, diversos foram os problemas de mau armazenamento e ausência de condições de higiene. Fosse pouco, verificou-se que alimentos levados por familiares geram descontentamento por parte dos agentes de segurança por terem de empregar maior fiscalização e que o funcionamento de cantinas particulares eram as principais responsáveis pelo gasto do dinheiro dos presos.

Também têm assegurado o direito ao voto, manifestação do exercício de sua cidadania, ante a inexistência de condenação criminal transitada em julgado, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Há forte crítica quanto à sua efetividade, haja vista as condições previstas nas resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, como por exemplo, a necessidade de que o estabelecimento prisional tenha número mínimo de eleitores aptos a votar:

Acontece que, como sempre, quando há interesse, as leis são cumpridas, mas quando não interessa se acham subterfúgios. O simples fato de se reconhecer um direito de nada vale se o seu exercício não é assegurado. Cabe observar que anteriormente às urnas eletrônicas, os presos podiam votar em separado; hoje, avançou-se em tecnologia, mas regrediu-se em cidadania. Não seria o caso para, talvez, se adotar um sistema misto, ou resgatar o voto em separado, cumprindo a Constituição Federal no que diz respeito ao voto da pessoa que se presume inocente? O que parece, na realidade, é a falta de vontade política, pois fazer tudo isto daria muito trabalho e atrasaria a apuração da totalidade dos votos. E para que tudo isso? Para pegar votos de centenas de milhares de pessoas presas? (PUGGINA, 2006)

No mesmo sentido, OLIVEIRA (2011, p. 85) aponta inúmeros obstáculos levantados por aqueles que não têm interesse em efetivar o direito - e dever, eis que obrigatório - de voto do preso provisório, demonstrando que ultrapassados e facilmente

solucionados, como por exemplo, o medo dos colaboradores eleitorais em adentrar as prisões, vez que os próprios presos poderiam se organizar como mesários e coordenadores das eleições.

Nesta seara, difícil identificar qual - ou melhor, se algum - direito está sendo observado, vez que o tratamento dispensado pelo Estado renega a própria identidade humana do indivíduo preso, que é tido como inimigo, totalmente dispensável, o apêndice do aparelho estatal.

Arrematando o total desrespeito à incolumidade moral do preso provisório, Neves

(2018, p. 74) destaca que:

Os direitos da personalidade como direito ao nome, à inviolabilidade da honra e da imagem são alguns dos aspectos que se referem à integridade moral de uma pessoa. No entanto, a primeira atitude que se percebe, quando da prisão de um suspeito ou acusado de crime, principalmente nos instrumentos de mídia sensacionalistas, é a pré-condenação do suspeito sem provas, sem processo, a divulgação de seu nome e de suas imagens ao ser algemado, levado à delegacia ou mesmo após o interrogatório, quando é exposto diante de uma câmera e um microfone como se tivesse de explicar a sua conduta ou mesmo confessar o crime. Como se não bastasse tais ocorrências, ao chegar ao estabelecimento no qual deverá permanecer até que sua inocência ou não culpabilidade seja comprovada no devido processo legal, será submetido à convivência e sobrevivência em celas repletas de outros acusados por crimes, devendo dividir o dormitório, o aparelho sanitário, sem nenhuma privacidade ou respeito à sua dignidade.

Diante do caos carcerário e desrespeito massivo dos direitos humanos nos presídios, em setembro de 2015, ao proferir decisão liminar na ADPF nº 347 acerca do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, o STF determinou a realização de audiências de custódia, com a nítida finalidade de averiguar a regularidade da prisão e integridade física do preso, bem como para que, com um contato pessoal e mais humano, o magistrado decida sobre a imprescindibilidade desta invasiva modalidade de medida cautelar, lembrando-se de que trata de uma vida.

Tanto o é que, em seu voto, o ministro Marco Aurélio determinou aos juízes e tribunais a observância da situação preocupante do sistema penitenciário brasileiro na aplicação de medidas cautelares no âmbito penal.

A situação revela-se tão degradante que é possível, muitas vezes, ensejar indenização por danos morais, tal como reconhecido pelo STF em sede de repercussão geral no RE 580252, julgado em 16/02/2017, de relatoria inicial do Ministro Teori Zavascki, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

A Suprema Corte, enfatizando a responsabilidade civil do Estado constitucionalmente prevista (artigo 37, §6º) quando constatados danos de qualquer natureza em razão da inadequação dos serviços públicos, pontuou a possibilidade de condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais a presos em decorrência da ausência de condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade, como expressa violação do dever de guarda e segurança.

Em suma, uma decisão da mais alta corte jurisdicional do país reconheceu o que já era manifesto na realidade do sistema prisional: os danos morais sofridos pelos detentos nas masmorras carcerárias, que massacram inúmeros de seus direitos da personalidade, em atentado à sua própria integridade psíquico-moral. Destacou-se ainda a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível, ante a necessidade de assegurar o mínimo existencial, bem como afastou-se o argumento de que a concessão de indenização não resolveria o problema carcerário, uma vez que seu acolhimento seria inegável justificativa e perpetuação das atuais condições.

A medida adotada pelo Supremo foi considerada meramente paliativa e até perigosa por Neves (2018, p. 76), para quem o estado financeiro caótico de alguns Estados pode se agravar com o pagamento das indenizações, a qual ainda manifesta certa preocupação com a possibilidade de o preso optar por permanecer nas condições degradantes com fins de obter a indenização pecuniária.

Se as previsões legal, supralegal e constitucional dos direitos do preso não lhe garantem, na prática, a dignidade inerente a todo ser humano, o cenário pós-prisão disso pouco difere.

Com efeito, não há dignidade onde não se pode exercer os direitos fundamentais, tidos como aquele núcleo imutável que garante existência digna. O etiquetamento carimba a pessoa, que se vê impedida de ser cidadã em sua plenitude.

Apesar do caráter instrumental da prisão cautelar, resta evidente que seus efeitos vão muito além do processo, atingindo a própria vida da pessoa em todas as suas vertentes: desde a perda da identidade do indivíduo que, psicossocialmente transformado, terá dificuldades para se reconhecer fora do ambiente prisional e restabelecer os vínculos familiares e de amizade que mantinha, até a impressão de uma etiqueta no seu perfil social, publicizando sua prisão - cuja natureza provisória se despreza - e, com isso, retirando-lhe sucessivamente direitos fundamentais.

A eliminação das chances de trabalho afastam, por consequência, as condições financeiras necessárias para alimentação adequada, o tempo e dinheiro para dedicação

aos estudos e aperfeiçoamento profissional, o exercício do direito de moradia por quem não tem imóvel próprio, a possibilidade de aquisição de medicamentos não fornecidos pela rede pública, o acesso à cultura não gratuita etc.

Em termos mais claros, não se pode falar em liberdade quando a população não possui, por exemplo, as mínimas condições existenciais. Não há liberdade onde não há dignidade. Não há liberdade onde inexistente o direito à saúde, à educação, ao lazer, à habitação, à cultura, à alimentação, enfim, direitos básicos inerentes a todo ser humano. Dessa forma, além do vínculo existente entre liberdade e lei, não podemos esquecer da estreita relação que existe entre liberdade e dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2011, p. 92)

Isso significa que, mesmo após a prisão e ainda que haja absolvição, a estigmatização do preso provisório pode acarretar prejuízos irreversíveis. Se a máxima de que exclusão social gera prisão é válida, também gera exclusão social a prisão, pelo que se questiona a imprescindibilidade da decretação da prisão em sede cautelar diante dos benefícios endoprocessuais dela advindos e dos danos extraprocessuais por ela causados.

4 A audiência de custódia como ferramenta para reduzir os efeitos impactantes da prisão provisória

A audiência de custódia, também denominada de audiência de apresentação, tem previsão expressa no artigo 7, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diploma cujo status é de norma supralegal, que dispõe: "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 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."

No mesmo sentido, o artigo 9, item 3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, assim redigido: "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."

É de se ver que todo preso tem a garantia de ser levado pessoalmente à autoridade judicial com brevidade para que se delibere sobre sua prisão, destacando-se a

subsidiariedade da prisão cautelar.

Grosso modo, a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência *sem demora* após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público. Em prática em inúmeros países, dentre eles Peru, Argentina e Chile, a audiência de custódia tem 2 (dois) objetivos precípuos: **1)** coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos; **2)** no caso específico da prisão em flagrante, conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para fins de convalidação judicial (CPP, art. 310), é dizer, para ter mais subsídios quanto à medida a ser adotada [...] (LIMA, 2017, p. 922)

Como destacado anteriormente, a audiência de custódia foi determinada pelo STF em decisão liminar proferida na ADPF nº 347 para fins não só de verificar a regularidade da prisão e a integridade física do preso, mas principalmente para que o magistrado decida sobre o cabimento da reprimenda cautelar em um contato pessoal - e mais humano - com o sujeito ora apreendido.

Nesse sentido, continua Lima (2017, p. 923):

A realização desta audiência de custódia também visa à diminuição da super- população carcerária. Afinal, em contraposição à simples leitura de um auto de prisão em flagrante, o contato mais próximo com o preso proporcionado pela realização da audiência de custódia permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos.

Esse escopo ínsito às audiências de custódia já manifesta seus efeitos na população carcerária, como se extrai dos dados anteriormente mencionados: enquanto o "Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil" do CNJ, datado de 2014 e, portanto, anterior à decisão da Suprema Corte, traz a população carcerária de presos provisórios equivalente a 41%, de acordo com o mais recente Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN -, divulgado em junho de 2017, esse número foi reduzido para 33,29%.

Ainda que significativo o percentual de presos provisórios no Brasil, pode-se vislumbrar que, após a adoção das audiências de custódia, houve considerável redução das prisões, o que é um bom fator, considerados os efeitos deletérios da prisão provisória já mencionados.

A redução da população prisional sem condenação aponta que, possivelmente, a *ultima ratio* fora outrora recorrente sem que houvesse efetiva imprescindibilidade, bem

como que um contato pessoal com o preso, no qual a autoridade judicial pôde conhecer sua vivência e sopesar os benefícios processuais do acautelamento com o estado caótico dos presídios brasileiros, se revela fundamental para uma decisão justa e eficiente acerca da restrição da liberdade.

Com isso, notam-se indícios de que a audiência de custódia se apresenta como medida apta a reduzir a coisificação de seres dotados de dignidade humana na medida em que reduz a adoção de prisões cautelares desnecessárias.

Isso porque, como se verificou, "o cárcere, enquanto instituição total, propõe-se a viabilizar a exclusão dos sujeitos classificados pelo sistema como indesejáveis, privando-os física e politicamente da constituição do corpo social."(OLIVEIRA, 2011, p. 89) e, a partir do momento em que o mecanismo da audiência reduz a segregação cautelar, reduz-se o número de processos de nulificação do eu e de aniquilação social.

Apesar do avanço, a audiência de custódia, na forma em que está delineada, ainda contém problemas.

A princípio, a indefinição legal do prazo para a apresentação do preso à autoridade judiciária, bem como a dificuldade logística dos órgãos estatais de realizá-lo têm dificultado o bom andamento das audiências. Apesar da determinação contida na ADPF 347 de que o comparecimento do preso se realize em 24 (horas), alguns Tribunais de Justiça não as contabilizam nos feriados, finais de semana e demais dias em que não há expediente forense.

O Conselho Nacional de Justiça, na nota técnica nº 0004468-46.2014.2.00.0000, expôs que o prazo de vinte e quatro horas é o ideal para a realização da audiência e pode ser flexibilizado pontualmente, não manifestando adesão à sua prorrogação como regra geral para setenta e duas horas, porque não atenderia aos seus propósitos fundamentais.

Em sentido contrário, Lima (2017, p. 923) entende que o prazo de vinte e quatro horas não é exequível na realidade brasileira, defendendo que o prazo seja estendido para setenta e duas horas.

Outro ponto controverso acerca de tais audiências relaciona-se à possibilidade de realização por videoconferência, o que, segundo alguns, facilitaria sua adequação às deficiências estruturais do Estado, em especial em relação aos custos oriundos do transporte, bem como evitaria riscos de segurança e de fuga.

Lima (2017, p. 925) não vê problemas na realização da audiência de apresentação por videoconferência se presente uma das hipóteses elencadas no artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal e desde que respeitados os direitos fundamentais do preso,

dentre eles o acompanhamento de defensor.

O CNJ, na nota técnica supramencionada, posiciona-se contrário à utilização do sistema de videoconferência por entendê-la incompatível com a finalidade protetiva e garantista prevista nas normas internacionais.

Compartilham desse raciocínio Jr e Paiva (2014, p. 177), para quem

A redução de custos é fruto de uma prevalência da ideologia economicista, em que o Estado vai se afastando de suas funções a ponto de sequer o juiz estar na audiência. Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco...) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter um juiz, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que está prendendo. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real...).

Além disso, para melhor perfectibilizar o escopo de coibir abusos pela polícia, mister se faz que a audiência se realize sem a presença de policiais, sejam civis, militares ou federais, a fim de evitar eventual intimidação do preso.

Por fim, considerados os objetivos já expostos, eventual confissão ou demais informações prestadas pelo preso que não se relacionem diretamente com a finalidade da audiência de custódia, devem ser desconsiderados pela autoridade judicial durante o processo criminal, não caracterizando elemento de prova. Nesse caso, seria interessante, inclusive, que o produto da audiência, nele considerados o termo de audiência e demais intercorrências, fosse autuado em apartado, não tendo qualquer contato com eventual futuro processo.

Considerações finais

É inegável que o Estado tem o dever de garantir a segurança pública, direito fundamental de segunda geração. Para facilitar o alcance dos fins almejados, no âmbito processual, estabelece medidas que lhe servem como instrumento para o êxito do seu direito de punir, como prisões durante a investigação e instrução processual, ou para garantir a aplicação da lei ao final, em caso de procedência da pretensão estatal, por

exemplo.

No entanto, as medidas adotadas com fins processuais acabam gerando danos equivalentes ou até maiores que os ocasionados pela sua não adoção, com interferência direta na personalidade do indivíduo e em sua interação com o meio social.

Por isso, entende-se que a prisão provisória deve ser, efetivamente, a *ultima ratio*, de modo que, quando o caso concreto exigir a aplicação de medida cautelar, a opção se volte, sempre que possível, por medida diversa da prisão. Além disso, procurar evitar a decretação da prisão preventiva para manutenção da ordem pública, haja vista a vagueza e subjetividade do conceito, também pode evitar a dilaceração da dignidade dela decorrente.

Os processos de prisionização ou aculturação que tanto sofrimento causam podem ser evitados ou amenizados pela audiência de custódia, reduzindo a coisificação do ser humano detido ou retido. Ainda fica pendente de melhores pesquisas, notadamente no campo da educação e do serviço social, o momento pós-prisão, precário da empatia difundida pela educação em direitos humanos ao longo da vida.

Por fim, a estrita observância aos direitos do preso provisório com aplicação prática do ordenamento jurídico se apresenta como um reforço para evitar ou, ao menos, retardar ao máximo, o processo de mortificação do eu e, conseqüentemente, garantir a dignidade da pessoa humana condizente ao presumidamente inocente. Em suma, a observância da dignidade humana do preso e egresso se impõe como primeiro passo para a isonomia e paz social que se almeja.

Referências

- ANDRADE, C. C. d. et al. O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2015.
- BRAGA, A. G. M. *A identidade do preso e as leis do cárcere*. Dissertação (Mestrado) — Univerisade de São Paulo, 2008.
- CNJ. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. CNJ, 2014. 17 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>.
- DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN*. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça, 2014. 147 p. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>.
- DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN*. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. 74 p. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>.
- GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. *La cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas*. Curitiba: Juruá, 2012.
- GRECO, R. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- JR, A. L.; PAIVA, C. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, n. 17, p. 11–23, 2014.
- JUNQUEIRA, I. de C. *Dos direitos humanos do preso*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.
- LIMA, R. B. d. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MORAES, R. *Estima social como reconhecimento: a construção da visibilidade em sociedades pós-tradicionais*. ANPOCS, 2005. 17 p. Disponível em: <<https://anpocs.com/index.php/papers-29-encontro/gt-25/gt05-23/3670-rmoraes-estima/file>>.
- NEVES, L. J. das. Da proteção à integridade do preso. *Dom Helder Revista de Direito*, v. 1, n. 1, p. 61–78, 2018.
- OLIVEIRA, C. Suspensão dos direitos políticos dos sujeitos delinquentes no brasil: da negação da dignidade humana analisada sob o enfoque da cidadania participativa. *Revista Jurídica*, v. 26, n. 10, p. 70–98, 2011.
- PUGGINA, R. T. *O direito de voto do preso*. *Revista Sociologia Jurídica*, 2006. 51 p. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-3/174--o-direito-de-voto-dos-presos->>>.

SILVA, S. C. da. *Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach*. Revista Liberdades, 2014. 51 p. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos>.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*: Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.