

Seis anos de “audiências de custódia”: hora de assumirmos responsabilidades

Luís Geraldo S. Lanfredi

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Pensar audiências de custódia é um exercício para divã.

O tema, e toda a sistemática que a ele se conecta, desnuda a premissa do efetivo compromisso com a defesa de todos os direitos individuais da pessoa que se depara com o aparato repressivo do Estado, para além da simples promessa retórica de que todos esses direitos existem e estão reconhecidos nos planos constitucional, convencional e legislativo.

Debater audiências de custódia é, igualmente, uma atividade de resiliência, uma vez que é necessário fazê-lo de modo desarmado, sem ressentimentos ou preconceitos, e, sobretudo, na perspectiva de parâmetros relacionados à lógica e ao conhecimento da realidade.

Audiências de custódia levam, necessariamente, ao reconhecimento dos descaminhos pelos quais a “prisão, sobretudo a prisão preventiva” enveredou. Ademais, faz perceber a inadmissível tolerância com que se aceita o descumprimento dos mais elementares direitos inerentes à pessoa em privação de liberdade. Inclusive a necessidade de se repensar a arquitetura da segurança pública do Estado brasileiro e o reposicionamento do homem “como o centro das preocupações [na mais ampla acepção deste conceito] da justiça penal”.

Ao Poder Judiciário, com forte dose de razão, atribui-se responsabilidades quando se discute quais as justificativas para o “drama penitenciário” que atravessa o Brasil – e por que não dizer, todo o continente?¹

¹ Desde 2013 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem se preocupado com a explosão da quantidade de prisões no continente, chegando a caracterizá-lo como um problema crônico da região. A esse respeito, consulte-se o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas – Introdução e recomendações. Disponível em: <https://bit.ly/38zonzJ>. Acesso em: 22 ago. 2021.

Enfatiza-se, neste particular, a realidade brasileira, já que no país é conferido ao poder judiciário dizer quem entra e quem sai dos estabelecimentos penais.

Não por outra razão, devem nascer do mesmo Poder Judiciário a vontade e o compromisso de buscar saídas para remediar uma das maiores mazelas do sistema prisional, a superlotação carcerária².

De fato, “se quem prende é também quem manda soltar”, evidentemente que o ator que concentra em suas mãos esses dois importantes mandatos – cerne para assegurar o equilíbrio e o bom funcionamento do sistema prisional – **deve também assumir a posição de garantidor da legalidade desse mesmo sistema prisional, e sobretudo praticá-la**.

Ao não fazer nada, o Poder Judiciário apenas acentua ainda mais as responsabilidades³ que tem perante esse contexto.

Não é por outra razão que juízes e juízas devem ser os primeiros a impedir o **emprego imoderado** da “prisão”, pois naturalmente terão que assumir as consequências que daí decorrem.

É necessário, hoje, que juízes e juízas atuem ativa e militantemente para a prevalência dos direitos inerentes ao cárcere: **evitar ou impedir a superlotação é, sob todos os aspectos, uma atuação conforme a legalidade**.

Malgrado faltem vagas para recolher a todos (este sim um problema que toma o Poder Executivo de assalto), nem por isso se autoriza o Poder Judiciário a ignorar os mandatos que recebeu da Constituição Federal e se legitimar pela jurisdição para determinar prisões para além da capacidade dos estabelecimentos penais.

Buscar por soluções compensatórias ou medidas que atenuem o descalabro que representa a “sobreposição de corpos no cárcere”, neste sentido,

² A superlotação carcerária é o fenômeno que decorre do recebimento e da acomodação de mais pessoas que a capacidade dos estabelecimentos penais preveem. Vários fatores facilitam esse acontecimento e um dos mais significativos é o uso excessivo da prisão (pena ou preventiva), enquanto resposta do Estado à prática de crimes. A superlotação carcerária corrompe o sistema prisional, na medida em que inviabiliza o adequado manejo das dinâmicas e rotinas inerentes ao bom funcionamento dos estabelecimentos penais, uma vez que impede a implementação de direitos (à saúde, à educação e ao trabalho) que a lei de execução penal contempla para os que experimentam a privação da liberdade.

³ O sistema prisional brasileiro é produto de desarranjos históricos e problemas estruturais que não são imputáveis a uma ou outra Instituição, senão que a responsabilidade pelo que ele é e nele acontece decorre de ações e omissões atribuíveis, conjuntamente, aos poderes executivo, legislativo e judiciário.

sinaliza a maturidade do juiz e da juíza que não estão preocupados apenas com uma atuação formal ou de aparência⁴.

Reconhecer que a omissão de outro poder não quita a própria obrigação assumida em **defesa de todo o ordenamento jurídico** (e não de parte, ou daquela parte que lhe seja a mais conveniente ou que mais o agrade) é uma condição necessária para se ensaiar, no Brasil, uma discussão honesta sobre o “superencarceramento”⁵ implementado no país nos últimos 25 anos, até para que se possa alcançar propostas que, com efeito e concretamente, permitam ao poder judiciário colocar em prática sua vocação contramajoritária, bastante para a redução dos danos que uma prisão à margem dos critérios legais provoca.

Muitas são as dificuldades para compreender o que significa e implica esse compromisso. Falar de presídios sem visitá-los desqualifica as opiniões daqueles que desconhecem as dinâmicas que lá se implementam. A realidade do cárcere, definitivamente, não se explica a partir de construções acadêmicas ou elocubrações securitárias desconectadas da percepção de quem lá está (ou já esteve) recolhido e vive (ou viveu) as agruras de um ambiente que tende a aniquilar as individualidades.

De fato, a prisão é a expressão mais visual (e agressiva) de como o Estado trata aquele que depõe contra a regularidade de um padrão de convivência definido *a priori*. É por esse motivo que a prisão de alguém, via de regra, provoca reações sociais. Não é incomum o sentimento popular de associar à prisão a necessidade de que, com ela, se agregue algo a mais (de mal e de pior) para aquele que recebe a limitação da própria liberdade.

O clamor popular (e vulgar) que reivindica que a prisão seja muito mais que a “limitação da liberdade pessoal de uma pessoa” e seja executada com a aflição de “dor” ou até “sangue” – em outras palavras, que o flagelo seja experimentado com grilhões –, não pode contaminar o(a) julgador(a). Pelo contrário.

Submeter alguém à prisão já é demasiado violento (só quem conhece um estabelecimento penal que o diga), sem mais necessidade de que essa pessoa experimente “humilhações, escrachos ou qualquer outra forma

⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, p. 331-381, jun. 2017.

⁵ Para se compreender o que significa o sentido do “superencarceramento” ou do “encarceramento em massa”, enquanto crescimento acelerado e desordenado do sistema prisional, leia-se: PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil*. São Paulo: Rio de Janeiro, 2018.

de degradação”. Alcançar, porventura, algum outro sentido espúrio para além da privação da liberdade tem, sim, outro nome: é tortura ou prática cruel e degradante, enquanto consequência jurídica que advém do confinamento extralegal.

A esta altura, afigura-se compreensível a razão pela qual as imagens de terror que emanam de espaços de confinamento saturados, pútridos e inadequados, onde rebeliões sanguinárias e genocídios eclodem, não mais chocam a ninguém. Esse sentimento guarda total sentido com a vil percepção que transpira a sociedade a respeito da prisão e do sistema prisional. Alguns, mais exagerados, chegam a bradar: “Não deseja lá estar, então não cometa crimes, simples assim”, lavando as mãos para a indignidade que é o aprisionamento em si, considerado sob condições infra-humanas.

Essa percepção refratária à vida e ao reconhecimento de que existem direitos apesar do cárcere é a mesma que deixa de comover o público quando alguém, em situação de aparente conflito com a lei e que porventura experimenta a privação de liberdade, é submetido a maus tratos. Pensa-se, como expressão desse mesmo “sentimento popular”: ele pode não saber por que está apanhando, mas nós, sim, sabemos por que devemos submetê-lo ao suplício.

Por trás desse pensamento, na verdade, está a angústia daquele que só vê o inimigo, construído à custa da desigualdade e da discriminação social. Essa percepção guarda identidade com a sociedade do ódio e da intolerância que se instalou no Brasil em 2021. No momento em que a “fraternidade” (em seu sentido elementar de respeito de uns por outros) passa a ser ignorada, passos rápidos são dados em direção ao aniquilamento da humanidade no planeta.

Infelizmente, a respeito do tema da prisão, estar mais próximo do obscurantismo medieval do que apoiado na racionalidade ou no sentido mais puro e estrito da legalidade é uma decisão política. Apenas quando se assumirem responsabilidades (todos, e não apenas alguns segmentos do poder público) haverá condições de se **desafiar os paradigmas conceituais vigentes e contestar as atuações oficiais que ainda fazem da utilização da “prisão” uma resposta dissociada de suas finalidades e sua dimensão teleológica, específica e limitada.**

É chegada a hora de contestar os paradigmas prevalentes.

A “situação calamitosa” de milhares e milhares de pessoas que se amontoam intramuros (malgrado a promessa de proteção da própria incolumidade e da garantia de seus direitos pelo Estado) exige profunda ressignificação de todos os papéis que compõem o sistema de justiça e

um compromisso com interpretações *pro hominem*, especialmente porque o mau uso da “prisão”, sobretudo a de natureza cautelar, no Brasil, ainda se chancela diante de “delinquências processuais” para as quais todos os atores conspiram.

“Prisões sem fundamentos suficientes, prisões sem necessidade e alheias aos parâmetros de adequação, prisão seguida de práticas de tortura, prisões forjadas, forçadas ou desprovidas de cautelaridade”: eis um pequeno portfólio da casuística dos Tribunais, notadamente os Superiores, que cotidianamente descredenciam decisões judiciais que não cumprem com os parâmetros elementares de legalidade.

Mas até aqui se está, obviamente, retratando elementos de ordem processual ou endógenos.

Pouco ou nada se considera, no momento da decretação ou de manutenção de uma prisão, a respeito dos elementos exógenos, como a “disponibilidade de espaço para recolher alguém à prisão”, a “salubridade e a dignidade do equipamento público em receber pessoas”, “as circunstâncias desfavoráveis e indicativas da incompatibilidade do ambiente prisional”, entre outras tantas ocorrências.

A propósito, o Estado-Juiz que prende é o mesmo que deve preocupar-se com a saúde, física e psicológica, daquele que está sendo preso. **Impossível ignorar esse duplo viés de responsabilidade que repercute da atuação judicial e implica a correlação da prisão-fundamento com a prisão-execução.**

Evidências já não ajudam a romper com esse quadro.

A taxa de encarceramento no Brasil é **superior a 300 presos por 100.000 habitantes**, ou seja, o dobro da média mundial [6]⁶. E o mais impressionante: **31,9% desse contingente é constituída por presos provisórios [7]**⁷, índice ainda muito elevado se comparado aos praticados por países como Estados Unidos, China e Rússia, que detêm contingente prisional expressivo como o nosso e declaradamente disseminam (não escamoteiam) uma política criminal comprometida com o encarceramento

⁶ Disponível em: <https://glo.bo/3jDUGSX>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁷ Disponível em: <https://glo.bo/3yBZF15>. Acesso em: 22 ago. 2021.

como regra geral, mas que praticam prisões provisórias da ordem dos 23, 18 e 22%, respectivamente⁸.

Neste particular, a saga da prisão preventiva vem à tona.

O déficit de vagas do sistema prisional brasileiro, que pratica uma taxa de ocupação com ainda **expressivo índice de 1,7 presos por vaga**, curiosamente sinaliza que a **quantidade de vagas faltantes para acomodar, em condições de normalidade, todos os presos brasileiros nos estabelecimentos penais existentes é quase equivalente ao montante dos presos provisórios reunidos nas unidades espalhadas por todo o país**. Ou seja, estivesse a prisão preventiva proibida no Brasil, não haveria superlotação em nossos equipamentos prisionais.

E a constatação mais cruel: **como o número de presos em nosso país não cresceu na mesma proporção da disponibilização de novos espaços no sistema prisional**, não há como negar que os estabelecimentos penais fechados se transformaram em equipamentos que, por si, independentemente de qualquer outra tecnologia, reproduzem crueldade, tortura e maus tratos pelas condições desfavoráveis de habitabilidade como estão configurados.

Realmente, a tortura e os maus tratos que resultam do tratamento penal dispensado ao preso brasileiro são expressões da infraestrutura insuficiente de que dispõem os equipamentos onde os detentos se acham acomodados, salvo raras exceções.

Não há como negar, nem mesmo deixar de se incomodar, com a constatação de que grande parte dos estabelecimentos penais brasileiros não se prestam a garantir os estândares mínimos de bem-estar (Regras de Nelson Mandela [9]⁹) para os que neles se acomodam e, inclusive, para os que neles trabalham.

As condições de trabalho dos policiais penais, aliás, é outra questão subterrânea, não falada nem enfrentada, e que confronta as mais elementares garantias dos trabalhadores.

De fato, o mesmo equipamento que se afigura incompatível para o recolhimento de detentos igualmente não oferece facilidades, tampouco

⁸ Esses números e outros dados comparativos podem ser consultados no site: <https://www.prisonstudies.org/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁹ Disponível em: <https://bit.ly/2WJsJAb>. Acesso em: 22 ago. 2021.

confere integridade ou dignidade profissional, aos que ali desempenham seu ofício.

Por todas essas circunstâncias, o cárcere, tal como é praticado no Brasil, só serve para cumprir uma finalidade: reforçar os mecanismos de reprodução de um ciclo pernicioso de violência estrutural que, como padrão, fomenta vulnerabilidades e a degradação de pessoas, deixando de emprestar-lhes **condições de retorno útil à sociedade**. Iludem-se os que acreditam em outro desfecho ao se manter um lugar-comum assim.

O mais sintomático, porém, é considerar que **não há explicação que convença sobre o acerto em se manter esse *status quo***, forjado sobre uma população de jovens com até 29 anos (55,07%), entre os quais 61,7% são negros e 90,5% tiveram acesso muito precário à educação. Encarceramento esse que reprime e dá ênfase desproporcionalmente à criminalidade patrimonial, se comparada com a impunidade dos homicídios e a criminalidade dos poderosos praticada no país.

De fato, não se irá lograr no Brasil, com essa “cultura” de prender (de)mais, construir (mais) presídios e sem um basta a essa política criminal multifacetada, populista e de ocasião (que não enfrenta as fraturas que mais desestabilizam o tecido social), a sedimentação dos pilares que escoram a Constituição Federal de 1998, a qual permanece como documento retórico impregnado de promessas não cumpridas.

Esse gigantismo irracional de presos e prisões consome o equivalente a 1,6 bilhão de reais (aproximadamente 290 milhões de dólares) mensalmente, só considerando custos de hospedagem (de toda precária e sem requisitos mínimos de convivência) e alimentação (de baixa diversidade e nível proteico) intramuros.

Aqui, a reflexão impõe uma apreciação mais profunda: **admitir que um estabelecimento prisional construído para acomodar 350 presos tenha o dobro de sua capacidade planejada é, em certa medida, dar causa a um comprometimento fiscal que coloca em risco a validade das decisões que dizem respeito ao gestor público**.

De fato, continuar ordenando despesas para além dos limites admitidos pelo equipamento prisional sob sua gestão e responsabilidade implica em danos ao erário, eis que normaliza uma situação de déficits permanentes, ensejando elementos que autorizam a caracterização de improbidade administrativa, à mercê da má gestão do recurso público disponível.

Por outro lado, não há cláusula que abone o administrador prisional que tenta justificar o desperdício e o rombo orçamentário decorrente da utilização do recurso público para convalidar a entrada e a manutenção de mais gente que o previsto nos limites do equipamento público sob sua gestão. Isso porque, em seu orçamento, para além da acomodação e garantia do bem-estar dos presos, outras providências merecem igual preocupação e demandam investimentos com o fim de dotar a unidade penal dos serviços e infraestrutura mínima que garantam direitos básicos e as assistências devidas aos internos.

Esse é o “dogma” da segurança pública pouco compreendido e, mais que isso, absolutamente fracassado: desmandos que se constroem ao redor do fetiche que representa o incentivo à prisão, a qual: (a) drena recursos públicos aos milhares; (b) alimenta uma máquina de desperdício de dinheiro público; (c) incentiva a corrupção; (d) amesquinha investimentos nas incipientes e escassas políticas de desenvolvimento social comprometidas com o fomento da educação, da saúde e do trabalho dos que se apresentam vulneráveis ao encarceramento; (e) não se submete ao crivo de nenhum índice de qualidade ou performance de resultados. Assim, o homem (preso) acaba como objeto de consumo dessa engrenagem deficitária e é o elemento menos importante em meio a esse modelo operacional.

Ou seja, é necessário desmascarar a crença de que **“pela prisão se vai resolver todos os problemas, notadamente os de segurança pública e inclusive os sociais”**. Aceite-se de uma vez por todas: essa expectativa é irrealizável. Prisões aos milhares praticadas não trouxeram, pelo menos para o Brasil, mais segurança para a população.

Pior, o uso **abusivo e exagerado** e, por que não dizer com todas as letras, **indevido e ilegal** como a prisão se pratica e executa, em particular a preventiva, evidencia, neste país, o adoecimento do sistema de justiça que a patrocina.

Estratégias de *task-force* envolvendo atores do segmento da justiça, visando libertar “condenados com tempo de prisão esgotado” (reparem: pessoas com tempo de prisão vencido, mas que continuavam confinadas) só serviram para mostrar que a estrutura do poder judiciário para garantir os direitos daqueles que já “estavam no sistema prisional” é precária e ineficiente.

Aqui chega-se ao ponto em que audiências de custódia trouxeram algum alento para esse cenário: a possibilidade de romper (*e a priori*)

com um modo burocrático de atuação que, apoiado no vetusto Código de Processo Penal, não exigia que fosse o preso levado à presença do juiz.

Por mais absurda que possa parecer, essa era a realidade que se experimentava no país pré-2015. Do ponto de vista da legalidade formal, estava tudo certo, em ordem e plenamente justificado.

As audiências de custódia serviram, porém, para demonstrar que o juiz e a juíza, distantes de ser aquele ou aquela que deve ditar ou evitar uma prisão, também acabam longe de qualquer compromisso e responsabilidade com os efeitos e consequências que decorrem desse ato.

Os seis anos passados desde o início das audiências de custódia demonstram que **todos são responsáveis por atuar conforme e realizar estândares de legalidade mais densos e consistentes, que tomem a pessoa que se apresenta a um juiz como centro dos compromissos que se deve exteriorizar como Estado.**

Mais: que a pessoa que se submete à prisão não é um dado inanimado, “mas alguém com uma história de vida, pessoa que advém de um contexto familiar e social, via de regra, conflituoso, ser humano que carrega um enredo pessoal e emocional, impregnado de sentimentos e emoções, e que, muitas vezes, precisa de oportunidades e de investimento pessoal para se estabilizar socialmente”.

A jurisdição da Corte IDH, ainda pouco conhecida e difundida no Brasil, por conta da recente decisão (de 1998) do Estado brasileiro de se submeter aos efeitos dos pronunciamentos judiciais que são construídos e ditados desde São José da Costa Rica para toda a América, deve ser repassada e servir de orientação e inspiração para se ampliar a visão sobre fatos e coisas, numa dimensão mais holística e universal.

Realmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos é um documento que deve compor o ideário do juiz e da juíza brasileiros e constituir-se em ferramenta de trabalho que, uma vez manejada em conformidade com a Constituição Federal, desenha uma série de compromissos e habilita um vasto ferramental para uma magistratura que atue para revalidar sua posição institucional neste momento histórico.

É necessário que os atores do sistema de justiça, todos, **mais ainda os juízes e juízas brasileiros, que também são juízes e juízas interamericanos, sejam intérpretes e ajam para zelar pelo cumprimento exigente dessas prescrições internacionais.**

Já não é possível se satisfazer com uma atividade judicial que admita interpretações lacônicas e incompletas, se satisfaça com conclusões ou respostas empobrecidas e não perceba que atua em prol de uma seletividade desumana, na escolha do que se deve ou do que não se deve.

Admitir que a prisão de alguém seja possível, **mas não se importar com: (a) o modo como a prisão dessa pessoa foi realizada, (b) para onde essa pessoa será levada ou (c) em que condições será acomodada** é ignorar a responsabilidade de que o mesmo Estado-Juiz tem dois vértices que decorrem da mesma responsabilidade: **ser o guardião de direitos e garantias individuais.**

Enfim, aí está algo para se atentar.

Chegou o momento em que todos devem perceber que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de modo sistemático, e que os limites para uma decisão judicial estão antecipadamente definidos.

Ocorre que o processo de tomada de decisões não está, apenas, circunscrito a juízes e juízas. O cultivo das audiências de custódia como “política pública judiciária”, indiretamente e com um único golpe, atingiu, também, outros atores e sobretudo o aparato de segurança pública, impactando um padrão operacional que precisa se reconfigurar em legitimidade.

A polícia deve ser a primeira a perceber que nem todos serão presos, **mas somente aqueles que absolutamente se apresentem incompatíveis com o convívio social**, e que executar uma prisão em conformidade com a lei a ratifica enquanto instituição destinada à proteção da sociedade.

O ministério público, por sua vez, ao mesmo tempo que atua para cobrar responsabilidades, não pode “dar de ombros” para o descumprimento do ordenamento jurídico quando deixa de observar que uma prisão levada a efeito ou mantida de qualquer maneira, ou sem respeito aos requisitos elementares, acarreta danos irremediáveis e é deletéria para a sociedade, para a defesa da integridade do sistema de justiça e da ordem jurídica justa.

Muitos ainda resistem a perceber que a Constituição Federal de 1988 edificou as bases de um sistema acusatório de processo que guarda muita dificuldade para se sobrepor àquele modelo inquisitorial autoritário disseminado pelo Código de Processo Penal.

No julgamento da ADPF 347, a Suprema Corte brasileira, a exemplo do que fez o Tribunal Constitucional da Colômbia, admitiu que a “situação carcerária” no país justificava reconhecer que o Brasil, em matéria de prisões, atravessa um “estado de coisas inconstitucional”, sendo

lastimável a saturação e o esgotamento em que se encontram os presídios superlotados brasileiros e o baixo rendimento do sistema prisional [10]¹⁰.

Mas o que mais isso quer dizer?

A mensagem é clara: as práticas oficiais também estão à margem da lei, na medida em que, todos os dias, ignoram-se direitos e produzem-se, maciçamente, ilegalidades, pouco ou nada se fazendo para que essa situação recobre algum sentido.

Pois esta forte declaração deveria impactar a todos e, sobretudo, afetar a sensibilidade de juízes e juízas brasileiros.

Prisões decretadas ou mantidas no dia de hoje, alheias à percepção de que presídios superlotados e esgotados em infraestrutura ofendem a dignidade daqueles que para lá estão sendo enviados e continuarão detidos [com nenhum exemplo a resultar para essas pessoas], uma vez executadas sem parâmetros de respeito à incolumidade física de autuados em flagrante ou presos preventivamente, barbarizam a perspectiva civilizacional de uma sociedade, **servindo, exclusivamente, para repercutir um modelo judicial divorciado da justiça e complacente com a violência institucional.**

É por essas razões que as audiências de custódia, neste contexto, assumem papel muito importante, na medida em que se predispõem a aumentar a capacidade de percepção e de reação do julgador, a promover a alteridade do outro e a elevar o padrão de legalidade das decisões.

Por todos os ângulos sob os quais se veja, é um ato que faz a prisão ser pensada e repensada como medida de exceção e *ultima ratio*, franqueando ao Estado-juiz calibrar a necessidade e modular a correção do uso da força contra o cidadão.

Está na hora de se minimizar as imperfeições e danos que resultam de prisões sem se pensar em seu resultado prático e útil.

Esse, pois, é o pecado original, a culpa que carregam todos aqueles que não assumem posturas condizentes com a defesa de condições mais favoráveis para que “direitos sejam, efetiva e concretamente, respeitados”.

¹⁰ Disponível em: <https://bit.ly/3jFtovw>. Acesso em: 22 ago. 2021.

