

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

**COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO:
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E AS
AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

BELICE, Afonso Códolo
Orientadora: Dr.^a Soraia da Rosa Mendes

Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

BRASÍLIA

2017

SUMÁRIO

Introdução.....	7
------------------------	----------

CAPÍTULO I

1.1 Bem Jurídico e Sistema Penal.....	10
1.2 Garantismo Penal.....	22
1.3 Cultura do Encarceramento e Sistema Penitenciário.....	35

CAPTÍTULO II

2.1 Processo Penal Espetacularmente Miserável.....	49
2.2 Estado de Coisas Inconstitucional.....	64
2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.....	73
2.4 Voto do Ministro Relator nas Medidas Cautelares da ADPF 347: em busca da mudança.....	81

CAPTÍTULO III

3.1 Tratados Internacionais.....	91
3.2 Audiência de Custódia e o Poder Legislativo.....	94
3.3 Audiência de Custódia e o Poder Judiciário.....	98
3.4 Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.....	107
3.5 Monitoramento das Audiências de Custódia.....	113
3.6 Conclusão.....	124

Referências.....	133
-------------------------	------------

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu pai, mãe e irmã. O apoio e afeto exemplar de vocês fez, e sempre fará, tudo possível. Obrigado, amo vocês!

Agradeço aos meus nobres amigos de classe, majestosos leitores! Que as histórias e resenhas prevaleçam aos longos dos tempos.

Fraterno abraço aos caros amigos das ciências jurídicas! Desde os tempos da universidade, tanto em Ouro Preto quanto em Brasília, trocando ideias e risadas.

Meu muitíssimo obrigado aos grandes docentes. Especialmente ao professor Sérgio Victor, pelas oportunidades e amizade, e à professora Soraia da Rosa Mendes, atenciosa orientadora e aguerrida defensora dos direitos fundamentais.

Viva a vida acadêmica!

*Un hombre sólo tiene derecho a mirar a otro hacia abajo,
cuando ha de ayudarlo a levantarse.*

Gabriel García Márquez

RESUMO

BELICE, Afonso Códolo. *Combate à Cultura do Encarceramento: Estado de Coisas Inconstitucional e as Audiências de Custódia*. Instituto Brasiliense de Direito Público: Brasília, 2017

Inicia-se o estudo demonstrando a extensão da população carcerária brasileira. Após, são vislumbradas as teorias do bem jurídico, sistema penal e garantismo penal. Então, busca-se enxergar como o sistema de justiça criminal em nosso país atua, e os reflexos no cárcere. Depois, passar-se a avaliar o processo penal brasileiro. Vê-se como ele se tornou um objeto de enorme interesse midiático. Como o processo penal do espetáculo macula os direitos e garantias fundamentais, etiquetando e estigmatizando indivíduos dos estratos mais baixos da sociedade. Em seguida, analisa-se recente e paradigmática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. A Corte definiu, liminarmente, o estado de coisas inconstitucional do cárcere brasileiro. A decisão determinou que haja sempre a realização audiências de custódia, viabilizando a apresentação do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão. Estudam-se as audiências de custódia, analisando se combatem a cultura de encarceramento enraizada no Brasil.

Palavras-chave: Processo Penal, Sistema Penitenciário, Estado de Coisas Inconstitucional, Audiência de Custódia

ABSTRACT

BELICE, Afonso Códolo. *Combate à Cultura do Encarceramento: Estado de Coisas Inconstitucional e as Audiências de Custódia*. Instituto Brasiliense de Direito Público: Brasília, 2017

The study begins demonstrating the extension of the Brazilian prison population. Afterwards, theories of legal asset, penal system and criminal guaranty are glimpsed. Then, we seek to see how the criminal justice system in our country acts, and the reflexes in the prison. After that, we proceed to evaluate the Brazilian criminal procedure. One sees how he became an object of enormous media interest. As the criminal process of the spectacle tarnishes the fundamental rights and guarantees, labeling and stigmatizing individuals from the lower strata of society. Subsequently, the recent and paradigmatic decision handed down by the Supreme Court in the Argument of Breach of Basic Precept N° 347 is analyzed. The Court has preliminarily defined the unconstitutional state of things of the Brazilian jail. The decision determined that custody hearings should always be held, making it possible for the prisoner to be presented to the judicial authority within a maximum of 24 hours, counted from the moment of arrest. The custody hearings are studied, analyzing if they combat the culture of incarceration rooted in Brazil.

Keywords: Criminal Procedure, Penitentiary System, Unconstitutional State of Things, Custody Hearing

Introdução

O Brasil possui sonho de grandeza. Por sua extensão continental e grande contingente populacional, almejou ser grande de fato perante a comunidade internacional. Hoje é a 9ª economia do mundo¹. Sediou a copa do mundo de futebol e as olimpíadas. Entretanto, exprime-se a grandeza em aspectos bem menos alvissareiros.

Ademais, a pátria figura em quarto lugar em um panorama mundial: população carcerária. Levantamento nacional mais recente de Informações Penitenciárias (Infopen), do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), demonstra que a nossa população carcerária chegou ao número de 622.202 presos².

A grandeza do sistema penitenciário brasileiro não é, portanto, para ser comemorada. E sim estudada, compreendida e, diga-se com todas as letras, combatida. Os três países que ocupam o pódio carcerário são: em primeiro lugar, os Estados Unidos da América (2,2 milhões de presos); em segundo, a China (1,6 milhão de encarcerados); em terceiro, a Rússia (673.800 de prisioneiros). Certamente cada país possui seus motivos, sua cultura de encarceramento. Nosso trabalho focará em *Terrae Brasilis*.

Para que se tenha uma visão mais ampla, ao se comparar o número de presos com o total da população, o Brasil também está em quarto lugar. São 300 presos para cada 100 mil habitantes, ficando fora do pódio. O grande campeão mundial de fato são os Estados Unidos da América (698 presos/ 100 mil habitantes), seguido por Rússia (468 presos/ 100 mil habitantes), e Tailândia (457 presos/ 100 mil habitantes).

Estimativa do Ministério da Justiça³ preleciona que, se a taxa de encarceramento continuar no mesmo ritmo, um em cada 10 brasileiros estará atrás das grades em 2075. Isso mesmo, 10% de nossa sociedade poderá ser encarcerada em futuro próximo se não houver mudanças estruturais em nosso sistema penal e combate à cultura de encarceramento.

¹ Conforme dados do Fundo Monetário Internacional (FMI), os países que possuem os maiores PIB do mundo, respectivamente, são: Estados Unidos, China, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Índia, Itália e Brasil.

² BRASIL. DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

³ Idem

Para se entender, em busca de meios para se superar, a crise do sistema penitenciário nacional, iniciaremos este estudo analisando as teorias do bem jurídico, sistema penal e garantismo penal. Busca-se vislumbrar como o sistema de justiça criminal em nosso país atua, e os reflexos no cárcere.

Depois, então, passar-se-á a avaliar o processo penal brasileiro. Como ele se tornou um objeto de enorme interesse midiático. Como o processo penal do espetáculo macula os direitos e garantias fundamentais, etiquetando e estigmatizando indivíduos dos estratos mais baixos da sociedade.

Após, analisa-se recente e paradigmática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos. Examina-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que definiu, liminarmente, o estado de coisas inconstitucional do cárcere brasileiro.

Determinou-se, em sede liminar na referida arguição, que haja sempre a realização audiências de custódia, viabilizando a apresentação do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem implementando as audiências de custódia no país desde o início de 2015. Tal implementação, com seus devidos reflexos, será o escopo de nossa análise final e devida conclusão.

Veremos como estas audiências propõem mudar a sistemática processual penal, almejando garantir direitos fundamentais dos custodiados. Questiona-se: sendo eles apresentados em menos de um dia corrido ao juiz, este teria a possibilidade de lhes averiguar de pronto situações processuais?

Será estudado se as audiências de custódia, imperativamente realizadas graças à decretação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, combatem a cultura de encarceramento enraizada no Brasil.

Entende-se que há altos índices de relaxamentos do flagrante ou liberdades provisórias. Frequentemente, a liberdade é concedida sob condições que devem ser cumpridas pelo acusado, como ser monitorado eletronicamente e se apresentar periodicamente em juízo.

Nesta esteira, essa cultura de encarceramento brasileira pode ser dirimida com a devida implementação do direito de toda pessoa privada de sua liberdade ser apresentada, sem demora, a um magistrado. Realizando-se a audiência de custódia.

CAPÍTULO I

1.1 Bem Jurídico e Sistema Penal

É frequente que a expansão do direito penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal. Buscar-se-ia permanentemente o recurso à legislação penal, numa aparente solução fácil aos problemas sociais. Havendo delegação ao plano simbólico, com a asseveração de princípios para se tranquilizar a opinião pública, ao invés de ser resolvido ao nível instrumental, com a proteção efetiva dos direitos do cidadão⁴.

Sobre essa construção social, Paulo Queiroz explana que:

Assim como não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos⁵, tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos, pois nada é onticamente jurídico, lícito ou ilícito, mas socialmente construído. Em direito nada é dado, tudo é construído⁶.

Constata-se a existência de uma tendência claramente dominante, na legislação de todo o globo, na introdução de novos tipos penais, bem como há agravamento daqueles já existentes⁷. Dessa forma, observa-se a antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa.

Contudo, por mais intrincada que a sociedade seja, ela se demonstra suscetível a certos estímulos. Os meios de comunicação social de massas induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como controle social.

Pelo contrário, a sociedade absorve esses padrões de maneira quase que de forma autônoma, pois chegam até ela como formas de recreação⁸. Toda instituição social possui um elemento de controle social que é intrínseco a sua essência, e que pode ser instrumentalizado muito além do correspondente em sua essência.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001 p. 21

⁵ Uma das conclusões de NIETZSCHE, na obra *Jenseits von Gut und Böse* (Para Além do Bem e do Mal)

⁶ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal / volume I, parte geral*. 8ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012 p. 38

⁷ SILVA SÁNCHEZ Ob. Cit. p. 20

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro / volume I, parte geral*. Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 p. 63

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, “o controle social se vale, pois, desde meios mais ou menos difusos e encobertos até meios específicos e explícitos, como é o sistema penal”⁹.

Sistema penal que está sob a égide da Constituição Federal de 1988. Através dela, muitos mandamentos e concepções autoritárias da ditadura militar foram extirpados do ordenamento jurídico nacional. Instaurou-se o Estado Democrático de Direito, buscando garantir e efetivar direitos. Em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁰.

A Constituição da República afirma quais são os objetivos de nossa sociedade, como garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir desigualdades e promover o bem de todos eivado de qualquer preconceito. Para tanto, nossa Constituição Cidadã institui o Estado Democrático de Direito, que é a real mudança do *status quo* societário, sendo instrumento de transformação social.

Discutem-se os limites da intervenção penal frente aos embates que devem ser encarados: de um lado, a preocupação com os direitos e garantias fundamentais, calcada no engrandecimento do Estado de Direito e construção de limites racionais ao poder punitivo; e de outro, a crescente pressão por mais eficiência dos sistemas penais, difundida por demandas de setores específicos da população, mediada pelo discurso dos meios de comunicação em massa¹¹.

Coaduna com a transformação da sociedade o garantismo, visto que se opõe politicamente ao autoritarismo através da democracia. Vai de encontro ao decisionismo entrelaçado no Direito, valendo-se do princípio da legalidade nesta colisão.

A teoria garantista objetiva encerrar a visão de objeto que o réu possui no sistema inquisitorial, dando-lhe o status de sujeito de direitos. Nesta seara, o magistrado se baseará nos direitos e garantias constitucionais e seus reflexos.

O marco histórico da teoria garantista são as ideias propagadas por Cesare Beccaria. E, contemporaneamente, o garantismo tem suas bases na obra “Direito e Razão” de Luigi Ferrajoli. Vale-se do pressuposto da proteção dos direitos

⁹ ZAFFARONI Ob. Cit. p. 64

¹⁰ Como explicitado no inciso I, do art. 3º da Constituição Federal de 1988

¹¹ MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal e Democracia*. Bruno Amaral Machado, coordenador. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: FESMPDTF, 2013 p. 11

fundamentais de primeira dimensão, estabelecidos precipuamente na Constituição Federal.

Na ótica de Ferrajoli, “garantismo penal” não é um marco teórico calcado exclusivamente nos direitos citados acima, pois o ditame constitucional antevê outros direitos, assim como deveres¹². Deste modo, a teoria garantista se presta a vários princípios e valores definidos na Carta Política.

O garantismo assinala uma teoria jurídica onde validade e efetividade são categorias diferentes entre si, mantendo separados o “ser” e o “dever ser” em Direito¹³. Nesse sentido, o magistrado não seria incumbido da obrigação jurídica de aplicar leis incompatíveis com a Constituição, mesmo que estejam em vigor.

Institui-se uma filosofia política, a qual impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos e os interesses cuja tutela e garantia se fazem definitivamente a finalidade de ambos. Garantismo vincula o poder público ao Estado Democrático de Direito, demonstrando o correspondente desacordo entre validade e justiça.

A teoria garantista preservará os direitos e de deveres elencados na Constituição Federal de 1988. Elencam-se direitos fundamentais, e se institui o Estado Democrático de Direito através de nossa Constituição Cidadã. Neste contexto, as normas de hierarquia infraconstitucional, as possíveis alterações constitucionais, e as emanações do Poder Judiciário não podem afligir ou ignorar mandamentos da Lei Maior.

Tais referências ao garantismo servirão de aporte ao entendimento da proteção de certos bens: a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, como também a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos indivíduos abarcados pelo manto penal. Há o garantismo penal integral. Assim sendo, impõe-se que os direitos e deveres previstos na Constituição sejam cumpridos corretamente.

Sob o manto do Estado Democrático de Direito, punem-se aquelas condutas que lesem o bem jurídico. Todavia, atualmente o ordenamento jurídico pátrio tende a utilizar

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 p. 23

¹³ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 28 – março de 2009 p. 4

o direito penal como forma de coação social indiscriminada, não observando princípios basilares deste ramo do direito. Mas não é essa sua função inicial, qual seja, sancionar somente condutas que lesionem ou restrinjam os bens jurídicos. Sendo assim:

Não pode haver uma concordância absoluta entre moral e direito, mesmo porque, do contrário, violar-se-ia o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito, convertendo-o em Estado policial puramente. Exatamente por isso é que, por mais imorais que possam ser determinadas condutas, o direito penal não pode intervir sobre elas, exceto quando implicarem lesão grave de bem jurídico alheio. Existe, portanto, um âmbito da vida pessoal intocável pelo poder do Estado e ao resguardo do controle público e da vigilância policial: não só as interações e os projetos, mas também os erros de pensamento e de opinião¹⁴.

No panorama atual, com a gradual expansão das normas penais, fica conturbada a teoria do bem jurídico, pois, dependendo do caso, este instituto é expandido anormalmente ou simplesmente deixado de lado. Isto ocorre a fim de dar soluções imediatistas numa sociedade com a taxa de crimes nas alturas. Portanto, cabe a discussão da teoria do bem jurídico, com o intuito de se estabelecer seus limites atuais e seus analisar seus frutos no direito penal.

No tocante às penas impostas por este ramo do Direito, Zaffaroni prognostica:

A pena não pretende cumprir, pois, em nosso direito, uma função de expiação ou castigo, o que teria um sentido moral, e sim uma função de garantia de bens jurídicos. O propósito de segurança das penas e a limitação da ingerência do Estado às condutas que afetam bens jurídicos são necessariamente complementares: o direito penal que reserva a moral à consciência individual não poder perseguir, com a pena, nenhuma finalidade expiatória, mas só pode buscar um propósito de garantia do âmbito da consciência moral¹⁵.

Para o jurista latino-americano, “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”¹⁶. Dessa forma, fundamentalmente, a pena implica numa afetação de bens jurídicos do autor do delito¹⁷.

Esta privação de bens jurídicos do autor da conduta ilícita objetiva garantir os bens jurídicos dos demais integrantes da sociedade. Mas esta privação de bens jurídicos não pode exceder certos limites. Questiona-se o que sentiriam “todos os integrantes da

¹⁴ QUEIROZ Ob. Cit. p. 60

¹⁵ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. p. 89

¹⁶ Idem p. 416

¹⁷ Idem p. 92

comunidade jurídica brasileira, se fosse amputada uma mão de um batedor de carteira, ou se alguém que falsificasse um passe de metrô fosse condenado à morte”¹⁸.

Acertadamente, Claus Roxin leciona:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do direito penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do direito penal. A função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos¹⁹.

Este jurista europeu explana a respeito da função social do direito penal e os limites que a mesma impõe, e discorre a despeito do bem jurídico:

Em um Estado Democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições adequadas para esse fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos²⁰.

Tem-se assim que um bem jurídico vinculante existe quando se encontra presente em um valor constitucionalmente reconhecido, preexistido ao ordenamento jurídico-penal. Consideram-se, assim, os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como materializações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais.

Para tanto, necessita-se reconhecer que os bens jurídicos demonstram mutabilidade, pois estes devem coadunar com os direitos fundamentais elencados no momento que se vive. Pode-se dizer que os bens jurídicos não têm uma validade sem fim, pois estão submetidos às variâncias constitucionais e das relações societárias²¹.

¹⁸ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. p. 92

¹⁹ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009 p. 16

²⁰ Idem p. 18

²¹ Idem p. 36

O direito penal deve somente resguardar bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, mandamentos religiosos, concepções ideológicas do mundo ou meramente sentimentos²².

Nessa seara, para o direito penal prestar efetivamente o seu papel, e cumprir seu dever perante este sistema democrático, buscará a proteção de bens jurídicos. Proteção aos valores e interesses de relevância constitucional, ligados aos direitos e deveres fundamentais²³.

Explica-se que a norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, visto que é uma ingerência demasiada na liberdade dos indivíduos²⁴. Certamente se deve deixar uma margem para o legislador definir os ditames da norma penal, mas esta deve ter utilidade para a proteção de bens jurídicos. Todavia, quando não se encontra uma fundamentação constitucional a norma será ineficaz, como também desproporcional.

O princípio da proporcionalidade equaliza melhor proteção de direitos fundamentais, como a liberdade, sendo que o Estado deve prover uma política penal orientada corretamente. Este princípio impediria uma penalidade que viesse a restringir algum dos direitos individuais em níveis superiores àqueles reclamados pelo interesse coletivo²⁵.

O poder intervencionista penal e a liberdade civil devem se compensar de modo que ao cidadão seja garantido a proteção imprescindível do Estado, e que, ao mesmo tempo, promova quanta liberdade individual quanto seja possível²⁶. Afinal, existe o dever de segurança, que demanda do Estado o dever de proteger o indivíduo contra possíveis ataques de terceiros, valendo-se de várias ações para tanto. Este é reflexo do direito fundamental à proteção.

A obrigação de proteger significa que o Estado deve adotar medidas destinadas a evitar que outros indivíduos lesem os direitos sociais, com mecanismos efetivos contra as violações e também com medidas preventivas que evitem que agentes privados possam obter total controle dos recursos necessários para a realização de um direito.

²² ROXIN Ob. Cit. p. 13

²³ STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009 p. 41

²⁴ ROXIN Ob. Cit. p. 27

²⁵ STRECK Ob. Cit. p. 64

²⁶ ROXIN Ob. Cit. p. 39

Tem-se que o princípio da proporcionalidade se divide no tocante ao sistema penal. Primeiramente, tem-se a proporcionalidade estrita, que se preocupa apenas em realizar uma adequação da gravidade do crime com a aplicação da pena. E tem-se também a proporcionalidade ampla, que examina globalmente o custo-benefício da pena, analisando sua adequação, necessidade e estrita proporcionalidade.

Entende-se que a proporcionalidade ampla de início verifica se a medida limitadora é um meio a alcançar o fim necessário, depois estabelece a medida penal mais idônea para tanto, e finalmente indica se tal medida adotada gera mais benefícios que prejuízos.

Neste campo, os direitos fundamentais expressam uma proibição de intervenção, como também são um postulado de proteção. Isto posto, haverá a proibição do excesso e uma proibição de omissão, conhecida como proibição da proteção deficiente²⁷.

Objeto de intervenção do direito penal só pode ser constitucionalmente admissível e válido se as exigências do princípio da proporcionalidade forem observadas. Vale-se deste princípio para a determinação de omissões legislativas, quando não oferecem o nível de garantia de direitos ou os violem. A abstenção legislativa, bem como uma lei que não protege um direito fundamental, violam os princípios dos requisitos da idoneidade e da necessidade²⁸.

Neste íterim, veda-se que o Estado opere desproporcionalmente. Para tanto, busca-se evitar exageros e abusos. Levando sempre em consideração os princípios constitucionais.

Um dos princípios mais amplos, e mais contundentes, elencado em nossa Constituição da República é o da dignidade da pessoa humana. Podem-se extrair vários desdobramentos dele. Entre eles, o princípio da intervenção mínima.

Intervenção mínima é um princípio limitador do poder punitivo estatal, impondo-se como o caminho a ser seguido para conter possíveis arbítrios do Estado. O direito penal não pode servir de instrumento único de controle social, senão se banalizaria a sua atuação. Direito penal deve possuir uma atuação subsidiária, deve ser

²⁷ STRECK Ob. Cit. p. 91

²⁸ FISCHER Ob. Cit. p. 12

usado como último remédio, como a última alternativa. Direito penal como a *ultima ratio*.

Entretanto, o recurso a este ramo do direito, por vezes, é visto pelos poderes públicos como um instrumento contundente para se resolver problemas sociais que tais poderes não puderam ou não quiseram resolver de outra maneira²⁹.

A auto compreensão da sociedade atual revela a grande demanda de intervenção punitiva. Todavia, o direito penal não deve servir as demandas sociais mais contraditórias e superficiais.

Por seu turno, temos a concepção de um direito penal funcional, que vai ao encontro do princípio da intervenção mínima, alocando na intervenção punitiva somente as lesões aos bens jurídicos.

Entretanto, essa racionalidade só se expressa firmemente em um ordenamento de proteção, e que apoie o direito penal moderno como instrumento eficaz na assimilação dos novos problemas. No atual discurso político, o direito penal vige não mais como *ultima* senão como *prima* ou, até mesmo, *sola ratio*³⁰.

Nesse contexto, Silva Sánchez assevera:

O resultado é desanimador. Por um lado, porque a visão do direito penal como o único instrumento eficaz de pedagogia, como mecanismo de socialização, de civilidade, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque essa expansão é em grande parte inútil, porque o direito penal é submetido a cargas que não pode suportar³¹. (tradução nossa)

Há um desvio de finalidade do direito penal. Dificilmente pode justificar-se como pena justa uma sanção que, de certo modo esdrúxulo, supera a gravidade do injusto³². Pena que, coadunando com os anseios midiáticos, priva a liberdade dos cidadãos desmedidamente.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ Ob. Cit. p. 113

³⁰ WINFRIED *apud* FISCHER Ob. Cit. p. 13

³¹ SILVA SÁNCHEZ Ob. Cit. p. 65. No original: El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al derecho penal a cargas que éste no puede soportar.

³² ROXIN Ob. Cit. p. 118

Coloca-se o direito penal como paradigma para abarcar as grandes questões do funcionamento da comunidade como tal. Questões que, atualmente, nem as instituições políticas nem os grupos sociais são capazes de resolver.

As cargas impostas ao direito penal são enormes e, dessa forma, há uma escabrosa reação em cadeia. Ferem-se princípios constitucionais, o que se reflete no direito penal. Daí há, por óbvio, grandes efeitos no processo penal. Então, chegam-se às nefastas condições do sistema penitenciário brasileiro.

A antinomia presenciada atualmente advém do choque entre a sociedade moderna e ranço dos sistemas penais que outrora vigoraram. Busca-se compreender como os sistemas penais se consolidaram e, posteriormente, foram perdendo espaço, e mesmo assim deixaram fortes resquícios na sociedade pós-moderna.

Segue-se a concepção de Zaffaroni, que define sistema penal como:

Controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal³³.

Vera Malaguti Batista faz certa analogia a respeito do tema:

O sistema penal é plástico e análogo à revolução industrial. Como a revolução industrial foi um colossal moinho de gastar gente, o sistema penal foi concebido não para suprimir as ilegalidades (como muitos incautos ainda acreditam), mas para geri-las diferencialmente. A primeira prisão, como as *rasphuis*, eram dispositivos de disciplinamento da juventude, casas de correção. Há aí um deslocamento da vingança do soberano para a ideia de defesa da sociedade³⁴.

A autora, versando a respeito da superação do Antigo Regime, diz que o medo burguês da revolução popular “ilumina” o direito penal criado à época. Os medos, a ideia de nação, de povo, faz com que o sistema penal agencie a conflitividade social. Deste modo, “a justiça criminal e o poder punitivo se transformam em um instrumento

³³ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. p. 89

³⁴ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011 p. 95

para o controle diferencial das ilegalidades populares. É para isto que foram concebidos historicamente a prisão e o sistema penal”³⁵.

Então, parte-se para a análise do Estado do bem-estar social, que se consolidou, na Europa, na primeira metade do século XX. Particularmente durante as décadas de sessenta e setenta, o sistema penal parecia amoldar-se nos mesmos princípios que regiam o Estado providência, desenvolvendo o assistencialismo penal³⁶.

A organização social era baseada nos princípios sociais democráticos de inclusão, redistribuição e gasto público, que implicavam em um Estado ativo e intervencionista³⁷.

Partindo dessas aceções, as instituições estatais tentavam identificar o delinquente desadaptado, com o intuito de lhe assegurar os tratamentos corretos para sua correção e reinserção social. Seguindo esta suposição utilitarista, os juízes atentavam mais para a necessidade dos criminosos receberem tratamento, do que de fato a natureza real de seus crimes. Este *modus operandi* fazia com que ofensas similares por vezes recebessem sentenças diferentes. Ou seja, a maneira como seria decidido o caso dependeria de se ter a causa julgada por um juiz amigável, solidário ou não³⁸.

Verifica-se que, apesar de suas motivações democráticas e propósitos humanitários, as instituições penais do bem-estar social violaram seus compromissos mais significativos, atingindo gravemente os interesses dos desfavorecidos.

Os altos níveis de discricionabilidade judicial, apoiados no sistema, conduziram a uma discriminação das minorias ou grupos desfavorecidos e ao benefício das classes de melhor poder aquisitivo. Quando aplicavam princípios utilitários estritos, os juízes tendiam ser flexíveis com as classes mais altas, as quais, segundo a justiça da época, tinham melhores possibilidades para se recuperar e reintegrar³⁹.

³⁵ BATISTA Ob. Cit. p. 96

³⁶ GARGARELLA, Roberto. *De la Justicia Penal a la Justicia Social*. Colección Derecho y Sociedad. Bogotá: Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2008 p. 80

³⁷ Idem

³⁸ Idem p. 81

³⁹ Idem p. 82

Contudo, ocorria o inverso com as classes mais pobres. Pois aqueles indivíduos provenientes de um contexto social visto como degradado, eram postos como pessoas com poucas possibilidades ou desejos de se reintegrarem na sociedade⁴⁰.

Exatamente pelo fato do sistema penal supracitado ser conturbado, sofreu críticas e reações contra a discricionariedade do juiz e seus reflexos negativos, dentre eles, a discriminação por classe e grupo étnico.

Assim sendo, os reformistas pregavam pela volta de princípios antes sustentados por Cesare Beccaria, como a ideia que todos os indivíduos que cometeram o mesmo crime merecem o mesmo castigo. Desdobra-se daí que os juízes não deveriam se valer de discricionariedade nenhuma, devendo se atentar ao merecimento justo⁴¹.

Buscando-se um dito merecimento justo houve a retomada de um sistema retributivista, que se fortaleceu com a revitalização do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, exigiram-se diretrizes para as sentenças judiciais. Partiu-se para o retributivismo⁴².

O princípio da proporcionalidade indicava que os agressores deviam ser castigados por aquilo que haviam feito, independentemente de sua condição social ou origens. O retributivismo advoga que a finalidade e o fundamento da pena repousam numa relação de merecimento entre a conduta indevida do apenado e a reação institucionalizada da pena⁴³.

Entretanto, a prática deste novo sistema penal pelo direito de igualdade acabou contraditando drasticamente os ideais daqueles que o propuseram inicialmente. Porque as iniciativas retributivistas mostraram uma grande ênfase nos componentes da punição, que é a resposta pública frente ao delito, e deixam de lado alternativas não restritivas de liberdade⁴⁴.

⁴⁰ GARGARELLA, Ob. Cit. 82

⁴¹ Idem

⁴² Idem p. 83

⁴³ COSTA, André de Abreu. *Penas e Medidas de Seguranças – Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 33

⁴⁴ Idem p. 34

A tragédia se constata quando as mesmas diretrizes que asseguraram as sentenças judiciais não discriminatórias acabaram favorecendo mais a discriminação⁴⁵. Afinal, a grande maioria das diretrizes retributivistas proibiam diretamente os juízes de reduzir as sanções penais a partir de critérios como a educação, trabalho ou situação familiar.

Tragicamente, como as classes mais baixas são as grandes produtoras de criminalidade, eram nelas que retributivismo atuava com mais veemência, o que acabou por piorar a situação dos réus no processo penal.

Na sequência dos dois sistemas penais analisados acima surgiu um terceiro, o populismo penal. Assim se denomina porque as propostas do sistema não estão constituídas na visão de especialistas da justiça penal, e sim montadas de forma que privilegiem a visão pública sobre criminalidade e segurança⁴⁶.

As instituições formadoras de opinião canalizarão a pretensão de mais segurança em termos mais ou menos irracionais que demandarão punição⁴⁷. Dessa forma, as medidas populistas reservam um lugar privilegiado para a vítima, já que é esta com quem a sociedade sente empatia, tornando o sistema penal mais severo contra o crime.

A expansão do direito penal responde a um fenômeno geral de identificação social com a vítima, em detrimento da visão sociológica para com o autor do delito. A atitude da massa coaduna com o modelo societário da crise do Estado providência.

Com o surgimento do populismo penal, houve um crescimento exponencial do número de pessoas na prisão, as quais sofreram com penas mais longas e progressão de regime dificultada⁴⁸. Não se surpreende quando se vê que, ao invés de reduzir as desigualdades advindas do direito penal até então, o sistema as ampliou e fortaleceu.

E o sistema assim agiu visto que está umbilicalmente ligado à certos fatores sociais:

É óbvio que do sistema penal não podem ser excluídos os legisladores nem o público. Os primeiros são os que dão os padrões de configuração, embora frequentemente eles mesmos ignorem o que

⁴⁵ GARGARELLA Ob. Cit. p. 84

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ Ob. Cit. p. 22

⁴⁷ Idem

⁴⁸ GARGARELLA Ob. Cit. p. 87

realmente criam, pois superestimam seu poder seletivo. Na realidade, tem maior poder seletivo dentro do sistema penal a polícia do que o legislador, pois esta opera mais diretamente sobre o processo de “filtração” do sistema.

(...)

O público exerce um poder seletivo importantíssimo, pois com a delação tem em suas mãos a faculdade de pôr em funcionamento o sistema. Costuma-se afirmar que também controla o funcionamento, o que em boa parte não é mais que ficção. É óbvio que, quando o público se retrai, as denúncias diminuem e o sistema se vê impedido de criminalizar mais pessoas⁴⁹.

Observa-se que a prática da justiça penal vem se transformando ao longo do tempo. No decorrer do último século passou por três miríades diferentes: o assistencialismo penal, que impõe uma atenção especial ao agressor e na maneira de reincorporá-lo à sociedade; o retributivismo, que se preocupa com o crime em si mesmo, e a necessidade de adequar o castigo a gravidade do delito; e o populismo penal, que não se tem prestado nem aos direitos ao agressor nem ao princípio da proporcionalidade, mas se tem focado nas reivindicações das vítimas.

Tem-se que a perseverança de modelos processuais “com resquícios do século XIX e as dificuldades de alteração legislativa remetem aos interesses organizacionais e construção de nichos de poder na diferenciação interna do sistema de justiça criminal”⁵⁰.

Dessa forma, entende-se que os três paradigmas analisados pioram, ao invés de dirimir, os problemas sofridos pelas classes mais baixas da sociedade. Flagrantemente, encarceram-se os indivíduos dos estratos societários mais baixos com brutalidade.

1.2 Garantismo Penal

Partindo para um paradigma garantista, Ferrajoli explica que o direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno⁵¹. E que os princípios sobre os quais se funda o modelo garantista clássico (legalidade estrita, materialidade e a lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as

⁴⁹ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. p. 72

⁵⁰ MACHADO Ob. Cit. p. 12

⁵¹ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 29

partes, presunção de inocência) são, em sua maioria, advindos da tradição jurídica iluminista e liberal.

Busca-se um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente arquitetados e concretizados, com alto grau de racionalidade e confiabilidade do juízo. Quer-se a limitação do poder punitivo, bem como avalizar a tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

Constitui-se tal fato por dois elementos: um relativo à definição legislativa, e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível. “E correspondem a singulares conjuntos de garantias – as garantias penais e as garantias processuais - do sistema punitivo que fundamentam”⁵².

Primeiro elemento é o convencionalismo penal. Resultado do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Entende-se necessário haver duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio; e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas⁵³.

O desvio punível, não é aquele reconhecido em cada ocasião como imoral, anormal, socialmente lesivo ou coisa semelhante. E sim aquele indicado pela lei como pressuposto imprescindível para a aplicação de uma pena. Já a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento⁵⁴.

Dessa forma, observa-se que estará em voga o princípio da reserva legal em matéria penal, havendo a consequente obediência do juiz a lei. Sem a legislação que embasa, não se pode prender quaisquer cidadãos.

Para Ferrajoli, “o juiz não pode qualificar como delitos todos os fenômenos que considere imorais, mas apenas os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena”⁵⁵.

⁵² FERRAJOLI Ob. Cit. p. 30

⁵³ Idem

⁵⁴ Idem p. 31

⁵⁵ Ibidem

O segundo elemento da epistemologia garantista, pertinente ao primeiro como sua condição de efetividade, é o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível.

Afetam-se as “motivações”, ou seja, pelas razões de fato e de direito abrigadas para sua justificação. Ferrajoli diz que esse elemento será assegurado pelo princípio de estrita jurisdicionariade⁵⁶. Este exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em caráter assertivo, e sua determinada comprovação empírica, valendo-se da verificação e refutação. Explana-se que daí deriva:

Um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, *afirmações* ou *negações* — de fato ou de direito - das quais sejam predicáveis a *verdade* ou a *falsidade* processual⁵⁷.

Entretanto, Ferrajoli adverte a respeito do modelo garantista:

Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa tem o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica⁵⁸.

O modelo garantista de legalidade penal e processual é fenômeno recente, não possuindo nem duzentos anos de aplicabilidade, sendo sua total implementação nunca foi atingida por nenhuma nação. Contudo, o modelo que lhe refuta é “uma tradição autoritária muito mais antiga e realmente jamais interrompida”⁵⁹, que se consubstancia nas práticas legislativas, judiciais e/ou policiais. Isto, com alta exposição pelos meios de comunicação em massa.

⁵⁶ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 31

⁵⁷ Idem p. 32

⁵⁸ Idem p. 33

⁵⁹ Idem p. 35

A epistemologia antigarantista, ou seja, inquisitorial, é a concepção substancialista do desvio penalmente relevante. Desse modo, o objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente positivado na legislação lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial. Sociedade busca a punição exemplar, amplamente veiculada pela mídia.

Não obstante, há para além do delito o indivíduo delincente, “de cuja maldade ou antissociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição”⁶⁰. Cultua-se a ideia do indivíduo estigmatizado e etiquetado, que será punido e encarcerado.

Para Zaffaroni, a punição:

É a ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parecer indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra suas ações⁶¹.

As diversas medidas de defesa social presentes no ordenamento jurídico não são tidas como consequência de fatos legalmente indicados e judicialmente comprovados como delitos, e sim derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados, como a rele suspeita de cometimento do crime e a periculosidade social do sujeito. Esta, conforme assevera Ferrajoli, “legalmente presumida conforme as condições pessoais ou de status, como as de *desocupado*, *vagabundo*, *propenso a delinquir*, *reincidente*, *delinquente habitual* ou *profissional* e de *tendência delituosa*”⁶².

Sendo assim, produz-se um esvaziamento objetivo do princípio de estrita legalidade, voltando-se para um direito penal do autor. Ou seja, o sistema penal seleciona:

Pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim, está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem aos caracteres dos setores

⁶⁰ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 35

⁶¹ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. p. 72

⁶² FERRAJOLI Ob. Cit. p. 36

marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre⁶³.

Tal modelo de juízo penal potestativo possui uma natureza deveras autoritária. Inverte-se o fundamento do modelo garantista, pois sem uma predeterminação normativa precisa dos fatos a serem comprovados, o juízo remete muito mais a autoridade do juiz do que a verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios⁶⁴. Daí se tem que a alternativa epistemológica entre os modelos, garantista e inquisitivo, aparece na diferente concepção de “verdade jurídica”⁶⁵ que cada uma busca.

No modelo inquisitivo, almeja-se a verdade material. Uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, sem limitações e restrições legais, atingível por qualquer meio, além das rígidas regras procedimentais. Uma verdade que deságua em um encarceramento desmedido, difundido em forma de espetáculo.

Neste diapasão, a pretendida verdade substancial “degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal”⁶⁶.

Entretanto, a verdade acossada pelo modelo garantista é uma verdade processual, alcançada pelo respeito a regras precisas, focada somente a fatos e circunstâncias penalmente relevantes. Explica-se que “esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e as garantias da defesa”⁶⁷.

Dessa maneira, vê-se que “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”⁶⁸. Sistema este que desembocará em prisões em demasia.

No que tange não somente à verdade processual, mas no sistema de justiça penal como um todo, há um fator de incerteza, visto como insuperável⁶⁹: o caráter não impessoal do juiz.

⁶³ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. p. 73

⁶⁴ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 37

⁶⁵ Idem p. 38

⁶⁶ Ibidem

⁶⁷ Ibidem

⁶⁸ Idem p. 39

Anua Ferrajoli que, por mais que o juiz se esforce para ser objetivo, será sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais onde atua, pelos seus sentimentos, inclinações, emoções, e valores ético-políticos⁷⁰. Chega a ser dito que “em todo juízo, em suma, sempre está presente uma certa dose de preconceito”⁷¹.

O magistrado é detentor de um grande poder, do qual decorre uma grande responsabilidade. Pratica uma incansável e infundável busca pelas decisões acertadas no processo, pois as consequências dos erros judiciários são dificilmente reparáveis. Opera-se com a devida diligência, pois não há controle intersubjetivo da operação judicial, deixando o juiz de fato sozinho⁷² na situação.

Sobre as regras procedimentais e a convicção do juiz, assevera-se:

As regras são muito menos rígidas e numerosas no processo penal moderno do que no processo medieval, em que havia espaço para as chamadas “provas legais”, como, por exemplo, a confissão ou as declarações coincidentes de duas testemunhas oculares, as quais se costumava assinalar valor probatório *de jure*. Mas ainda hoje, no atual processo informado pelo princípio da “livre apreciação do juiz”, continuamos disciplinando pelo menos o *método* de investigação e de formação da verdade processual⁷³.

Muitas vezes, a livre apreciação do juiz fere um corolário garantista: não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal, no interesse e na vontade de todos. Vontade tal que a mídia difunde largamente com vossos filtros próprios.

Este corolário exclui a justificação meramente utilitarista e consensualista das decisões punitivas. Tem-se que no direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, “entendida a ‘verdade’ precisamente no sentido da ‘correspondência’ mais aproximada possível da motivação as normas aplicadas e aos fatos julgados”⁷⁴.

Precisamente sobre o direito e o problema do garantismo, aclara-se que:

O direito é um universo linguístico *artificial* que pode permitir, graças à estipulação e à observância de técnicas apropriadas de formulação e

⁶⁹ FERRAJOLI Ob. Cit. p. p. 45

⁷⁰ Idem p. 56

⁷¹ Ibidem

⁷² Idem p. 49

⁷³ Ibidem

⁷⁴ Idem. p. 57

de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio. O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, tomá-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático⁷⁵.

Para se superar o problema do modelo garantista de direito penal, buscam-se os princípios intrincados às garantias penais e processuais. Ferrajoli então traça uma tabela analítica e sistemática dos princípios, de modo a individualizar os diversos modelos de ordenamento penal.

Os princípios, formuláveis como proposições de implicação ou condicionais, são ligados entre si. Os termos utilizados na formulação destes princípios são: “pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa”⁷⁶.

Dessa forma, os princípios garantistas são assim denominados:

1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade⁷⁷.

Ferrajoli explica que estes dez princípios definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, sendo as regras do jogo fundamental do direito penal⁷⁸. Discorre que foram elaborados pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, concebidos como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto.

Através destes dez princípios, a teoria geral do garantismo esclarece que, no Estado de fato garantista, os poderes estatais, assim como os particulares, não terão livre disposição. Visto que estarão restringidos pelos direitos e garantias fundamentais e sua real efetividade.

⁷⁵ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 57

⁷⁶ Idem p. 73

⁷⁷ Idem p. 75

⁷⁸ Ibidem

De todos os princípios, aquele que caracteriza especificamente o modelo garantista é o princípio da legalidade estrita: *nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Este princípio exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal⁷⁹.

As condições desse modelo impõem limites, consubstanciando-se em garantias do cidadão contra o arbítrio penal. Encarceramento desmedido, fomentado pelos meios de comunicação de massa, não condiz com tal modelo.

Assim, no modelo garantista:

Não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos⁸⁰.

O garantismo penal demonstra sua força contra o autoritarismo, sendo o oposto deste sistema. Afinal, o Estado absoluto ou totalitário é aquele ordenamento onde os poderes públicos não são disciplinados pela lei, sendo ilimitados e não condicionados.

Já no Estado de Direito, é o ordenamento onde o poder público, especificamente o poder penal, está rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial e submetidos a um plano processual. Denominam-se estes dois extremos como “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”⁸¹. Este, pautado no desregramento de encarceramento.

O modelo de direito penal máximo é incondicionado e ilimitado. Caracteriza-se pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas. Configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente, visto que estão ausentes parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Nele, a cultura do encarceramento se torna gritante.

Já o direito penal mínimo corresponde não apenas ao maior grau de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas ainda a um ideal de

⁷⁹ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 76

⁸⁰ Idem p. 83

⁸¹ Ibidem

racionalidade e de certeza. Dessa maneira, excluir-se-á a responsabilidade penal sempre que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Há um nexos profundo entre garantismo e racionalismo⁸².

A história tem demonstrado uma evolução racionalista, Rogério Schiatti afiança que:

O curso da história, sobretudo a mais recente, indica uma tendência irreversível de substituir modelos de justiça criminal em que a preocupação maior do aparato repressivo não seja tanto o rígido controle social pelo direito penal, mas antes a proteção do indivíduo contra os abusos e os excessos punitivos do Estado⁸³.

A certeza perseguida em cada modelo se mostra completamente diferente. A do direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. Contrariamente, a certeza almejada pelo direito penal mínimo está em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune⁸⁴.

Esses dois tipos de certeza, bem como os custos relacionados às incertezas, compreendem interesses e opiniões políticas contrapostas. Há, “por um lado, a máxima tutela da certeza publica acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias”⁸⁵.

Ademais, Ferrajoli realiza contundente crítica ao modo como os juízes gerenciam estas certezas e incertezas:

Na prática, lamentavelmente, os juízes costumam confundir e intercambiar estes dois modos de solução das incertezas, às vezes mascarando os defeitos de legalidade estrita das normas e os espaços de arbítrio originados por eles por detrás da imagem da livre convicção e, outras vezes, suprimindo os defeitos de estrita jurisdicionabilidade e da pobreza das provas com a ampliação dos tipos legais no âmbito interpretativo⁸⁶.

⁸² FERRAJOLI Ob. Cit. p. 84

⁸³ SCHIETTI, Rogério em MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal e Democracia*. Bruno Amaral Machado, coordenador. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: FESMPDTF, 2013 p. 25

⁸⁴ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 85

⁸⁵ Idem

⁸⁶ Idem p. 87

Tal constatação revela certos poderes. O de interpretação ou verificação jurídica, quando as incertezas solucionadas sejam de direito. E o de comprovação probatória ou de verificação fática, quando as incertezas solucionadas sejam de fato.

Poderes esses que podem assumir facetas relativas ou absolutas, conforme as escolhas derivem de atonia das garantias, permitindo decisões sobre a verdade processual, ou dependam de falhas das garantias, exigindo decisões dispositivas sobre outros valores.

Daí se extrai a extensão do poder judicial e de suas diferentes dimensões - em matéria de interpretação, prova, compreensão equitativa e valoração dispositiva⁸⁷ - relativamente aos modelos expostos. O modelo garantista e a minimização do poder judicial. E o modelo autoritário, de progressiva maximização de tal poder, refletindo-se no encarceramento em massa fomentado pela mídia nacional.

Sobre o controle do poder judicial, a figura do magistrado se demonstra ímpar. O princípio da livre convicção do juiz não representa um critério positivo de decisão sobre a verdade, mas sim ao repulso das provas legais como satisfatórias para definir a condenação e a pena.

Preleciona-se que o princípio da livre convicção do juiz significa:

1) a não presunção legal da culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos na lei; 2) a presunção de inocência, na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; 3) o ônus para a acusação de exhibir tais provas, o direito da defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar, com bases nelas, a própria convicção em caso de condenação; 4) a questionabilidade de qualquer prova, que sempre justifica a dúvida como hábito profissional do juiz e, de acordo com isso, permite a absolvição⁸⁸.

A convicção do juiz deve estar aliada à verdade processual. Que é uma verdade alcançada mediante garantias codificadas, assegurando a possibilidade de refutar as hipóteses acusatórias. Onde a refutação se mostra impossível, significa que a técnica de definição legal do que é punível não permite juízos de cognição, somente juízos potestativos.

Desta maneira, a livre convicção não se lança sobre a verdade, mas sobre outros valores. De acordo com Ferrajoli, isso pode ocorrer por razões semânticas, porque a

⁸⁷ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 87

⁸⁸ Idem p. 112

hipótese não está formada por proposições que designam fatos, senão por juízos de valor ou de significado indeterminado⁸⁹, como indivíduo perigoso, subversivo ou obsceno. Bem como pode ocorrer por presunções normativas que de fato abdicam a acusação do ônus da prova, ou que retiram da defesa o direito à refutação e ao contraditório.

Logo, compreendem-se os limites do garantismo penal. Este é um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, baseado em uma epistemologia convencionalista e que comporta refutações. Deste modo, vai de encontro com a cultura do encarceramento, que é tão promovida pelos meios de comunicação de massa.

Ademais, é um modelo estrutural de direito penal marcado por certas condições substanciais e formas procedimentais funcionais a dita epistemologia. O modelo não garante a justiça substancial, que é questão de escolhas de políticas relativas a bens jurídicos tutelados penalmente.

Todavia, garante a justiça formal, ou seja, “uma técnica de definição legal e um método de comprovação judicial do desvio punível que, se não excluem, pelo menos reduzem ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio no direito penal”⁹⁰.

Se surgem incertezas insolúveis no plano cognitivo, abre-se espaço ao decisionismo do juiz, “inevitavelmente informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou políticos”⁹¹.

Assim, entende-se que o caráter político da atividade judicial não advém de opções ideológicas ou deontológicas, mas de uma realidade fática, atrelada aos defeitos de garantias e as imperfeições estruturais, “diversamente presentes em todos os ordenamentos penais positivos”⁹².

O garantismo critica a ideologia mecanicista da aplicação da lei. Visto que em nenhum ordenamento o juiz é uma máquina automática. Pois, imaginar o magistrado como tal significa fazer dele uma “máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos

⁸⁹ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 135

⁹⁰ Idem p. 136

⁹¹ Idem p. 137

⁹² Ibidem

interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral”⁹³.

O caráter diferenciador do direito penal é o de procurar cumprir a função de aprovisionar a segurança jurídica mediante a coerção penal. Esta, distingue-se das restantes coerções jurídicas, pois almeja assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador⁹⁴.

Tem-se o direito penal como técnica de definição, de individualização e de repressão do desvio. Ele se “manifesta através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aqueles condenados enquanto tais”⁹⁵.

O sistema de controle social do desvio pode ser interpretado como uma racionalização do sistema penal que, geralmente, tem a finalidade de torná-lo mais eficaz em relação à sua função principal: “contribuir para a reprodução das relações sociais de produção”⁹⁶.

Nesta senda, contribui-se para a manutenção da escala social vertical, da estratificação e da desigualdade dos grupos sociais. Alessandro Baratta explana que a “ideologia racionalizante se baseia, principalmente, na tesa da universalidade do fenômeno criminoso e da função punitiva”⁹⁷.

Os momentos da técnica punitiva são: a pena, o delito, e o processo. A pena consiste na definição ou proibição dos comportamentos classificados na lei como desviantes, consolidando-se na limitação da liberdade de ação dos indivíduos. O delito se consolida na sujeição coercitiva ao juízo penal daqueles suspeitos de terem violado as leis penais. E o processo se acomoda na repressão ou punição daqueles julgados como culpados de haver perpetrado uma das violações penais.

Apesar de a teoria do direito penal ser universal e impessoal, ocorre que:

Embora todos estejam sujeitos às limitações da liberdade de ação prescritas nas proibições penais, nem todos, e nem mesmo somente aqueles culpados pela violação destas veem-se sujeitos ao processo e a

⁹³ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 140

⁹⁴ Idem p. 98

⁹⁵ Idem p. 167

⁹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal* / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002 p. 150

⁹⁷ Idem

pena. De fato, muitos destes subtraem-se ao julgamento e, principalmente, a condenação, sendo que, em muitos casos, inclusive, inocentes são obrigados a suportar um julgamento, ou até mesmo o cárcere e o erro judiciário em razão da inevitável imperfeição e falibilidade de cada sistema penal⁹⁸.

Entende-se que o direito penal e o processo penal atual apresentam imperfeições, fugindo do modelo garantista e buscando um modelo midiático, focado no espetáculo. Visto que, o sistema processual penal somente poderá se firmar como democrático se houver regras previamente estipuladas, dotadas de racionalidade. E se estas regras forem devidamente realizadas no plano prático, tendo-se um devido processo penal⁹⁹.

Resta-se compreender o quão fora do padrão ideal que se apresenta o sistema de justiça criminal brasileiro, e como isto se reflete na cultura de encarceramento brasileira:

A polícia atua ignorando o discurso judicial e a atividade que o justifica; a instrução, quando é judicial, ignora o discurso e a atividade sentenciadora; a segunda instância ignora as condições da primeira que não coincidem com seu próprio discurso de maior isolamento; o discurso penitenciário ignora todo o resto¹⁰⁰.

O custo da justiça, dependente das escolhas penais do legislador, liga-se a um altíssimo custo de injustiças, sujeito ao funcionamento efetivo sistemas penais. Então, há a cifra obscura da criminalidade, sendo formada pelo montante de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes, como também pela quantia de inocentes processados e, às vezes, punidos.

Essas cifras são nomeadas, a primeira, de “ineficiência”, e a segunda, de “injustiça”. Nesta, estão: inocentes reconhecidos por sentença absolutória, depois de sujeitados ao processo e, muitas vezes, ao cárcere preventivo; inocentes condenados em sentença definitiva e absolvidos posteriormente por revisão criminal; vítimas (verdadeira cifra negra da injustiça¹⁰¹) dos erros judiciários não reparados.

⁹⁸ BARATTA Ob. Cit. p. 168

⁹⁹ SCHIETTI, Rogério em MACHADO Ob. Cit. p. 26

¹⁰⁰ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. 72

¹⁰¹ FERRAJOLI Ob. Cit. p. 168

1.3 Cultura do Encarceramento e Sistema Penitenciário

Infelizmente, nosso sistema processual penal, e conseqüentemente, nosso sistema carcerário, não coadunam com os princípios elencados em nossa Carta Magna. Pelo contrário, atualmente o que nosso sistema penal mais faz é violar massivamente os direitos e garantias dos indivíduos submetidos ao seu escrutínio.

Inclusive, Schietti elucida:

No processo penal brasileiro, todos concordam que dispomos de uma Carta Política progressista, que incorpora praticamente todos os princípios, direitos e garantias que configuram um processo penal moderno e democrático. Porém, no plano infraconstitucional e, mais ainda, no terreno da praxe judiciária e da investigação criminal, ainda não refletimos o modelo projetado pela constituinte de 1988¹⁰².

Uma democracia substancial é avessa ao expansionismo do direito penal e às tentações de seu uso simbólico e midiático. A liberdade é maximizada, e o poder de punir é minimizado¹⁰³. Contudo, a expansão do direito penal no nosso país é evidente, característica da sociedade pós-industrial que estamos inseridos, a sociedade do risco.

Zygmunt Bauman esclarece que o aumento dos riscos foi o precursor de medos sociais, e a generalização destes traz a sensação de insegurança e perda de referencial¹⁰⁴. Infelizmente, viver o perigo se tornou uma constante, forçando as pessoas a terem seus direitos restringidos em prol de uma segurança coletiva.

Imperioso reforçar que nossa sociedade coaduna com ideais advindas de uma estratificação social onde os ricos vivem em bairros tranquilos, ou mesmo condomínios fechados com segurança privada. Enquanto a voluptuosa criminalidade afeta a grande massa de gente modesta que vive nos bairros mais perigosos.

A sociedade pós-moderna apregoa a crise do modelo de bem-estar social. Ela apresenta bolsões de desemprego e criminalidade irredutíveis, de migrações voluntárias ou forçadas, e de choque de culturas. Nessa sociedade, infere-se a marginalidade à

¹⁰² SCHIETTI em MACHADO Ob. Cit. p. 28

¹⁰³ Idem p. 25

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2007 p. 8

vários indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais¹⁰⁵, sendo alvos do encarceramento.

A dimensão subjetiva deste modelo de configuração social é a insegurança sentida pelo cidadão, definindo-se como a sociedade do medo¹⁰⁶. Um dos aspectos mais pertinentes das sociedades da era pós-moderna é o sentimento coletivo de insegurança, contaminando a vida das pessoas com medos crônicos.

O medo envenena a produtividade humana, fazendo com que os indivíduos deixam de aproveitar vários efeitos societários. O medo é o nome que se dá a nossa incerteza, nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito. Ele é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto na sociedade, e por causa deste sistema social.

Há o medo derivado, que é o sentimento de estar suscetível ao perigo, que causa uma enorme sensação de insegurança¹⁰⁷. Inclusive cria-se o medo da exclusão, de ficar fora da sociedade, a mercê de todos os riscos.

Os medos e riscos afetam a funcionalidade do Estado em diversos âmbitos, como na propriedade, no trabalho e na economia, prejudicando o desenvolvimento da nação. Visualizam-se o aparecimento de lesões concretas que afligem a coletividade, que violam os direitos difusos.

Nesta vereda, busca-se a proteção de tais direitos, pensando nos bens jurídicos supraindividuais. Deste modo, volta-se o estudo do bem jurídico sob a ótica estrutural da sociedade, colocando os direitos do indivíduo e da coletividade no cerne da questão. Considera-se que há bens jurídicos, como a liberdade, o patrimônio e a vida, que não podem ser desqualificados, pois há o imperativo do Estado Democrático de Direito.

Fazendo estas considerações, seguramente existirá um espaço de expansão razoável do direito penal¹⁰⁸. Apesar disso, na sociedade do risco, produtora de tantos medos, a segurança se converte em uma forte pretensão social que cobra respostas do Estado. Ele, inadvertidamente, transfere esta responsabilidade ao direito penal¹⁰⁹.

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ Ob. Cit. p. 21

¹⁰⁶ Idem p. 28

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2008 p. 9

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ Ob. Cit. p. 26

¹⁰⁹ Idem p. 40

Vive-se em um universo social que:

Foi organizado em torno da infundável busca de proteção e frenética busca de segurança – estabelecendo assim padrões de proteção sempre crescentes, e previamente impensáveis, sempre à frente do que é atualmente possível de atingir. É nossa “obsessão com segurança”, assim como nossa intolerância a qualquer brecha – ainda que mínima – no seu fornecimento, que se torne a fonte mais prolífica, autorrenovável e provavelmente inexaurível de nossa ansiedade e de nosso medo¹¹⁰.

Nesta visão, macula-se o direito penal, ao qual foi designado a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade¹¹¹. Porém, a sociedade do risco, por toda sua insegurança, conduz inexoravelmente ao Estado vigilante, o Estado da prevenção¹¹². Havendo enormes reflexos nos cárceres.

O sistema penitenciário brasileiro, como muitos outros latino-americanos, malogrou-se. Constata-se que:

Se fale abertamente no mundo do “fracasso da prisão” e da franca crise da “ideologia de tratamento”, que batem em aberta retirada inclusive nos países em que realmente se quis realizá-la. Com muito maior razão é absurdo falar dela na América Latina, onde é impossível proporcionar um verdadeiro “tratamento” a milhares de pessoas privadas de liberdade e onde se privilegia a segurança mediante organização militarizada¹¹³.

Há diferentes sistemas carcerários no mundo, diferentes culturas encarceradoras, mas se pode chegar a um consenso sobre o sistema penitenciário da América Latina: caótico e violador de direitos e garantias fundamentais.

A característica geral da realidade carcerária latino-americana “é muito grave, com multiplicidade de delitos e violações flagrantes e contínuas dos direitos humanos que tem lugar, paradoxalmente, no seio dos sistemas de justiça penal”¹¹⁴.

Diz-se que as penitenciárias são reflexos da cultura em voga na comunidade em que vivemos:

É imprescindível partir da análise da situação da criminalidade, da justiça penal e das prisões com toda a objetividade possível e de forma

¹¹⁰ BAUMAN (2008) Ob. Cit. p. 169

¹¹¹ Idem p. 42

¹¹² Idem p. 138

¹¹³ ZAFFARONI (2013) Ob. Cit. 74

¹¹⁴ CARRANZA, Elías. *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas* / Elías Carranza (coordenador). Brasília: Ministério da Justiça, 2008 p. 46

ampla, já que as prisões não são alheias às sociedades nas quais vivemos. São pequenas unidades sociais que refletem e reproduzem, em sua pequena dimensão, o lado bom e o lado ruim das sociedades que construímos. Com sociedades violentas, com grande desequilíbrio e pouca justiça social, dificilmente poderíamos ter prisões sem violência e boa justiça penal¹¹⁵.

Observa-se, então, que nosso sistema penal é deficitário. Não só ele, que tem por gargalo as penitenciárias inumanas, mas a cultura do encarceramento intrincada na sociedade brasileira.

As falhas se demonstram no momento de criminalização primária, onde se dá uma seleção abstrata, visto que não há como precisar quem será alvo da norma sancionada. O que existe é apenas uma perspectiva sobre o perfil dos indivíduos, bens e grupos que serão perseguidos.

Logo, os detentores do poder, aqueles que possuem o poder de influenciar o sistema penal, o instrumentalizam em prol da tipificação que coaduna com seus interesses. De acordo com Soraia da Rosa Mendes, “daí porque a criminalização, em maior quantidade, de desvios típicos de classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados”¹¹⁶.

Passa-se, então, para a criminalização secundária, que é ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Aquela que acontece quando os órgãos estatais encontram indivíduos supostos de terem praticado denominada conduta criminalizada primariamente, e os submetem ao processo de criminalização, constante na investigação, prisão e condenação. Sendo que nesta última etapa, “atuam agências diferentes das que formularam o programa: policiais, membros do Ministério Público, magistrados/as, agentes penitenciários”¹¹⁷.

Soraia Mendes elucida que:

As intervenções penais dirigidas à retribuição ou à correção dos indivíduos tal como definidas pelas correntes tradicionais decorriam de uma visão sociológica equivocada, visto que a maior parcela dos crimes, frise-se, cometidos por homens, era (e ainda hoje é) contra o patrimônio. Ou seja, crimes que nada têm a ver com qualquer

¹¹⁵ CARRANZA Ob. Cit. p. 46

¹¹⁶ MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014 p.

58

¹¹⁷ Idem

problema patológico, mas com um sistema injusto de escolhas de quem será criminalizado ou não¹¹⁸.

Neste ínterim, as falhas se espalham pelo sistema como um todo, culminando nos graves imbrólios do cárcere. Carranza anua os cinco principais problemas, ou necessidades, dos sistemas penitenciários da América Latina. Sobre os quais os diretores do sistema, os juízes de execução penal, os funcionários em matéria carcerária, os defensores públicos, os procuradores gerais e representantes dos direitos humanos chegaram em concordância:

1. Ausência de políticas integrais (criminológicas, de direitos humanos, penitenciárias, de reabilitação, de gênero, de justiça penal);
2. População carcerária originada em reduzido orçamento e na falta de infraestrutura adequada;
3. Deficiente qualidade de vida nas prisões;
4. Insuficiente pessoal penitenciário e sem capacitação adequada;
5. Falta de programa de capacitação e de trabalho para as pessoas presas¹¹⁹.

Analisando-se o desempenho dos países latino-americanos, há dois países que pioraram a situação: a Argentina e o Brasil. Ambos foram os que elevaram, de forma mais rápida, suas taxas de encarceramento e cifras de presos¹²⁰.

Nossa pátria faz parte da Organização das Nações Unidas (ONU), que possui regras e diretrizes que os sistemas penitenciários devem seguir, como: Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos e Recomendações Recomendadas (1955); Princípios Básicos para o Tratamento de Reclusos (1990); Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (1990); Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade (1990); Manual para a Pesquisa e Documentação Eficazes da Tortura e Maus Tratos ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes (2001); Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (2008). Sendo estes os instrumentos que estabelecem orientações políticas.

Há outras regras, que são normas vinculantes ou obrigatórias para o Brasil, pois os firmamos e ratificamos, que são: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); e a Convenção contra a Tortura e Maus Tratos ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes (1984).

¹¹⁸ MENDES Ob. Cit. p. 60

¹¹⁹ CARRANZA Ob. Cit. p. 28

¹²⁰ Idem p. 66

Este conjunto de instrumentos da ONU constitui o “Modelo Penitenciário de Direitos e Obrigações das Nações Unidas”¹²¹, que o Brasil tanto faz questão de passar por cima.

Observa-se que existem princípios baseados em nossa humanidade universal, que deveriam prevalecer em todos os sistemas carcerários. O mais importante¹²² deles está expresso no artigo 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: toda pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Seguindo este postulado, que se deve administrar o ergástulo dentro de um marco de referência ético, não devemos jamais nos esquecer de que:

As pessoas as quais encarceramos são como nós, seres humanos. Sua humanidade tem que ser respeitada sem que seja levado em conta o tipo de crimes que cometeram. Sem um contexto ético forte, as circunstâncias nas quais um grupo de gente tem poder considerável sobre outro podem se degenerar facilmente para se converter em um abuso de poder. O que na prática significa que temos sempre que nos questionar se o que estamos fazendo é o correto. Este sentido ético deve impregnar todo o processo de administração¹²³.

Pergunta-se o porquê de nosso país, e os demais latino-americanos, não respeitarem os supracitados protocolos e convenções internacionais. O que ocasiona a situação atual de rápido crescimento da população carcerária em nossa região? Daí surgem duas explicações antagônicas: “há mais pessoas encarceradas visto que existem mais delitos” e “há mais presos pois há políticas de segurança pública centradas na pena privativa de liberdade”.

Embora pareçam opostas, ambas as explicações são válidas e se retroalimentam¹²⁴. A partir dos estudos e pesquisas feitos pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (ILANUD), tem-se que:

A partir da década de 80, é certo que em geral, nos países há mais delitos e também é certo que frequentemente vemos novas leis ou projetos de lei que pretendem resolver o problema delito e, inclusive, outros problemas sociais com penas severas, em muitos casos, com o único objetivo de superar conjunturas políticas, respondendo ao alerta

¹²¹ CARRANZA Ob. Cit. p. 50

¹²² Idem p. 125

¹²³ Ibidem

¹²⁴ Idem p. 56

social, e às vezes, alimentando o alerta a partir da informação falsa ou exagerada. O resultado de ambos os fatores foi o acelerado aumento das populações penitenciárias (...). Nos países da América Latina, com a única exceção da Venezuela, todos os países elevaram suas taxas de encarceramento, alguns de maneira impressionante – o Brasil triplicou sua taxa¹²⁵.

Caso de especial gravidade dentro do panorama do aumento exacerbado da população penitenciárias é de presos e presas sem condenação. Nosso país apresenta um quadro de constante ingresso de muitas pessoas em prisão preventiva¹²⁶.

Conforme o Ministério da Justiça, através Infopen, 40% das pessoas que estão presas no Brasil sequer foram julgadas na primeira instância. São quase 250 mil presos provisórios em nosso sistema carcerário, demonstrando a latente cultura do encarceramento.

Este alto número de pessoas encarceradas sem condenação agrava outro problema nevrálgico, a superlotação. Esta, além de ser um grave mal por si só, incide negativamente sobre todas ou quase todas as funções essenciais dos sistemas penitenciários. “Em situação de superlotação, a segurança é pior, a saúde é pior, a comida é pior, o descanso é pior ou impossível”¹²⁷.

A situação de superlotação e violação de direitos fundamentais nas prisões vê-se agravada pela falta de pessoal penitenciário. A necessidade de mais pessoal adequadamente selecionado e capacitado é apontado com um dos maiores problemas dos cárceres¹²⁸.

Observa-se, então, o paralelo entre a renda dos países e os reflexos nos sistemas de justiça penal. Nos países de rendas altas, as taxas de homicídios decresceram nas duas últimas décadas, como nos países ricos da Europa e nos Estados Unidos da América, que teve um decréscimo de sua taxa em 33%¹²⁹. Todavia, o contraste é evidente nas taxas de pessoas presas, que apresentam um comportamento ascendente. Há altíssimas porcentagens de imigrantes presos que chegam em busca de trabalho provenientes dos países de rendas baixas e médias¹³⁰.

¹²⁵ CARRANZA Ob. Cit. p. 56

¹²⁶ Idem p. 67

¹²⁷ Idem p. 55

¹²⁸ Idem p. 69

¹²⁹ Idem p. 80

¹³⁰ Idem p. 90

Agora nos países latino-americanos, aumentam-se os delitos contra a propriedade e contra as pessoas, a criminalidade econômica e as transnacionais. Segundo estudo do ILANUD, entre os anos 1992 a 2008, as populações carcerárias da América Latina cresceram exorbitantemente¹³¹, produzindo enorme superpopulação com explosões de violência e muitas mortes nos sistemas penitenciários.

De onde vem tanta criminalização? Porque tanta gente encarcerada? Na visão de Baratta há um claro procedimento para tanto:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos¹³².

Explica-se que o mito do direito penal como direito igual pode ser resumido em: o direito penal protege igualmente todos os indivíduos contra violações de bens essenciais (jurídicos), nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos; a lei penal é igual para todos, sendo assim, qualquer autor de comportamento antissocial e violador de norma penal possui chances iguais de se tornar sujeito, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização¹³³.

Contudo, desmitificam-se tais aceções, propondo-se o resultado da crítica:

1. O direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
2. A lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
3. O grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal de reação criminalizante e da sua intensidade¹³⁴.

¹³¹ CARRANZA Ob. Cit. p. 90

¹³² BARATTA Ob. Cit. p. 161

¹³³ Idem p. 162

¹³⁴ Idem p. 164

Vemos que a crítica se volta ao mito do direito penal como direito igual por excelência. Demonstra-se que, contrariamente à aparência elencada, é o direito desigual por excelência. Isto posto, o sistema penal de controle do desvio revela a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que aparece em relação às chances de serem determinados e controlados como desviantes¹³⁵, consistindo em suas prisões.

No que se refere à seleção das pessoas, “o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação é o que assume como variável independente a posição ocupada pelos indivíduos na escala social”¹³⁶. À vista disto, há maior chance de alguém ser selecionado para a população criminosa se figurar nos níveis mais baixos da escala social. Então:

A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído¹³⁷.

Ou seja, o direito penal se forma e se aplica seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes. Inclusive, ele desempenha uma função ativa na (re)produção dessas desigualdades, encarcerando os selecionados.

Entende-se que a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, especialmente o cárcere¹³⁸, é um momento imperioso para a manutenção da estratificação social. Visto que se incide principalmente nas pessoas de baixa classe social, impedindo-as de ascender socialmente.

Como uma maneira de controle social, “a intervenção penal brutaliza e transforma em bodes expiatórios os grupos mais vulneráveis da sociedade”¹³⁹. Assim, a função do sistema penitenciário não é apenas concretizar a relação de desigualdade, mas também determinar os próprios sujeitos ativos desta relação.

¹³⁵ BARATTA Ob. Cit. p. 164

¹³⁶ Idem p. 165

¹³⁷ Ibidem

¹³⁸ Idem p. 166

¹³⁹ MENDES Ob. Cit. p. 61

A cultura do encarceramento atua na fabricação do indivíduo desigual. Escolhem-se aqueles das zonas societárias mais baixas, aquele setor de marginalizados sociais, como deveras qualificadas para a intervenção estigmatizante do sistema punitivo estatal. Com eles, “ocorrerão aqueles processos que, ao nível da interação social e da opinião pública, são ativados pela pena, e contribuem para realizar o seu efeito *marginalizador e atomizante*”¹⁴⁰.

À visto disto, o sistema carcerário representa, em suma:

A ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa¹⁴¹.

Carreira esta que se inicia com a função selecionadora do sistema, que após se transforma em função marginalizadora. Há presença marcante nos baixos estratos sociais dos mecanismos reguladores e sancionadores do direito. Verificados exatamente na criação e gestão da população criminosa.

Desse jeito, observamos que a marginalização criminal vai ao encontro da lógica de acumulação capitalista, que prescindem da existência de setores marginais em seu sistema, conforme os mecanismos de renda e parasitismo. Sinteticamente, não há como se enfrentar o imbróglio da marginalização criminal sem atingir a estrutura do capitalismo voraz, “que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal”¹⁴².

Sobra a estrutura capitalista brasileira e o processo de criminalização, em sua obra “Prisões da Miséria”, Loïc Wacquant, elaborou uma nota aos leitores brasileiros. Onde se consta certas advertências.

Intitulada “Rumo a uma ditadura sobre os pobres?”¹⁴³, a nota prediz:

Por um conjunto de razões ligadas à sua história e sua posição subordinada na estrutura das relações econômicas internacionais (estrutura de dominação que mascara a categoria falsamente ecumênica de “globalização”), e a despeito do enriquecimento coletivo das décadas de industrialização, a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de

¹⁴⁰ BARATTA Ob. Cit. p. 167

¹⁴¹ Idem p. 190

¹⁴² Ibidem

¹⁴³ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001 p. 4

massa que, ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades¹⁴⁴.

Uma série de fatores, como expansão das organizações criminosas e da corrupção policial e estatal, acabaram por propagar o crime e o medo do crime por toda a parte no espaço público brasileiro¹⁴⁵, dando força à cultura do encarceramento.

As mazelas são visíveis em nosso país, representadas na ausência de qualquer rede de proteção social. Sem o aparato educacional e prestacional do Estado, as gerações nessas mazelas dificilmente terão condições de melhorar sua qualidade de vida e alcançar melhores posições na estratificada sociedade nacional. Ou seja, o Estado não apenas deixa de garantir direitos e garantias fundamentais, como, através da cultura do encarceramento, impede a evolução social de grande parte da nação.

Explica-se que a maior parte daqueles que tem seus futuros ceifados pelo Estado negligente e opressor são negros e pardos, que compõem 61,6% da população encarcerada brasileira¹⁴⁶. “Há visível estratificação etnorracial e a discriminação baseada na cor, endêmica nas burocracias policial e judiciária. E, uma vez atrás das grades, são ainda submetidos às condições de detenção mais duras e sofrem as violências mais graves”¹⁴⁷.

Vemos que estratificação social brasileira, cristalinamente excludente racial, baseia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania. Esta, repousada na oposição cultural “nós” contra “eles” que tende a assimilar trabalhadores, excluídos, subversivos e outros como marginais. Isto posto, a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem¹⁴⁸.

A despeito do retorno à democracia constitucional, assevera-se que no Brasil:

As duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante tanto sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à *bandidagem*. De maneira que, além da marginalidade urbana, a

¹⁴⁴ WACQUANT Ob. Cit. p. 5

¹⁴⁵ Idem

¹⁴⁶ BRASIL. DEPEN Ob. Cit. p. 13

¹⁴⁷ WACQUANT Ob. Cit. p. 6

¹⁴⁸ Idem p. 5

violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo¹⁴⁹.

O autoritarismo e violência brasileiros se misturam com miséria e os distúrbios urbanos. E, como visto, os distúrbios deságuam no sistema carcerário. Com isso, infelizmente, o nosso sistema é conhecido “umas das piores jaulas da América Latina, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público”¹⁵⁰.

A amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial, judiciário e carcerário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres¹⁵¹. Nessas condições:

O aparelho carcerário brasileiro só serve para agravar a instabilidade e a pobreza das famílias cujos membros ele sequestra e para alimentar a criminalidade pelo desprezo escandaloso da lei, pela cultura da desconfiança dos outros e da recusa das autoridades que ele promove¹⁵².

Por consequência, entende-se que os meios de comunicação de massa e as agências de justiça penal maximizam a criminalidade, fomentando a cultura do encarceramento. “Como determinados problemas sociais passam a ser definidos como delinquência de acordo com o desejo da classe dominante, enquanto outras situações muito mais perigosas para a sociedade são ignoradas”¹⁵³.

A grande mídia é um obstáculo a uma discussão profunda sobre a questão criminal, visto que ela produz o senso comum chamado de “populismo criminológico”¹⁵⁴. Vera Batista aclara que:

Se a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômico produz, ela precisa mais do que de um discurso, precisa de um espetáculo. E é nessa policialização da política que a vítima (preferencialmente a rica e branca) vai para o centro do palco, é ela que vai produzir as identificações necessárias para a inculcação de uma subjetividade punitiva¹⁵⁵.

Devemos perpassar esta espetacularização, para a redução de fato a violência e o delito. Para tanto, concomitantemente à construção de sistemas de justiça penal e

¹⁴⁹ WACQUANT Ob. Cit. p. 6

¹⁵⁰ Idem p. 7

¹⁵¹ Idem p. 6

¹⁵² Idem p. 7

¹⁵³ MENDES Ob. Cit. p. 60

¹⁵⁴ BATISTA Ob. Cit. p. 100

¹⁵⁵ Idem

penitenciários adequados, busca-se organizar, imprescindivelmente, a sociedade com justiça social¹⁵⁶. Percebe-se que:

Dos estudos das Nações Unidas sobre criminalidade e funcionamento dos sistemas de justiça penal e das pesquisas de vitimização das Nações Unidas surge a informação de que os países que fortalecem seus sistemas de justiça penal, mas não conseguem desenvolver sociedades de equidade constroem sociedades violentas e não veem reduzir suas taxas criminais. Além disso, a crescente utilização da justiça penal torna-se ilegítima, pela ausência de boa defesa técnica para o alto número de pessoas de poucos recursos, pelo excessivo número de presos e presas e seu alto número sem condenação, pela superlotação nas prisões e por um incontável número de outras violações a direitos fundamentais¹⁵⁷.

Será tarefa árdua para o Brasil, pois a globalização reproduz e alarga o capitalismo extrativista, onde quem mais sofre somos nós dos países excluídos da cúpula global de poder.

Contudo, só perde quem desiste. Devemos ser perseverantes e adequar igualmente nossa sociedade, extinguindo o enorme abismo social que nos assola. Assim, teremos melhores sistemas de justiça e carcerários, e a perda de força da cultura do encarceramento.

Em sociedades que se baseiam no Estado Democrático de Direito, as prisões devem ser usadas apenas quando não há outra opção disponível. Sendo que os aprisionados devam permanecer o menor tempo possível. As prisões não existem em um vazio¹⁵⁸. Elas fazem parte da sociedade civil e devem prestar contas no processo democrático. Sistemas penitenciários devem respeitar a decência e a humanidade tanto em se tratando dos reclusos, como dos funcionários e de todos os que os visitam.

Entende-se que as penas que mandam cidadãos aos presídios têm função de garantia de bens jurídicos. Entretanto, esta privação de bens jurídicos não pode exceder certos limites, observando o princípio da legalidade estrita.

A cultura do encarceramento, ao encontro do direito penal máximo, pugna que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido.

¹⁵⁶ CARRANZA Ob. Cit. p. 101

¹⁵⁷ Idem

¹⁵⁸ Idem p. 130

Todavia, a democracia substancial é avessa ao expansionismo do direito penal e da cultura do encarceramento. Vai contra o uso simbólico e midiático deste ramo do direito, que precisa ser visto com a *ultima ratio*.

No âmbito do garantismo penal, o Modelo Penitenciário de Direitos e Obrigações das Nações Unidas, que o Brasil é signatário, impõe toda pessoa privada de liberdade será tratada humanamente, com o respeito devido à dignidade do cidadão.

Apesar disso, a comunidade carcerária, nas sociedades capitalistas contemporâneas, permitiu a construção de um verdadeiro e próprio modelo, que viola demasiadamente os direitos e garantias fundamentais.

As características deste modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele.

As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia, são o oposto de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante¹⁵⁹.

Como já dito, corrobora-se com a visão que o sistema penitenciário reflete as características negativas da sociedade. Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer (re)inserir o egresso da prisão.

Decretando-se a latente falência do sistema penitenciário brasileiro, como estado de coisas inconstitucional, possibilidades de mudança do estado da arte são visíveis. No bojo desta declaração de inconstitucionalidade vem a implementação de um instituto processual para o combate à cultura de encarceramento: a audiência de custódia.

¹⁵⁹ BARATTA Ob. Cit. p. 184

Capítulo II

2.1 Processo Penal Espetacularmente Miserável

Inicia-se o capítulo como uma afirmação que Francesco Carnelutti tece já nas primeiras páginas de sua obra “As Misérias do Processo Penal”:

O processo penal interessa à opinião pública. Os jornais ocupam uma boa parte de suas páginas com a crônica dos delitos e dos processos. Quem os lê tem consigo a impressão de que neste mundo se produzem mais delitos do que boas ações¹⁶⁰.

Apesar de ter sido escrita e concebida na Europa na década de 1950, sua doutrina e tal afirmação muito bem se encaixam no Brasil atual.

Nosso país, como visto, é um dos quatro grandes encarceradores mundiais. Encarceram-se massas vultosas, em ritmo acelerado. O que corrobora com o entendimento do autor italiano: a sociedade imagina que se tem mais crimes que ações probas acontecendo.

A sociedade pós-moderna brasileira não respeita a humanidade daqueles cidadãos que são enviados aos sistemas carcerários. A teria do bem jurídico é posta de lado em prol de um eficientismo penal.

Direito penal é visto não como a última razão, e sim como a primeira, e, muitas vezes, como a única. Superlotam-se as cadeias brasileiras, causando uma infinidade de violações de direitos e garantias fundamentais dos encarcerados. Processo penal torna-se o braço forte da estratificação social brasileira.

Percebe-se o processo penal como uma pedra de toque da civilização¹⁶¹. Isto pois, além de representar um drama da inimizade e da discórdia, representa também a relação entre o acusado e aqueles que vislumbram o desenrolar do processo.

Zaffaroni, em sua obra “Em Busca das Penas Perdidas”, explica que os mecanismos de negação não têm o condão de ocultar a situação crítica do sistema penal

¹⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Editora Pillares, 2009 p. 6

¹⁶¹ Idem p. 9

pós-moderno. Há uma progressiva “perda das penas”¹⁶², no sentido de perda da racionalidade das penas. O seu porquê se torna altamente questionável.

Dessa maneira, tem-se as penas como inflição de dor sem sentido¹⁶³. Isto ocorre, flagrantemente, na América Latina. “A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas”¹⁶⁴.

O discurso em que se baseiam os sistemas penais latino-americanos são deveras frágeis¹⁶⁵. Afinal, dilaceram os direitos e garantias fundamentais que estariam incumbidos de proteger. Assim, estar-se-á “frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”¹⁶⁶.

Enquanto o discurso jurídico-penal se racionaliza cada vez menos ao passar do tempo, os órgãos do sistema penal infligem seu poder nos indivíduos previamente selecionados. Percebe-se que há falsidade neste discurso:

O discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso, mas atribuir sua permanência à má fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra. Estas explicações personalizadas e conjunturais esquecem que aqueles que se colocam em posições “progressistas” e que se dão conta da gravidade do fenômeno também produzem o discurso jurídico-penal falso – uma vez que não dispõem de outra alternativa que não seja esse discurso em sua versão de “direito penal de garantia” (ou “liberal”, se preferem) – para tentarem a defesa dos que caem nas engrenagens do sistema penal com processados, criminalizados ou vitimizados (...). Na verdade, sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso¹⁶⁷.

Nessa conjuntura, não se pode mais imaginar que o momento de violações de direitos nos sistemas penais latino-americanos é transitório. A realidade fática do sistema brasileiro não se adequa com seu discurso legitimador. “Por legitimidade do sistema penal entendemos a característica outorgada por sua racionalidade¹⁶⁸”. Sendo assim, se há carência de racionalidade, falta legitimidade.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004 p. 12

¹⁶³ Ibidem

¹⁶⁴ Ibidem

¹⁶⁵ Idem p.13

¹⁶⁶ Ibidem

¹⁶⁷ Idem p. 14

¹⁶⁸ Idem p. 16

Vê-se que a seletividade penal, a reprodução indiscriminada da violência, criações de novos tipos penais, aumento das penas nos tipos já existentes, a concentração do poder punitivo, a verticalização social e a fragilização das relações comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais¹⁶⁹ do exercício de poder do sistema penal nacional.

Importantíssimo para este estudo compreender o conceito de crise expressado por Zaffaroni:

O sentido de “crise” refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal. De modo algum acreditamos que “crise” possa indicar, aqui, um momento a partir do qual a realidade operativa de nossos sistemas penais comece a se aproximar da programação estabelecida pelo discurso jurídico-penal – o que seria absolutamente impossível por ser “utópico” (no sentido negativo da expressão, como “não realizável”); crise para nós, portanto, é o momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo da região¹⁷⁰.

“Desde sua reformulação moderna a partir de do século XVIII, o discurso jurídico-penal sempre se baseou em ficções e metáforas, ou seja, em elementos inventados ou trazidos de fora, sem nunca operar com dados concretos da realidade social”¹⁷¹. A falsidade macula fortemente o planejamento e discurso do sistema penal. Se tal discurso fosse racional, e se sistema penal atuasse em conformidade com essa racionalidade, tornar-se-ia legítimo.

Contudo, não é esta a realidade atual, exprimindo-se a crise do sistema de justiça criminal, que desemboca em seu lado onde os indivíduos estão mais fragilizados: o sistema penitenciário.

Penitenciárias brasileiras são animais, onde a falta de racionalidade é gritante. A lógica irracional do sistema acabar por ferir gravemente os direitos e garantias dos encarcerados, e, não raro, acabam tendo suas vidas ceifadas. “O discurso jurídico-penal seria racional se fosse coerente e verdadeiro”¹⁷².

¹⁶⁹ ZAFFARONI (2004) p. 16

¹⁷⁰ Idem

¹⁷¹ Idem p. 48

¹⁷² Idem p. 46

Clarifica-se a negação da coerência interna do discurso jurídico-penal quando são trazidos à tona argumentos como: “assim diz a lei” e “a faz porque o legislador quer”¹⁷³.

Tais expressões implicam a confissão escancarada do fracasso de qualquer ensaio de construção racional, e assim, legitimadora do exercício do poder do sistema penal. “Os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador”¹⁷⁴.

Para que o discurso jurídico-penal, e o sistema penal, sejam socialmente verdadeiros, requer-se dois níveis de verdade social: um abstrato, em função da experiência social, onde a planificação criminalizante pode ser considerada como o meio adequado para a obtenção dos fins propostos; e outro concreto, onde os partícipes do sistema penal operem sobre a realidade de acordo com as pautas planificadoras assinaladas pelo discurso proposto¹⁷⁵.

Neste contexto, não é verdadeiro um discurso jurídico-penal quando os órgãos policiais, judiciais, do ministério público, meios de comunicação de massa e outros contemplam passivamente as violações de direitos e mortes de inúmeros seres humanos¹⁷⁶. Ademais, o sistema maculado se retroalimenta por proposições legislativas punitivistas. “Nossos projetos de lei, movidos pelo desejo de acalmar campanhas ‘pela lei e pela ordem’, ou com fins ‘eleitoreiros’, lembram os caçadores paleolíticos”¹⁷⁷.

O exercício de poder dos órgãos no sistema penal carece de legitimidade quando a racionalidade não se demonstra, ou quando ela é claramente uma “racionalidade paleolítica”. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso¹⁷⁸. Visto que a racionalidade do discurso, e sua decorrente legitimidade, “tornaram-se ‘utópicas’ e ‘atemporais’: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum”¹⁷⁹.

Assim, tem-se que o sistema penal brasileiro não atua de acordo com a legalidade. Afinal, como visto ao longo deste estudo, ele não segue os preceitos da Lei

¹⁷³ ZAFFARONI (2004) p. 17

¹⁷⁴ Idem

¹⁷⁵ Idem p. 18

¹⁷⁶ Ibidem

¹⁷⁷ Ibidem

¹⁷⁸ Idem p. 19

¹⁷⁹ Ibidem

Maior, nem das legislações infraconstitucionais, sendo um verdadeiro violador de direitos e garantias dos indivíduos colocados sob seu escrutínio. Latente é o caso da não apresentação do custodiado à autoridade competente. “O jurista fica reduzido a um racionalizador dos conteúdos verdadeiramente delirantes do legislador”¹⁸⁰.

Da legalidade, o discurso jurídico-penal retira fundamentalmente dois princípios: legalidade penal e legalidade processual. O princípio da legalidade penal exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade. E o princípio da legalidade processual exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todas os indivíduos que praticarem ações típicas, ilícitas e culpáveis, baseadas em pautas explícitas e detalhadas¹⁸¹.

Todavia, esses princípios norteadores da legalidade não são observados:

Levando-se em conta a programação legal, deve-se concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo¹⁸².

Observa-se a brutal disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos. Isto pois, se todos furtos, abortos, fraudes, falsidades, subornos, corrupções, lesões, ameaças e afins fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria ninguém que não pudesse escapar do julgo penal¹⁸³.

Isto posto, “se o sistema penal tivesse realmente o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social”¹⁸⁴. Então, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado de modo que a estrita legalidade processual não seja respeitada.

Se a legalidade fosse respeitada, audiências de custódia seriam realizadas prontamente. Afinal, nosso país ratificou, no final do século passado, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizando a sistemática dessas audiências no Brasil.

¹⁸⁰ ZAFFARONI (2004) p. 42

¹⁸¹ Idem p. 21

¹⁸² Idem p. 25

¹⁸³ Idem p. 26

¹⁸⁴ Idem p. 27

Ao revés da legalidade, o processo penal é disposto de maneira “que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos seletos vulneráveis”¹⁸⁵.

Deste contexto, então, extraem-se certas afirmações:

I – a legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher; II – o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei; III – o exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade; IV – além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal¹⁸⁶.

Daí, infere-se que a legalidade é uma ficção. E que o sistema penal se converte em uma espécie de “guerra suja”¹⁸⁷ do momento da política, onde os fins justificam os meios. E, em razão da seletividade gritante do sistema penal, e da impunidade daqueles que não são selecionados porque não são vulneráveis, admite-se que o exercício do poder punitivo seja voltado à contenção de grupos bem determinados, e não à “repressão do delito”¹⁸⁸.

A violência cotidiana do sistema penal recai sobre os estratos mais vulneráveis da sociedade, particularmente sobre aqueles habitantes das “vilas-misérias”, “cidades novas” e “favelas”¹⁸⁹.

A incivilidade é a regra no processo penal¹⁹⁰. Ou seja, o modo como é visto o acusado neste processo, parte do pressuposto que o indivíduo não é resguardado pela humanidade que lhe seria intrínseco.

O acusado, por muitas vezes, já é visto como culpado. Prontamente merecedor de uma punição dura e exemplar, escapando-se do diálogo e raciocínio inerentes ao processo penal:

¹⁸⁵ ZAFFARONI (2004) p. 27

¹⁸⁶ Idem p. 29

¹⁸⁷ Idem p. 40

¹⁸⁸ Idem p. 140

¹⁸⁹ Idem p. 125

¹⁹⁰ CARNELUTTI Ob. Cit. p. 8

Acusador e defensor são, em última análise, dois raciocinadores: constroem e expõem as razões. Seu ofício é raciocinar (...). Em termos de lógica, primeiro vêm as premissas e depois as consequências. Assim procede o raciocinador imparcial. Mas o defensor não é um raciocinador imparcial. E é isto que escandaliza a gente. Apesar do escândalo, o defensor não é imparcial porque não deve sê-lo¹⁹¹.

(...)

A lógica das coisas arrasta o Ministério Público a ser o que deve ser: o antagonista do defensor. Desenvolve-se assim, ante os olhos do juiz, o que os técnicos chamam contraditório e que é, realmente, um duelo; o duelo serve ao juiz para superar a dúvida¹⁹².

No Brasil atual, supera-se tal dúvida de modo deturpado, buscando a punição e o encarceramento. Ademais, nem tal dúvida foi superada, nem ainda os raciocínios foram devidamente expostos, nem o contraditório pleno foi exercido, e já há a imposição de pena privativa de liberdade. “Há um aumento do percentual de presos sem condenação em toda a América Latina, onde, como sabemos, a prisão preventiva é a verdadeira pena em razão da distorção cronológica do sistema penal”¹⁹³.

Prende-se o acusado provisoriamente em demasia. Visto que, consoante dados já explicitados, quatro em cada dez presos brasileiros está atrás das grades por prisão provisória. O número de cidadãos egressos do sistema carcerário só cresce.

Cidadãos estes que, em esmagadora maioria, são dos estratos mais ínfimos da sociedade, devidamente etiquetados pelo sistema penal. E estas prisões somente os fazem ir mais ao fundo do abismo social, pois “o mais pobre de todos os pobres é o preso, o encarcerado”¹⁹⁴.

Infere-se que as prisões são um reflexo da sociedade em que estão inseridas. Foi-se explanado que o cárcere não existe em um vazio. Ademais, “o homem encarcerado ou o homem trancado numa cela é a verdade do homem, o direito não faz mais do que revelá-la. Cada um de nós está fechado em uma cela que não se vê”¹⁹⁵.

Neste quadro de encarceramento severo, surge uma repulsa, um medo daquele que não se encaixa na sociedade idealizada pelo brasileiro “de bem”. Cria-se a divisão entre os cidadãos que seguem as leis, e aqueles egoístas que a transgredem, os etiquetados. Afinal, “o delito não é outra coisa senão uma explosão de egoísmo em sua

¹⁹¹ ZAFFARONI (2004) p. 54

¹⁹² Idem p. 56

¹⁹³ Idem p. 121

¹⁹⁴ CARNELUTTI Ob. Cit. p. 24

¹⁹⁵ Idem p. 18

raiz: o outro não conta; o que conta, somente, é ele próprio”¹⁹⁶. E sendo egoístas e perigosos, a sociedade tem medo de que se forem colocados frente a um juiz, prontamente, poderão ser soltos.

O medo do delinquente é fomentado no imaginário do brasileiro. Está em voga a espetacularização do processo penal. Entende-se que o espetáculo é uma construção social: relações entre sujeitos medidas sensorialmente, produzidas por imagens, vinculando-se a personagens e enredos específicos.

De acordo com Rubens Casara, o latente espetáculo na sociedade brasileira é o dos julgamentos penais:

Em que entram em cena, principalmente, dois valores: a verdade e a liberdade. O fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé nas penas, apresentadas como um remédio para os mais variados problemas sociais (por mais que todas as pesquisas sérias sobre o tema apontem para a ineficácia da “pena” na prevenção de delitos e na ressocialização de criminosos), somados a um certo sadismo (na medida em que aplicar uma “pena” é, em apertada síntese, impor um sofrimento) fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento¹⁹⁷.

Por óbvio que esta espetacularização macula os mandamentos constitucionais. “No processo penal voltado para o espetáculo não há espaço para garantir direitos fundamentais”¹⁹⁸. Ou seja, a dimensão garantista do processo penal sai de cena para dar lugar a dimensão do entretenimento.

O diálogo processual é esvaído em prol do espetáculo. A construção dialética da solução do caso concreto, a partir dos raciocínios trazidos pelas partes e postos em contraditório, é substituída pelo “discurso dirigido do juiz: um discurso construído para agradar às maiorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação de massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais”¹⁹⁹.

Há a perversa construção do desejo de audiência:

No processo penal do espetáculo, o desejo de democracia é substituído pelo “desejo de audiência”. O enredo do “julgamento penal” é uma falsificação da realidade, uma representação social distante da

¹⁹⁶ CARNELUTTI Ob. Cit. p. 28

¹⁹⁷ CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015 p. 11

¹⁹⁸ Idem p. 12

¹⁹⁹ Ibidem

complexidade do fato posto à apreciação do Poder Judiciário. Em apertada síntese, o fato é descontextualizado, redefinido, adquire tons sensacionalistas e passa a ser apresentado, em uma perspectiva maniqueísta, como uma luta entre o bem e o mal, entre os mocinhos e os bandidos. O caso penal passa a ser tratado como uma mercadoria que deve ser atrativa para ser consumida. A consequência mais gritante deste fenômeno passa a ser a vulnerabilidade a que fica sujeito o vilão escolhido para o espetáculo²⁰⁰.

Ululantes são as violações por causa da espetacularização: desrespeito à legalidade estrita, por esta ser *contraproducente* e *engessada*; devido processo legal e ampla defesa não exercidos, já que não se adequam ao *ethos dos malfeitores*; direitos e garantias fundamentais postos de lado, pois estes não se aplicam aos *vilões inumanos*.

Esta mefistofélica produção é consumida sem pudor, e com louvor, pela sociedade. Claro, com o devido “auxílio dos meios de comunicação de massa, não permitindo reflexões éticas ou miradas críticas. Tudo é simplório, acrítico e condicionado por uma tradição autoritária”²⁰¹. Violações e prisões desnecessárias são aclamadas na lógica do espetáculo, audiências de custódia são vistas com maus olhos, pautando-se na *justa luta do bem contra o mal*.

E, nessa conjuntura, a mídia tem papel ímpar:

Se os jornais se ocupam com tanta assiduidade dos delitos e dos processos penais chamados céleres, lança-se avidamente a curiosidade do público. E é também esta uma forma de diversão; evade-se da própria vida ocupando da vida das demais pessoas; e a preocupação não é nunca tão intensa como quando a vida dos outros assume o aspecto de drama. O mal é que se assiste ao processo da mesma maneira que se goza do espetáculo num cinema, o qual, pelo mais, imita com muita frequência tanto o delito como o correspondente processo. Contudo, posto que a atitude do público a respeito dos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha há um tempo a multidão diante dos gladiadores que combatiam no circo, e, todavia, tem, em certos países do mundo, diante das corridas de touros, o processo penal não é, infelizmente, outra coisa senão uma escola de incivilidade²⁰².

Nesta senda, deduz-se que a mídia molda a opinião pública. Patrick Champagne adverte sobre o peso da imprensa na formação da opinião pública²⁰³. Há vários agentes

²⁰⁰ CASARA Ob. Cit. p. 12

²⁰¹ Idem p. 13

²⁰² Idem p. 8

²⁰³ CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião pública: o novo jogo político*. Tradução de João Guilherme de Freitas Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 1996 p. 71

incumbidos na produção de tal opinião, induzindo a sociedade a pensar de modo monocromático.

O modo como as informações são passadas à sociedade refletirão na maneira que a sociedade povo enxergará um acusado. Se ele será visto como um injustiçado, ou como um pária que merece ser devorado pelo sistema de justiça criminal.

Na infeliz luta entre forças ditas do bem e do mal, o Brasil, país periférico e de capitalismo tardio, buscou duas estratégias principais para evitar o conflito, manter as estruturas sociais e administrar o medo engendrado socialmente: incrementar políticas assistencialistas e compensatórias, e aumentar o controle social através do poder penal²⁰⁴.

O poder penal, sendo usado como controle social, vale-se da criminalização primária e secundária para exprimir sua força contra aqueles que foram previamente selecionados. Deste modo, tanto a seleção de condutas que serão objeto de atenção do direito penal, quanto a efetiva atuação dos órgãos repressores estatais, dirigem-se às camadas que não interessam à sociedade de consumo pós-moderna.

Aqueles brasileiros que estão excluídos das políticas sociais serão quem sofrerão o controle social exercido pelo direito penal. Serão eles os etiquetados. Neles que incidirá a cultura do encarceramento. De maneira que as prisões são intituladas por Wacquant como realmente “planos habitacionais para a miséria”²⁰⁵.

Este controle condiz com os caminhos trilhados pelo nosso país. A tradição autoritária brasileira é flagrante na espetacularização do processo penal. Para se agradar o espectador, e enaltecer os “homens bons”, direitos constitucionalmente elencados passam a ser vistos como entraves ante a eficiência e o desejo punitivo.

Afinal, todos querem ter papéis louváveis no enredo. “Ninguém ousa atuar contra os desejos da audiência, sempre manipuláveis, seja por um juiz-diretor talentoso, seja pelos grupos econômicos que detém os meios de comunicação de massa”²⁰⁶.

Nesta espetacularização do processo penal, muitas das vezes, as consequências prejudiciais à sociedade produzidas pelo próprio processo são piores do que as do fato

²⁰⁴ CHAMPAGNE Ob. Cit. p. 36

²⁰⁵ WACQUANT Ob. Cit. p. 13

²⁰⁶ CASARA Ob. Cit. p. 13

reprovável que se visa punir. E, paradoxalmente, “os atores jurídicos mais covardes são aqueles que têm medo de decidir contra a opinião pública(da), os que para atender ao desejo da audiência violam a lei e sonegam direitos fundamentais, são elevados à condição de heróis”²⁰⁷.

Enquanto o processo penal do estado democrático de direito é marcado pelos os direitos e garantias constitucionais, o processo penal do espetáculo é voltado para seu próprio enredo, retroalimentando-se. Torna-se um fim em si mesmo, com matiz escancaradamente punitivista.

O processo penal exerce o controle social através de respostas, as penas, a determinadas condutas, que são selecionadas e criminalizadas. Assim, indissociável o processo penal e a seletividade, e o estudo dos efeitos concretos sobre as pessoas aqueles que são selecionados. Entre eles, a rápida apresentação, ou não, do custodiado ao juiz. Tragicamente, “processo penal não é para todos”²⁰⁸.

O povo se deixa seduzir pela técnica processual e pelos objetivos que a dogmática tradicional lhe atribui²⁰⁹. E, através dessa sedução, olvida-se o sofrimento e violência que o Estado é capaz de produzir e impor através do processo penal. Esquece-se a realização de audiências de custódia é direito daqueles postos sob o manto da coerção estatal. “Razões políticas constituem, frequentemente, o pano de fundo da manutenção de prisões ilegais ou desnecessárias em nome do clamor público ou da ‘opinião publicada’ nos meios de comunicação de massa”²¹⁰.

Neste enquadramento, escolhas e/ou apostas serão realizadas:

Apostar na ampliação do poder penal, no ato concreto de enjaular seres humanos, no afastamento de direitos fundamentais (e revela-se assustados como a sociedade brasileira, cada vez mais, aceita perder direitos em nome de uma promessa – sempre descumprida – de segurança), de um lado, ou privilegiar a liberdade e demais direitos fundamentais dos indivíduos, mesmo daqueles que cometeram desvios sociais, de outro, são posturas que retratam uma opção política e muito revelam do Estado e da sociedade em que esses atos se concretizam²¹¹.

²⁰⁷ CASARA Ob. Cit. p. 14

²⁰⁸ Idem p. 15

²⁰⁹ Idem p. 16

²¹⁰ Idem p. 17

²¹¹ Idem p. 20

Não se pode desconsiderar que o Poder Judiciário se tornou uma máquina de burocratizar²¹². Entretanto, a atuação deste Poder não pode se embasar na vontade e desejo da maioria, pois inviabilizaria o direito das minorias. O papel dele é ser o garantidor contra a opressão, inclusive contra abusos advindos da maioria. Ou seja, ele é um poder contramajoritário.

Zeloso é o Judiciário que assume função no jogo democrático. Assumindo o dever de respeito aos direitos fundamentais e acomodar os conflitos, prezando pela divisão de responsabilidades na conjuntura democrática nacional.

Não obstante, o Judiciário brasileiro não preza por muitos mandamentos constitucionais. Flagrante é o caso do princípio da presunção de inocência, diariamente estraçalhado pelo nosso sistema de justiça criminal. Existe o flagrante “crescimento vertiginoso do número de pessoas que permanecem presas antes de serem condenadas, com os aplausos da maior parcela da mídia”²¹³.

“Os meios de comunicação social de massa são, atualmente, elementos indispensáveis para o exercício de poder de todo o sistema penal”²¹⁴. A mídia é quem induz os medos na sociedade, quem cria a ilusão utilitarista do processo penal e do sistema penitenciário:

Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal. Os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais.

(...)

A mídia, através de suas novelas, filmes e seriados, glorifica o violento, o esperto e o que aniquila o ‘mau’. A ‘solução’ do conflito através da supressão do ‘mau’ é o modelo que se introjeta nos planos psíquicos mais profundos, pois são recebidos em etapas muito precoces da vida psíquica das pessoas²¹⁵.

A grande falácia da civilização pós-moderna, onde heróis salvarão o povo de bem, é criada e mantida pela mídia. O desprezo que as produções midiáticas demonstram pela vida e direitos humanos, pela dignidade das pessoas e pelas garantias

²¹² ZAFFARONI (2004) p. 141

²¹³ CASARA Ob. Cit. p. 30

²¹⁴ ZAFFARONI (2004) p. 127

²¹⁵ Idem p. 128

individuais, “não é simples produto do acaso, mas uma programada propaganda em favor do reforço do poder e do controle social verticalizando-militarizado de toda a sociedade”²¹⁶.

Os meios de comunicação em massa inserem a sociedade em um processo de dessimbolização. “As figuras transcendentais, os valores e as garantias perderam importância ou foram simplesmente substituídas pelo valor ‘mercadoria’”²¹⁷.

“Mercadoria” esta que se exprime pelo alto grau de seletividade, pelo etiquetamento, do sistema de justiça criminal. “Na pós-modernidade, o estranho a ser demonizado é aquele que não está inserido funcionalmente na sociedade de consumo ou que se opõe ao *status quo*”²¹⁸.

O enfraquecimento da função simbólica, em prol da manutenção das coisas como estão, projeta-se na sociedade brasileira:

Não causa estranheza, pois, que a esfera de atuação desse processo de dessimbolização voltado para o mercado tenha alcançado o direito, instrumental do Estado a que sempre se recorre à manutenção do *status quo*. Na realidade, a dessimbolização, como consequência da crise do capitalismo (crise que se dá com o sucesso do projeto capitalista, com o “excesso de capitalismo”), volta-se a tudo aquilo que interessa à produção de mercadorias, e acumulação de capital, o que, por evidente, não exclui o Estado. O sistema de justiça criminal, por exemplo, não é de hoje funciona como uma das principais estruturas de contenção da população indesejada à sociedade de consumo, ou seja, como forma de controle daqueles que não interessam à produção de mercadorias, não dispõem de poder de consumo ou, ainda, resistem e lutam contra esse estado de coisas²¹⁹.

Calcadas no suposto incremento da segurança pública, violações de todo tipo ocorrem. Limites legais e éticos são flexibilizados, procedimentos garantidores de direitos são colocados de lado, e o acusado passa a ser visto um objeto de intolerância, como um pária.

Neste escopo, práticas autoritárias são legitimadas, em prol do interesse coletivo e de sua segurança, afim de combater o crime e aprisionar aqueles que não se encaixam na sociedade pós-moderna. O direito do custodiado ser, sem demora, apresentado ao juiz é simplesmente deixado de lado.

²¹⁶ ZAFFARONI (2004) p. 129

²¹⁷ CASARA Ob. Cit. p. 103

²¹⁸ Idem p. 100

²¹⁹ Idem p. 108

A intervenção se tornou regra, sendo a força do Estado utilizada contra indivíduos como resposta primeira, em detrimento de outras possíveis soluções e configurações:

Confirma-se no Brasil a principal vocação/funcionalidade do sistema penal e, em particular, das forças policiais: manter o *status quo*; conservar as estruturas do poder. Para manter as estruturas sociais, o indivíduo é anulado, passando a ser considerado como instrumento social da engenharia conservadora. Diante dessa evidência, não se pode afastar a responsabilidade dos atores estatais (juízes, promotores, defensores, delegados de polícia, policiais militares, etc.) na preservação do autoritarismo e reprodução de práticas fascistas justificadas através do signifiante ‘segurança pública’,²²⁰.

O sistema penal existe como instrumento de coerção para fins políticos, através da gestão do medo e da exclusão daquela multidão de indesejáveis à sociedade pós-moderna. O sistema de justiça criminal apresenta como principal característica a seletividade.

Assim sendo, em prejuízo da isonomia processual, o sistema penal se volta para uma parcela bem demarcada de indivíduos, aqueles que serão etiquetados. Estes receberão “rótulo de criminosos, dentro todos aqueles cidadãos que praticam condutas etiquetadas de criminosas”²²¹.

A carga estigmática produzida através do contato do sistema penal, principalmente dos estratos mais baixos da sociedade, faz com que aqueles alheios à seletividade do sistema se mantenham distante dos “selecionados”. Assim, há uma perpetuação do sistema penal seletivo e da estigmatização:

Uma pessoa começa a ser tratada ‘como se fosse’, embora não haja manifestado nenhum comportamento que implique uma infração. Ao generalizar-se o tratamento de acordo com o ‘como se fosse’ e sustentar-se no tempo quase sem exceção, a pessoa passa a se comportar de acordo com o papel atribuído, ou seja, ‘como se fosse’, e com isso acaba ‘sendo’²²².

O estigma se perpetua e retroalimenta. A rotulação já é intuída deste o primeiro contato com as forças de segurança pública. O indivíduo selecionado é de pronto levado sob custódia judicial, tendo chances reais de ter sua liberdade tolhida.

²²⁰ CASARA Ob. Cit. p. 120

²²¹ Idem p. 128

²²² ZAFFARONI (2004) p. 134

Isto, sem ser apresentado a autoridade judicial competente, afrontando a legislação brasileira²²³. Estigmatizado é colocado no ergástulo sem ao menos ter contato direto com o juiz, havendo notável mácula aos princípios garantistas.

Após a seleção inicial perpetrada pelo órgão policial, não se segue o rito supralegal que o Brasil adota²²⁴, de apresentar prontamente o custodiado ao juiz. O estigmatizado é lançado a própria sorte naquela que é a maior instituição violadora de direitos humanos em âmbito nacional: a penitenciária.

Entende-se que o cárcere dos países marginais “se constituiu uma instituição de sequestro menor dentro de outra muito maior. Em outros termos, as prisões latino-americanas seriam as celas de castigo ou solitárias da grande prisão, da grande instituição de sequestro colonial”²²⁵.

Neste contexto, a parte mais forte da deterioração condicionante fica por conta da instituição total chamada prisão. Ela é uma real máquina deteriorante, ou seja, “gera uma patologia cuja principal característica é a regressão”²²⁶. Priva-se o ser humano de tudo que por ele era conhecido, extirpando seus desejos e bons momentos. Fere-se o preso em sua autoestima de inúmeros modos, desumaniza-se o indivíduo.

O efeito do cárcere, a prisionização, é deteriorante e submerge o encarcerado numa “cultura de cadeira”²²⁷, que é avessa às vontades mínimas de uma pessoa. “Esta imersão cultural não pode ser interpretada como uma tentativa de reeducação ou algo parecido ou sequer aproxima-se do postulado da ideologia do tratamento”²²⁸.

Essa cultura de encarceramento acaba por deteriorar e condicionar o prisioneiro:

A prisão não deteriora por deteriorar, mas o faz para condicionar: “invade” o indivíduo com suas exigências do papel que também lhe são formuladas pelas outras agências do papel que também lhe formuladas pelas outras agências do sistema – e que a prisão apenas exacerba – em uma continuidade deteriorante realizada por todas as agências, incluindo a judicial. Trata-se de uma verdadeira “lavagem cerebral”, da qual fazem parte, inclusive, os demais prisioneiros que interagem com aquele submetido ao tratamento criminalizante²²⁹.

²²³ Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Decreto nº 678, em 09 de julho de 1992.

²²⁴ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

²²⁵ ZAFFARONI (2004) p. 77

²²⁶ Idem p. 135

²²⁷ Idem p. 136

²²⁸ Ibidem

²²⁹ ZAFFARONI (2004) p. 136

As prisões violadoras de direitos humanos, a policização que excede os limites do razoável, a seleção da clientela do sistema, a burocratização inerente e a criminalização desmedida, entre outras mazelas. São estes os fatores que fazem com o sistema penal seja um “complexo aparelho de deterioração regressiva humana que condiciona falsas identidades e papéis negativos”²³⁰.

Portanto, há a criação de antagonismos e contradições sociais. Há espetacularização da cultura do encarceramento. Conseqüentemente, há o enfraquecimento e a destruição de vínculos comunitários e horizontais. Sendo que o indivíduo sequer é posto em contato com a autoridade competente quando recolhido sob a custódia do Estado.

Através da criação de papéis artificiais, de delinquentes, policiais e juízes, o sistema penal fomenta e gera diferenças entre grupos de carentes, estigmatizados e outros, causando embates e havendo a necessidade constante de maior violência repressiva e aumento de indivíduos etiquetados e deteriorados.

Isso leva a considerar o sistema penal como “o maior obstáculo à paz social e, fundamentalmente, à coalização civil frente ao exercício arbitrário do poder”²³¹. Destarte, as falhas e deturpações podem ser superadas, amoldando o sistema em conformidade com os princípios constitucionais.

2.2 Estado de Coisas Inconstitucional

O sistema penal brasileiro, ao invés de garantir direitos fundamentais, os violam. Acaba, então, coadunando com as outras nações latino-americanas. “Sempre se referiram às garantias penais como princípios aos quais supostamente o sistema respeita em sua operatividade, mas que na realidade concreta, em qualquer parte do planeta, e sobretudo em nossa região marginal, os violam todos”²³².

Essas violações se tornam massivas no sistema penitenciário nacional. Nossas prisões são conhecidas pelos seus vastos problemas, como visto neste estudo. E,

²³⁰ ZAFFARONI (2004) p. 143

²³¹ Idem p. 145

²³² Idem p. 234

segundo os estudos de Carranza, os problemas penitenciários não são uma exclusividade brasileiro, havendo difusão deles nos países latino-americanos.

Contudo, as mazelas das prisões na América Latina estão sendo discutidas e estudadas de forma para serem superadas. Destaca-se o caso da Colômbia, onde foi criada e desenvolvida a acepção do “estado de coisas inconstitucional”.

Dessa forma, por meio do direito comparado, passar-se-á ao entendimento da jurisdição constitucional da Colômbia. Busca-se compreender como a Corte Constitucional daquela nação decidiu em determinados casos, e como ocorreu a irradiação de seus efeitos em sua sociedade.

Tem-se desenvolvido uma jurisprudência bastante ativista²³³ na Corte Constitucional da Colômbia, principalmente, em dois campos de ação: o controle das práticas políticas e das ações do Poder Executivo e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos.

No primeiro escopo, a Corte tem proferido decisões importantes, que reduziram os poderes do Presidente, principalmente no que tange a capacidade de declarar estado de exceção. Tal faculdade tomou contornos dramáticos na conjuntura de violência realizada pelas Forças Armadas Revolucionárias (FARC), que abalava as instituições democráticas, valendo-se de assassinato e atos guerrilheiros. Sobrepondo-se às adversidades, a Corte julgou inconstitucionais, algumas declarações de estado de exceção.

Por dessa atuação, a Corte sofreu pesadas críticas do governo, das elites econômicas, de parte da academia jurídica e de muitos líderes de partidos políticos tradicionais. Entretanto, as ameaças e incertezas não foram convalidadas, e os juízes constitucionais mantiveram tal postura²³⁴.

Na Colômbia, em muito se reduziu o tempo vivido pelos colombianos em estados de exceção. Rebatendo-se as críticas, graças ao ganho qualitativo para a democracia colombiana.

²³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese de Doutorado apresentada na UERJ 2015 p. 91

²³⁴ Idem

Espectro importante do ativismo judicial da Corte Constitucional de Colômbia é a prática de concretização dos direitos fundamentais, sociais e econômicos. Há uma participação fundamental no avanço da garantia de direitos no país. Segundo Campos, o ativismo judicial da Corte Constitucional da Colômbia é um forte elemento do desenvolvimento social na nação:

A Corte tem recusado a abordagem formalista e conservadora da Constituição, comum à atuação judicial na Colômbia, e vem afirmando a necessidade da interpretação criativa para dar conta da relevância em preservar os comandos constitucionais diante da realidade socioeconômica do país e, assim, garantir as liberdades individuais, reduzir as desigualdades sociais e proteger as minorias vulneráveis e marginalizadas. É com esta abordagem criativa da Constituição que a Corte Constitucional colombiana tem sido apontada como uma das mais ativistas do mundo na proteção de direitos fundamentais e sociais²³⁵.

Destaca-se que, existindo o reconhecimento da complexidade da situação, a Corte Constitucional não mais se voltará a resolver problemas particulares, em tutelar direitos específicos somente das partes envolvidas na ação, e sim protegerá a dimensão objetiva dos direitos fundamentais no caso.

Sendo assim, quando os juízes constitucionais se defrontam diante de um “litígio estrutural”, caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa²³⁶, as decisões buscarão a reorganização de políticas públicas.

Portanto, surge a figura do estado de coisas inconstitucional. A Corte Constitucional, ao adotar remédios para sanar este estado de coisas, tem por finalidade superar os bloqueios políticos e institucionais, bem como fomentar o diálogo sobre causas e soluções para a situação.

Observa-se que a Corte faz valer uma espécie de ativismo judicial estrutural²³⁷, buscando a superação dos empecilhos políticos e institucionais presentes no caso concreto.

O caso paradigmático, quando se decidiu pela primeira vez a existência de um estado de coisas inconstitucional na Colômbia, é a *Sentencia T-153*, de 28 de abril de

²³⁵ CAMPOS Ob. Cit. p. 92

²³⁶ Idem p. 117

²³⁷ Idem p. 93

1998. Nela se reuniram certas ações que haviam sido decididas em instâncias inferiores, que versam sobre a temática do sistema penitenciário. Buscou-se resolver tais lides nesta sentença, como inclusive abarcar todo este sistema.

Discorreu-se que a superlotação impede a conceder aos presos os meios almejados para o projeto de reabilitação (estudo, trabalho, etc.). A superlotação não deixa que os prisioneiros desfrutem das condições mínimas para uma vida digna na prisão, e inclusive impede a separação de presos por categoria. De maneira geral, a superlotação desvirtua de maneira geral os fins do tratamento penitenciário²³⁸.

Vê-se que o trabalho de ressocialização não deve impor determinados valores para os detentos, mas sim fornecer os meios para que eles façam uso da autodeterminação. Ou seja, que cada um defina seu caminho para o retorno à família, amigos e trabalho, obtendo a reintegração social. Todavia, a superlotação do sistema carcerário não permite que esse trabalho de ressocialização ocorra.

A Corte Constitucional verificou que as prisões colombianas são caracterizadas pela superlotação, graves lacunas nos serviços públicos e de bem-estar, onde as regras são: violência, extorsão e corrupção. Como resultado, há a falta de oportunidades e meios para ressocialização dos prisioneiros. Daí se deduz violações flagrantes de uma série de direitos fundamentais dos detidos nas prisões colombianas, como a dignidade, a vida e a integridade física, o direito de família entre outros.

Diz-se que, por muitos anos, a sociedade e o Estado têm cruzados os braços em frente a esta situação²³⁹. Simplesmente assistem a tragédia diária de prisões, mesmo ela representando a violação diária da Constituição e das leis do país. Por esse motivo, as circunstâncias da vida na prisão exigiram uma solução jurídica célere.

Institui-se uma força tarefa para avaliar determinadas prisões na Colômbia. As inspeções permitiram concluir que as condições carcerárias nestas prisões são absolutamente desumanas, indignas de um ser humano, independentemente da sua situação pessoal. Discorreu-se que as condições de alojamento dos reclusos seriam uma vergonha para um Estado que proclama o seu respeito pelos direitos das pessoas, e diz ter compromisso com o marginalizado.

²³⁸ *Sentencia* T-153, de 28.4.1998

²³⁹ *Idem*

No que tange aos fenômenos que causaram o enorme inchaço da população carcerária, o *INPEC – Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario* (órgão análogo ao nosso DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional) sustentou que eles seriam: crescimento demográfico e criminógeno; crise política, socioeconômica, cultural e de valores da sociedade; lento processo de substituição de prisões com um elevado grau de envelhecimento conjurados com modelos não funcionais; concentração de superlotação nas prisões que contém presos preventivos, sem uma opção de transferência para outras prisões, por falta de garantias de segurança; congestionamento nos tribunais; e introdução de mais leis repressivas de delitos.

Neste último ponto, observa-se que, nos anos anteriores à sentença, foram criadas várias leis para punir mais rigidamente uma série de comportamentos visto como criminosos. E isto desencadeou a entrada de um número crescente de presidiários, bem como imposições de penas mais duras e mais longas aos condenados.

A Corte Constitucional considerou importante chamar a atenção para o princípio da presunção de inocência, que exige que a prisão preventiva só seja aplicada como medida excepcional, tal como determinado pelos Pactos Internacionais e a Constituição do país. Ou seja, o direito penal deve ser visto como a última medida, a *ultima ratio*, e não como a primeira e única, *sola ratio*.

Dada à imprevisibilidade e o mau funcionamento que reinou na infraestrutura carcerária, a superpopulação levou os prisioneiros a não poderem desfrutar das condições mínimas para uma vida digna na prisão. A situação descrita tende a confirmar o clichê sobre que as prisões são escolas do crime, gerando ócio, violência e corrupção. Por esse motivo, a Defensoria Pública colombiana discorreu que as prisões se tornaram meros depósitos de indivíduos²⁴⁰.

Os magistrados da Corte aduzem que a inamovibilidade das instituições governamentais levou à violação sistemática dos direitos dos presos por longuíssimas datas²⁴¹. Apesar dos muitos pedidos e maiores críticas ao sistema prisional, nenhuma mudança, partindo de políticas oficiais, foi percebida para erradicar o sofrimento que ocorrido nas prisões do país.

²⁴⁰ *Sentencia* T-153, de 28.4.1998

²⁴¹ *Idem*

Entretanto, infere-se que a racionalidade constitucional é diferente da maioria. Os direitos fundamentais são, precisamente, a limitação do princípio da maioria, com o objetivo de garantir os direitos das minorias e indivíduos. Dessa maneira, o juiz constitucional está obrigado a agir como porta-voz das minorias esquecidas, ou seja, aqueles grupos que dificilmente têm acesso aos órgãos políticos.

Por esta razão, a Corte Constitucional foi convocada a agir como no caso em tela. Chamou-se a atenção para o estado de inconstitucionalidade apresentado no sistema prisional colombiano, requerendo-se a tomada de medidas por parte das várias agências e órgãos poder, com o fulcro de remediar a situação prevalente nas prisões colombianas.

Essas penitenciárias se tornaram um problema de ordem pública e em locais onde os direitos fundamentais dos detentos são sistematicamente violados. Logo, a Corte Constitucional proveu conhecimento ao Presidente da República, mencionando a existência do estado de coisas inconstitucional em matéria penitenciária. Isto a fim de que, usando seus poderes como autoridade administrativa suprema do país e peça-chave no processo legislativo, executasse todas as medidas necessárias para pôr fim a esta situação. Buscando a preservação da ordem pública, e com que se cessassem as atividades de violações crônicas e sistemáticas dos direitos humanos.

Ordenou-se, então, que dentro de um prazo de três meses fosse apresentado um plano de construções e reformas, de modo a lidar com a superlotação e as atuais exigências mínimas penais os recintos dos presos. O plano deveria ser preparado pelo INPEC, o Ministério da Justiça e do Departamento Nacional de Planejamento. A Defensoria Pública e a Procuradoria-Geral da Nação supervisionariam os novos edifícios e adaptações, de modo a estarem em conformidade com os padrões mínimos para a construção de prisões. Tal plano deveria ser executado dentro de um período máximo de quatro anos a contar da *Sentencia* T-153.

Por esta análise, vê-se que são três os pressupostos que devem coexistir para a configuração de um estado de coisas inconstitucional: (I) verificação de situação não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos e garantias fundamentais, atingindo vários indivíduos; (II) inexistência de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e

judiciais, chamado pela doutrina de “falha estatal estrutural²⁴²”, que dá ensejo à violação dos direitos e sua perpetuação; (III) em vias de que essas violações sejam superadas, necessita-se a cooperação de vários órgãos, buscando novas políticas públicas para o saneamento do caso.

O estado de coisas inconstitucional decorre da inércia congressual ou administrativa sobre determinadas matérias. Neste panorama, a atuação da Corte Constitucional se tornou a maneira disponível, “ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados”²⁴³.

Assim, explica-se que:

Não é possível alcançar esses objetivos, necessário para superação do quadro de inconstitucionalidades, por meio dos instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional. Sem embargo, são a dramaticidade e a complexidade da situação que justificam ou mesmo impõem a heterodoxia dos remédios judiciais. No entanto, as cortes devem ser cientes das próprias limitações. Devem saber que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico²⁴⁴.

Infelizmente, apesar da interessante concepção arquitetada pela Corte Constitucional da Colômbia, as mazelas do sistema prisional não foram resolvidas. Exatamente porque a decisão não seguiu os passos supracitados, ou seja, não foi uma decisão dialógica, e sim impositiva. “A Corte adotou posição de ‘supremacia judicial’ e fracassou. A adoção de uma posição ou outra foi o divisor entre o fracasso e o sucesso nos casos mais paradigmáticos que a Corte Constitucional colombiana enfrentou”²⁴⁵.

²⁴² CAMPOS Ob. Cit. p. 143

²⁴³ Idem p. 148

²⁴⁴ Idem p. 145

²⁴⁵ Ibidem

Dessa forma, a diferença entre o sucesso e o fracasso na declaração de um estado de coisas inconstitucional se encontra precisamente na capacidade do Poder Judiciário dialogar com os outros poderes e instituições.

Para se entender como o diálogo institucional possa ocorrer de maneira que traga resultados positivos, passa-se a análise do caso de deslocamento forçado de pessoas. Chamadas de *personas desplazadas*.

Pelo fenômeno de exacerbada violência na Colômbia, pessoas são forçadas a migrar dentro do território nacional, forçadas a abandonar trabalhos e casas por ameaças à suas vidas por parte de grupos guerrilheiros ou paramilitares. Por longa data, as autoridades públicas do país viraram as costas para estas pessoas, não se importando com as consequências nas vidas dos *desplazados*.

No caso da *Sentencia* T-025, de janeiro de 2004, a Corte Constitucional da Colômbia examinou, de uma só vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maioria dessas pessoas era de mulheres, menores de idade, idosos e minorias étnicas.

O caso envolvia cidadãos que não dispunham acesso a direitos como saúde, educação, trabalho e moradia. Então, concluiu-se pela caracterização do estado de coisas inconstitucional. Daí, foram estabelecidos remédios tanto para as partes envolvidas, quanto para aqueles que se encontravam em situação análoga.

Alegou-se o “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*) da situação, demonstrando a falta de iniciativa dos outros poderes para a implementação das políticas públicas necessárias. Então, sem exercer diretamente as competências desses poderes, a Corte Constitucional declarou o estado de coisas inconstitucional.

A sentença da Corte: ordenou atenção orçamentária específica ao problema; definiu que novas políticas públicas fossem estabelecidas; batalhou por leis e um marco regulatório eficiente para resguardar a dimensão objetiva dos direitos envolvidos²⁴⁶.

As ordens da Corte colombiana foram “flexíveis e dirigidas a um número elevado de autoridades públicas e, dessa vez, surtiram bons efeitos práticos porque a corte dialogou com os outros poderes e a sociedade sobre a adequação das medidas

²⁴⁶ *Sentencia* T-025, de 22.1.2004

durante a fase de implementação”²⁴⁷. Ou seja, a maneira de acondicionar a jurisdição constitucional sobre o caso em voga fez com que a diferença, comparada ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, fosse altamente substancial.

Fixaram-se parâmetros e prazos para a superação do estado de coisas inconstitucional no caso do deslocamento forçado de pessoas, mas as escolhas técnicas de meios foram responsabilidades dos poderes competentes. Monitoraram-se os efeitos da sentença, envolvendo audiências públicas e participação da comunidade, permitindo, dessa maneira, que os juízes soubessem o *status* das instituições democráticas.

Ressalta-se que a Corte não se valeu de supremacia judicial como na sentença do sistema penitenciário colombiano. No caso de deslocamento forçado de pessoas, utilizaram-se remédios estruturais flexíveis e supervisionados, abrindo uma conversa entre a comunidade e órgãos públicos. Observa-se, então, como se desenvolveu esse comportamento judicial:

A Corte interveio na confecção de políticas públicas, dirigindo ordens à ampla estrutura de poderes e órgãos envolvidos, sem, contudo, fixar os detalhes do plano de ação. A Corte versou os procedimentos e as autoridades competentes para atuar em favor da superação do estado de coisas inconstitucional, nada dispondo sobre o conteúdo das políticas, mas vindo a acompanhar durante seis anos a realização concreta dessas. A corte convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas, criando espaços de deliberação e formas alternativas, inovadoras e potencialmente democratizantes, de aplicação judicial dos direitos constitucionais²⁴⁸.

Embora o problema de pessoas deslocadas persista na Colômbia, visto que a violência urbana ainda não foi superada pelas instituições, as *personas desplazadas* não mais estão largadas a própria sorte.

Devido à adoção das medidas motivadas pela Corte Constitucional, e sendo declarado o estado de coisas inconstitucional, os *desplazados* tem resguardos seus direitos e garantias fundamentais.

O que antes era um problema onde o poder público era inerte, hoje se busca a sua superação. Daí se extrai que a sentença, porque partiu para o diálogo institucional,

²⁴⁷ CAMPOS Ob. Cit. p. 128

²⁴⁸ Idem

acabou promovendo vantagens democráticas e ganhos de efetividade prática de suas decisões. Contribuiu-se realmente para melhoria da situação.

2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347

Após esta análise dos casos colombianos de declaração de estado de coisas inconstitucional, vejamos o caso brasileiro. Passamos ao estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 26 de maio de 2015. Baseia-se em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, coordenada pelo professor Daniel Sarmento, bem como em parecer do professor titular de direito penal da UERJ, Juarez Tavares.

A petição inicial começa fazendo alusão de que as prisões brasileiras, em sua maior parte, são verdadeiros infernos dantescos. Afinal, há celas superlotadas, imundas e insalubres, propagação de doenças infectocontagiosas, temperaturas insuportáveis, água potável escassa e falta de produtos higiênicos básicos. Diz-se que homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os detentos são comuns, e as prisões geralmente são dominadas por facções criminosas.

Discorre-se que nosso sistema penitenciário é altamente seletivo e atinge principalmente, senão quase exclusivamente, pessoas dos baixos estratos societários. Apesar de não existirem dados oficiais sobre a renda dos indivíduos antes de serem presos, há dados sobre os níveis educacionais deles: apenas 0,47 % dos presos tem curso superior completo, 12,1% são apenas alfabetizados e 44% possuem tão só o ensino fundamental incompleto²⁴⁹. Neste contexto, observa-se que os detentos de fato são pessoas de pouca instrução, o que leva a crer que possuem baixa renda.

De acordo com a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário:

Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano

²⁴⁹ BRASIL. DEPEN Ob. Cit. p. 23

(...). Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas²⁵⁰.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde 2008, realiza mutirões carcerários em presídios de todas as unidades da federação. Seus relatórios oferecem um diagnóstico claro da insalubre situação prisional do país e como os direitos dos detentos não são garantidos, e sim violados de forma massiva.

Vê-se que este contexto do sistema penitenciário nacional afronta completamente a Constituição Federal. A Lei Maior abarca: o princípio da dignidade da pessoa humana; a proibição de tortura e o tratamento desumano ou degradante; a vedação às sanções cruéis; impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado; e a consagração aos presos do respeito à integridade física e moral.

Dessa forma, postulou-se na ADPF que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Impondo a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país, procurando a contenção do processo de encarceramento em massa.

Explicamos em nosso estudo o instituto do estado de coisas inconstitucional declarado pela Corte Constitucional da Colômbia, e quais foram seus reflexos na sociedade colombiana.

Entretanto, vale-se relembrar quais as condições que aquela Corte exige que estejam para se configurar o estado de coisas inconstitucional, como versado na ADPF:

(I) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (II) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (III) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas²⁵¹;

²⁵⁰ Câmara dos Deputados. *Relatório da CPI do Sistema Carcerário*. Brasília, Edições Câmara 2009 p. 172

²⁵¹ Petição inicial da ADPF 347

No que tange ao papel do Supremo Tribunal Federal no caso, o arguente entende que duas principais objeções podem surgir. A primeira seria dizer que a atuação jurisdicional não é democrática, pois a Corte suprema interferiria em políticas públicas que deveriam ser formuladas, e colocadas em prática, pelos poderes Legislativo e Executivo. A segunda seria de que a decisão há de ser ineficiente, visto que os ministros não teriam a capacidade institucional imprescindível para resolver os complexos problemas estruturais.

Respondendo à objeção democrática, lembra-se que a democracia não é o simples predomínio da vontade da maioria, e sim um intrincado sistema que possui em suas fundações o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Sendo assim, quando há uma decisão voltada à proteção de direitos fundamentais de minorias estigmatizadas, como no caso dos detentos, não existe uma ofensa a democracia. Pelo contrário, há sua convalidação.

Contra esta objeção das capacidades institucionais, diz-se que a ordem constitucional brasileira proíbe o Poder Judiciário de não apreciar lesões a direitos²⁵², e que não existe mais grave violação a direitos do que a que se pratica sistematicamente no sistema prisional do país.

Dessa forma, entende-se que o STF deve atuar em caso de “falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional, que resulta em gravíssimas afrontas à dignidade dos presos”²⁵³. Inclusive, entende-se que se não houver intervenção do STF no caso, a situação pode se agravar, visto que a população prisional brasileira cresce exponencialmente.

O STF buscaria uma decisão dialógica para sobrepujar os problemas do sistema penitenciário nacional. Dialogando com os demais poderes, em prol da superação dramática do cárcere brasileiro:

Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas.

²⁵² Como disposto no art. 5º, XXXV da CRFB/88

²⁵³ Petição inicial da ADPF 347

Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas (...). Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade²⁵⁴.

Correlacionado ao problema da superlotação, há o fato de que 40% dos presos brasileiros são provisórios. Extrai-se do princípio de presunção da inocência que a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória deve ser medida excepcional.

Todavia, percebe-se que tal medida não vem sendo utilizada como extraordinária, e sim, praticamente, como regra. Afinal, por pouco a metade do contingente do sistema prisional é composta por presos provisórios.

Cita-se o discurso proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que denunciou a cultura do encarceramento evidenciada no Brasil:

Nós temos hoje cerca de 600 mil prisioneiros encarcerados, e, o que é pior, 40% deste número representa presos provisórios. Mais de 240 mil brasileiros encontram-se sob a custódia do governo, do Poder Executivo do Estado Brasileiro, de forma provisória, de forma cautelar, sem ter muitas vezes se defrontado com um juiz e sem ainda ter sido condenados definitivamente, numa afronta evidente ao princípio da não culpabilidade, dos principais valores exibidos na nossa Carta Magna²⁵⁵.

A alta taxa de presos provisórios agrava o problema da superlotação, refletindo em toda a cadeia estrutural do sistema penitenciário. O arguente tece duras críticas à infraestrutura, organização e pessoal dos presídios. Há falta de assistência material ao preso, assistência à saúde, fomento a educação e trabalho dos detentos. Existem inúmeros relatos de tortura, sanções ilegítimas e uso indiscriminado da força.

Se a população carcerária já estigmatizada, etiquetada e excluída, pior ainda é a situação das mulheres encarceradas e da população prisional LGBT. Visto que sofrem todos os tipos de abusos e preconceitos.

Apesar desta situação nefasta, não se destinam as devidas verbas para melhorar as condições dos presos brasileiros. O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado

²⁵⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS Ob. Cit. p. 244.

²⁵⁵ Proferido em 14.04.2015, acessível em <<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowskidurante.pdf>>

Lei Complementar nº 79/1994, possui recursos que deveriam ser destinados ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional.

Entretanto, a maior parte dos recursos disponíveis do FUNPEN não é efetivamente gasta. Conforme informação do DEPEN, atualmente o saldo contábil do FUNPEN chega a dois bilhões e duzentos milhões de reais. Uma das principais limitações para o uso deste dinheiro é o contingenciamento orçamentário realizado pelo governo federal, de modo a atingir as metas fiscais.

Entende-se que a construção de mais presídios não tem o condão de combater a cultura do encarceramento. Na verdade, isso seria um contrassenso. O que se busca com a liberação do montante do FUNPEN é que as condições nos atuais cárceres sofram mudanças qualitativas em um curto espaço de tempo.

Sabe-se das calamitosas condições físicas do sistema prisional brasileiro. Elas acabam, por si só, causando danos extremos aos egressos do sistema. A falta de condições sanitárias traz sérias doenças. Celas minúsculas e insalubres fomentam todo tipo de conflito. Inexistências de espaços para educação e trabalho inviabilizam a ressocialização.

Através dos bilhões de reais constantes no FUNPEN, poder-se-iam sanar várias mazelas prisionais. Medidas de humanização do espaço carcerário lutariam contra o estigma do preso indolente, violento e improvável de se reintegrar ao quadro social dignamente.

Chegando ao final da extensa petição inicial, indicam-se medidas que o STF deve impor aos poderes públicos para superar o cenário de inconstitucionalidade do sistema penitenciário nacional.

Considerando-se que o Poder Judiciário não é especialista na formulação de políticas públicas, pois o princípio democrático não lhe confere esta atribuição, o arguente aduz que deverão os governos federais e estaduais se incumbirem de elaborar cada um o seu plano para superar o problema prisional.

Após serem discutidos no âmbito do processo constitucional, os planos seriam submetidos à aprovação do STF, vinculando quem os estabeleceram. Após aprovados os

planos, a jurisdição do STF continuará. Haveria o monitoramento da sua implementação, como no citado caso colombiano do deslocamento forçado de pessoas, a fim de assegurar a efetividade das soluções propostas.

Em busca dessa efetividade, o STF necessitaria dialogar com o CNJ, a Procuradoria Geral da República, a Defensoria Geral da União, o Conselho Federal da OAB, o Conselho Nacional do Ministério Público, bem como facultar a manifestação de outros órgãos e interessados. E também seriam realizadas audiências públicas para discutir o caso com a comunidade.

Focando-se na superação do quadro de banalização na decretação das prisões processuais, impor-se-ia a realização de audiências de custódia a todo o Poder Judiciário brasileiro. Consistindo na apresentação do preso ao juiz em um curto prazo, para que este decida sobre a juridicidade da prisão. Entende-se que a prática evita prisões desnecessárias ou abusivas, e ainda se permite avaliar eventuais maus-tratos praticados contra o custodiado.

Discorre-se que o direito à audiência de custódia está expressamente previsto no art. 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que determina que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz”. Como também dita o art.7. 5, do Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

Postula-se ao STF o reconhecimento de que a decretação da prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, só se justifica em casos absolutamente excepcionais.

Nesta senda, requer-se que cada vez em os magistrados decretarem ou mantenham prisões antes da condenação penal definitiva, estes sejam obrigados a fundamentar a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão. Caberia ordenar aos juízes e tribunais brasileiros que levem em consideração as dramáticas condições do sistema carcerário nacional nos dois espectros, na aplicação e execução das penas.

No primeiro, tais condições procederiam na atribuição *a priori* na aplicação de penas alternativas à prisão. No segundo, existiria o abrandamento proporcional dos

requisitos temporais para fruição de direitos e benefícios, e a possibilidade de reconhecimento do cumprimento antecipado da pena.

Após todas as asseverações constantes na petição inicial, o arguente faz requisições cautelares. A primeira requisição é que o STF determine a todos os juízes e tribunais que, nos casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem claramente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade.

Anseia para que seja reconhecida a aplicabilidade imediata do art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, bem como do art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, que se defina a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, onde comparecimento do indivíduo sob custódia diante da autoridade judiciária ocorra até vinte e quatro horas a partir do momento da prisão.

Ambiciona que haja a imposição que os magistrados brasileiros apliquem, sempre que forem viáveis, penas alternativas à prisão. E quando se demonstrar que as condições de efetivo cumprimento da pena são mais severas do que as previstas na ordem jurídica, o juízo da execução penal teria o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso.

Almeja determinação ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, revisando todos os processos de execução penal em curso no Brasil que abarquem a aplicação de pena privativa de liberdade, adequando-os as requisições anteriores

E que se imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN, sendo vedada à União Federal fazer novos contingenciamentos enquanto durar o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional.

No que cerne ao pedido definitivo, espera o arguente que seja julgada procedente a ADPF. Sendo declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

À vista disso, o STF determinaria ao Governo Federal que este elaborasse e lhe encaminhasse, no prazo máximo de três meses, um plano nacional propendendo superar

este estado de inconstitucionalidade dentro de um prazo de três anos. Conforme o arguente, o plano nacional:

Deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades²⁵⁶.

Espera-se que, após a deliberação sobre o Plano Nacional, o STF determine ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e lhe apresente, também no prazo de três meses, seus respectivos planos, todos em harmonia com o plano nacional. Conterão propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo de dois anos.

Os planos estaduais, distrital e nacional seriam submetidos à análise de entidades jurídicas consistentes, bem como discutidos em audiências públicas. Tai planos deverão ter suas implementações monitoradas dialogicamente pelo STF, até que, finalmente, considere-se sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Com estes pedidos, almeja-se que haja superação do quadro de violação dos direitos humanos no cárcere nacional. Espera-se que existam diálogos entre as instituições, inspirados no caso das *personas desplazadas* na Colômbia.

²⁵⁶ Petição inicial da ADPF 347

As forças institucionais serão impulsionadas. Falhas no sistema penitenciário serão analisadas por diversos espectros, encontrando soluções plurais. Batalha-se por atos coordenados efetivos. Isto, em prol da mudança do *status quo* violador de direitos.

2.4 Voto do Ministro Relator nas Medidas Cautelares da ADPF 347: em busca da mudança

Após a compreensão dos requerimentos na ação de controle concentrado, vê-se o julgamento da medida cautelar na ADPF 347, que ocorreu no dia 8 de setembro de 2015. Analisar-se-á o julgamento da liminar atrás do voto do relator, Ministro Marco Aurélio.

O STF, ao apreciar os pedidos de medida cautelar que foram estabelecidos, e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, deferiu, por maioria, parcialmente a cautelar. Desse modo, alguns pedidos foram atendidos, e outros não.

Inicia-se o voto asseverando que o tema das condições inconstitucionais dos presídios em nosso país está na ordem do dia do STF. Citam-se os recentes casos: Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170/DF, relatora ministra Rosa Weber; Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, relator ministro Gilmar Mendes; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356/MS, relator ministro Luís Fux; e Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, relator ministro Ricardo Lewandowski.

Entende-se que existe relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, e a situação de transgressão de direitos observada. E a suplantação deste contexto somente acontecerá havendo mudança significativa do comportamento do Poder Público.

Vê-se que a população carcerária, sendo a maioria de pobres e negros, em maio de 2014, chegava a 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Ou seja, sem contabilizar os presos em domicílio, o déficit é de 206.307, e poderia ser bem maior, se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento.

A maior parte dos presos está sujeita a: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho. Bem como há amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Discorre-se que os presídios e delegacias não disponibilizam condições salubres mínimas. Consoante o CNJ, os presídios não possuem acomodações adequadas à existência humana. Não obstante a falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação proveitosa do tempo no cárcere, os presos coexistem com as barbáries promovidas entre si. E este quadro não é exclusivo de algum ou outro presídio, pelo contrário, a situação é similar em todo o Brasil, “devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro”²⁵⁷.

Concebe-se que, no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, ferindo principalmente a dignidade, a higidez física e a integridade psíquica. A superlotação e as péssimas condições carcerárias configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno contra os indivíduos sob custódia.

Destarte, as penas privativas de liberdade aplicadas acabam por se converterem em penas cruéis e desumanas. “Os presos tornam-se lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre”²⁵⁸.

Consoante o relator, diversos mandamentos constitucionais são feridos: o princípio da dignidade da pessoa humana; a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos; a vedação da aplicação de penas cruéis; o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado; a segurança dos presos à integridade física e moral; e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social e à assistência judiciária.

²⁵⁷ Voto do Ministro Relator nas Medidas Cautelares da ADPF 347

²⁵⁸ Idem

E outras normas também são descumpridas: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes; Convenção Americana de Direitos Humanos; Lei Complementar nº 79/94 (Lei do FUNPEN); e a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Dita-se que a prisão no Brasil não serve à ressocialização dos presos. Visto que produzem o aumento da criminalidade, “transformando pequenos delinquentes em monstros do crime”²⁵⁹. Isto se traduz nas altas taxas de reincidência, que giram em torno de 70%. A situação é assombrosa, pois dentro dos presídios há violações sistemáticas de direitos humanos, e fora deles existe o aumento da criminalidade e da insegurança social.

Diz-se que o estágio atual do sistema penitenciário não pode ser atribuído a um único e exclusivo Poder, mas aos três. Isto, tanto em âmbito federal quanto estadual e distrital. Existem problemas de formulação e implementação de políticas públicas, bem como de interpretação e aplicação da lei penal. O que falta é coordenação institucional, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superar a violação generalizada e contínua dos direitos dos presos

Tem-se a falha estatal estrutural, pela ampla deficiência nas ações estatais. As leis existentes não são lembradas. Executivo e Legislativo não se comunicam. As políticas públicas são incapazes de reverter tamanha inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário, ao decidir por um massivo número de prisões provisórias, fomenta a cultura do encarceramento, agravando a superlotação carcerária e aumentando a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

Explica-se que, diante de tal situação o conjunto de soluções, para serem efetivas, “deve possuir alcance orgânico, envolvendo a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade”²⁶⁰.

O sistema carcerário nacional, apresentado o quadro do de litígio estrutural, necessita de adequação. São imprescindíveis outras políticas públicas ou correção

²⁵⁹ Voto do Ministro Relator nas Medidas Cautelares da ADPF 347

²⁶⁰ Idem

daquelas que não alcançam os objetivos desejados: “alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas”²⁶¹.

Define-se que o sistema carcerário brasileiro se enquadra como estado de coisas inconstitucional. Assim, cabe à Corte Maior exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro no que tange às prisões provisórias.

Entretanto, no que tange ao STF exercer função atípica, interferindo em políticas públicas e escolhas orçamentárias, surgem controvérsias teóricas. Mas, de acordo com o relator, elas são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional procedem à possibilidade de o STF “tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes”²⁶².

Discorre-se que, ante a situação descrita, apenas a Corte Suprema se revela capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que bloqueiam o avanço de soluções. Isto significa que o STF possuiu o papel de “retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”²⁶³.

O Tribunal Constitucional não pode se abster de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos. Estes bloqueios institucionais são fortes barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Dessa forma, “verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático”²⁶⁴.

O ministro relator diz que no caso da população carcerária, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na inexistente representação parlamentar

²⁶¹ Voto do Ministro Relator nas Medidas Cautelares da ADPF 347

²⁶² Idem

²⁶³ Ibidem

²⁶⁴ Ibidem

como na descrença na opinião pública. Primeiramente, porque os condenados criminalmente são impedidos de votar e serem votados.

Ademais, os presos compõem minoria socialmente desprezada. Daí se tem a parca probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de encarar este tema sem nenhum prestígio popular. Nestes casos, os bloqueios, os pontos cegos legislativos (*legislative blindspot*), costumam ser insuperáveis.

Porém, o STF atua por meio de códigos distintos perante a opinião pública, comparados aos dos Poderes Legislativo e Executivo. “Deve-se rejeitar o populismo judicial, ainda mais consideradas as esferas de liberdade e dignidade dos indivíduos, sempre envolvidas nos processos penais”²⁶⁵.

Entende-se que o Poder Judiciário busca credibilidade popular apenas mediante os motivos juridicamente adequados das decisões. E frente a situação afrontada, “a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária”²⁶⁶.

Ao STF não é incumbido definir o conteúdo próprio das políticas públicas que visam superar o problema. Ao invés de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, de modo a afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Em conformidade com o relator, “não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias”²⁶⁷.

O STF interferirá nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas abstendo de detalhá-las. As ordens que a Corte formular serão flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes. Assim, haverá retenção de jurisdição com o fulcro de monitoração e observância da decisão para atingir o sucesso dos meios escolhidos.

²⁶⁵ Voto do Ministro Relator nas Medidas Cautelares da ADPF 347

²⁶⁶ *Idem*

²⁶⁷ *Ibidem*

Atuando dessa forma, reservará aos outros Poderes o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais apropriada para a suplementação do estado de inconstitucionalidades. Ou seja, o STF apenas colocará a máquina estatal em movimento, e depois cuidará da harmonia das ações.

Como explica o relator, o papel desempenhado pelo STF em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional será:

Retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo²⁶⁸.

Partindo para o mérito da questão, relata-se que o arguente formula pedido envolvendo o tempo de prisão. Que consistiria no abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, quando constatadas as condições desumanas do sistema. E também o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo.

Entende o relator que ambos são insubsistentes. Explana que em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. Afinal, a contagem de tempo para a fruição de tais direitos deve ser feita caso a caso, levando em consideração os parâmetros legais.

Já quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, há carência previsão legal para tanto. Sendo indeferidos esses pleitos, o mesmo deve ocorrer, por estar logicamente prejudicado, ao que envolve a atuação do CNJ visando o implemento das medidas.

Não obstante, narra-se que os valores do FUNPEN, desde sua concepção, têm sido muito mal aplicados. Relatórios do DEPEN demonstram que a maior parte é contingenciada, não sendo utilizada. Exemplificando, no ano de 2013 a dotação foi de quase trezentos e oitenta e cinco milhões de reais, e mais de 80% dos valores deixaram

²⁶⁸ Voto do Ministro Relator nas Medidas Cautelares da ADPF 347

de ser utilizados. Desse modo, o saldo atual do fundo chega a quase dois bilhões e duzentos milhões de reais.

Flagrado o quadro de estado de coisas inconstitucional, o relator determina que se libere o saldo acumulado do FUNPEN para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Além deste deferimento, o relator determinou aos juízes e tribunais que difundam, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não utilizaram medidas cautelares alternativas à privação de liberdade.

Também, os membros do Poder Judiciário devem considerar, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema carcerário nacional no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Inclusive, determinou-se aos magistrados que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, tal circunstância ser metodicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo ordenamento legal.

Bem como que sejam implementadas em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando a apresentação do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Demonstra-se que, no voto do relator, ministro Marco Aurélio, há preocupação com a situação de hiperencarceramento no país. Admite-se o litígio estrutural, que atinge diretamente milhares de cidadãos enclausurados.

Busca-se a implicação de ordens de execução complexas e coordenadas. De maneira a reorganizar políticas públicas e parte do sistema de justiça criminal. Este que, na prática operativa, “não exerce seu poder para tutelar bens jurídicos nem regras sociais mínimas, e nem é eficiente para nenhum dos dois objetos”²⁶⁹. Figurando-se como deslegitimado:

²⁶⁹ ZAFFARONI (2004) Ob. Cit. p. 254

O sistema penal resulta deslegitimado, ante a constatação social de sua operatividade real. Os discursos jurídico-penais legitimantes vão sendo descartados e abandonados ao largo do penoso caminho das frustrações do direito penal como ilusões destroçadas dos penalistas dos últimos séculos, porque as penas carecem de racionalidade. Qualquer tentativa para restabelecer a legitimidade dessas penas equivale a agir da mesma forma quanto ao sistema pena, e é por isso condenada ao fracasso. A pena não é mais que um ato de poder, e a teorização da mesma não deixa de ser uma tentativa legitimante de todo o exercício de poder do sistema penal²⁷⁰.

A resposta à deslegitimação do sistema penal, e à conseqüente crise do discurso jurídico-penal, é heterogênea. “Sendo necessário precisar a existência de reações tanto em forma de repostas teóricas, como também em forma de atitudes”²⁷¹.

No entendimento do ministro relator, a Corte Constitucional exercerá sua função contramajoritária. Em vias de garantir os direitos dos presos, indivíduos estigmatizados pela sociedade.

Almeja-se a devida equalização de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos enclausurados. Contudo, de maneira descompassada, os pares do relator divergiram de seu voto.

Infelizmente, o STF indeferiu as cautelares em pontos nevrálgicos, vencidos os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Dessa forma, pontos pelos quais o relator argumentou não foram acatados pela maioria do Tribunal Constitucional.

Os pedidos indeferidos pelo Supremo, em que o relator foi vencido, foram: determinação de que os juízes e tribunais motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; bem como passassem a considerar fundamentadamente a situação sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que fosse reconhecido que, como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, sempre que fosse viável, aplicar penas alternativas à prisão.

Ora, estes são pedidos chave nas cautelares da ADPF 347. Estão nesta esfera do processo exatamente porque buscar impedir com que nossas prisões desproporcionais

²⁷⁰ ZAFFARONI (2004) Ob. Cit. p. 275

²⁷¹ Idem p. 274

venham a ocorrer. E, como salientado pelo ministro relator, são medidas que tem como objetivo combater cultura do encarceramento que está radicada no Brasil.

Roga-se para que o plenário do STF reverta seu entendimento quando for decidir o mérito da ADPF em comento. Assim, os magistrados brasileiros não mais fundamentarão suas decisões de forma genérica e abstrata, valendo-se de conceitos indeterminados e subjetivos. Bem como utilizarão, quando presentes os pressupostos processuais, medidas alternativas à prisão. Restringindo, assim, o autoritarismo.

Vê-se que o sistema penal aparece e se consolida através de uma matriz autoritária. Sendo que a finalidade das teorias penas no Estado Democrático de Direito é a de conter o poder penal, evitando seus excessos. Assim, o tom democrático se exprime pelo efetivo controle deste poder. Concluindo-se que:

A teoria penal adequada à democracia deve ter, portanto, uma função racionalizadora. As teorias devem direcionar o uso que o Estado fará do poder penal. Cabe a elas forjar o modelo para a tomada da decisão que irá resultar na aplicação de uma resposta estatal à conduta etiquetada de criminosa e devem construir filtros que o poder penal deve passar até que um cidadão recebe uma pena privativa de liberdade²⁷².

“A verdade é que a situação atual de nossa região marginal latino-americana exige que a resposta ao desafio da deslegitimação do sistema penal imponha-se também como imperativo ético”²⁷³. Sendo assim, haverá a busca ética pela extirpação do encarceramento desenfreado que ocorre em nosso país.

O poder penal estatal será racionalizado. O processo penal do espetáculo, que é ilegítimo e destruidor de garantias fundamentais, será devidamente contestado. A legitimidade do discurso midiático se enfraquece frente a mudança proposta:

A única resposta para as campanhas de lei e de ordem é a contra campanha usando os mesmos meios, retificando as notícias, demonstrando a falsidade da invenção e da dimensão do fenômeno apresentado como emergente quando, geralmente, é usual. Enquanto não se encarar uma política criteriosa sobre o aparelho de propaganda do sistema penal, não haverá maneira de se diminuir a violência nem de se modificar o sistema penal economizando vidas humanas²⁷⁴.

²⁷² CASARA Ob. Cit. p. 130

²⁷³ ZAFFARONI (2004) Ob. Cit. p. 254

²⁷⁴ Idem p. 177

Nesta senda, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro vem combater a cultura do encarceramento arraigada no Brasil. Peça chave para este combate é a implementação de direito do preso, consoante desde o século passado nos tratados internacionais que o Brasil é signatário: a realização da audiência de custódia.

Capítulo III

3.1 Tratados Internacionais

Conforme visto nos capítulos anteriores, a sociedade em geral é marcada pela ausência de preocupação em relação ao encarcerado. Quiçá a preocupação do povo, graças ao medo dispersado pelos meios de comunicação de massa, é que os presos fiquem atrás das grades pelo maior tempo possível.

Contra as campanhas midiáticas e políticas estigmatizantes:

Impõe-se ressignificar o processo penal como um instrumento de garantia contra a opressão e, portanto, como um instrumento contramajoritário, necessário à concretização dos direitos fundamentais. Resgatar a dimensão de garantia do processo penal, por sua vez, passa por reconhecer a necessidade de modificar a pré-compreensão dos atores jurídicos, afastando-os da tentação populista²⁷⁵.

A ressignificação do processo penal não advém somente do âmbito nacional. Instrumentos internacionais foram postos ao longo das décadas com o intuito de oferecer diretrizes e garantir direitos de todos os cidadãos, inclusive dos acusados e condenados penalmente.

Afinal, os organismos internacionais têm o condão de atuarem em prol de todos os seres humanos, principalmente das minorias e estigmatizados. A comunidade internacional não se exime de combater a cultura do encarceramento.

Neste contexto, em 19 de dezembro de 1966, celebrou-se o “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos” (PIDCP). Foi adotado pela Resolução n. 2.200-A da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Intencionou-se ampliar o rol dos direitos constantes na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, por isto previu o direito, além de outros, de toda pessoa presa ou detida ser levada, o mais rápido possível, à presença da autoridade judicial. Ele foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Buscando-se reforçar a observância deste direito e de outros, a Assembleia Geral da ONU, em 09 de dezembro de 1988, firmou-se a Resolução nº43/173. Esta estabeleceu o “Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas

²⁷⁵ CASARA Ob. Cit. p. 14

a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão”. Neste conjunto, o princípio de número 4 dita:

Princípio 4. Toda forma de detenção ou prisão e todas as medidas que afetam aos direitos humanos das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão deverão ser ordenadas por um juiz ou outra autoridade, ou fica sujeitas à fiscalização efetiva de um juiz ou outra autoridade.

Em âmbito regional das Américas, em 22 de novembro de 1969, San José da Costa Rica realizou a “Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos”. Ocasão onde os delegados dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos aprovaram a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (CADH).

A CADH, também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, entrou em vigor em 18 de julho de 1978. O Brasil ratificou a Convenção por meio do Decreto nº 678, em 09 de julho de 1992. Reproduziu-se a necessidade de apresentação rápida da pessoa presa a um juiz ou outra autoridade:

Artigo 7,5 Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade 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.

Observa-se, claramente, que o instituto de apresentar o custodiado a autoridade competente está inserido no ordenamento brasileiro desde os anos 90. Entretanto, nosso país se mostra tímido, para não se dizer resistente²⁷⁶, em dar pela aplicabilidade a todos os termos da CADH:

A condução, sem demora, do preso ou detido à presença de um juiz ou outra autoridade não comporta qualquer nível de discussão, em razão da clareza dos termos postos no artigo 7,5 da CADH e do artigo 9,3 do PIDCP. No entanto, a evolução no trato desse tema em âmbito nacional bem demonstra forte reserva que os operadores do Direito têm em reconhecer a plena aplicabilidade de todo direito ou garantia presente em textos internacionais, mas que não haja sido incorporado de forma expressa à nossa legislação interna²⁷⁷.

²⁷⁶ANDRADE, Mauro em *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 18

²⁷⁷ Idem p. 32

A observância às diretrizes instituídas pelos atos normativos internacionais se destacou no cenário brasileiro por ocasião do julgamento do RE 466.343, pelo STF. Nosso Tribunal Constitucional firmou entendimento que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por maioria qualificada, e ratificados pelo Presidente da República, possuem *status* de Emenda Constitucional.

E aqueles não aprovados por maioria qualificada têm valor supralegal, ou seja, não possuindo força constitucional mas se firmando hierarquicamente superior à legislação ordinária. Sendo assim, a CADH possui o *status* de norma supralegal, inferindo esta posição de destaque aos seus institutos.

Contudo, a inércia legislativa brasileira é latente no caso em apreço. E, somente na primeira década do século XXI, passou-se a discutir no Poder Legislativo nacional um dos pontos nevrálgicos do Pacto de San José da Costa Rica: a apresentação, sem demora, da pessoa presa ou detida à autoridade competente.

3.2 Audiência de Custódia e o Poder Legislativo

Apesar de nosso país haver firmado a CADH há mais de duas décadas, a audiência de custódia jamais foi regulamentada no âmbito do Poder Legislativo. Os direitos e garantias expressos em nossa Lei Maior devem coadunar com aqueles decorrentes dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte²⁷⁸.

Reconhece-se que o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro apresenta incongruências tamanhas em relação à Constituição Federal e também à sua própria finalidade:

Não temos dúvidas em afirmar que a previsão hoje existente no CPP é insuficiente e não atende as imposições constantes dos princípios e regras norteadoras especialmente do Pacto de San José da Costa Rica, pois esta aferição direta e pessoal pelo magistrado das condições em que efetuada a prisão não tem como ser plenamente atendida pela mera remessa apenas do auto ao juiz no prazo estipulado, muito

²⁷⁸ De acordo com o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

menos possibilita a aferição de hipótese de eventual cautelar substitutiva²⁷⁹.

Dessa forma, o Senado Federal requereu que fosse formada uma comissão de juristas para a confecção de um novo CPP. Tal comissão foi nomeada em 2008, sendo seu trabalho final apresentado em 22 de abril de 2009. Este foi, imediatamente, convertido no PLS 156/2009.

De acordo com a doutrina, a inovação, constante nesta proposta legislativa, que trouxe mais impacto ao meio acadêmico e aos operadores do Direito²⁸⁰, foi a criação da figura nomeada de “juiz das garantias”. Este seria o magistrado com atuação exclusiva para a fase de investigação, sendo impedido de atuar na fase posterior, após o ajuizamento da ação penal condenatória.

Entre as diversas atribuições que lhe foram atribuídas pela proposta legislativa, estava a de determinar, se assim o entendesse conveniente, que o sujeito preso lhe fosse apresentado, de forma a averiguar se seus direitos estavam sendo devidamente respeitados.

Contudo, o texto aprovado no Senado Federal acabou por não prever a obrigatoriedade da apresentação de todo sujeito preso ou detido ao juiz. Atualmente, a proposta legislativa está em tramitação junto à Câmara dos Deputados, sob a designação de PL 8.045/2010. Na Casa do Povo, aguarda-se parecer do relator na Comissão Especial destinada a avaliar o projeto de lei.

No que cerne especificamente à audiência de custódia, em 06 de setembro de 2011, iniciou-se a tramitação do PLS 554/2011 no Senado Federal. Sob a seguinte justificativa:

O Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. (...) Da mesma forma, nosso País é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992, que traz igual determinação no item 5 do seu artigo 7. A prática mundial vai nesse sentido. (...) É, portanto, no

²⁷⁹ FISCHER, Douglas em *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 91

²⁸⁰ ANDRADE Ob. Cit. p. 33

sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz²⁸¹.

Propôs-se a inserção da audiência de custódia na prática processual brasileira, sob três pilares justificantes: I – resguardo da integridade física e psíquica do preso; II – diálogos mantidos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil; III – necessária adequação da legislação brasileira ao direito comparado e aos tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário, em especial, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica.

O PLS 554/2011 como foi proposto, alteraria o § 1º do artigo 306 do CPP. Isto, de modo que o auto de prisão em flagrante e o sujeito preso nessa condição fossem apresentados ao juiz no prazo máximo de 24 horas. Objetiva-se que, de uma só vez, houvesse a oitiva do preso, a verificação se a prisão era legal ou não, o exame do auto de prisão em flagrante, bem como se era cabível a incidência de alguma medida cautelar.

Vê-se que, da forma como o PLS foi proposto, a audiência de custódia somente teria a presença do juiz e do sujeito preso em flagrante. Ou seja, não estariam presentes os demais sujeitos constitucionalmente elencados para exercerem suas funções típicas no processo penal. Isto tolheria a necessária inferência dos princípios do contraditório e ampla defesa no ato da audiência.

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a relatoria considerou o projeto conveniente e oportuno. Todavia, apresentou-se emenda, baseada em acatamento parcial de sugestões encaminhadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Então, inseriu-se a necessária presença de membro do Ministério Público e da defesa técnica do custodiado, assim como se instaurou um procedimento para ser adotado na audiência.

Passado mais de um ano de trâmite legislativo, o projeto recebeu novo parecer. Desta vez da Comissão de Direito Humanos e Legislação Participativa, onde o relator renovou a afirmação de relevância e oportunidade do projeto.

²⁸¹ Texto inicial do PLS 554/2011

Submetido à Comissão de Assuntos Econômicos, a relatoria foi pela aprovação nos termos da emenda apresentada na Comissão anterior. Então, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária oficiou requerendo celeridade ao PLS 554/2011. Sendo que na data de 26 de novembro de 2013, o projeto foi aprovado.

No debate participativo das instituições e comunidade, inerente e fundamental ao processo legislativo, argumentos diversos foram trazidos à luz. O ponto central apresentado por instituições favoráveis ao projeto foi a necessária regulamentação da audiência de custódia prevista no Pacto de San José da Costa Rica. Sendo imperiosa no combate às prisões ilegais, na extirpação das práticas de tortura e maus-tratos.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), publicou editorial aduzindo que a necessidade da audiência de custódia pelo fato de o preso somente poder manter algum contato direto com o juiz quando do último ato da fase de instrução, visto que para lá se deslocou o momento de seu interrogatório. Com isso, o editorial entende latente a necessidade de uma rápida colocação do preso em contato com o juiz, para que o custodiado possa dar sua versão dos fatos pessoalmente para a figura do magistrado²⁸².

A Associação dos Juízes para a Democracia, expediu o ofício à Presidência do Senado Federal, asseverando que audiência de custódia seria um instrumento para melhor preservar a excepcionalidade da prisão cautelar no Brasil²⁸³.

Em sentido contrário ao projeto, as instituições ligadas à polícia judiciária apresentaram sua posição. A Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (FENADEPOL), enviou ofício à Presidência do Senado Federal, solicitando-se o adiamento da votação do projeto. Arguia que houvesse mais tempo para uma maior discussão sobre o tema, em razão dos impactos de ordem financeira e sobre as instituições de segurança pública diretamente afetadas pela realização das audiências de custódia²⁸⁴.

Especificando seus argumentos, a FENADEPOL afirmou que a aprovação do PLS 554/2011 levaria à paralisia da polícia judiciária brasileira. Uma vez que, “em se

²⁸² IBCCRIM. Editorial. *O esforço de Sifio e audiência de custódia*. Boletim IBCCrim. São Paulo, nº 252, novembro/2013 p. 1

²⁸³ Associação dos Juízes para a Democracia. *Ofício*. São Paulo, 21 de agosto de 2014

²⁸⁴ Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. *Ofício 37/14*. Brasília, 04 de agosto de 2014

admitindo a mentira no processo penal pátrio”, por certo que “todo indivíduo preso em flagrante falsearia ter sido torturado”, e a através disto buscaria o relaxamento de sua prisão. Assim, isso levaria a muitos policiais serem acusados de tortura, e como, consequência ficariam acuados no combate ao crime a impunidade aumentaria²⁸⁵.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil e a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal expediram nota técnica à Presidência do Senado Federal. Nesta nota, posicionaram-se contrariamente à aprovação do projeto, baseados em três fundamentos²⁸⁶.

Primeiramente, afirmam que a CADH não condiciona a apresentação do custodiado somente à figura do magistrado. Afinal, outra autoridade poderia ser a responsável pela audiência de custódia. E, para as Associações, a Constituição da República optou pela figura do delegado de polícia para exercer tal função.

Na sequência, explanam que a figura do juiz ser responsável pela audiência de custódia seria uma medida “inexequível, dispendiosa, e por conseguinte, contrária ao interesse público”. Isto pois, segundo os representantes destas classes, há ausência de recursos humanos e materiais para a polícia judiciária atender à nova demanda em comento.

Finalmente, aduzem que inexistente previsão legal quanto à consequência do não cumprimento dos prazos processuais. E alertam do risco de impunidade e aumento da criminalidade violenta. Em razão da extensão do território nacional inviabilizar a apresentação dos presos aos juízes, o que restaria no relaxamento da prisão e consequente restituição da liberdade a pessoas violentas e perigosas.

Desponte o debate legislativo, o PLS 554/2011, atualmente, encontra-se com sua tramitação dificultada junto ao Senado Federal. A redação final do projeto de lei restou finalizada em 13 de julho 2016. Então, deverá ser votado em sessão plenária. Contudo, esta votação se procrastina ao longo dos meses²⁸⁷.

²⁸⁵ Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. *Ofício 37/14*. Brasília, 04 de agosto de 2014

²⁸⁶ Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. *Nota Técnica ao Projeto de Lei do Senado 554/2011*. Brasília, 05 de agosto de 2014. Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. *Nota Técnica ao Projeto de Lei do Senado 554/2011*. Brasília, 05 de agosto de 2014.

²⁸⁷ Matéria não apreciada na sessão de 08/09/2016, transferida para a sessão deliberativa de 12/09/2016. Matéria não apreciada na sessão de 12/09/2016, transferida para a sessão deliberativa de 13/09/2016. Matéria não apreciada na sessão de 13/09/2016, transferida para a sessão deliberativa de 14/09/2016.

Sendo assim, enquanto o processo legislativo se prolonga em demasia, a lacuna do Poder Legislativo é suprida por outro Poder. Apesar da via republicana mais adequada ser a legislativa, a via judiciária é incitada a agir. O Poder Judiciário não pode se abster frente a lesões de direitos.

3.3 Audiência de Custódia e o Poder Judiciário

Havendo uma indefinição em âmbito legislativo, o Poder Judiciário passou a emitir posições sobre as audiências de custódia. Por vezes entendia a auto aplicabilidade dos tratados e convenções que fazem referência à tal audiência. Por outras, versava sobre sua desnecessidade, frente aos direitos e garantias já elencados na legislação nacional.

Como o Poder Legislativo não disciplinou o instituto, a reverberação no âmbito jurídico foi enorme:

Sem nenhum exagero, é possível afirmar que, entre os anos de 2014 e 2015, a não realização dessa audiência foi o carro-chefe das manifestações defensivas objetivando o relaxamento da prisão preventiva daqueles indivíduos que haviam sido presos em flagrante²⁸⁸.

Pelo estado da arte, a atual discussão sobre este novel instituto vem se realizando através de desinformação, resistência e preconceito²⁸⁹. Ademais, iniciativas frente ao Poder Judiciário foram tomadas para driblar a inércia do Legislativo.

No dia 6 de fevereiro de 2015, na capital do estado de São Paulo, houve o lançamento do Projeto Audiência de Custódia. O então presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, afirmou sua pretensão em estender a iniciativa para todo o país, após o desenvolvimento do projeto-piloto no Fórum Criminal da Barra Funda.

Matéria não apreciada na sessão de 14/09/2016, transferida para a sessão deliberativa de 19/09/2016.
Matéria não apreciada na sessão de 19/09/2016, transferida para a sessão deliberativa de 20/09/2016.
Matéria não apreciada na sessão de 20/09/2016, transferida para a sessão deliberativa de 04/10/2016.
Matéria não apreciada na sessão de 04/10/2016, transferida para a sessão deliberativa de 05/10/2016.
Matéria não apreciada na sessão de 05/10/2016, transferida para a sessão deliberativa de 18/10/2016.
Não houve sessão em 18.10.2016. Matéria transferida para a sessão deliberativa de 19.10.2016.
Matéria não apreciada na sessão de 19/10/2016, transferida para a sessão deliberativa de 25/10/2016.

²⁸⁸ ANDRADE Ob. Cit. p. 12

²⁸⁹ Idem p. 14

Na portaria nº 16 do CNJ, de 26 de fevereiro de 2015, colocaram-se as diretrizes de gestão da Presidência do CNJ para o biênio 2015-2016. E uma das diretrizes fixadas pelo CNJ, no inciso IX desta portaria, visa desenvolver uma política criminal judiciária para o sistema penitenciário e socioeducativo. Tendo por pilares a concretização e a efetividade de direitos, e o combate à cultura do encarceramento desnecessário, especialmente no que tange às prisões provisórias.

Desse modo, observa-se a preocupação do CNJ em buscar alternativas para se acabar o encarceramento em massa no Brasil, visando principalmente à diminuição de prisões provisórias desnecessárias.

Em 9 de abril de 2015, em Brasília, foram assinados acordos com o fulcro de combater o excesso de encarceramento provisório no país. Os acordos foram assinados pelo presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, pelo ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e pelo presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho Neto. Tais acordos incentivam o uso de medidas alternativas à prisão, a monitoração eletrônica, bem como as audiências de custódia.

Um desses acordos, o Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015, possui como objeto a cooperação entre CNJ, IDDD e Ministério da Justiça visando à efetiva implantação do “Projeto Audiência de Custódia”. Conta com o apoio do efetivo funcionamento de Centrais Integradas de Alternativas Penais, Centrais de Monitoração Eletrônica e serviços correlatos com enfoque restaurativo e social, que devem ser aptos a oferecer opções concretas e factíveis ao encarceramento provisório de pessoas.

Os objetivos desse acordo de cooperação técnica são: conferir aplicabilidade a normas de direito internacional que integram o ordenamento jurídico nacional, de modo a assegurar efetividade ao art. 310 do Código de Processo Penal; reestruturar o sistema de justiça criminal, viabilizando e consubstanciando medidas cautelares diversas da prisão, como monitoração eletrônica, bem como o encaminhamento a outros serviços sociais e de assistência social; impulsionar o desenvolvimento de trabalho com enfoque restaurativo; coletar dados e produzir indicadores acerca do impacto das medidas adotadas no termo.

Já em 27 de abril de 2015, foi a vez do CNJ assinar termo de cooperação técnica com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o escopo de fomentar

a realização das audiências de custódia e a implementação e operacionalização das Centrais Integradas de Alternativas Penais e de Monitoração Eletrônica em todo o Brasil.

Segundo este termo assinado com a conselho federal dos causídicos, o CNJ atuará junto aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais para dar suporte técnico e institucional aos órgãos que adotarem as audiências de custódia, de modo a promover a implantação do instrumento.

Por parte da OAB, os esforços serão voltados para a promoção, por meio de diretrizes enviadas às seccionais da Ordem no país, da orientação e capacitação de advogados para participarem e intervirem em audiências de custódia e atuarem nas centrais integradas de alternativas penais. A OAB inclusive se comprometeu em estabelecer núcleos voluntários de advocacia para atuar nas varas, centrais de inquérito ou outras estruturas judiciárias de comarcas onde as audiências são realizadas e a Defensoria Pública não officie. Objetivou-se a garantia de assistência jurídica aos autuados presos que não possam constituir advogados.

Na data de 14 de maio de 2015, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) manifestou apoio formal às audiências de custódia. Cientificou que iria estimular a execução experimental do projeto em varas federais nas capitais.

De acordo com o presidente da Ajufe, Antônio César Bochenek, é “imprescindível a difusão dessa experiência na Justiça Federal, direcionando nosso olhar para o futuro na busca da efetividade dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”²⁹⁰. A Ajufe apresentou ao Congresso Nacional nota técnica à alteração do art. 306 do Código de Processo Penal, para estabelecer o prazo de 24 horas para a apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial.

Em 22 de maio de 2015, o Espírito Santo tornou-se o segundo estado brasileiro a aderir ao Projeto Audiências de Custódia. Na audiência inaugural do estado decidiu-se que o réu, que havia sido preso em Vitória após furtar um aparelho de telefone celular dentro de um ônibus, aguardaria seu julgamento em liberdade. A juíza ouviu o jovem de 21 anos de idade e, após as considerações do Ministério Público e da Defensoria

²⁹⁰ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79367-projeto-de-audien-cias-de-custodia-recebe-apoio-de-juizes-federais>

Pública, concedeu a liberdade provisória ao acusado, que deveria cumprir duas medidas cautelares: não deixar o município onde mora, e nem mudar de endereço sem prévia comunicação ao juiz responsável pelo seu caso.

Na sua decisão, a juíza advertiu que a restrição de liberdade não é medida apropriada para punir uma pessoa que comete crime sem grave ameaça ou violência. Constatação ressaltada tanto pela promotoria quanto pela defensoria²⁹¹.

De acordo com o ministro Ricardo Lewandowski, que assistiu a audiência de custódia inaugural do Espírito Santo, o caso é exemplar da realidade do sistema carcerário brasileiro, asseverando que “não temos dúvidas de que as audiências vão reduzir a população carcerária. O déficit de vagas equivale, aproximadamente, ao número de prisões provisórias. Muitas delas poderiam ser perfeitamente evitadas”²⁹².

No dia 10 de junho de 2015, o Projeto Audiência de Custódia recebeu apoio de um importante organismo internacional na área de direitos humanos. Uma delegação da *Human Rights Watch* e de especialistas da universidade americana de Yale na área do Direito Criminal se reuniram o ministro Ricardo Lewandowski para manifestar apoio ao projeto.

O diretor do organismo, Daniel Wilkinson, diz que se acredita que “esse é um dos mais importantes avanços que estão acontecendo hoje na área de direitos humanos no Brasil”²⁹³. Elucidou ainda que “a comunidade internacional acompanha a questão, e que agora as pessoas estão vendo algo acontecendo, não apenas uma ideia, uma comissão, uma força-tarefa, algo realmente sendo implementado e que pode fazer a diferença”²⁹⁴.

Na data de 22 de junho de 2015, o CNJ, o Poder Judiciário do Maranhão e o Governo do Estado assinaram, em São Luís, um termo de compromisso para a reestruturação do sistema carcerário e de execução penal do estado, avaliado um dos mais problemáticos do país. O termo vinha com mais de 20 compromissos assumidos pelo governo maranhense e pelos órgãos do Judiciário para a adequação do sistema prisional do estado.

²⁹¹ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79436-audiencia-de-custo-dia-no-es-concede-liberdade-provisoria-a-acusado>

²⁹² Idem

²⁹³ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79618-programa-audiencia-de-custodia-recebe-0-apoio-da-human-rights-watch>

²⁹⁴ Idem

As medidas foram direcionadas a três objetivos: a reestruturação do sistema carcerário, o aprimoramento da rotina de execução penal e a consolidação das audiências de custódia no estado, com adequação do programa ao projeto do CNJ.

Apesar de o Maranhão ter sido o primeiro estado a adotar as audiências de custódia no país, em outubro de 2014, a iniciativa é diferente do projeto nacional, implementado pelo CNJ. Uma das principais diferenças diz respeito ao chamado escopo restaurativo, que no padrão do CNJ prevê a criação de centrais integradas de alternativas penais, de monitoramento eletrônico, de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal.

Ademais, o projeto do CNJ estabelece prazo máximo de 24 horas para a apresentação do preso em flagrante ao juiz, o que não ocorria no Maranhão. A desembargadora Cleonice Silva Freire, presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão, afirmou que “com as audiências de custódia, o encarceramento provisório no estado vem diminuindo”²⁹⁵.

Já o governador do Estado do Maranhão, Flávio Dino, elucidou que o termo firmado “permitirá avançar ainda mais na modernização do sistema penitenciário maranhense, na medida em que poderemos estruturar melhor o sistema penitenciário”²⁹⁶.

Em julho de 2015 mais quatro estados brasileiros firmaram termos com o CNJ para a implantação das audiências de custódia: Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul e Paraná. Nas respectivas solenidades, o ministro Lewandowski lembrou que cada preso custa, em média, R\$ 3 mil reais por mês ao erário. Com o projeto audiência de custódia, pretende-se evitar cerca de 120 mil prisões ao ano em todo o país.

Consoante o ministro, “isso poderá resultar em economia de R\$ 4,3 bilhões que poderão ser aplicados em educação, saúde, transporte público, e outros serviços”²⁹⁷. A economia ocorreria porque, com a audiência de custódia, o juiz tem mais elementos para decidir pela liberdade provisória condicional, reduzindo a população carcerária e desonerando os cofres públicos.

²⁹⁵ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79700-acordo-preve-audien-cias-de-custodia-e-adequacao-do-sistema-prisional-do-ma>

²⁹⁶ Idem

²⁹⁷ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79916-pais-pode-economi-zar-r-4-3-bi-com-audiencia-de-custodia-diz-lewandowski>

O ministro ainda incentivou o combate à cultura do encarceramento, advertindo que o Judiciário nem sempre atua em consonância com a opinião pública:

Nós juízes temos ações de contrassenso, não podemos sempre responder às ruas que pedem mais encarceramento e punições mais severas, porque isso não é solução para a criminalidade. Não podemos deixar pessoas lá para sofrer violência e entrar para facções, saindo piores que entraram²⁹⁸.

Em agosto de 2015 mais nove estados da federação aderiram ao projeto audiência de custódia: Manaus, Tocantins, Goiás, Pernambuco, Paraíba, Ceará, Piauí, Santa Catarina e Bahia. Nos encontros com autoridades, o ministro Lewandowski asseverou que a implantação das audiências representa o resgate de uma minoria historicamente relegada ao esquecimento. “Os presos são cidadãos temporariamente privados da sua liberdade, mas apenas disso, porque, pela Constituição Federal, conservam todos os direitos que os demais cidadãos têm”²⁹⁹, afirmou o ministro. E completou dizendo que “cabe então ao Judiciário resgatar do completo abandono essa minoria e dar-lhes a proteção constitucional que merecem”³⁰⁰.

Além disso, o ministro elogiou a decisão do Tribunal de Justiça do Goiás de transformar a competência do 2º juiz da 7ª Vara Criminal de Goiânia, para que ele atue exclusivamente com as audiências de custódia e questões pré-processuais. A criação da figura do juiz de garantias em Goiás foi formalizada por meio de resolução aprovada pelo plenário de seu Tribunal de Justiça. Com a iniciativa, os demais juízes criminais de Goiânia deixarão de receber demandas pré-processuais, em vias de se contribuir para a celeridade da prestação jurisdicional como um todo.

Ainda no mês de agosto de 2015, no dia 20, as audiências de custódia tiveram uma grande vitória, somente que desta vez não foi administrativamente, e sim judicialmente. O Plenário do STF julgou improcedente, por maioria de votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240.

²⁹⁸ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79916-pais-pode-economi-zar-r-4-3-bi-com-audiencia-de-custodia-diz-lewandowski>

²⁹⁹ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80245-audiencia-de-custo-dia-e-o-resgate-de-uma-minoria-diz-presidente-do-cnj>

³⁰⁰ Idem

Ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), a ação impugnava a realização das audiências de custódia. A ação questionava provimento³⁰¹ conjunto do TJSP e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado que trata do procedimento. A ADEPOL argumentou a respeito da impossibilidade legislar em matéria de direito processual. Também alegou ofensa ao princípio da separação dos poderes, por criar obrigações do Poder Executivo paulista.

Aquiesceram os ministros do STF que o provimento apenas disciplinou normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico. Isto pois, o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal.

Segundo o relator da ADI 5.240, ministro Luiz Fux, o provimento arguido não regulou normas de direito nem interferiu na competência de outros poderes, ele simplesmente promoveu atos de autogestão do tribunal, estipulando comandos de mera organização administrativa interna. A Corte esclareceu que os “artigos 5º, inciso II e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação”³⁰².

O ministro Fux assegurou que as realizações das audiências de custódia se revelaram extremamente competentes como forma de dar efetividade a um direito básico do preso, visto que impedem prisões ilegais e desnecessárias. Dessa forma, “há reflexo positivo direto na dificuldade de superpopulação carcerária que perpassa o sistema penitenciário nacional”³⁰³.

A decisão na ação em comento foi de suma importância para o “Projeto Audiência de Custódia”:

Anteriormente à data do julgamento da ADI 5.240, outros Tribunais de Justiça do país já haviam firmado idêntico convênio com o CNJ, e emitido suas próprias regulamentações quanto ao procedimento a ser aplicado à audiência de custódia em suas circunscrições territoriais. No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal autuou como forte propulsora para a expansão daquele instituto junto às Cortes estaduais

³⁰¹ Provimento Conjunto nº 03/2015 – Presidência Tribunal de Justiça de São Paulo e Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo

³⁰² STF. ADI 5.240. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 20.08.2015

³⁰³ Idem

que ainda se mostravam temerosas quanto à sua constitucionalidade em terras brasileiras³⁰⁴.

Após essa vitória no Poder Judiciário, no mês de setembro de 2015 mais seis estados brasileiros aderiram ao projeto audiência de custódia: Roraima, Acre, Rondônia, Rio de Janeiro, Pará e Amapá. O ministro Lewandowski explicou, nas solenidades nos Estados, que o projeto atende vários jovens primários no crime, que cometeram delitos de menor potencial ofensivo e que, caso condenados fossem, não cumpririam pena na cadeia. Aduziu que prender tais jovens em regime fechado seria uma enorme injustiça, e com a oportunidade de responderem em liberdade, poderão ser recuperadas ao convívio social e não serão cooptados pelas organizações criminosas.

No Amapá, a presidente do Tribunal de Justiça, desembargadora Sueli Pini, observou que “já não se trata de um projeto, e sim de um programa, pois não tem mais volta. Tem de dar certo e já deu”³⁰⁵. A desembargadora ditou ser louvável que o Brasil finalmente venha a cumprir o que está estipulado no Pacto de San José da Costa Rica, e concluiu que “faz muita diferença olhar só um papel ou olhar isso na presença do preso. Em um país com tantas urgências, defender a causa do encarcerado é para poucos”³⁰⁶.

Em outubro de 2015 as unidades da federação remanescentes assinaram termos de cooperação para a efetividade das audiências de custódia: Alagoas, Sergipe, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e Distrito Federal. O ministro Lewandowski afirmou que a implantação nacional do projeto audiência de custódia inaugura uma nova fase de respeito às leis e à Constituição no país, disse que “mais do que encerrarmos um ciclo, nós estamos iniciando um novo ciclo no que diz respeito ao Código de Processo Penal e, mais do que isso, ao respeito à referência que todos devemos à Carta Magna de 1988”³⁰⁷.

Outubro de 2015 também foi mês para concluir a agenda internacional do projeto audiência de custódia. No dia 19, em Washington, nos Estados Unidos da América, o CNJ e a Organização dos Estados Americanos (OEA), representada por sua Secretária-Geral, assinaram um acordo de entendimento sobre política judiciária criminal e sistema carcerário. Buscou-se a cooperação para o desenvolvimento,

³⁰⁴ ANDRADE Ob. Cit. p. 29

³⁰⁵ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80528-judiciario-do-amapa-celebra-consolidacao-da-audiencia-de-custodia-no-pais>

³⁰⁶ Idem

³⁰⁷ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80676-df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais>

implementação e intercâmbio de projetos no Brasil e nos demais Estados membros interessados em uma melhor distribuição da Justiça e na execução de práticas efetivas no que tange ao sistema penitenciário e à execução penal.

Conforme o acordo, o CNJ e a OEA atuarão para: gerar medidas alternativas ao encarceramento; buscar a expansão do acesso à justiça; ocasionar melhorias na eficiência do Judiciário para reduzir a população penitenciária; implementar a informatização dos processos de execução penal; trazer fortalecimento da reinserção social pela melhoria da infraestrutura penitenciária; proporcionar a capacitação de profissionais; e, claro, implantar as audiências de custódia.

No dia subsequente, ainda em Washington, o ministro Lewandowski expôs as principais conquistas em direitos humanos e prestação de justiça obtidas pelo “Projeto Audiência de Custódia” em audiência pública na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

O projeto foi elogiado pelos integrantes da CIDH. O comissário Felipe González disse que “nesta primeira apresentação, sem dúvida vejo que é uma iniciativa bem-vinda enquanto rompe a lógica tradicional do encarceramento”³⁰⁸.

O comissário James Cavallaro, que atuou na militância de direitos humanos no Brasil na década de 1990, asseverou que a audiência promovida na CIDH foi fundamental para conhecer novas práticas desenvolvidas pelo Brasil no campo da Justiça criminal e do sistema carcerário. Afirmou que “quando eu era representante da sociedade civil brasileira esse era um tema recorrente e foram décadas de luta. Por isso é um tremendo prazer registrar essa conquista e parabenizar a todos pelo papel que tiveram nesse feito”³⁰⁹.

A estima do projeto e a necessidade de ampliar o alcance das audiências de custódia também foram destacadas pela presidente Rose-Marie Antoine. Ela observou que “estamos sempre interessados em aprender algo novo sobre avanços em direitos humanos, e é muito bom ver a paixão e comprometimento para prestação de justiça”³¹⁰.

³⁰⁸ Conforme em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80716-presidente-lewandowski-leva-a-cidh-a-experiencia-das-audiencias-de-custodia>

³⁰⁹ Idem

³¹⁰ Ibidem

Então, vislumbra-se que as audiências de custódia vão ao encontro da teoria garantista, e contra a cultura do encarceramento. Como dito por comissário da CIDH, elas rompem com a tradição de se encarcerar.

Ao mesmo tempo, as audiências de custódia são uma garantia inexorável do aprisionado. Seguem na contramão da opinião que os meios de comunicação de massa transmitem à sociedade. As audiências demonstram ao povo brasileiro que os presos são sujeitos de direito, e não aqueles seres estigmatizados que a mídia tanto faz questão de taxar.

3.4 Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça

Pelo imperativo da decisão liminar da ADPF 347, o CNJ disciplinou a obrigatória implantação das audiências e em nível nacional. Servindo de forte indicativo que se imaginavam que ocorreriam erros e acertos em meio à sua execução³¹¹, visto ser um instituto polêmico e ainda pouco conhecido no Brasil.

Nesta senda, em 15 de dezembro de 2015, o CNJ emitiu a Resolução 213. Apresentou-se uma regulamentação minuciosa sobre o instituto da audiência de custódia e as consequências advindas do depoimento prestado pelo sujeito privado de sua liberdade.

Percebe-se a viabilidade constitucional do CNJ atuar suplementarmente para solucionar o impasse até que exista legislação específica tratando sobre o tema. Compreende-se no sentido de que a regulamentação se apresenta como válida:

Compreendemos que, dentro de um sistema jurídico democrático, decorre da função conferida constitucionalmente aos membros do Poder Judiciário, regulamentado também pelo Estatuto da Magistratura, o dever de zelar pelas garantias fundamentais existentes no ordenamento pátrio e também aquelas decorrentes dos pactos internacionais. Daí que, com a finalidade de estabelecer um padrão (senão o ideal, mas seguindo alguns princípios reitores fundamentais) na atuação judicial, é viável – sempre suplementar e excepcionalmente – o Conselho Nacional de Justiça estabelecer as regras fundamentais a serem adotadas pelos magistrados de todo país no caso da prisão de

³¹¹ ANDRADE Ob. Cit. p. 12

alguém, seguindo-se um rito para a denominada audiência de custódia³¹².

Buscam-se na *consideranda* da Resolução 213 quais são os objetivos da audiência de custódia. Figura-se que esta apresentação da pessoa presa ou detida se presta a: resguardar sua integridade física e psíquica; analisar a legalidade da prisão e de sua formalização; averiguar a necessidade, ou não, de decreto de alguma medida cautelar pessoal, ou mesmo a manutenção deste decreto, no caso dos sujeitos já presos preventiva ou temporariamente.

Por se tratar de instituto processual decorrente de tratado internacional protetivo de direitos humanos, concluir-se-ia, de pronto, ser objetivo da audiência de custódia proceder ao asseguramento dos direitos humanos da pessoa presa³¹³.

Mesmo frente à necessidade de cumprimento de uma ordem judicial, qual seja, a liminar parcialmente deferida pelo Pleno do STF, a regulamentação do CNJ foi alvo de questionamento quanto à sua constitucionalidade.

Tentando evitar a incidência da audiência de custódia em solo brasileiro, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) ajuizou a ADI nº 5.448 basicamente repetindo os argumentos já explanados na ADI nº 5.240. Entretanto, ela teve seu seguimento negado por decisão monocrática, em razão da falta de legitimidade ativa da referida associação.

Prosperando a Resolução 213 do CNJ, não há que se falar que ela afronta a reserva de competência da União para legislar sobre processo penal³¹⁴. Então, busca-se entender um dos pontos mais sensíveis³¹⁵ na concretização da audiência de custódia: a delimitação dos seus intervenientes. Com a indicação dos que imperiosamente devem comparecer ao ato, e aqueles que não deverão participar.

Nesta esteira, a Resolução 213 do CNJ dita:

³¹² FISCHER, Douglas em *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 93

³¹³ ANDRADE, Mauro em *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 17

³¹⁴ Art. 22, inciso I, da Constituição Federal

³¹⁵ CHOUKR, Fauzi em *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 59

Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

Parágrafo único. É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

Observa-se ser obrigatória a presença, além do juiz, do membro do Ministério Público e da defesa técnica do custodiado, tendo em vista os princípios do contraditório e ampla defesa. Ademais, veda-se a presença dos agentes policiais ligados ao caso concreto, para que não haja qualquer tipo de coação ou intimidação.

Assim, no marco de um processo penal orientado pela estrutura constitucional, a violação do disposto neste artigo da resolução em testilha se traduzirá, inexoravelmente, em “nulidade absoluta, insanável e projetada exclusivamente para as consequências cautelares discutidas na audiência de custódia”³¹⁶.

Na estrutura acusatória do processo penal, a presença de membro do Ministério Público é, por óbvio, uma necessidade. Para além desta constatação, destaca-se que a presença do *parquet*, aliada a ausência do agente policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante, representa um “avanço para a correta compreensão do papel provocador de medidas cautelares desempenhado por quem não é o titular da ação penal, tal como historicamente presente no processo penal brasileiro”³¹⁷.

A Constituição Federal não permite³¹⁸ que estranhos à titularidade da ação penal assumam a frente de postulações que se projetem para o processo de conhecimento. Além do mais, no modelo acusatório, não seria possível que tais postulações viessem a ser acolhidas judicialmente em desacordo com a postulação do *parquet*.

Não obstante, isto ocorre na praxe processual penal brasileira, onde autoridades policiais podem postular medidas cautelares pessoais que se projetam para o processo de conhecimento, sem o controle prévio do titular da ação penal. Postulações, ou representações, que podem ser acolhidas mesmo em desacordo com a postura do membro do Ministério Público.

³¹⁶ CHOUKR, Fauzi em *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 59

³¹⁷ Idem

³¹⁸ Art. 129, inciso I da Constituição Federal

Todavia, a audiência de custódia, da forma que está regulada pela resolução em comento, enfrenta parcialmente esta situação para superar a desestrutura sistêmica. “Pois, se não elimina a postulação policial, dá-lhe uma dimensão secundária, porquanto o que se decide sobre a necessidade cautelar e a medida cautelar adequada e necessária é aquilo debatido em audiência”³¹⁹.

No que tange à defesa técnica, a presença defensiva se faz necessária, seja por intermédio de defensor constituído ou por meio de defesa dativa. Entretanto, no caso da defesa dativa, a Resolução 213 traz uma restrição incompreensível³²⁰. Visto que “a reduz à atividade da Defensoria Pública que, malgrado presente formalmente em todos os Estados da Federação, não prescinde dos trabalhos conveniados da OAB para a prestação da assistência judiciária”³²¹.

Sobre a defesa do custodiado, o art. 5º da Resolução 213 dita que “se a pessoa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de Polícia deverá notificá-lo”.

Na primeira parte deste artigo, encontra-se a consolidação do direito de escolha do indivíduo preso. Este direito é uma decorrência do princípio da ampla defesa³²², bem como está expressamente assegurado na CADH³²³ e no PIDCP³²⁴.

Entretanto, na segunda parte do artigo em voga, a “resolução comete um equívoco ao atribuir à autoridade policial a incumbência de notificar o advogado constituído pela pessoa presa para comparecer à audiência de custódia”³²⁵. Afinal, o delegado não disporá, prontamente, das informações sobre a data e horário de realização da audiência. Além do que, considerando-se a natureza processual de tal audiência, a notificação ou intimação das partes para comparecimento somente pode emanar do Poder Judiciário.

³¹⁹ CHOUKR, Fauzi em *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 61

³²⁰ Idem

³²¹ Ibidem

³²² Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal

³²³ Art. 8.2, d da Convenção Americana de Direitos Humanos

³²⁴ Art. 14.3.b.d do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos

³²⁵ PAIVA, Caio em *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 65

Ainda sobre a defesa do custodiado, o parágrafo único do art. 5º da Resolução 213 ressalta que, não tendo a pessoa presa constituído advogado, a assistência jurídica será prestada pela Defensoria Pública. Assim sendo:

Importante que as Defensoria Públicas se preparem para o incremento de trabalho que a audiência de custódia provoca, criando rotinas internas de organização entre os defensores públicos, redefinindo prioridades da instituição, trabalhando na articulação política para a ampliação da estrutura de pessoal da instituição etc.³²⁶

O defensor público orientará o indivíduo preso, em ambiente reservado, sem o acompanhamento de policiais, sobre a finalidade do ato. Dessa maneira, o aconselhamento do causídico público “deve ser o mais didático possível, explicando que a audiência de custódia consiste numa ocasião para se discutir unicamente a legalidade e a necessidade da sua prisão”³²⁷.

Agora, vê-se o papel do magistrado na audiência de custódia. A atenção do juiz pode se voltar tanto ao futuro da persecução penal, apreciando a necessidade de manutenção da privação de liberdade, decretando a prisão preventiva, o relaxamento da prisão ou concedendo liberdade provisória. Tanto quanto pode ser voltar ao passado, exercendo fiscalização sobre os atos e acontecimentos, verificando a tipicidade da conduta em tese praticada, o enquadramento da prisão em flagrante dentre as hipóteses legais, e o tratamento dispensado ao conduzido antes de ter sido apresentado.

Neste contexto:

As primeiras informações a serem buscadas pelo juiz diriam respeito ao cometimento da infração penal que está sendo imputada ao conduzido. Nessa ocasião, questões ligadas a autoria, materialidade, ilicitude e culpabilidade poderão ser objeto não só da exposição do sujeito conduzido, senão também do próprio questionamento judicial, justamente para que se possa avaliar a (não) configuração, ainda que preliminar, de uma infração penal que motivou aquela audiência. De se observar que a resolução do CNJ prevê a necessidade de o juiz indagar o sujeito preso “sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão”³²⁸.

³²⁶ PAIVA, Caio em *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 65

³²⁷ Idem

³²⁸ ANDRADE Ob. Cit. p. 130

Por se tratar de um verdadeiro interrogatório³²⁹, ainda que limitado, pois não é cabível o aprofundamento no exame da prática do fato ou ato ilícito, a audiência de custódia é o momento adequado para que o custodiado exerça sua própria defesa, se assim o entender.

O ingresso no exame de mérito da conduta praticada em tese está completamente aquém dos fins da Resolução 213, quando voltados para fins meramente condenatórios. Todavia, quando realizado com o fim de proporcionar algum benefício de ordem processual ao custodiado, sua necessidade aparecerá naturalmente na audiência de custódia³³⁰.

Passada a etapa do interrogatório, o magistrado buscará a concretização da finalidade preventiva da audiência. Aquela que visa a percepção da prática de atos ligados à ocorrência, ou não, de maus-tratos ou tortura por parte dos agentes policiais e/ou penitenciários.

Dessa maneira, percebe-se que o juiz terá importantes funções no andamento dos trabalhos das audiências de custódia. E o que determinará a inadequação da atuação judicial na audiência será se o juiz deixar de lado o papel do sistema acusatório, e seguir o viés de um papel inquisitório.

De vital importância é que não haja formação antecipada de convencimento por parte do juiz. Visto que, na maioria das comarcas brasileiras, o mesmo magistrado que realizará a audiência de custódia será também responsável pelo processo de conhecimento.

Portanto, recomenda-se que “haja a criação de uma regra de impedimento ao juiz que houver presidido a audiência de custódia, em virtude de essa ser a consequência que atinge todo e qualquer magistrado que venha a exercer a função apuratória”³³¹.

Dessa maneira, a audiência de custódia está revestida de todas as garantias possíveis ao sujeito passivo da persecução penal, inclusive com a presença do princípio do contraditório³³².

³²⁹ ANDRADE Ob. Cit. p. 130

³³⁰ Idem p. 131

³³¹ Idem p. 146

³³² Idem p. 161

3.5 Monitoramento das Audiências de Custódia

As instituições que, como visto, firmaram Termo de Cooperação Técnica para a implementação do Projeto Audiência de Custódia, e sua devida implementação, foram: Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Ministério da Justiça; e Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

Assim sendo, buscaram-se os dados referentes à implementação das audiências de custódia no Brasil, primeiramente, no CNJ, que possui apenas base de dados brutos sobre o tema. Dados estes que o Ministério da Justiça não dispõe. Posteriormente, analisou-se o estudo produzido pelo IDDD, que dispõe de método científico e vasta base de dados sobre o objeto analisado.

O relatório do IDDD, apresenta um diagnóstico dos primeiros meses das audiências de custódia na cidade de São Paulo, e aponta os principais aspectos observados pelo instituto em seu monitoramento do processo de implementação dessas audiências na capital.

Desde o primeiro dia de realização das audiências de custódia paulistas, o IDDD esteve presente no Fórum Criminal da Barra Funda. Acompanhou o desenvolvimento do projeto liderado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos moldes propostos pelo CNJ.

Conforme o IDDD, pugna para que o relatório contribua para a consolidação e o aperfeiçoamento das audiências de custódia. Como também para “a transformação do sistema de justiça criminal e dos profissionais da área, no intuito de pautarem-se sempre pelo respeito à Constituição Federal e aos limites impostos ao Estado pelos diversos tratados internacionais”³³³.

O relatório explana que, apesar da ratificação dos tratados internacionais pelo Brasil, possuidores de status normativo supralegal, os dispositivos mencionados jamais foram cumpridos nacionalmente³³⁴. Pelo contrário, a pessoa presa em flagrante era encaminhada diretamente a uma unidade prisional, e apenas os documentos produzidos

³³³ IDDD. *Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo*. Instituto de Defesa do Direito de Defesa. São Paulo: 2016 p. 4

³³⁴ Idem p. 7

pela autoridade policial competente eram encaminhados à análise de um membro do Poder Judiciário.

Nesse processo decisório, ainda em curso na maior parte do nosso país, onde as audiências de custódia ainda não foram implementadas, não há qualquer contato do indivíduo, quando da sua prisão, com o magistrado. Este contato só acontece no momento da audiência de instrução, debates e julgamento, “que ocorre, em média, quatro meses depois da prisão”³³⁵.

Deste modo, um cidadão pode ser mantido no ergástulo por meses a fio sem poder dar sua versão dos fatos em juízo. Isto, sem sequer ter contato com o julgador. “Evidentemente, quando apresentado o acusado pessoalmente a um juiz, eventuais indícios de maus tratos e tortura não poderão mais ser observados”³³⁶.

Assim, em prol da mudança do *status quo*, o relatório do IDDD coletou informações ao longo de dez meses³³⁷ sobre a implementação das audiências de custódia São Paulo. Esta unidade da Federação é que possui a maior população carcerária do país, chegando a 220 mil detentos³³⁸.

Com o fulcro de observar os mecanismos de funcionamento das audiências de custódia, coletaram-se dados e informações relevantes para a avaliação do projeto. A pesquisa acompanhou mais de 700 audiências, que foram sistematizadas para formarem um banco de dados quantitativos e qualitativos que pudesse representar o projeto piloto no Estado de São Paulo no seu primeiro ano de funcionamento.

Relata-se que, no início, na capital “a média de audiências realizadas era baixa, não chegando a 30 audiências por dia, que eram distribuídas entre os então 9 juízes do Departamento de Inquéritos Policiais, órgão responsável pela análise dos flagrantes e pelo acompanhamento dos inquéritos policiais”³³⁹.

Então, um novo método baseado na rotatividade entre os juízes, que somavam 10, realizavam as audiências de forma alternada durante os dias da semana. Observou-se a alteração na dinâmica das audiências que eram realizadas em uma mesma sala de

³³⁵ IDDD Ob. Cit. p. 8

³³⁶ Ibidem

³³⁷ Idem p. 9

³³⁸ BRASIL. DEPEN. Ob. Cit. p. 13

³³⁹ IDDD Ob. Cit. p. 9

audiências durante o mesmo dia, com todos os integrantes em uma mesma sala. Objetivou-se construir uma base quantitativa sólida, acompanhando cerca de 12 audiências por dia³⁴⁰.

Ao final da coleta de dados durante as audiências, como complementação à pesquisa, foram também realizadas entrevistas com os operadores das audiências: juízes, promotores e defensores públicos. Segundo o IDDD, o roteiro de perguntas objetivava “registrar as impressões dos entrevistados acerca dos desafios, obstáculos, pontos positivos e resultados da implementação das audiências de custódia em São Paulo, a partir do olhar de quem esteve diariamente envolvido no processo”³⁴¹. Ao todo, realizaram-se 7 entrevistas.

Durante os dez meses de pesquisa de campo, acompanhou-se um total de 692 pessoas que passaram por audiência de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda. Foram sistematizados os dados quantitativos das audiências e do processo físico referente a 588 pessoas custodiadas³⁴².

No início das realizações das audiências de custódia no referido fórum, um dos juízes entrevistados pelo IDDD relatou que eram dois dos principais desafios. “O primeiro era a estruturação física do fórum e a logística de encaminhamento das pessoas presas em flagrante desde a delegacia até o fórum. O segundo era a resistência de determinados órgãos sobre a importância e necessidade da audiência de custódia”³⁴³.

Enquanto os principais problemas estruturais relatados pelo IDDD foram: “desencontros entre a chegada dos autos de prisão em flagrante e dos presos na parte da manhã começaram a ser cada vez mais frequentes, o que ocasionava grandes intervalos e sobrecarregava o período da tarde”³⁴⁴.

Ademais, havia a dificuldade na divisão de tarefas atribuídas aos juízes e aos defensores. Eles acumulavam a demanda das audiências e as funções suas rotineiras no Departamento de Inquéritos Policiais.

³⁴⁰ IDDD Ob. Cit. p. 10

³⁴¹ Idem. p. 13

³⁴² Ibidem

³⁴³ Ibidem

³⁴⁴ Idem p. 14

No primeiro mês de acompanhamento, apenas duas seccionais da cidade apresentaram as pessoas presas em flagrante. Já a partir do mês de maio de 2015, as audiências já ocorriam com cinco seccionais de polícia da capital paulista, o que significou um aumento considerável do número de pessoas apresentadas. Em junho daquele ano, todas as seccionais de polícia e as delegacias especializadas passaram a apresentar as pessoas presas em flagrante nas audiências de custódia. Estabilizou-se a média³⁴⁵ de pessoas por dia apresentadas para audiências de custódia no Fórum da Barra Funda, que passou a ser de 84.

A estrutura física onde ocorrem as audiências de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda, permitia que até seis juízes conduzissem as audiências ao mesmo tempo³⁴⁶. Discorre-se que o fluxo de pessoas entre as salas é intenso, havendo dias em que o número de audiências realizadas pode passar de cem. Relata-se que:

Até o final do período de observação não havia espaço reservado ao atendimento ou entrevista entre a defesa e o custodiado. Defensores Públicos e advogados particulares conversam com o custodiado algemado no corredor, ao lado da porta da sala de audiência, minutos antes de entrar para a audiência, sempre acompanhados de um membro da Polícia Militar. Não há qualquer privacidade neste primeiro contato com a defesa, de modo que qualquer pessoa que passe pelo corredor das audiências pode ouvir o que está sendo dito. A presença da Polícia Militar é constante, tanto durante a conversa do Defensor com a pessoa presa, quanto dentro da sala de audiência³⁴⁷.

Quando entrevistadas sobre a quantidade da carga de trabalho e implementação das audiências, as duas promotoras designadas para as audiências ressaltaram ao IDDD que o contato que passaram a ter com a pessoa presa em flagrante “permitiu ver que há um pano de fundo de vulnerabilidade social muito grande e que talvez a audiência de custódia abra uma porta para a atenção psicossocial que antes não existia nesse ambiente”³⁴⁸.

Numa das entrevistas, certa promotora disse:

Aqui o contato que a gente tem é praticamente simultâneo com a prisão, horas depois. E eu acho que se tem algum ponto muito positivo da audiência de custódia é esse, é o contato que nenhum promotor nunca na vida teve, com o preso, o quanto a gente tem aqui. Uma

³⁴⁵ IDDD Ob. Cit. p. 14

³⁴⁶ Idem

³⁴⁷ Ibidem

³⁴⁸ Idem p. 15

coisa é o preso já estar inserido no sistema prisional, já ter tomado banho, já vir com uniforme, e outra é a situação que eles chegam aqui, a grande maioria deles. E eu, no meu ponto de vista, isso é um fator a ser levado em conta. Até para a aplicação das medidas cautelares.

Já a Defensoria Pública, apesar o apoio institucional à implementação no fórum desde o seu início, demorou mais tempo para se adaptar estruturalmente ao aumento do número de audiências, “o que causou grande tensão com os outros operadores na fase inicial do projeto”³⁴⁹.

O relatório explana que, de início, o número de defensores era menor do que o número de salas, havendo situações onde advogados particulares fossem requisitados a fazer audiências *ad hoc*³⁵⁰.

A falta de estrutura para o atendimento adequado dos presos foi a maior reclamação dos defensores públicos³⁵¹, visto que não existe espaço para a conversa reservada entre a pessoa custodiada e a defesa, e o contato entre eles se faz nos corredores entre as salas de audiências.

Deste modo, há a presença de pessoas que estão passando nos corredores. De acordo com um dos defensores entrevistados, o “direito de defesa fica prejudicado, já que não há uma entrevista que seja de fato reservada”³⁵².

Há, também, policiais militares encarregados de realizar a escolta interna da carceragem até a sala de audiências. O número de policiais aumentou, de dez para vinte, desde que o projeto se iniciou no fórum até o fim do ano de 2015.

Embora sejam raras as vezes que os atrasos das audiências aconteçam por falta de policiais para a escolta, os policiais relataram que estão com “dificuldades porque todos ficam à disposição das salas e quase nenhum permanece na segurança interna da carceragem”³⁵³.

Além dos agentes de segurança pública, há os profissionais do Centro de Alternativas Penais e Inclusão Social. Órgão foi criado pela Secretaria de Administração

³⁴⁹ IDDD Ob. Cit. p. 15

³⁵⁰ Ibidem

³⁵¹ Idem p. 16

³⁵² Idem p. 19

³⁵³ Idem p. 20

Penitenciária do Estado de São Paulo, que visa exclusivamente às pessoas postas em liberdade que necessitem de encaminhamento assistencial³⁵⁴.

A identificação de demandas psicossociais é realizada pelo próprio magistrado³⁵⁵ durante as audiências de custódia, quando são consideradas determinadas características como situação de rua, uso problemático de drogas e vulnerabilidade social.

Em entrevista, um dos juízes relatou que o contato com o suspeito que vem direto da rua, é um “dos grandes ganhos, pois a pessoa ainda mantém sua própria identidade já que ainda não entrou no sistema prisional e, portanto, não se apresenta de uniforme e cabelo raspado, ou seja, a vulnerabilidade social fica mais evidente”³⁵⁶.

As profissionais responsáveis pelo atendimento escutam os presos e avaliam qual o melhor encaminhamento a ser feito. Elas entram em contato com albergues, no caso de moradores de rua, com Centros de Atenção Psicossociais e outros serviços da prefeitura,

De julho a dezembro de 2015, houve 498 retornos de pessoas que já haviam sido atendidas, sendo que muitas delas retornaram quando foram ao fórum para cumprir uma das medidas cautelares previstas, principalmente³⁵⁷ o comparecimento periódico em juízo que fazem no cartório forense.

O Centro de Alternativas Penais e Inclusão Social enfrenta diversos desafios para a realização de seu trabalho como, por exemplo, a impossibilidade de realizar ligações para fora da cidade de São Paulo, ou outros recursos institucionais limitados³⁵⁸.

Contudo, o trabalho desenvolvido é de grande relevância, sendo necessário, o quanto antes, a resolução de algumas dificuldades encontradas pelos profissionais do centro, tais como:

(I) o fluxo de chegada das pessoas encaminhadas, que, por vezes, ocorre somente no final do dia; (II) o aproveitamento da presença da pessoa no fórum, para encaminhamento no mesmo dia (em vez de

³⁵⁴ IDDD Ob. Cit. p. 21

³⁵⁵ Idem

³⁵⁶ Ibidem

³⁵⁷ Idem p. 22

³⁵⁸ Ibidem

determinar comparecimento posterior); (III) a criação de vínculo com a pessoa encaminhada, a fim de que se sinta à vontade para denunciar eventuais abusos sofridos na abordagem policial; e, por fim, (IV) a institucionalização do aporte de suprimentos (roupas, calçados etc.) e do transporte de material, que, hoje, acaba chegando ao CEAPIS pela “boa vontade” dos funcionários do Fundo Social, que levam por conta própria o material disponibilizado pelo órgão, já que a SAP não provê transporte para tal fim³⁵⁹.

Já no que cerne a duração das audiências de custódia, esta varia de forma significativa. Afinal, algumas audiências podem durar mais de 10 minutos, enquanto outras acontecem em menos de 4 minutos³⁶⁰.

Para o relatório, nos casos dos juízes que vão mais depressa com a audiência, ela assemelha-se a uma situação em que “confere-se o que está escrito no flagrante, o que acaba por impactar também a atuação dos promotores e defensores presentes, que quase não realizam perguntas adicionais, em uma certa cooperação para que a audiência seja breve”³⁶¹.

Já com os juízes estendem por mais tempo as audiências, entende-se ser possível identificar uma “preocupação em extrair informações sobre a saúde do preso, a situação financeira da família e, em alguns casos, há o espaço para que o preso se sinta à vontade de relatar os fatos, mesmo que desaconselhado”³⁶².

Neste caminho, seguindo um entendimento de cooperação, “é possível perceber que os promotores e defensores também se sentem mais confortáveis para fazer mais perguntas”³⁶³.

Da mesma forma, determinados juízes se preocupam em perguntar sobre possível violência policial sofrida pelo custodiado, “enquanto outros juízes não demonstram tal interesse ainda que a pessoa esteja visivelmente machucada”³⁶⁴. Das 588 audiências acompanhadas, em 248 o juiz realizou perguntas referentes à

³⁵⁹ IDDD Ob. Cit. p. 22

³⁶⁰ Idem

³⁶¹ Ibidem

³⁶² Idem p. 23

³⁶³ Ibidem

³⁶⁴ Idem p. 24

circunstância da abordagem e eventual violência sofrida. Entretanto, em 266 casos esse assunto não foi levantado pelo magistrado³⁶⁵.

De acordo com o Tribunal de Justiça de São Paulo, entre fevereiro de 2015 e março de 2016 foram realizadas 19.472 audiências de custódia na cidade de São Paulo³⁶⁶. No período entre fevereiro de 2015 e março de 2016, houve percentual de 53% de decretações de prisão preventiva. Ou seja, 47% das pessoas foram postas em liberdade, seja pela concessão de liberdade provisória, seja pelo relaxamento de flagrantes³⁶⁷.

No que tange à aplicação das cautelares, observa-se que houve um:

Fenômeno de ampliação do controle do Estado dado que, antes da Lei das Cautelares, aprovada em 2011, o juiz dispunha de três opções no momento de análise da prisão em flagrante: conversão em preventiva, concessão da liberdade provisória ou relaxamento do flagrante. Atualmente, há as mesmas três opções, mas a concessão de liberdade provisória pode ser condicionada a aplicação de uma medida cautelar. Os dados do TJSP informam que apenas 0,3% dos custodiados foram postos em liberdade sem qualquer condicionante, enquanto que 40% receberam liberdade provisória vinculada a alguma cautelar (em 9% do total de casos foi aplicada fiança e outra medida cautelar diversa da prisão)³⁶⁸.

Consoante o IDDD, a avaliação quantitativa sobre o impacto das audiências de custódia ficou prejudicada. Visto que, somente após a implementação destas audiências, as estatísticas sobre as decisões das prisões em flagrante sobrevieram a ser coletadas pelo TJSP.

Entretanto, em estudo realizado pelo Instituto Sou da Paz, de abril a julho de 2012, assinala “algum indicativo de que as audiências de custódia representariam de fato uma diminuição na taxa de encarceramento. Segundo esse estudo, 61,3% das prisões em flagrante naquele período foram convertidas em prisão preventiva”³⁶⁹.

Sobre os dados das características dos custodiados, verificou-se que a proporção entre homens e mulheres apresentados em audiência de custódia era 90% masculina. E,

³⁶⁵ Ibidem

³⁶⁶ IDDD Ob. Cit. p. 25

³⁶⁷ Idem

³⁶⁸ Idem p. 26

³⁶⁹ Ibidem

sobre a escolaridade de 529 pessoas, coletou-se que 64% possuíam apenas o primeiro grau completo, enquanto somente 3% superior completo³⁷⁰.

O relatório explica que a renda mensal da pessoa presa em flagrante não é uma pergunta frequente dos juízes nas audiências de custódia, tampouco figura como requisito no Boletim de Ocorrência. Não obstante, recolheu-se a informação referente a 207 custodiados³⁷¹: 47% recebiam até 2 salários mínimos; 33% até um salário mínimo; e 14% não auferiam renda³⁷².

Da amostra do relatório, no que se refere à cor de pele dos custodiados, identificou-se que as pessoas negras representam 60,2% do total de pessoas levadas às audiências de custódia. Enquanto que pessoas brancas representam 39,38%.

Todavia, tal proporção não é notada em relação às decisões proferidas nas audiências acompanhadas. Afinal de contas, a frequência das decisões de decretação de preventiva para as pessoas negras foi maior do que para as pessoas brancas. Dos 79 negros custodiados, 55 tiveram a prisão preventiva decretada, representando uma taxa de 69% de prisão determinada para as pessoas negras. Ao tempo que, das 228 pessoas brancas apresentadas em audiências, a taxa cai para 55% de aprisionamento³⁷³.

Dos dados constantes no relatório, infere-se que os crimes patrimoniais são os mais frequentes nas audiências de custódia. Os crimes de roubo e furto somam 61,05% dos crimes acompanhados³⁷⁴.

Calculadas as taxas de decretação da prisão preventiva conforme com o tipo penal, nota-se que: 87,9% dos acusados de roubo, 67,7% dos acusados de tráfico de drogas, 33,3% dos acusados de furto, e 19,5% dos acusados de receptação tiveram sua prisão decretada³⁷⁵.

À vista disso, os crimes que mais prenderam, proporcionalmente, foram roubo e de tráfico de drogas. O tráfico, apesar de apresentar taxa expressiva de conversão da

³⁷⁰ IDDD Ob. Cit. p. 33

³⁷¹ Explica-se que 139 pessoas tiveram essa pergunta explicitamente elaborada pelo juiz, enquanto as outras 68 mencionaram espontaneamente.

³⁷² IDDD Ob. Cit. p. 34

³⁷³ Idem p. 53

³⁷⁴ Idem p. 50

³⁷⁵ Idem p. 52

prisão, também se afigura como crime de grande relaxamento do flagrante, correspondendo 59,37% dos casos acompanhados pelo IDDD³⁷⁶.

No que respeita à defesa técnica, do total de casos acompanhados, apenas 4,93% das pessoas presas contaram com assistência de um advogado durante a lavratura do auto de prisão em flagrante³⁷⁷.

Para mais, o IDDD entende que “o significativo número de pessoas que optam pelo silêncio em sede policial reforça a importância e necessidade das audiências de custódia, além de evidenciar a urgência de se garantir a presença da defesa durante a lavratura do flagrante”³⁷⁸.

Sobre o momento antes da audiência, relata-se:

Observou-se que, em diversas situações, o promotor e o juiz conversavam sobre o caso na ausência do defensor. Nessas conversas informais, discutiam o pedido a ser feito pelo MP e a própria decisão a ser tomada pelo magistrado. Em total afronta ao dever de imparcialidade do magistrado, verificou-se que essas predefinições dos resultados não são excepcionais nas audiências de custódia. Apenas a título exemplificativo, a pesquisa constatou que em 460 casos acompanhados a decisão do juiz do DIPO foi igual ao pedido elaborado pelo Ministério Público e apenas em 128 a decisão foi diferente daquilo que havia sido pedido. Essa informação indica problemas em dois níveis: viola-se a presunção de inocência e reforça-se o questionamento sobre a imparcialidade dos juízes³⁷⁹.

Partido para outro espectro da audiência de custódia, o contato pessoal entre o custodiado e o juiz visa proteger a integridade física e psíquica do apresentado. Neste ponto, o relatório do IDDD diz que “foi possível identificar vários problemas em relação à verificação de tortura, maus-tratos ou tratamento cruel e degradante por parte de policiais nas audiências de custódia”³⁸⁰.

Percebeu-se que certos magistrados se comprometiam em saber os detalhes da alegada agressão ou ameaça. Entretanto, outros julgadores se satisfaziam tão-só com a informação sobre existência ou não de violência³⁸¹. Em grande parte das audiências

³⁷⁶ IDDD Ob. Cit. p. 35

³⁷⁷ Idem p. 52

³⁷⁸ Ibidem

³⁷⁹ Idem p. 49

³⁸⁰ Idem p. 67

³⁸¹ Ibidem

acompanhadas pelo Instituto sequer houve o questionamento sobre as perguntas relativas à conduta policial. Nada foi perguntado em 45,23% dos casos³⁸².

Verificou-se que dos 141 casos em que o custodiado afirmou ter sofrido algum tipo de violência, somente apenas em 91 foi tomada alguma providência pelo juízo³⁸³. Ou seja, nenhuma atitude foi tomada em 50 casos relatados.

Além deste, há outro imbróglio relatado pelo IDDD: a presença da Polícia Militar em momentos impróprios. Além dos policiais estarem presentes na entrevista reservada com a defesa, há “também a permanência na sala de audiências, inibindo que a pessoa custodiada conte sobre eventual violência sofrida, com medo de retaliação”³⁸⁴.

Imperioso este minucioso estudo realizado pelo IDDD, sendo uma das instituições que assinaram Termo de Cooperação Técnica em prol da implementação do Projeto Audiência de Custódia. Os dados e relatos expõem os erros e acertos das audiências no Estado da Federação com a maior população carcerária, servindo de guia para que as boas práticas sejam replicadas, e as más extirpadas.

Ademais, o CNJ divulgou os resultados nacionais do Projeto Audiência de Custódia³⁸⁵. Desde seu início, até setembro de 2016, o panorama é o seguinte:

Total de audiências de custódia realizadas: **140.383**;
Casos que resultaram em liberdade: **65.344 (46,55%)**;
Casos que resultaram em prisão preventiva: **75.039 (53,45%)**;
Casos em que houve alegação de violência no ato da prisão: **6.766 (4,82%)**;
Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: **12.762 (9,09%)**

Os números impressionam. Mais de cento e quarenta mil pessoas custodiadas no Brasil. Reflexos da expansão desenfreada do Direito Penal, com viés claramente punitivista e encarcerador.

Espera-se que, com a replicação de boas práticas e erradicação das ruins, todos os envolvidos na implementação das audiências de custódia ajudem em melhoras

³⁸² IDDD Ob. Cit. p. 68

³⁸³ Idem p. 68

³⁸⁴ Ibidem

³⁸⁵ Constante em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>

quantitativas e qualitativas. Prisões podem se tornar menos frequentes nas audiências, priorizando um direito fundamental de altíssima estirpe: a liberdade.

3.6 Conclusão

A cultura do encarceramento é fenômeno mundial, que tem mostrado sua força na América Latina de forma assombrosa. O Brasil não foge à regra, valendo-se do constante recurso à legislação penal, numa aparente solução fácil aos problemas sociais.

Discutiram-se os limites da intervenção penal frente às colisões na sociedade atual: limites racionais ao poder punitivo, contra a crescente demanda por mais eficiência dos sistemas penais, capitaneada pelos discursos midiáticos.

Boa parte dos brasileiros se deixa levar pelos discursos pedantes advindos dos meios de comunicação de massa. A teoria garantista, que visa à mudança de visão de objeto que o réu possui, é vista como empecilho por aqueles que militam pela eficiência do sistema de justiça criminal

O status de sujeito de direitos do acusado é subjugado. A proteção dos bens jurídicos é alçada a um plano quase que intangível. Na dúvida se alguém violou certo bem jurídico, a sociedade vem primeiro.

O garantismo penal, consubstanciado nos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, torna-se difícil de ser revelado. Disposições infraconstitucionais, e as emanções normativo do Poder Judiciário e Executivo, acabam infringindo mandamentos de nossa Constituição Cidadã.

Conforme visto em Zaffaroni, a pena não pretende cumprir, uma função de expiação ou castigo, buscando um sentido moral. Na verdade, intenta-se a função de garantia de bens jurídicos constitucionalmente delimitados. Eventual lesão destes bens não pode exceder os limites da Lei Maior.

O direito penal, e conseqüentemente o sistema de justiça criminal, deve somente resguardar bens jurídicos concretos. E não quaisquer convicções políticas e morais, ou concepções ideológicas impostas pelos meios de comunicação em massa.

Intervenção mínima é um princípio limitador do poder punitivo estatal. Direito penal não pode se banalizar. Sua atuação há de ser subsidiária, como a última alternativa, como a *ultima ratio*.

O desvio punível há de ser balizado pelo modelo garantista de legalidade penal e processual. Porém, o modelo autoritário que se busca refutar ainda demonstra força. Ao longo da história brasileira, as práticas legislativas, judiciais e policiais incentivaram a cultura do encarceramento.

No nosso país, a ideia transmitida para a sociedade é de um modelo de direito penal máximo. Torna-se incondicionado e ilimitado, com o aval societário. Há a excessiva severidade, insegurança e imprevisibilidade das condenações penais.

Punitivismo almeja o combate à criminalidade, mas sua cifra obscura permanece. Visto que há muitos crimes graves sem resolução, bem como vários crimes de menor potencial ofensivo que desembocam em pena privativa de liberdade, tornando a população carcerária brasileira a quarta maior do mundo.

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito, ao invés de ser avesso ao expansionismo do direito penal, deixa-se levar pelas tentações de seu uso simbólico e midiático. O sistema penitenciário se agiganta.

O Modelo Penitenciário de Direitos e Obrigações das Nações Unidas é passado por cima em nosso país. Os encarcerados não são tratados com a dignidade inerente a qualquer cidadão. Entopem-se as prisões com os indivíduos previamente selecionados, aqueles etiquetados pela sociedade.

Na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade se revela, sobretudo, como um *status* atribuído a determinados indivíduos. Existe uma seleção dos indivíduos estigmatizados. A criminalidade se distribui de acordo com a desigualdade social entre os brasileiros.

Revela-se a contradição entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos no sistema de justiça criminal. Ela está na chance de alguém ser etiquetado como desviante, e sobre o controle penal estatal. A probabilidade de ser selecionado é indubitavelmente maior se a pessoa constar no estrato baixo da escala social.

O discurso em que o sistema de justiça criminal brasileiro se baseia é frágil. As violações frente aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos etiquetados são evidentes.

Existe flagrante carência de racionalidade no sistema. Apesar disso, os órgãos policiais, judiciais, do ministério público, bem como as organizações midiáticas, observam, e por vezes incitam, as violações de direitos dos cidadãos tidos como desviantes.

Vimos, na esteira de Carnelutti, que incivilidade é a regra no processo penal. Assim, o desviante, ainda como apenas acusado ou investigado, não possui o resguardo de sua dignidade.

Por vezes, o acusado, de pronto, é tido como culpado. Deste modo, incita-se uma punição dura e exemplar, não observando o diálogo e raciocínio inerentes ao devido processo legal e contraditório.

Hoje, em nosso país, tais princípios processuais constitucionais, assim como a ampla defesa, são vistos como óbices ao eficientismo penal. A sociedade deseja, explicitamente, a punição severa, com a privação de liberdade. A cultura do encarceramento se mostra muito presente na pós-modernidade.

Nesta senda, nem o contraditório foi exposto ainda, já se prende o acusado. Impõe-se a pena privativa de liberdade de maneira indiscriminada. Observa-se aumento do percentual de presos sem condenação em toda a América Latina, ainda mais no Brasil, onde essa trágica porcentagem chega a 40% da população carcerária.

O medo do indivíduo desviante, do etiquetado, é fomentado na sociedade brasileira. Tem-se a espetacularização do processo penal. Vimos que esse espetáculo é uma construção social, traduzindo-se nas relações entre sujeitos, vinculando-se a personagens e enredos específicos.

O processo penal do espetáculo possui um fascínio pelo crime. Existe um jogo de repulsa e identificação com as partes envolvidas. Sendo que as penas privativas de liberdade cominadas são apresentadas como resposta a variados problemas sociais. Este fato faz com que o julgamento penal seja um objeto privilegiado de entretenimento social.

Certamente que esta espetacularização conspurca os direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, a dimensão garantista do processo penal é deixada de lado, em prol da dimensão do entretenimento. Há um cruel desejo de audiência.

Os meios de comunicação de massa corroboram com a situação maculadora de direitos e garantias, não permitindo reflexões éticas ou críticas. Enviam tudo ao espectador de maneira simplória e acrítica, apoiando com o autoritarismo. Violações e prisões desnecessárias são aplaudidas pela sociedade acrítica.

Nessa vereda, os meios de comunicação em massa moldam a opinião dos brasileiros. O povo enxerga um acusado do modo como a informação é passada pela mídia. O etiquetado se torna uma pessoa que deve ser extirpada da sociedade, colocada na penitenciária o mais rápido, e por mais tempo possível.

Na espetacularização do processo penal, as consequências danosas à sociedade produzidas são piores do que as do fato reprovável que se visa punir. Entretanto, isso não é transmitido para o povo. Afinal, seria um contrassenso os meios de comunicação de massa veicularem notícias contra eles mesmos.

Não se veicula que processo penal não é para todos. A sociedade não enxerga o processo de etiquetamento dos cidadãos mais pobres. E até mesmo os estratos mais baixos da sociedade acabam digerindo a situação como “normal”, fazendo que não haja alteração no *status quo*.

A maioria da população se deixa levar pelo espetáculo processual e pelos objetivos punitivistas. Esquece-se do sofrimento e violência que o aparato produz através do processo penal. Deixa de se recordar que é um cidadão, um ser humano com iguais direitos e garantias, que sofre demasiadamente no ergástulo.

No entanto, os direitos fundamentais pugnam pela limitação do princípio da maioria, objetivando-se garantir os direitos das minorias e indivíduos. Sendo assim, os ministros do STF exercerão a função contramajoritária, garantindo os direitos daqueles grupos vistos como marginais.

Seguindo este pretexto, a Corte Constitucional é convocada a agir contra a cultura do encarceramento e a falência do sistema penitenciário nacional. Em decisão de medida cautelar na ADPF 347, declarou-se o estado de coisas inconstitucional.

Este que, rememorando, baseia-se em pressupostos coexistentes: (I) violação massiva, generalizada e sistemática de direitos e garantias fundamentais, atingindo várias pessoas; (II) inexistência de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, consubstanciando-se na falha estatal estrutural; (III) buscando que essas violações sejam superadas, necessita-se a cooperação de vários órgãos, procurando novas políticas públicas para a superação da trágica situação.

O estado de coisas inconstitucional decorreu da inércia congressual, e inépcia administrativa sobre a matéria penitenciária. Mesmo que divergindo, em certa medida, do ideal democrático, a atuação da Corte Constitucional se tornou a maneira para superar os desacordos políticos e institucionais.

Frente ao litígio estrutural, aciona-se o Poder Judiciário. Ele possui o condão de analisar e fazer cessar violações de direitos quando acionado. Sendo flagrante o ponto cego legislativo no que tange ao sistema carcerário nacional, a força jurisdicional encabeçará ações buscando suplantar as afrontas à Constituição da República.

Percebemos que a diferença entre o sucesso e o fracasso na asseveração de um estado de coisas inconstitucional se pauta no diálogo. É precisamente a capacidade do Poder Judiciário conversar com os outros poderes e instituições que determinará resultados positivos.

Essa capacidade é analisada através da atuação do CNJ e STF no caso das audiências de custódia. A implementação delas vinha sendo promovida pelo Conselho. Mesmo assim, em decisão liminar em ação de controle concentrado de constitucionalidade, a Corte impôs exíguo prazo para a implementação em todo o Brasil.

Observa-se que o Poder Judiciário atropela a si próprio. Impõe prazo inviável de ser realizado frente à dimensão e complexidade nacional. Sendo, inclusive, incapaz de acompanhar e dar suporte a enorme implementação preterida.

Destarte, essa mesma capacidade que ora apresenta falhas, ora apresenta implicações positivas. Visto que, em período de tempo razoável, mais de cento e quarenta mil audiências de custódia foram realizadas na nação brasileira.

Resultando em taxa perto de cinquenta por cento de casos onde foi concedida a liberdade. Além do mais, a um fato que não pode ser mensurado ou quantificado: a humanização do custodiado. O contato pessoal dele com os demais agentes do sistema penal, que outrora se limitavam a lerem documentos, é um espectro demasiado positivo das audiências de custódia.

Apesar da Corte Constitucional brasileira exercer função atípica no caso em comento, interferindo em políticas públicas e escolhas orçamentárias, os ministros chancelam esta atuação. Emanam a possibilidade da Corte, na medida adequada, agir para superar o quadro inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal figura como capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem o avanço de soluções. Ele tem a prerrogativa de retirar os demais Poderes da inércia.

Por isso, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário tem a possibilidade de combater a cultura do encarceramento arraigada no Brasil. Para tanto, busca-se abrigo na imposição, conferida pelo STF, para que haja a realização das audiências de custódia em todo o país.

Nossa Corte Maior entendeu o sistema carcerário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional, e as audiências de custódia constitucionais. Advindas, inclusive, de tratados ratificados de *status* supralegais.

Deste modo, a condução, sem demora, do preso ou detido à presença de um juiz foi implementada no país. Frente à morosidade do Poder Legislativo, que demorou décadas após a ratificação de tais tratados até o início de discussões sobre o tema, o Judiciário tomou a condução dos trabalhos.

Cooperações técnicas entre o Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça, Instituto de Defesa do Direito de Defesa e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil se dirigiram à efetiva implantação do Projeto Audiência de Custódia.

Graças à decisão liminar da ADPF 347, o CNJ disciplinou a implantação das audiências de custódia em todo o território nacional. O Conselho emitiu a Resolução

213, apresentando uma regulamentações e procedimentos para a realização de tais audiências.

Apesar de alguns pontos que entendemos como inconstitucionais, percebe-se a viabilidade constitucional do CNJ de atuar suplementarmente para solucionar o impasse. Isto, enquanto não é posta exista legislação específica sobre a temática.

A determinação de apresentação do custodiado em até 24 horas aparece como uma questão a ser aprofundada. Em vista do seu impacto tanto na prevenção e combate à tortura e outros tratamentos cruéis e degradantes, quanto na garantia ao direito de defesa. Imperioso adequar a logística das diferentes instituições envolvidas a esse prazo.

Como relatado pelo IDDD, há um abismo entre os profissionais do direito e os indivíduos custodiados. A distância implica não apenas na falta de compreensão sobre as questões técnicas por parte dos indivíduos, mas também na incompreensão por parte da acusação, defesa e julgadores sobre a realidade daquele apresentado para suas avaliações.

A defesa técnica do custodiado, por vezes, é feita nos corredores das salas das audiências. Inexiste qualquer privacidade entre os causídicos e seus clientes, afetando frontalmente o direito de defesa.

Viu-se que, no Estado com a maior população carcerária do Brasil, pouco ou nada se avançou em relação às providências tomadas em casos nos quais são relatados abusos ou violência policial. O combate aos abusos dos agentes de segurança pública são um dos pilares das audiências de custódia, e merecem a devida atenção. De modo que as instituições devem realizar medidas orquestradas a superar este problema, apurando e resolvendo efetivamente tais violações.

As audiências de custódia demonstram a vulnerabilidade das pessoas presas em flagrante. Observou-se que o perfil do custodiado é negro, jovem, de baixa escolaridade, sem trabalho formal, ganhando até dois salários-mínimos e acusado de crime patrimonial.

Revela-se o caráter seletivo do sistema de justiça criminal, que pune o desviante previamente etiquetado. Encarcera-se uma população específica, deixando de repensar sua forma e métodos de atuação, passando por cima para as injustiças e desigualdades produzidas pelo próprio sistema.

No que cerne à aplicação de fiança determinada pelo juiz, muitos custodiados claramente não possuem condições socioeconômicas para o pagamento. Então, esses cidadãos são inseridos no sistema penitenciário pela impossibilidade de pagamento da fiança. Isso é um dos efeitos mais cruéis de sistema de justiça criminal que privilegia a liberdade daqueles que apresentam condições financeiras em detrimento daqueles que não as possuem. Escancara-se uma política criminal indiferente aos seus efeitos sociais de aprisionamento de uma classe pobre.

Contudo, apesar destes sérios problemas, que expomos na esperança de serem de resolvidos o quanto antes, o estranhamento gerado pelas audiências de custódia tem efeito positivo. Afinal, elas deslocam os operadores do direito de seus lugares rotineiros, suas mesas e gabinetes impessoais, para se construírem novas práticas em seus dia-a-dia.

Nessa lógica, abandona-se a padronização de decisões judiciais, que tenta encaixar os casos em moldes já definidos. Vai-se ao encontro do caso concreto, respeitando os princípios da individualização e motivação das decisões, seguindo certos mandamentos constitucionais.

As audiências de custódia trazem garantias importantes ao processo penal, exatamente no momento onde o Estado passa a interferir na liberdade dos cidadãos. Permitem que o juiz, promotores e causídicos conheçam de perto, ao vivo e cores, as condições socioeconômicas de cada custodiado e entendam outros aspectos valiosos de sua existência, não mais sendo visto apenas como um pedaço de papel.

As audiências de custódia contribuem para que liberdade seja concedida prontamente a quase metade dos custodiados. Prestigia-se o convívio em sociedade, e não a prisão. Evidencia-se grande avanço de qualidade da prestação jurisdicional.

O momento da audiência de custódia se consolida como uma oportunidade para que os operadores do sistema de justiça criminal se aproximem da realidade do custodiado. Isto indica que as audiências representam um progresso, onde nossa pátria visa atender aos ditames dos tratados internacionais de direitos humanos de que é signatária.

De suma importância um instrumento jurídico que: combata e previna, efetivamente, a tortura, os maus tratos e tratamentos cruéis e degradantes sofridos por

peças presas; aproxime magistrados e membros do ministério público a um sistema hiperencarcerador; e que garante à pessoa privada de sua liberdade o direito a ser apresentada a um juiz, acompanhado de sua defesa técnica, explicando pessoalmente a sua versão dos fatos ao Poder Judiciário.

Um novo olhar dos operadores do direito sobre as mesmas que seriam sumariamente encarceradas permitiu voz ao etiquetado. Embora ainda haja maioria de decisões decretando a prisão preventiva, as audiências de custódia abrem as portas para a discussão sobre condutas que antes não eram questionadas ou tidas como irrelevantes.

A transformação de visão e de postura dos partícipes das audiências é deveras positiva. Tornar-se visível o momento oportuno para questionamentos críticos e propostas de mudança profunda no sistema de justiça criminal nacional.

As prisões precisam dar lugar à liberdade, e, não sendo possível, às medidas cautelares. Os preconceitos, fomentados pelo processo penal do espetáculo, precisam dar lugar à interação entre as pessoas presas e advogados, promotores e magistrados. Dá-se a oportunidade de humanização dos profissionais ligados ao sistema de justiça criminal.

Existe o intuito de aprimorar das audiências da custódia, de modo a serem cada vez mais pautadas no garantismo penal, no devido direito de defesa e na priorização da liberdade dos cidadãos. Dessa maneira, as audiências combatem a cultura do encarceramento enraizada no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016 p. 18

_____. *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal* / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2008

_____. *Tempos Líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2007

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

_____. Decreto nº 678, em 09 de julho de 1992.

_____. DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016

Câmara dos Deputados. *Relatório da CPI do Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese de Doutorado apresentada na UERJ, 2015

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Editora Pillares, 2009

CARRANZA, Elías. *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas* / Elías Carranza (coordenador). Brasília: Ministério da Justiça, 2008

CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015

CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião pública: o novo jogo político*. Tradução de João Guilherme de Freitas Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 1996

Corte Constitucional de Comlombia - Sentencia T-025, de 22.1.2004

_____ - *Sentencia T-153, de 28.4.1998.*

COSTA, André de Abreu. *Penas e Medidas de Seguranças – Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 28 – março de 2009

GARGARELLA, Roberto. *De la Justicia Penal a la Justicia Social*. Colección Derecho y Sociedad. Bogotá: Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2008

IDDD. *Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo*. Instituto de Defesa do Direito de Defesa: São Paulo, 2016

MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal e Democracia*. Bruno Amaral Machado, coordenador. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: FESMPDTF, 2013

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal / volume I, parte geral*. 8ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012

ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001

STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2009

Supremo Tribunal Federal – *ADPF 347*, distribuída em 28.5.2015

_____ – *ADPF 347 – Decisão de Medida Cautelar – Voto do Relator, Min. Marco Aurélio*, em 03.09.2015

_____ – *ADI 5.240*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, em 20.08.2015

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004

_____, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro / volume I, parte geral*. Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013