XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

GIOVANNI OLSSON

VALDIRA BARROS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valdira Barros; Giovanni Olsson.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-524-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

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

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça". A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legitimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de "Democrático" e "de Direito".

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspectivo, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANALISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato.O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO

CUSTODY AUDIENCE AND JAIL CULTURE

Anderson Rocha Rodrigues [1]
Paulo Eduardo Elias Bernacchi [2]

Resumo

Este artigo não se propõe a esgotar o tema escolhido, nesse contesto nem seria possível dada a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil. O objetivo principal é agregar ponderações acerca da lenta e demorada implementação de garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais e os resultados até então obtidos.

Palavras-chave: Audiência de custódia, Sistema penal, Cultura de encarceramento

Abstract/Resumen/Résumé

This article does not propose to exhaust the chosen theme, in this answer nor would it be possible given the recently created presentation hearing in the various courts in Brazil. The main objective is to aggregate considerations about the slow and time-consuming implementation of the prisoner's fundamental guarantee under two international treaties and the results obtained so far.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Audience of custody, Criminal system, Culture of imprisonment

[1] Mestre em direito pela Universidade Católica de Petrópolis

[2] Mestre em direito pela Universidade Católica de Petrópolis

1 INTRODUÇÃO

A Audiência de Custódia é instituto de amplo acolhimento internacional, ambiência em que tem sido reconhecida como instrumento de valor na salvaguarda das garantias processuais penais. Em essência, a Audiência de Custódia permite o contato direto e no menor tempo possível do preso com o juiz, como prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos e sua realização já deveria ser uma realidade brasileira desde 1992 no ordenamento jurídico.

Desta forma, com base na oitiva que terá lugar neste contato, poderá o juiz decidir acerca da legalidade da prisão, sobre a concessão de liberdade, imposição de medidas cautelares ou a conversão da prisão em flagrante em preventiva, além de verificar eventual ocorrência de tortura ou maus-tratos por parte de autoridades.

A simplicidade de sua concepção contrasta com os múltiplos sentidos, significados e percepções de valor que têm sido consignados às iniciativas de implementação da Audiência de Custódia, que não raro se apartam de sua natureza, enunciada por Mateus Marques (MARQUES, 2016, p. 9), em termos de uma iniciativa garantidora de "um direito processual penal crítico, humanitário e ético, com verdadeira função limitadora do poder punitivo".

A função da Audiência de Custódia como limitadora do poder punitivo foi aqui tomada como eixo norteador na definição do recorte temático a ser aplicado ao objeto do artigo. Dito de outra forma, entendeu-se aqui que os sentidos, significados e percepções de valores atrelados à Audiência de Custódia são reflexos da própria concepção de base do sistema penal e, nessa vertente, os modos e estratégias adotados em sua implementação são reflexos sistêmicos que traduzem as dissonâncias sociais e políticas que têm pontuado a garantia dos direitos humanos como marca indelével do processo civilizatório.

Nesse contexto é importante eleger para fins de construção do conhecimento qual o sistema processual penal está presente no Brasil, o que não é tarefa fácil, pois há vasta doutrina especializada sobre o tema.

A demora em dar cumprimento ao previsto no Pacto de São José de Costa Rica por parte do Poder legislativo fez com que diversos Tribunais tomassem a iniciativa em realizar as audiências de custódia. Para isso o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) editou resolução nesse sentido, o que levou a discussão sobre a constitucionalidade do referido ato ao Supremo Tribunal Federal (STF) através da Ação direita de inconstitucionalidade (ADI) n. 5.240.

Passada a fase que discutiu sobre a legalidade da realização da audiência de custódia no Brasil coletou-se os dados fornecidos pelo Sistema de audiência de Custódia (SISTAC),

criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao editar a Resolução n. 213 que pretendeu orientar e padronizar a condução da audiência nos Tribunais e fornecer elementos para o aprimoramento das condutas.

Os referidos dados revelaram que há muito mais a se fazer, pois somente a implementação da audiência de custódia, por si só, não será capaz de resolver o problema carcerário do do Brasil que convive com barbáries e atrocidades em ambientes delimitados e sob a responsabilidade do Estado.

Quanto à metodologia, como bem elucida a antropóloga Miriam Goldemberg (Goldemberg, 2004, p. 105), é "o estudo dos caminhos a serem seguidos, dos instrumentos usados para fazer ciência". A essa definição, de fundamento etimológico, acrescenta a autora:

> A Metodologia faz um questionamento crítico da construção do objeto científico, problematizando a relação sujeito-objeto construído. Diante de uma objetividade impossível, a Metodologia busca uma subjetividade controlada por si mesma (autocrítica) e pelos outros (crítica)

Com isso em mente, elegeu-se para o desenvolvimento do artigo a pesquisa dogmática e quantitativa, utilizando-se da análise documental, banco de dados e dados estatísticos fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, além do estudo no caso concreto decidido pelo STF quando da propositura da ADI 5.240. O diálogo com a doutrina permitiu estabelecer um debate sobre os modelos processuais e nesse ponto chegou-se a conclusão de que o tema ainda não está pacificado.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA PREVISÃO LEGAL

O ano de 2015 foi marcado por movimentações importantes no âmbito do Poder Judiciário que reafirmou a obrigatoriedade de se fazer cumprir os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos os quais o Brasil aderiu. No vácuo deixado pelo legislador, diversos Tribunais editaram resoluções com a finalidade de dar eficácia a um dos dispositivos presentes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José de Costa Rica, no que diz respeito à imediata apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciária para que avalie sobre a legalidade da prisão.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, colocado em pauta na Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 19 de dezembro de 1966, entrou em vigor em 1976 e o Congresso Nacional ratificou a adesão do Brasil por meio do Decreto Legislativo nº

226, de 12 de dezembro de 1991. Somente após a publicação do Decreto nº 592, em 06 de julho de 1992 é que passou ter sua integral obrigatoriedade.

Na mesma vertente da garantia de Direitos, o Pacto de São José da Costa Rica foi apresentado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) durante a Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, com entrada em vigor no dia 18 de julho de 1978. O Brasil ratificou sua adesão por meio do Decreto Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Com a ratificação dos referidos tratados, o Brasil se obrigou a realizar a audiência de apresentação do custodiado nos termos do artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, segundo o qual:

> [...] 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.

Na mesma linha o artigo 7º, item 5 do Pacto de São José da Costa Rica estabelece que:

> [...] 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 de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Sobre o tema, esclarece , que o processo de incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro teve início com a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e, igualmente sob a égide da Carta Magna de 1988, outras importantes ratificações ocorreram em anos subsequentes.

Destarte, os direitos humanos são definidos como direitos fundamentais quando são incorporados ao direito interno de determinado país, pois afirma dizer que os tratados e convenções internacionais foram incorporados através de um processo legislativo pátrio, o que ocorreu no caso específico do Pacto de São José de Costa Rica, que vige entre nós como norma de *status* supralegal, conforme entendimento firmado pelo Supremo ao julgar o Recurso Extraordinário n. 466.343, que possuía como objeto da ação a constitucionalidade ou não da prisão civil do depositário infiel.

2.1 OS MODELOS PROCESSUAIS PENAIS

A pauta dos direitos humanos é tratada como necessária e com certa aparência de prioridade pela classe política nacional, contudo, transitar do discurso para a prática não é simples ou mesmo de fato desejado. Interesses conflitantes concorrem para dar efetividade ao que fora assumido em diversos tratados internacionais, além do previsto na Constituição Federal.

Na verdade, a grande dificuldade em dar efetividade prática no que diz respeito aos direitos humanos é reflexo direto da grande confusão que temos no ordenamento pátrio sobre qual o sistema processual penal é adotado, se o inquisitório, acusatório ou misto. Não há consenso sobre qual sistema vige atualmente, existindo doutrina para todo tipo de entendimento. Necessário é que o leitor interessado após analisar as diversas correntes filie-se a uma delas e construa o seu raciocínio processual penal com os fundamentos da corrente doutrinária escolhida.

Diante das diversas orientações doutrinarias existentes, oferece contribuição importante Rodrigo Brandalise (BRANDALISE, 2016, p. 73), como se segue:

> [...] O sistema acusatório caracteriza-se pela separação entre o julgador e o acusador, com o intuito de garantir a imparcialidade do primeiro, que funciona como um mediador dos demais sujeitos processuais penais, que se confrontam em igualdade de armas e formam, assim, o contraditório e o livre convencimento judicial. Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da dialética dentre aqueles que possuem interesses contrapostos nos processos. Já o sistema inquisitivo tem, como nota maior, a possibilidade de ocorrência do chamado processo de ofício , quando, na ausência de um responsável pela acusação, o juiz concentra a investigação, a acusação e o julgamento.

O processo penal tem por objetivo precípuo assegurar a efetiva aplicação do Direito Penal. A caracterização do sistema processual penal brasileiro não é questão pacificada, mas o entendimento majoritário é de que o texto constitucional vigente optou, ainda que de modo implícito, pelo sistema acusatório quando separou as funções de julgar e acusar, além de estabelecer expressamente as garantias processuais próprias de um sistema acusatório (PRADO, 2006).

Depreende-se, por conseguinte, que os processualistas que endossam essa perspectiva consideram ser suficiente, no que concerne ao núcleo fundante do sistema acusatório, a mera separação entre as funções de acusar e julgar, pelo que a gestão da prova *ex officio* pelo juiz não resultaria em ruptura do princípio acusatório.

No entanto, ainda que o sistema processual penal brasileiro tenha sofrido alterações com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que optou pelo princípio acusatório, é

possível identificar franca atuação inquisitiva vigente. Antes, porém, de prosseguir nessa vertente, são oportunos e esclarecedores os ensinamentos de BADARÓ (2012, p. 57), como se segue:

> [...] No processo penal, historicamente, existiram dois sistemas ou modelos: acusatório e inquisitório. Houve, também, a tentativa de fundir ambos os sistemas, criando um "sistema misto" por meio do *Code d'instruction criminelle* de 1808. Tais sistemas, contudo, são abstrações ou modelos ideais. Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios "puros". Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais.

Ainda sua exposição, assim caracteriza BADARÓ (2012, p. 57-58) o processo penal acusatório:

> [...] O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. E, além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da presunção de inocência, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida a sentença condenatória irrevogável. Ainda do ponto de vista histórico, o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes, a quem incumbia a atividade probatória.

O processo inquisitório, por sua vez, se distinguiria pelas seguintes características, ainda segundo o mesmo autor (BADARÓ, 2012, p. 58):

> [...] Já no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor. O réu não é parte, mas um objeto do processo. A ação iniciava-se *ex officio*, por ato do juiz. Em tal processo não havia contraditório, que não seria nem mesmo concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabia unilateralmente ao inquisidor. Inconcebível, em tal sistema, a existência de uma relação jurídica processual. O processo normalmente era escrito e secreto. No campo probatório, no sistema inquisitório, havia intervenção *ex officio* do juiz, que verdadeiramente se identificava com o acusador. O juiz inquisidor tinha liberdade de colher provas, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. O acusado, normalmente, permanecia preso durante o processo. Na busca da verdade material, frequentemente, o acusado era torturado para que se alcançasse a confissão. Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto mais bem acertada quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador,

O processo penal balizado pela concepção acusatória não se justifica em si mesmo, mas antes em função do Estado e da sociedade. É um instrumento vocacionado à garantia da paz social e da proteção do indivíduo. Esclarece BRITO, FABRETTI & LIMA (2015, p. 28)

> [...] Ainda na esteira da instrumentalidade, o Processo Penal deve ser encarado como um instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais assegurados na Constituição Federal, como o estado de inocência, o contraditório, a ampla defesa etc. Assim, o Processo Penal, como único meio de imposição de pena ao agente infrator, para a resolução do

> conflito social, tem, ainda, a função constitucional de defender o agente infrator do próprio Estado que o quer punir, para que este último não seja arbitrário.

Assim, é oportuno destacar que o sistema acusatório eleito pela Constituição Cidadã de 1988 não vigora em sua plenitude entre nós, pois o ranço inquisitorial com que fora elaborado o Código de Processo Penal de 1941 ainda é atual, embora haja manifestações por parte do legislativo e do Poder Judiciário no sentido de dar aparência acusatória, a cultura do encarceramento tão presente em nossa sociedade é um limitador no sentido de fortalecer as garantias fundamentais.

2.2 O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O PLS nº 554/2011, em tramitação no Congresso Federal, que pretende alterar o parágrafo 1º do art. 306 do Código de Processo Penal para dispor que o prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e assistido por um defensor ainda está sobre lenta e demorada tramitação e dada a paralisação que o atual cenário político se encontra é bem provável que o referido projeto demore anos para que se torne lei (BRASIL, 2017).

Como dito no início do presente trabalho, somente em 2015, ou seja, mais de 20 (vinte) anos após a obrigatoriedade deste preceito legal é que diversos Tribunais Estaduais começaram de maneira incipiente a introduzir rotinas para realizar as audiências de custódia. Cumpre destacar que a única capital do país onde se realizava a audiência de custódia ainda no ano de 2014 era a de São Luiz do Maranhão, sendo a pioneira na sua implantação.

Pois bem, em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto com o Ministério de Justiça Estadual e o Tribunal de Justiça de São Paulo, deu início ao projeto Audiência de Custódia.

Neste sentido, em 22 de janeiro de 2015, a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em parceria com a Corregedoria Geral da Justiça editou o Provimento Conjunto n. 3 que implementou a realização das audiências no Estado, com determinação sobre o prazo de 24 horas para a apresentação do preso em flagrante pelo delegado de polícia ao juiz, bem como sobre procedimentos a serem adotados no momento da audiência.

Por óbvio que a determinação da apresentação do preso pelo delegado de polícia ao juiz suscitou debates acalorados favoráveis e contrários ao previsto no Provimento Conjunto n 3, o que levou a discussão ao Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5240, impetrada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil), que teve como relator o Ministro Luiz Fux.

Os principais pontos levantados pela ADEPOL fazem referência à inovação no ordenamento jurídico que o Provimento Conjunto trouxe, pois segundo a autora, a audiência de custódia não está prevista no Código de Processo Penal (CPP), e sua criação seria inconstitucional, uma vez que, somente através de lei federal é que seria válida a obrigatoriedade da realização da referida audiência, assim haveria abuso de poder pelo vício formal previsto no art. 22, I, e 5º, inciso II da Constituição Federal.

Além disso, segundo a associação, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos delegados de polícia que por dificuldades operacionais não teriam condições ideais para dar cumprimento à Resolução.

Sustentou ainda que como o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, que tratados internacionais que versam sobre direitos humanos firmados anteriormente à Constituição de 1988 foram recepcionados com *status* de norma supralegal e por isso, a resolução de um Tribunal não seria a via correta de regulamentar a realização das audiências.

Em sentido contrário ao pedido da ADEPOL, o TJSP prestou informações alegando a constitucionalidade do ato, uma vez que não se tratava de regulamento autônomo, nem de inovação no ordenamento jurídico, nem de norma processual penal, o que verificava no ato era tão somente a regulação de direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), e 5º, incisos LIV, LV e LVII (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência), da Constituição Federal, assim como pelo artigo 7º, item 5, da CADH.

Outro ponto que o TJSP chamou a atenção foi no sentido de que existem normas processuais que tratam da prisão cautelar e segundo o Tribunal dariam validade à Resolução, referindo-se aos artigos 306, § 1º, e 322, parágrafo único, do Código de Processo Penal[1]. Em

[1] § 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.
Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida

síntese, o provimento atacado não modificou conteúdo de norma existente, tão somente editou normas de orientação e padronização para que os Magistrados dessem cumprimento.

Seguindo o mesmo entendimento que o TJSP o Advogado-Geral da União optou pelo não conhecimento da ação direta por se impugnar ato normativo meramente regulamentador.

Como dito linhas acima, a realização da audiência de custódia suscitou discursos acalorados e a referida ADI, por tratar sobre assunto de interesse de diversos setores da sociedade obteve o ingresso, na condição de *amicus curiae*, da Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF, Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

O Ministro relator, Luiz Fux, salientou no início do seu voto que segundo seu entendimento a realização da audiência "tem se revelado extremamente eficiente", contudo a nomenclatura mais adequada seria de audiência de apresentação ao invés de audiência de custódia, pois a palavra custódia remete ao significado de aprisionar e prender, assim daria uma ideia de audiência para prender, diferentemente de sua finalidade precípua que é a de averiguar o caso concreto e conceder a liberdade que deve ser a regra no Estado Democrático de Direito.

Diante disso, segundo seu entendimento a nomenclatura correta seria audiência de apresentação e seguindo esse mesmo raciocínio o Ministro Celso de Mello. Segundo se observa no fragmento extraído do seu voto conforme transcrito abaixo:

> [...] depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.

No decorrer do seu voto o Ministro relator ressaltou a importância da audiência de custódia no sentido de ser um importante instrumento para reduzir o número da população carcerária do país, que figurava em 2014 com a quarta maior população carcerária do mundo[2], sobretudo no elevado número de presos cautelares que adentram no sistema todos os dias e que ao aguardarem seu julgamento em meio a uma realidade de tortura e desumanização que cria revolta e aumenta os índices de reincidência.

Ao ocupar-se sobre o tema prisional, assim posiciona-se ZAFFARONI (2013, p. 239):

---

ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

[2] Fonte: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf > (acesso em 03/08/2015)

> [...] Nos países ricos, as prisões tendem a converter-se em instituições de tortura branca (sem predomínio de violência física) e, nos países pobres, em campos de concentração, com mortes frequentes (massacre por conta-gotas) e erupções de mortes em massa (motins). [...] A intervenção penal por desvios primários gera outros, secundários e mais graves, e a reclusão de adolescentes prepara carreiras criminosas. A prisionização desnecessária fabrica delinquentes, do mesmo modo que a estigmatização de minorias em uma clara profecia autorrealizada

Depreende-se, por conseguinte, que o encarceramento em massa, alçado à condição de política de segurança pública, é uma prática de vaticinado insucesso, posto que fundada no aniquilamento do indivíduo. Seu compromisso não é com a justiça ou algo que o valha, mas com a vingança. Isso não equivale, em absoluto, em progredir no sentido do abolicionismo penal, mas advoga-se a necessidade de intervenções mais compromissadas com a proteção do indivíduo e da sociedade. O que não é aceitável é pretender a gestão da vingança por meio do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Sobre a inconstitucionalidade do ato impugnado, observou o relator que a resolução interna do tribunal, por tratar de regras de funcionamento encontra amparo de validade no artigo 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal.[3]

Dessa forma, o Tribunal pode inovar no sistema jurídico, contudo a norma criada deve tratar exclusivamente sobre o funcionamento e a competência de seus órgãos e a conclusão do voto do relator foi pela improcedência do pedido indicando ainda que os diversos Tribunais dos países adotassem a prática da audiência de apresentação.

Ainda sobre os votos dos Ministros, é importante frisar o voto do então presidente do Supremo, Ministro Ricardo Lewandowski, uma vez que ocupando também a presidência do Conselho Nacional de Justiça empenhou-se em firmar diversos acordos de cooperação para que os diversos Tribunais Estaduais iniciassem projetos pilotos e suas experiências fossem norteadores para a elaboração de documento nacional que visasse orientar e padronizar a forma como a audiência de custódia se estabeleceria nos Estados da Federação. Referindo-se ao voto do Relator progrediu o Presidente do Supremo:

> [...] agradeço o voto excelente de Vossa Excelência, sempre muito objetivo e também pleno de aspectos pragmáticos, apenas para dizer-lhe que o CNJ está se reservando um pouco para regulamentar a matéria, porque ele quer verificar quais são os pontos positivos e negativos das várias experiências locais. Então, haurindo a experiência de todos os Estados, quem sabe até o final do ano, nós pretendemos apresentar ao Plenário do CNJ uma regulamentação a nível nacional, aproveitando essas experiências todas.

---

[3] Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

A decisão da maioria dos Ministros do Supremo foi no sentido de acompanhar o voto do Ministro Luiz Fux, pela improcedência do pedido, ou seja, pela constitucionalidade da Resolução número 3 do TJSP, vencido tão somente o Ministro Marco Aurélio, que no seu modo de entender, a ação deveria ser julgada extinta, e no mérito, julgava procedente o pedido formulado. Não foram apresentados os votos do Ministro Dias Toffoli e da Ministra Carmém Lúcia por se encontrarem ausentes de forma justificada.

Após a decisão do Supremo na ADI 5240, durante sua 223ª Sessão Ordinária, o CNJ aprovou, por unanimidade, a resolução nº 213/2015, que dispõe acerca da apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente, também incluindo, para maior clareza procedimental, dois protocolos de atuação – um deles versando sobre aplicação de penas alternativas e outro sobre os procedimentos para apuração de denúncias de maus tratos e tortura.

O texto final da resolução é produto da convergência das melhores práticas dos tribunais, válida especialmente enquanto o Congresso Nacional não aprova o PLS nº 554/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados, após aprovação do Senado Federal, em dezembro de 2016. Neste ínterim, por meio da citada Resolução, buscou-se, cabe esclarecer, implementar em todo país a rápida apresentação do preso ao juiz para primeira análise da prisão ou da adoção de medidas alternativas e criar Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e Câmaras de Mediação Penal (BRASIL, 2016).

> [...] Após as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 e na ADI 5.240, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente e a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais dessa apresentação (art. 96, I, “a”, da CF), o CNJ decidiu uniformizar e aprimorar as rotinas procedimentais de Audiências de Custódia que vinham sendo adotadas pelos diversos Tribunais de Justiça estaduais em cooperação com os poderes executivos locais (MASI, 2016, p. 3).

Em sua fundamentação, a Resolução CNJ nº 213/2015 considera rol expressivo de fatos e circunstâncias que, em última análise, configuram a precariedade do sistema penitenciário brasileiro e evidencia a urgência de que se reveste a efetiva implementação de medidas que agreguem valor e progridam na direção de um sistema mais justo e responsivo às demandas sociais, tendo como eixo norteador a convicção de que o encarceramento em massa é de todo insustentável e, em especial, socialmente pernicioso.

Desta feita, o CNJ na busca de fomentar a implementação das audiências de custódia, desenvolveu e distribuiu gratuitamente aos Tribunais Estaduais um sistema que fosse possível após inserção dos dados fornecer estatísticas sobre os resultados obtidos. O Sistema de

audiência de custódia (SISTAC) visa facilitar o trabalho de magistrados e servidores e possibilitará no futuro traçar um perfil das prisões em flagrantes em âmbito nacional e Estadual.[4]

Dados retirados no site do CNJ revelam que em todos os Estados do Brasil são realizadas as Audiências de Custódia[5] e o total de audiências no Brasil desde a sua implementação até junho de 2017 é de 258.485, deste total, os casos que resultaram em liberdade chegam a 115.497 (44,68%), os casos que resultaram em prisão preventiva em 142.988 (55,32%) e diferentemente do senso comum os dados que revelam os casos em que houve alegação de violência no ato da prisão totalizam ínfimos: 12.665, ou seja, uma porcentagem baixa de (4,90%).

Se considerarmos os dados específicos de cada Estado notaremos que a realidade ainda é pior, basta acessar os dados do Rio Grande do Sul para se constatar que 84,83% das prisões em flagrantes são convertidas em prisão preventiva, Ceará 59,43%, e Mato Grosso do Sul em 64,69%.[6]

Interessante notar que alguns Estados estão na contramão da grande maioria nacional, pois concedem mais a liberdade provisória, a exemplo do Estado do Amapá que possui estatística de soltura em 57,86% e Bahia com 61,25%. Será que os presos desses Estados possuem alguma virtude diferenciada dos demais presos do Brasil? Parece que não. Ao que tudo indica tudo gira em torno de um modelo processual inquisitório que se traduz em uma cultura do encarceramento tão arraigada na forma de decidir.

Quanto ao baixo índice de relatos de violência ou tortura no momento da prisão até a apresentação do custodiado ao juiz é nítido que os dados aparentem ser conflitantes, pois a presença de policiais fardados ou caracterizados nas salas de audiência é prática que deve ser abolida, deve-se buscar o equilíbrio entre a segurança dos juízes, promotores e demais serventuários e as condições psicológicas necessárias para que o custodiado possa denunciar eventuais casos de tortura. Por óbvio que o medo em relatar maus tratos perpassa também na possibilidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e com isso será mantida a permanência do delator com agentes de segurança o que pode gerar retaliações com possibilidade de morte.

---

[4] Fonte: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80786-dados-das-audiencias-de-custodia-serao-monitorados-por-sistema-do-cnj, acesso em 10 de agosto de 2017.

[5] Fonte: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil, acesso em 10 de agosto de 2017.

[6] http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil

Cumpre salientar que os dados disponíveis no site são o somatório dos dados abastecidos pelos servidores dos diversos Tribunais Estaduais e em cada Tribunal a realização das Audiências se deu em períodos distintos, portanto, somente após um lapso temporal maior será possível avaliar os verdadeiros efeitos que a rápida apresentação do custodiado ao juiz para avaliar sobre a legalidade da prisão e a decisão sobre a prisão ou a liberdade surtirá os efeitos que foram enfaticamente defendidos para sua implementação.

3. CONCLUSÃO

A tardia realização das audiências de custódia no Brasil se deu pelo desinteresse da classe política em legislar sobre o tema, afinal, defender e garantir direitos de preso são temas que não capta votos na maioria do eleitorado.

Coube ao judiciário colocar em pauta o tema e por conta disso o Supremo foi obrigado a decidir se estaria o TJSP usurpando a função do legislativo e a decisão acertada possibilitou a realização das audiências de custódia, que já é realidade na grande maioria dos países que ratificaram o Pacto de São José de Costa Rica.

Contudo, deixar nas mãos do judiciário a solução para a grave crise carcerária que passamos no país é tratar o tema de forma desonesta e despreocupada, pois há premente necessidade de uma reforma das lei penais e processuais penais, bem como a adoção de um sistema totalmente acusatório que deixe de eleger o jovem negro morador da periferia como o inimigo que deve ser eliminado do convívio social.

A crise carcerária vivida é fruto do descaso que durante anos o Estado e a sociedade trataram do assunto, some-se a isso o discurso político que angaria votos sempre no sentido de endurecimento nas penas aplicadas, pois em um país que a afirmação “bandido bom é bandido morto”, ou ainda declarações no sentido de que se você não matar, roubar ou estuprar não estará sujeito a morrer de forma bárbara em um presídio[7] são compartilhadas e aceitas como corretas por parcela da população, sem, contudo, analisar o porquê pessoas cumprem penas e porque morreram em ambiente que deveria ser totalmente controlado pelo Estado. É de se

[7] https://al-ma.jusbrasil.com.br/noticias/113181987/deputados-criticam-declaracao-de-jair-bolsonaro-sobre-o-presidio-de-pedrinhas, acesso em 10 de agosto de 2017. Em entrevista ao Portal G1 sobre o caos no sistema prisional brasileiro, o deputado federal Jair Bolsonaro afirmou que "a única coisa boa do Maranhão é o presídio de Pedrinhas. E continuou: é só você não estuprar, não sequestrar, não praticar latrocínio que tu não vai para lá. Vai dar vida boa para aqueles canalhas?".

questionar a eficiência do Estado que não consegue dar conta da administração e segurança delimitada de um presídio, imaginemos o que falta de administração e segurança fora deles.

Vivemos uma realidade perversa no cárcere, muitos dos que estão presos preventivamente ao final do processo recebem uma pena alternativa, nesses casos para o preso é como se recebesse a liberdade, ou seja, não haveria necessidade de se manter a pessoa presa, e parece que a implementação das audiências de custódia surtiria um efeito modificador desse quadro, contudo, ainda se prende mais preventivamente, pois conforme demonstrado, 55,32% dos presos em contexto nacional tem o flagrante convertido em prisão preventiva.

Conforme se depreende dos dados apresentados ainda temos um número maior de decretação de prisão preventiva e caso o quadro não se reverta ainda estaremos entre os países que mais encarceram no mundo. A mudança dessa triste realidade não se dará apenas com a realização de uma rápida audiência em que o juiz ainda com poucas informações sobre o que de fato aconteceu para a ocorrência da prisão em flagrante possa decidir com justiça sobre a concessão ou não da liberdade.

Portanto, observa-se que o instituto da Audiência de Custódia, em geral, e o seu implemento, em particular, alinha-se a uma concepção acusatória do processo penal, no entanto, refletindo a presença do sistema inquisitório que ainda contamina o sistema penal brasileiro. Essa dimensão, torna-se latente na analise dos dados apresentados pelo CNJ que embora todo esforço para dar eficácia a garantias fundamentais não alcançou ainda todos os objetivos almejados quando da implementação das Audiências de apresentação.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Edição Universitária. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Sobre o aproveitamento das declarações autoincriminatórias do flagrado em Audiência de Custódia**. Em: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 69-105.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº213, de 15 de dezembro de 2015**. Brasília, 2015a. Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059. Acesso em 02 de agosto de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº214, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal dos Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. Brasília, 2015b. Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3061 Acesso em 02 de agosto de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 76/2013, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 40.ed. com índice. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2013. 464 p. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividadeegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html >. Acesso em: 09 ago.2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Diretoria de Políticas Penitenciárias. Coordenação Geral de Alternativas Penais. **Implementação das Audiências de Custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016.

BRASIL. Portal do Senado Federal. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115. Acesso em 02 de agosto de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Decreto nº 592/1992.**

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto Legislativo nº678/1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Informação Legislativa. **Decreto Legislativo nº 226/1991**. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Disponível em http://legis.senado.gov.br. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5240/DF** – Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 de agostode2015. Disponível em http//www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795httm, acesso em 05 de agosto de2017

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOLDEMBERG, Miriam. **A arte de pesquisar:** como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MARQUES, Mateus. **Sobre a implantação da Audiência de Custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível**. Em: ANDRADE, Mauro Fonseca;

ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 9-22.

PIOVESAN, Flavia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco**, v. 2, n. 1, p. 20-33, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.