

A PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

FICHA CATALOGRÁFICA

P896 Prado, Daniel Nicory do.

A prática da audiência de custódia / Daniel Nicory do Prado. – Salvador :
Faculdade Baiana de Direito, 2017.

118 p.

Bibliografia.

ISBN 978-85-62756-57-3.

1. Audiência. I. Título.

CDD 345.05

Ficha catalográfica elaborada por Ivanildes Sousa CRB5/1477.

DANIEL NICORY DO PRADO

Doutorando e Mestre em Direito pela UFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito e do curso de especialização em ciências criminais da Universidade Católica do Salvador. Defensor Público de Classe Final. Membro Eleito do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia (2015-2017). Ex-Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública (2013-2015). Coordenador Estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) na Bahia (2015-2017).

A PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Salvador
2017



Editoração eletrônica:

Carla Piaggio | www.carlapiaggio.com.br

Capa: Salamanda

Conselho Editorial:

Fredie Didier Júnior,
Gamil Föppel El Hireche,
Valton Pessoa,
Dirley da Cunha Júnior,

Cristiano Chaves de Farias,
Nestor Távora,
Rodolfo Pamplona Filho,
Maria Auxiliadora Minahim.

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade Baiana de Direito.

Copyright: Faculdade Baiana de Direito.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Faculdade Baiana de Direito. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria sido possível sem a prestimosa colaboração de diversas pessoas, a quem dedico, abaixo, os meus sinceros agradecimentos:

A Isadora Menezes Cardim, responsável pela consolidação dos dados referentes à atuação da Defensoria Pública junto ao Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, cujo trabalho foi indispensável para a realização da parte empírica deste livro;

A Gustavo Marques Arlego Paraguassu, servidor da Defensoria Pública junto ao Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, responsável pelos nossos serviços administrativos, prestados com atenção e entusiasmo;

A Lucas da Silva Moreira, servidor do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, responsável pela coordenação administrativa dos trabalhos, que sempre nos atendeu com eficiência e cordialidade;

A Alessandro Moura dos Santos e Iracema Érica Ribeiro Oliveira, colegas defensores públicos que atuam comigo no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, pela confiança e pela parceria ao longo dos últimos dois anos;

A Maurício Garcia Saporito, Subcoordenador das Defensorias Públicas Especializadas Criminais e de Execução Penal, pelo diálogo franco e pelo acesso imediato e irrestrito aos dados da atuação da Defensoria Pública junto ao Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador;

A Antônio Alberto Faiçal Júnior, juiz coordenador do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, em nome de quem agradeço a todos os magistrados que atuaram no Núcleo, pelo diálogo interinstitucional respeitoso e pela atuação independente e séria;

A Antônio Eduardo Cunha Setúbal, promotor de justiça, em nome de quem saúdo todos os membros do Ministério Público que atuam ou atuaram no Núcleo de Prisão em Flagrante, pela lealdade na atuação adversarial.

PREFÁCIO

Num prefácio não se trata de *dizer antes*, antecipando o que deverá ser o resultado da leitura, da apreciação e da reflexão pessoal de cada leitor, e sim de expressar em algumas palavras os motivos pelos quais a obra torna-se objeto de interesse, neste caso tanto científico quanto político. Em relação ao livro “A prática da audiência de custódia”, aceitei o convite do Prof. Daniel Nicory a realizar seu prefácio, por três razões principais: o entusiasmo que alimento pela pesquisa empírica no âmbito do direito, o desafio de observar e discutir as práticas das audiências de custódia em Salvador e, enfim, o reconhecimento pelo trabalho desenvolvido até hoje por Daniel Nicory, tanto no âmbito da Defensoria Pública do Estado da Bahia, lembrando especialmente do período em que esteve à frente da Escola da Escola Superior da Defensoria Pública – ESDEP, quanto na esfera acadêmica, desenvolvendo a difícil tarefa de se constituir professor-pesquisador no campo do Direito.

O livro propõe uma contribuição significativa para uma abordagem empírica da prática das audiências de custódia. Por se tratar de um aspecto sensível da operacionalização jurídica no campo penal, o trabalho de Daniel Nicory é, antes de tudo, necessário e instigante.

A audiência de custódia, instrumento próprio ao processo penal, se consubstancia na rápida apresentação da pessoa presa em flagrante a um(a) juiz(a), para que seja verificada a oportunidade da privação de liberdade no decorrer dos trâmites processuais e para que sejam apuradas possíveis práticas de tortura e maus tratos por agentes públicos, no decorrer ou em virtude da prisão. Assim, a possibilidade de um encontro presencial imediato do custodiado com o(a) juiz(a) deve contribuir, sobretudo, para humanização das suas decisões e para reduzir a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória, tristemente comum no Brasil. Além disto, a audiência de custódia deve promover de forma precoce o direito de defesa, no qual se destaca o papel do(a) defensor(a) público(a), para quem não tem condições de arcar com as despesas advocatícias.

Assim, as audiências de custódia, consolidadas recentemente no nosso ordenamento jurídico, como efeito de importantes lutas travadas pelos movimentos sociais em articulação com setores progressistas do âmbito jurídico, constituem-se em um importante instrumento para fazer valer direitos fundamentais, essencialmente dos réus, consagrados na Constituição Federal, no campo da segurança pública e da justiça criminal. É impossível afirmar isto sem lembrar o caráter estruturalmente autoritário, racista e violento do sistema penal brasileiro, apesar

dos esforços realizados nas duas últimas décadas e lamentavelmente colocados em risco pelos últimos desenvolvimentos na política nacional que, no mínimo, afrontaram — e continuam afrontando — em diversos momentos e tópicos da esfera pública, tanto os mandamentos constitucionais quanto os princípios da convivência democrática. Assim, diante de quem propõe a mera mobilização do estado armado no lugar das práticas de pesquisa, a obra em tela desempenha uma função decisiva, especialmente no momento atual.

Neste sentido, propor uma pesquisa de cunho empírico no campo do direito, mais especificamente do direito penal, constitui uma tarefa imprescindível para oferecer bases seguras para observação das atividades do sistema penal, para identificação de suas lacunas históricas no contexto brasileiro e baiano, e para orientar políticas voltadas para garantia dos direitos humanos.

Chama atenção no trabalho o envolvimento de um ator do direito, um defensor público, desta vez na condição de pesquisador. Trata-se de uma condição privilegiada e rara, ligada à própria vocação do autor, que deveria, a nosso ver, se encontrar com frequência bem maior no campo jurídico. Neste livro, fiel à tradição empírica de pesquisa em torno do direito — com seus conceitos, objetos, métodos — o leitor encontrará, após uma clara discussão de cunho jurídico-dogmático, análises quantitativas referentes às audiências de custódia. Estas, entre outras questões levantadas, problematizam as atividades deste instituto do controle penal e permitem ilustrar caminhos abertos por este novo dispositivo jurídico.

O que torna a obra mais marcante é o desafio de adotar, de maneira rigorosa, métodos especificamente oriundos da análise quantitativa. Além disto, o texto é atravessado por uma perspectiva pedagógica instigante, que o torna utilizável na prática de ensino, desta vez pautada na produção de conhecimento, de caráter empírico e local, e não de mera reprodução de conteúdos dogmáticos.

O livro que o leitor tem nas mãos destina-se a nos ajudar no conhecimento e na reflexão sobre diversas facetas deste instituto de direito processual penal. A pesquisa participa do esforço nacional de acompanhamento da prática das audiências de custódia, analisando, entre outros aspectos, seu efeito específico sobre o uso da prisão provisória em Salvador, suas características em função de variáveis diversas tais como o tipo penal, os antecedentes criminais, a idade, o gênero e a raça dos réus. Ademais disto, o texto oferece comparações entre os resultados das audiências (prisão cautelar ou soltura) e os desenlaces dos processos correspondentes, ainda que enxergados de forma hipotética, verificando a proporcionalidade ou não do recurso à prisão provisória. A perspectiva adotada, além de identificar questões cruciais observadas na realidade — tais como a notória

seletividade racial e social do sistema penal — cria as condições para novos possíveis trabalhos de pesquisa, notadamente aqueles também voltados para a observação qualitativa das próprias audiências, que permitam apreender suas dinâmicas específicas, as relações entre os atores, os efeitos de poder e, enfim, a (não) efetivação da esperada humanização num âmbito onde geralmente predominam frieza, autoritarismo e burocracia.

“Para o direito não temer a vida”. Foi o título do terceiro Encontro Nordeste de Pesquisa Empírica em Direito – ERPED, inscrito na Rede Nacional de Pesquisa Empírica em Direito – REED, que tive o prazer de organizar recentemente na Universidade Estadual de Feira de Santana, junto com outros professores e pesquisadores. Este livro parece ir neste mesmo sentido, chamando para um direito pulsante referendado nos anseios reais das pessoas, que conte com o envolvimento cívico dos atores jurídicos e que seja, enfim, voltado para a transformação social e a efetivação dos direitos. Que este trabalho, assim como a atuação do Professor e Defensor Público Daniel Nicory, possa servir de estímulo para outras pesquisas empíricas na área do Direito e, no caso específico, contribuir para enfrentar o grave problema do excesso de prisões provisórias no Brasil e, de maneira geral, da utilização exorbitante e ineficaz do encarceramento.

Salvador, fevereiro de 2017

Riccardo Cappi

Doutor em Criminologia pela Universidade Católica de Louvain
Professor nos cursos de Direito da UEFS e da UNEB.
Membro da Rede de Pesquisa Empírica em Direito.

APRESENTAÇÃO

Em tempos de encarceramento em massa e do abuso da prisão preventiva no Brasil que, segundo as últimas estatísticas, chegou a quarta população carcerária do mundo, as audiências de custódia representam um dos maiores avanços contemporâneos para racionalizar o ingresso de pessoas nesses centros de confinamento e privação de liberdade, ainda que saibamos que não deva ser uma iniciativa isolada.

Introduzida no ordenamento brasileiro pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, recentemente regulamentada pela resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, a obrigatoriedade de apresentação de qualquer pessoa presa a uma autoridade judiciária oportunizou que a história de vida, as condições pessoais e familiares e não apenas o fato que pesa sobre o apresentado, sejam objeto de apreciação do juiz na hora de decidir sobre a manutenção ou não da prisão.

Nesse oportuno e bem-vindo livro o autor, meu amigo e colega Daniel Nicory do Prado, pessoa de inteligência e competência indiscutíveis, tem a dura tarefa de analisar os dados coletados durante um ano de audiências de custódia na comarca de Salvador onde ele exerce incansavelmente o cargo de Defensor Público. Assim o faz com a clareza de quem conhece o assunto e a realidade vivenciada nas salas onde acontecem as audiências de custódia, sem deixar de lado a técnica de pesquisa acadêmica que permeia toda a obra.

Sem dúvida nenhuma o leitor, seja ele estudante ou profissional de qualquer ramo do direito, terá uma nova e diferenciada visão das audiências de custódia e suas repercussões na vida das pessoas que passam por essa experiência. Os dados apresentados e analisados são de grande valor e as conclusões tiradas ajudarão, incomensuravelmente, todos que venham ler este livro. Meu trabalho teria sido muito mais fácil se eu tivesse essa obra em setembro de 2015.

Mauricio Garcia Saporito

Defensor Público do Estado da Bahia

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADEPOL-Brasil – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANAMAGES – Associação Nacional dos Magistrados Estaduais
APF – Auto de Prisão em Flagrante
ARP – Associação pela Reforma Prisional
CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
Coef. - Coeficiente
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CVLI – Crimes Violentos Letais Intencionais
DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional
DPE – Defensoria Pública do Estado
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
ERDEP – Encontro Regional de Pesquisa Empírica em Direito
ESDEP – Escola Superior da Defensoria Pública
HC – *Habeas Corpus*
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MJ – Ministério da Justiça
NAC – Núcleo de Audiências de Custódia

NC – Nenhum caso
NEV – Núcleo de Estudos da Violência
NPF – Núcleo de Prisão em Flagrante
OAB-BA – Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Bahia
ONU – Organização das Nações Unidas
OSF – *Open Society Foundations*
PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PREJ. – Prejudicado
Prov. – Provimento
PSOL – Partido Socialismo e Liberdade
REED – Rede Nacional de Pesquisa Empírica em Direito
Res. - Resolução
RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
SSA - Salvador
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TJBA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UNDP – *United Nations Development Program*
USP – Universidade de São Paulo

LISTA DE QUADROS E TABELAS

Quadro 1 – Quadro comparativo dos prazos de apresentação, de suas exceções e do início da vigência de cada ato	42
Quadro 2 – Quadro comparativo dos procedimentos da audiência de custódia	44
Tabela 1 – Tipos penais imputados aos presos do Núcleo de Prisão em Flagrante	50
Tabela 2 – Índice de decretação de prisão preventiva, por tipo de crime	51
Tabela 3 – Índice de decretação de prisão preventiva, por tipo de crime, no Distrito Federal	59
Tabela 4 – Vida prgressa dos presos do Núcleo de Prisão em Flagrante	61
Tabela 5 – Índice de decretação de prisão preventiva de acordo com o tipo penal e a vida prgressa do preso:	63
Tabela 6 – Faixa etária dos presos do Núcleo de Prisão em Flagrante	66
Tabela 7 – Média de idade do preso e índice de decretação da preventiva, por tipo penal.	67
Tabela 8 – Participação feminina e índice de decretação da prisão preventiva por tipo de crime	69
Tabela 9 – Índice de decretação da prisão preventiva, dos flagrados sem antecedentes, segundo o tipo penal e o gênero.	70
Tabela 10 – Índice de decretação da prisão preventiva, de acordo com a cor e o tipo penal	72
Tabela 11 – Demanda da Defensoria Pública, por tipo de crime e por raça/cor/etnia	74
Tabela 12 – Índice de decretação da prisão preventiva segundo o tipo de defesa	78
Tabela 13 – Correlação entre a demanda da Defensoria Pública, por tipo de crime, e a diferença no percentual de decretação da prisão preventiva segundo o tipo de defesa	79
Tabela 14 – Correlação entre a demanda mensal da Defensoria Pública e a diferença no percentual de decretação da prisão preventiva, por tipo de defesa	80
Tabela 15 – Índice de decretação da prisão preventiva, de acordo com os antecedentes e o tipo de defesa	81
Tabela 16 – Índice de decretação da prisão preventiva, para presos sem antecedentes criminais, por tipo de defesa, segundo o tipo penal	82
Tabela 17 – Índice de manutenção da prisão, para presos por crimes não violentos, segundo o tipo de defesa	84

Tabela 18 – Índice de decretação da prisão preventiva, por tipo penal e por juiz.	88
Tabela 19 – Correlação entre representação na população e variação nas decisões judiciais	90
Tabela 20 – Índice de decretação da prisão preventiva, de acordo com os antecedentes e o juiz	92
Tabela 21 – Índice de decretação da prisão preventiva, de presos sem antecedentes, por tipo penal e juiz	93
Tabela 22 – Índice de decretação da prisão preventiva, de presos com antecedentes criminais, por tipo penal e juiz	94
Tabela 23 – Comparação dos coeficientes de variação da decisão, segundo o tipo penal	95
Tabela 24 – Índice de arbitramento de fiança por juiz	98
Tabela 25 – Índice de arbitramento de fiança, de acordo com o tipo de defesa	98
Tabela 26 – Índice de relaxamento de prisão, de acordo com o tipo penal e o juiz	100
Tabela 27 – Índice de relaxamento de prisão, de acordo com os antecedentes e o juiz	101

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
PREFÁCIO.....	7
APRESENTAÇÃO.....	11
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	13
LISTA DE QUADROS E TABELAS.....	15

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO.....	19
------------------------	-----------

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO E REGULAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	21
1. Fundamento da audiência de custódia	22
1.1. Convenções internacionais.....	22
1.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	26
2. Regulação da Audiência de Custódia.....	29
2.1. Prazo da audiência de custódia e as exceções à apresentação	29
2.2. Direito de defesa e entrevista reservada.....	31
2.3. Entrevista judicial do preso.....	32
2.4. Perguntas sobre a prisão e perguntas sobre o mérito	32
2.5. Condições pessoais do preso.....	37
2.6. Postulações e decisão acerca da prisão	39
2.7. Os relatos de tortura e de maus tratos	40
2.8. Análise comparativa dos atos normativos.....	42

CAPÍTULO III

A PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	47
1. A metodologia empregada.....	47
2. Perfil dos presos em flagrante ouvidos nas Audiências de Custódia	49
2.1. Tipo penal.....	49
2.2. Vida pregressa	60
2.3. Idade.....	65
2.4. Gênero.....	68
2.5. Raça, cor ou etnia.....	71
3. Audiência de Custódia e Acesso à Justiça.....	73
3.1. Demanda da Defensoria Pública.....	74
3.2. Resultado das Audiências de Custódia segundo o tipo de defesa.....	77
4. Audiência de Custódia e Segurança Jurídica	85

4.1. Decretação da prisão preventiva de acordo com o magistrado.....	88
4.2. Arbitramento de fiança de acordo com o magistrado.....	96
4.3. Relaxamento de prisão de acordo com o juiz	100

CAPÍTULO IV

CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
-----------------------------------	------------

CAPÍTULO V

REFERÊNCIAS.....	109
-------------------------	------------

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

A implementação das audiências de custódia em todos os estados da federação foi, sem dúvida, o maior avanço do processo penal nos últimos anos, apesar de, rigorosamente, ter sido apenas o cumprimento tardio de obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional há mais de vinte anos.

A sua realização já era pleiteada por entidades como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM, 2013), e só se tornou possível em razão da conjugação de esforços e da vontade política de diversas instituições do sistema de justiça, em especial de alguns órgãos do Poder Judiciário e das Defensorias Públicas, visto que as resistências e objeções foram e ainda são muitas, dentro e fora dos sistemas policial e judicial.

A discussão que aqui se faz sobre a “prática da audiência de custódia” não é, em essência, como poderia parecer à primeira vista, um manual de procedimento voltado aos operadores; é, antes, o resultado de uma pesquisa empírica de grande fôlego, que só foi possível graças à coleta de dados extremamente cuidadosa e eficiente da Defensoria Pública do Estado da Bahia, durante o primeiro ano de funcionamento do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador sob o regime das audiências de custódia, como se pode ver na seção de agradecimentos.

Apesar de a análise empírica do funcionamento efetivo do serviço ser o principal objetivo, o presente trabalho não se furtou à análise jurídico-dogmática das audiências de custódia: o seu fundamento convencional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a regulação pelos órgãos do Poder Judiciário são objeto da primeira parte.

Na análise empírica, três grandes questões orientaram a leitura dos dados disponibilizados pela Defensoria Pública: o perfil dos presos (gênero, idade, raça, tipo penal e vida pregressa), os efeitos da audiência de custódia no acesso à justiça (desempenho do serviço da Defensoria Pública) e a variação subjetiva das decisões judiciais.

O método empregado no presente trabalho (pesquisa empírica quantitativa documental) e sobretudo a sua base empírica (todas as 3943 audiências de custódia registradas no controle da Defensoria Pública entre setembro de 2015 e agosto de 2016, inclusive aquelas realizadas por advogados particulares) permitem, com a exposição das principais variáveis dos casos e das suas múltiplas combinações, o alcance de conclusões confiáveis sobre o funcionamento real do sistema judicial.

Por outro lado, perde-se a dimensão oral das audiências de custódia, sobretudo na perspectiva dos próprios presos, já que não foi realizada observação dos atos judiciais, como, por exemplo, no elucidativo trabalho de Pedro Abramovay (2016).

A opção pela pesquisa empírica documental quantitativa se deveu, como já foi dito, à existência de uma base de dados extraordinariamente completa e confiável nos arquivos da Defensoria Pública do Estado da Bahia e, mesmo nas suas poucas incompletudes (como, por exemplo, o fato de a vida pregressa só ter sido registrada em 1283 casos, ocorridos nos últimos três meses do período estudado), a quantidade de informação é suficientemente elevada para permitir conclusões úteis.

A possibilidade de oferecer ao debate público uma análise rigorosa de uma base pública extraordinariamente completa foi a principal motivação do presente trabalho, mas as suas conclusões não têm a pretensão de afirmar verdades definitivas sobre o sistema de justiça; ao contrário, pretende contribuir para o crescente, mas ainda incipiente, acervo de pesquisas jurídicas empíricas no país, já que é só pela comparação de resultados de numerosas investigações, em todos os estados da federação, será possível compreender efetivamente o funcionamento das instituições judiciais e trabalhar para o seu aprimoramento.

O Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador é um serviço judicial eficiente e acessível ao cidadão. Todas as críticas feitas ao longo do presente trabalho apontam limitações e oportunidades de aprimoramento, mas não invalidam a afirmação, já feita em oportunidades anteriores (PRADO, 2015; PRADO, 2016, p. 3), de que o NPF é um exemplo a ser seguido.

É preciso, no entanto, explicitar que o autor deste trabalho é um dos três defensores públicos titulares com atuação no NPF e, portanto, teve participação direta numa parcela considerável das audiências realizadas no período.

Tal informação não invalida a cientificidade das conclusões, que é garantida pelo emprego rigoroso do método e, sobretudo, pela explicitação da própria condição de profissional do direito com atuação prática no próprio campo de estudo, o que serve, como sustenta Pedro Demo (DEMO, 2008), para que o leitor exerça o seu próprio controle metodológico, com o conhecimento do lugar de fala que lhe permite fazer a crítica da ideologia do autor.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO E REGULAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Sumário: **1. Fundamento da audiência de custódia:** 1.1. Convenções internacionais; 1.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — **2. Regulação da Audiência de Custódia:** 2.1. Prazo da audiência de custódia e as exceções à apresentação; 2.2. Direito de defesa e entrevista reservada; 2.3. Entrevista judicial do preso; 2.4. Perguntas sobre a prisão e perguntas sobre o mérito; 2.5. Condições pessoais do preso; 2.6. Postulações e decisão acerca da prisão; 2.7. Os relatos de tortura e de maus tratos; 2.8. Análise comparativa dos atos normativos.

Desde o início da realização das audiências de custódia no Brasil, por iniciativa dos Tribunais de Justiça, após anos de discussão e cobrança da sociedade civil, o instituto vem sofrendo intenso ataque de organizações corporativas descontentes com sua implementação, cujas principais teses são a ausência de previsão legal específica e a suposta extrapolação do poder regulamentar dos órgãos do Poder Judiciário, que teriam se imiscuído em matéria sujeita à reserva de lei. Analisando a questão sob o ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a intervenção penal do Estado, disciplinada pela legislação penal e processual penal, representa simultaneamente a tutela de direitos de defesa e direitos de proteção, sendo que os primeiros consistem na não intervenção indevida do Estado sobre o direito geral de liberdade do indivíduo, e os segundos exigem postura ativa do Estado para proteger o indivíduo de interferências indevidas em sua liberdade provocadas por outros indivíduos (ALEXY, 2008, p. 456).

Nessa difícil mediação, em que os poderes públicos têm pequena margem, fora da qual cairão ora no excesso, ora na proteção insuficiente, a audiência de custódia pode ser vista como direito a um procedimento, cujos critérios de avaliação são, primeiro, o respeito das instituições às regras procedimentais, ou seja, a conformidade da sua intervenção ao procedimento previsto, e a efetiva tutela material aos direitos fundamentais por meio do procedimento (ALEXY, 2008, p. 488).

Segundo Robert Alexy (2008, p. 489), “mesmo que a conformidade do resultado aos direitos fundamentais não seja garantida pelo procedimento, há um aumento da probabilidade de um resultado nesse sentido”.

A audiência de custódia é um procedimento mais adequado para a tutela do direito individual à liberdade, na sua perspectiva de não intervenção indevida do Estado, porque a apresentação do preso ao juiz permite um controle efetivo das circunstâncias da prisão, pelo magistrado, do que a mera comunicação escrita da prisão pela autoridade policial, tanto porque o flagrado será entrevistado pelo juiz, como porque estará na presença do seu defensor.

ALEXY (2008, p. 490) afirma ainda que “sempre que as normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas pelos princípios de direitos fundamentais. Se não houver princípios contrapostos, então há um direito definitivo à sua aplicação”.

Como se verá ao longo deste trabalho, a crítica à audiência de custódia assume um duplo viés: por um lado, as dificuldades de efetivação do instituto pela insuficiência das condições estruturais do Poder Judiciário e, por outro, o suposto estímulo à criminalidade que avaliação célere do caso representaria.

Analisando o segundo aspecto, que, se verdadeiro, poderia apontar um princípio contraposto (o da proteção) que exigisse a dispensa do procedimento, deve-se afirmar que, desde as reformas processuais de 2011, ficaram explicitados na legislação os mesmos prazos de apreciação judicial da prisão em flagrante, tendo mudado apenas o procedimento, que passou a enfatizar a oralidade e a presença do preso.

Além disso, a entrevista judicial pode acabar operando contra o interesse do flagrado, se se revelarem outras circunstâncias pessoais ou sociais que não sejam perceptíveis na comunicação do flagrante e que pode, inclusive, acabar influenciando uma decisão de decretação da prisão preventiva.

Situada, em linhas gerais, a audiência de custódia sob o ponto de vista teórico, é preciso partir para o esclarecimento do seu fundamento normativo e da sua regulação.

1. FUNDAMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1. Convenções internacionais

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que operacionaliza a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, transformando-a de uma carta de intenções em um instrumento com força normativa (COMPARATO, 2006, p. 275-276), e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592/1992, prevê, em seu Artigo 9, item 3, que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade” (BRASIL, 1992a).

Numa redação bastante semelhante, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), muito mais conhecida no Brasil que o PIDCP, sob o nome de Pacto de São José da Costa Rica, promulgado por meio do Decreto nº 678/1992, estabelece, em seu Artigo 7, item 5, que toda pessoa “detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer

funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.” (BRASIL, 1992b)

Ambas as convenções foram promulgadas no Brasil antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o que significa que integram o ordenamento jurídico brasileiro sem o *status* de norma constitucional derivada, mas de ato normativo supralegal e infraconstitucional, segundo o entendimento predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 (BRASIL, 2009).

Apesar disso, COMPARATO (2006, p. 299) afirmava que “nos países que ignoram o juizado de instrução criminal, como o Brasil, essa garantia não é observada”. Era um reconhecimento claro, embora sucinto, de que o país descumpriu, durante muito tempo, uma obrigação internacional.

Como se pode ver, é indiscutível a existência de norma jurídica plenamente aplicável impondo a realização da apresentação imediata do preso ao juiz desde 1992. A redação de ambos os diplomas é muito clara, e se vale de vários termos (preso, encarcerado, retido, detido) exatamente para evitar que cada ordenamento jurídico nacional burle a obrigação convencional com base em discussões terminológicas.

Uma dessas discussões, aliás, como se verá a seguir, diz respeito à expressão “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. O que importa, neste ponto, é enfatizar que a CADH deixa muito claro que a audiência de apresentação se refere a uma providência imediata e que não se confunde com a audiência de instrução e julgamento, com a expressão “sem prejuízo de que siga o processo”.

A apresentação do preso à autoridade judiciária é um resgate do sentido original do *Habeas Corpus* (COMPARATO, 2006, p. 86-87), e permite que o controle da legalidade do ato prisional seja realizado de forma plena, com a entrevista e o exame do preso, que não pode ser substituída a contento pela mera comunicação escrita da prisão e de suas circunstâncias.

Outro ponto digno de nota é que nenhuma das convenções internacionais restringe a audiência de custódia à prisão em flagrante, embora nesse caso ela seja ainda mais importante, já que a prisão não decorreu de ordem judicial, mas isso não significa que as demais modalidades (preventiva, temporária e decorrente de sentença condenatória) dispensem a audiência de apresentação.

Em primeiro lugar, cabe notar que, com a reforma processual penal de 2011, as medidas cautelares devem ser submetidas ao contraditório, em regra prévio, ou, quando isso representar risco de ineficácia, posterior ao seu cumprimento (LOPES JR, 2016, p. 605).

No caso das prisões preventiva ou temporária, a audiência de custódia, perante o juiz que ordenou a prisão, é o momento processual perfeitamente adequado para a realização do contraditório posterior a respeito da medida ordenada, dando oportunidade à defesa, se for o caso, de pedir a sua revogação ou substituição por outra medida.

Quanto à prisão decorrente da sentença condenatória, a audiência de custódia deve ser realizada perante juízo da execução, não só por já ter sido esgotada a jurisdição do juízo da condenação, mas em especial porque nessa ocasião o juiz da execução poderá esclarecer o preso acerca dos regimes prisionais e dos direitos e deveres decorrentes da Execução Penal.

Gustavo Badaró (2016, p. 1051) sustenta que inclusive a prisão civil e a apreensão de adolescente por ato infracional devem se submeter ao mesmo procedimento de apresentação à autoridade judicial. No mesmo sentido, a audiência de custódia para prisão civil seria o momento privilegiado para comprovar o pagamento do débito alimentar ou justificar a sua impossibilidade, nos termos do art. 528, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC).

Para a apresentação de adolescente por ato infracional, os arts. 174 e 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) já preveem procedimento similar à audiência de custódia, mas com encaminhamento do apreendido ao membro do Ministério Público e não ao juiz.

No que diz respeito às prisões relacionadas a infrações penais, BADARÓ (2016, p. 1052-1053) esclarece que, embora as convenções sejam abertas e admitam a apresentação ao juiz ou a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, no Brasil somente o magistrado pode apreciar a sua legalidade e decidir sobre a necessidade da sua manutenção, já que a autoridade policial está obrigada a lavrar o auto de prisão em flagrante (APF), quando for o caso, e só pode conceder a liberdade provisória com fiança aos crimes com pena máxima em abstrato não superior a quatro anos.

O maior vazio normativo referente às convenções internacionais diz respeito ao prazo para a realização da audiência de custódia. A expressão “sem demora” é eminentemente aberta, e não poderia ser diferente, dada a necessidade de adaptar o texto às diferentes realidades de cada Estado-Parte, ou mesmo às diferentes realidades dentro do mesmo Estado-Parte, mas é o típico conceito que, ainda que seja considerável a zona de penumbra, deixa clara a sua zona de certeza negativa, para além da qual ficará claramente caracterizada a violação da obrigação internacional.

Ainda sem entrar no mérito quanto aos prazos estabelecidos no Brasil para a realização das audiências de custódia, é preciso indagar: se o único fundamento

normativo direto estivesse nas referidas convenções, qual seria o limite máximo para a realização das audiências sem violação da obrigação internacional?

Segundo Aury Lopes Jr. (2016, p. 639), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) “já reconheceu a violação dessa garantia quando o detido foi apresentado quatro dias após a prisão (caso *Chaparro Alvarez contra Equador*) ou cinco dias após (Caso *Cabrera Garcia y Montiel Flores contra México*)”.

O caso Chaparro Alvarez e Lapo Íniguez contra o Equador tratou da responsabilidade do Estado-parte por diversas ilegalidades na detenção dos requerentes, merecendo destaque o reconhecimento, pela CIDH, de que a prestação de depoimento a um membro do Ministério Público não cumpre o direito consagrado na CADH de ser levado a um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, (CIDH, 2007, p. 17), e que os presos só foram apresentados ao juiz 23 (vinte e três) dias depois de sua detenção, numa evidente violação às regras convencionais (CIDH, 2007, p. 11).

Já o caso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra o México deixa ainda mais claro que a apresentação dos presos cinco dias após a detenção a uma autoridade judicial não atende ao prazo previsto na CADH, segundo a qual o preso deve ser apresentado “prontamente” ao juiz (CIDH, 2010, p. 38).

Uma interpretação sistemática das Convenções, da Constituição e do Código de Processo Penal (CPP) levaria à seguinte conclusão: à previsão convencional da “apresentação sem demora” acrescentam-se as previsões constitucionais de comunicação imediata da prisão ao juiz (art. 5º, LXII, da Constituição) e de relaxamento imediato da prisão ilegal pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV, da Constituição).

Tais previsões são densificadas pelo CPP, que prevê, em seu art. 306, § 1º, que o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz e à Defensoria Pública em até 24 (vinte e quatro) horas da realização da prisão, e, em seu art. 310, que o juiz “ao receber o auto” (BRASIL, 1941), deverá decidir fundamentadamente sobre sua legalidade e sobre a necessidade de manutenção da prisão.

Todos esses dispositivos deixam claro que a apresentação do preso e a decisão do juiz devem ser breves, mas não fixam categoricamente um prazo máximo. Para fixá-lo, duas soluções se apresentam:

A primeira delas é a adoção por analogia do rito do *Habeas Corpus*, segundo o qual “o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar” (art. 656 do CPP) (BRASIL, 1941) e, “efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas”.

A segunda é o recurso às disposições gerais do Código de Processo Penal, que, no seu art. 800, II, estabelece o prazo de cinco dias para as decisões

interlocutórias simples (BRASIL, 1941), dentro do qual necessariamente teria de ser realizada a audiência de custódia.

Como se verá a seguir, o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais de Justiça dos Estados adotaram a primeira solução, e se basearam, embora sem declaração expressa, no rito do *Habeas Corpus* não só quanto ao prazo da decisão, mas também quanto às exceções ao dever de apresentar o preso ao juiz.

Como se pôde demonstrar acima, caso a segunda alternativa compatível com a legislação brasileira fosse adotada, ainda assim haveria risco de reconhecimento, pela CIDH, de violação, pelo Brasil, da garantia de apresentação do preso “sem demora” à autoridade judicial.

Portanto, apesar de toda a crítica ao ativismo dos órgãos do Poder Judiciário, ficou demonstrado que o prazo de 24h (vinte e quatro horas) para a realização das audiências de custódia é o único que, simultaneamente, já tem previsão na legislação processual penal brasileira e não contraria a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Apesar do curto período de realização das audiências de custódia no Brasil, a sua implementação já deu origem a considerável discussão judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal (PRADO, 2016, p. 3).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240, movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil) visava à invalidação do Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência e da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinava a realização das audiências de custódia.

Em síntese, a autora arguiu que o regramento da audiência de custódia tem natureza de norma processual e, portanto, dependeria de lei federal, havendo, inclusive, projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, e que o *status* supralegal (e não constitucional) da Convenção Americana de Direitos Humanos inviabilizaria a regulamentação direta da matéria pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em 20 de agosto de 2015, O STF, por maioria, com um único voto divergente, do Min. Marco Aurélio, conheceu parcialmente da ação e a julgou, nesta parte, improcedente, por entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos fundamenta a realização da audiência de custódia, que remete à origem remota do *Habeas Corpus* como apresentação do preso ao juiz e ainda se faz presente na legislação brasileira, e que o Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP apenas regulamentou o procedimento de *habeas corpus*, em nada exorbitando ou

contrariando a lei processual penal e, ainda que o tivesse feito, o seu controle não seria admissível via ADI, já que o CPP é legislação infraconstitucional.

Em síntese, o STF entendeu 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” (BRASIL, 2016a).

Duas semanas depois, em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, movida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o objetivo de reconhecer as condições degradantes do sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”, ou seja, “um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”.

Entre as medidas cautelares deferidas pelo STF, diante da constatação do estado de coisas inconstitucional, incluiu-se a observância obrigatória da realização de audiências de custódia em todo o território nacional, para apresentação do preso ao juiz em até 24 (vinte e quatro) horas (BRASIL, 2016c).

Uma discussão mais aprofundada sobre o problemático conceito de “estado de coisas inconstitucional” foge aos propósitos do presente trabalho, mas é preciso mencionar que se trata de um conceito importado da jurisprudência da Suprema Corte Colombiana e representa uma revisão da concepção tradicional acerca da inconstitucionalidade por omissão, num contexto de crescente ativismo judicial (CAMPOS, 2015).

No entanto, o que interessa enfatizar é que o STF reconheceu nas audiências de custódia um instrumento eficaz e exequível, no curto prazo, para atenuar o caos do sistema prisional brasileiro.

Apesar das duas inequívocas manifestações do Supremo Tribunal Federal em favor da constitucionalidade dos atos normativos que regularam as audiências de custódia e da necessidade imperiosa de realizá-las em todo o país, a questão voltou a ser discutida com a propositura da ADI nº 5448, interposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES.

A ação questiona a constitucionalidade formal da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, entendendo que teria havido usurpação da competência privativa do Congresso Nacional (art. 22, I, da Constituição) para tratar de matéria processual penal.

Esse mesmo entendimento é partilhado por Rômulo de Andrade Moreira (2016) que, apesar de ser um defensor da realização das audiências de custódia independentemente da aprovação de lei ordinária, por entender que as Convenções

têm aplicabilidade direta, sustenta que o CNJ extrapolou os limites da sua competência regulamentar com a Resolução nº 213.

Hugo Otávio Tavares Vilela (2016, p. 198) acrescenta que a Resolução do CNJ, ao impor “deveres não só a juízes, membros do Ministério Público, polícia e até mesmo às secretarias de segurança pública”, teria violado as disposições constitucionais da separação de poderes e da reserva legal.

Cabe lembrar, sem desmerecer as posições contrárias expostas acima, que a citada resolução, que será discutida em seu pormenor logo a seguir, foi editada justamente em resposta às decisões anteriores do STF, na ADI 5240 e na ADPF 347, uma das quais afirmou que os atos do Tribunal de Justiça de São Paulo eram meramente regulamentares e não extrapolavam a competência do Poder Judiciário.

A referida ação teve seguimento negado liminarmente pelo relator por falta de legitimidade ativa, por entender que a ANAMAGES não é a entidade de classe nacional da magistratura (BRASIL, 2016b), estando pendente de julgamento o agravo regimental interposto pela autora.

Apesar da clareza da orientação da Suprema Corte acerca da obrigatoriedade da realização das audiências, Soraia da Rosa Mendes e Ana Carolina F. Longo (2016) constataram que o Superior Tribunal de Justiça, em decisões posteriores à concessão da medida cautelar na ADPF 347, tem afirmado que a ausência de realização de audiência de custódia por si só não torna nula a prisão cautelar, e que convertida a prisão em preventiva, ficaria superada a alegação da nulidade quanto à ausência de apresentação do preso, precedentes que, segundo as autoras, são “capazes de sufocar o instituto ainda no berço”.

O presente trabalho não examinou o impacto das audiências de custódia sobre a população carcerária, já que a base de dados utilizada não permitiria uma análise comparativa dos resultados anteriores e posteriores à sua realização, mas é preciso citar alguns estudos já publicados sobre o assunto, analisando a situação nas cidades de Salvador (PRADO, 2016) e de Porto Alegre (MARQUES; ANDRADE, 2016).

Embora seja notável a discrepância nos percentuais de decretação da prisão preventiva nas duas capitais (menos de 30% em Salvador e mais de 60% em Porto Alegre), em nenhum dos dois casos a realização da audiência de custódia representou alteração significativa do percentual já existente.

Por outro lado, no estado do Tocantins, Yuri Anderson Pereira Jurubeba (2016, p. 73-74), constatou um impacto significativo na concessão das liberdades provisórias, quando comparado o último mês antes da realização das audiências (julho de 2015, 23,7%) e o primeiro mês de sua implementação (agosto de

2015, 62,8%), embora tenha observado um decréscimo no percentual de liberdades provisórias a partir do mês de outubro de 2015.

Segundo JURUBEBA (2016, p. 74), foi “impossível constatar com exatidão qual o motivo do decréscimo, em tão curto período de tempo, no quantitativo de liberdades provisórias deferidas com a realização das audiências de custódia”. O autor (JURUBEBA, 2016, p. 74) adverte ainda que “tais causas devem ser estudadas, pois a viabilidade do instituto pode estar sendo ameaçada por razões de cunho institucional e protecionista, desvirtuadas da verdadeira essência da jurisdição”.

Uma compilação de dados do Conselho Nacional de Justiça, apresentada pelo periódico Jota (2016) expõe significativa discrepância nos percentuais de manutenção da prisão após a audiência de custódia nos diversos estados da federação, variando de 21,21% em Alagoas a 84,1% no Rio Grande do Sul.

Isso demonstra que as audiências de custódia não são uma condição suficiente para o objetivo de descarcerização responsável afirmado no julgamento da ADPF 347, se não se promover uma reforma mais ampla da cultura jurídica, mas é certo que a sua realização é uma condição necessária precisamente para essa reforma.

2. REGULAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Considerando as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações mencionadas acima, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, em 15 de dezembro de 2015, para determinar a realização, em todo o país, das audiências de custódia, com início de vigência em 1º de fevereiro de 2016, e prazo de 90 dias, após a vigência, para adaptação dos Tribunais de Justiça (BRASIL, 2015).

Observe-se que a resolução não se restringe às audiências de custódia para presos em flagrante delito, determinando, em seu art. 13, que elas também sejam realizadas nas demais modalidades de prisão, aplicando-se-lhes as suas previsões no que couber.

2.1. Prazo da audiência de custódia e as exceções à apresentação

O primeiro ponto relevante no conteúdo da resolução (art. 1º) é que a contagem do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a realização da audiência de custódia começa a partir da comunicação da prisão em flagrante ao juiz. Tal disposição é ligeiramente diferente da determinação do STF na ADPF nº 347, segundo a qual as 24 (vinte e quatro) horas deveriam ser contadas a partir do momento da prisão.

A previsão do CNJ parece mais adequada à realidade e não prejudica o cumprimento efetivo das convenções internacionais. A Resolução nº 213 estabelece um prazo de vinte e quatro horas para o Poder Judiciário, que é independente e

subsequente ao prazo que o Código de Processo Penal, em seu art. 306, § 1º, atribui à autoridade policial para a comunicação da prisão.

Assim, num prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, os presos em flagrante terão a prisão comunicada e serão apresentados ao juiz para oitiva e decisão sobre custódia ou liberdade. Por outro lado, a ADPF impõe um prazo único (vinte e quatro horas) a duas autoridades de dois poderes diferentes, sendo que, se a Polícia utilizar o seu prazo legal máximo para a comunicação do flagrante, esgotará integralmente o prazo para a realização da audiência de custódia pelo Judiciário, tornando impossível o cumprimento da medida cautelar.

Além disso, o prazo previsto na Resolução nº 213 do CNJ reproduz o do art. 660 do CPP, que confere ao juiz, no procedimento de *Habeas Corpus*, que, como dito mais acima, um prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a decisão após o interrogatório do paciente.

Desta forma, embora haja conflito aparente entre a previsão normativa e a decisão judicial com efeito *erga omnes*, a resolução é compatível com o espírito das convenções internacionais e cumpre, com a mesma eficácia, a garantia da apresentação célere do preso ao juiz.

Não por acaso, o estreito prazo fixado pelos atos do Poder Judiciário e mantido pelas decisões do Supremo Tribunal Federal foi encarado com bastante ceticismo por uma parte da doutrina, que logo apontou o risco de ineficácia do dispositivo e de desmoralização do instituto.

Síntese desse entendimento é a posição de Hugo Otávio Tavares Vilela (2016, p. 201), para quem “o Brasil, que possui estados cujas condições materiais se aproximam às de países africanos, prometeu a seus presos que, no tópico aqui discutido, dar-lhes-á maior proteção que aquela garantida pela Europa. Por certo, estamos construindo castelos no ar”.

Contrariando o agudo pessimismo da posição transcrita acima, cabe observar que, na cidade de Salvador, segundo estudo realizado nos seis primeiros meses de realização das audiências de custódia, “88,79% das audiências foram realizadas até dois dias depois da prisão, e apenas 3,24% foram realizadas após o quarto dia” (PRADO, 2016, p. 3).

Portanto, não é preciso ter níveis de desenvolvimento ou de estrutura do Poder Judiciário europeus para garantir uma proteção eficiente ao direito dos presos ao controle judicial presencial da sua prisão. A capital do estado da Bahia, cujo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) em 2010 (PNUD, 2013) era de 0,660, comparável ao da África do Sul em 2014, de 0.666 (UNDP, 2015), conseguiu cumprir o prazo fixado pelo CNJ em quase 90% dos casos.

Além disso, existem algumas exceções à realização da audiência de custódia no prazo determinado. Segundo o art. 1º, § 4º, da Resolução nº 213, a audiência pode ser realizada após o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, assim que o impedimento cessar, em caso de grave enfermidade do preso ou de circunstância comprovadamente excepcional que impeça a sua apresentação imediata.

A grave enfermidade do preso como exceção ao dever de apresentar, e inclusive a possibilidade de oitiva do mesmo no local em que se encontra, já estavam previstos no art. 657 do Código de Processo Penal, que trata do rito do processo de *Habeas Corpus*.

Como se verá a seguir, as resoluções editadas pelos Tribunais de Justiça têm discrepâncias significativas quanto às causas em que o descumprimento do prazo é admissível e qual medida deve ser adotada em lugar da apresentação imediata.

2.2. Direito de defesa e entrevista reservada

A audiência de custódia é mais um passo rumo ao respeito efetivo ao direito de defesa, e deve ser vista no contexto das reformas processuais penais realizadas desde o início dos anos 2000.

Com efeito, somente no ano de 2003 o interrogatório judicial passou a ter a presença obrigatória da defesa técnica, e somente em 2008 houve a reforma processual que posicionou a oitiva do réu como último ato da instrução, a ser praticado, portanto, após a efetiva ciência do acusado a respeito do acervo probatório existente em seu desfavor.

Quanto à prisão em flagrante, a principal inovação institucional anterior à audiência de custódia foi a reforma do art. 306 do Código de Processo Penal, em 2007, que passou a prever a comunicação obrigatória de todas as prisões em flagrante à Defensoria Pública, em caso de não acompanhamento do APF por advogado ou de não informação, por parte do preso, do nome do seu patrono. Merece ainda destaque a previsão, em 2016, do direito do advogado de acompanhar clientes investigados, sob pena de nulidade do depoimento.

Com isso, começaram a ser criadas as condições normativas para a efetivação do direito de defesa em todas as fases da persecução penal. O acesso efetivo à justiça com defesa técnica, no entanto, vai muito além do plano normativo.

Mais uma grande vantagem da realização das audiências de custódia é o contato pessoal e imediato do preso com o defensor público, caso o mesmo não tenha advogado constituído. Sob o ponto de vista organizacional, a existência de um órgão judicial em que não só a Defensoria Pública está presente, mas conta com condições efetivas de atendimento, é fundamental.

Não por acaso, a Resolução nº 213 do CNJ foi bastante minuciosa, tanto para prever a presença obrigatória da Defensoria (art. 4º), como para garantir que os advogados constituídos sejam cientificados da apresentação dos seus clientes ao Poder Judiciário “pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto” (art. 5º).

A previsão da comunicação aos advogados, entretanto, mereceria aprimoramento, já que foi prevista como atribuição da autoridade policial, não havendo obrigação expressa de comunicação pelo próprio Poder Judiciário da inclusão em pauta de audiência de custódia.

Em compensação, o art. 6º da Resolução prevê de forma detalhada que a entrevista reservada deve ser realizada sem a presença de agentes policiais e em local apropriado à garantia da confidencialidade do atendimento.

2.3. Entrevista judicial do preso

Para a entrevista judicial do preso na audiência de custódia, a Resolução nº 213 do CNJ prevê rito semelhante ao descrito nos arts. 185 a 186 do CPP para o interrogatório do réu.

Em síntese, há o esclarecimento do preso quanto à natureza do ato que se seguirá, a garantia de sua integridade física até o momento da apresentação e de sua possibilidade de prestar suas declarações isento de coação, e a explicação quanto ao exercício do seu direito ao silêncio.

2.4. Perguntas sobre a prisão e perguntas sobre o mérito

Ao contrário do interrogatório, no entanto, não podem ser feitas perguntas quanto ao mérito dos fatos, que inclusive devem ser indeferidas pelos magistrados quando formuladas pelas partes, sendo realizadas apenas as questões referentes às circunstâncias da prisão.

Este é certamente o ponto mais problemático de todo o procedimento da audiência de custódia: afinal, a que ela serve? Como cumprir adequadamente as suas finalidades sem enfrentar o mérito? Por outro lado, como evitar declarações do preso que o comprometam antes de ele ter acesso a todo o material probatório em seu desfavor, que só será definitivamente consolidado ao final da instrução penal?

Já que a audiência de custódia serve para analisar a regularidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, todas as questões que interessem a esses fins devem ser formuladas, ainda que atinjam indireta ou superficialmente o mérito da causa.

Quais são os requisitos para a regularidade da prisão em flagrante? A pergunta pode parecer simples, mas há um conjunto de previsões legislativas, não resritas ao Código de Processo Penal, que precisam ser invocadas.

Em primeiro lugar, o CPP prevê, em seu art. 302, três modalidades de flagrante: o próprio (de quem está cometendo ou acaba de cometer uma infração penal), o impróprio (de quem é perseguido, logo após a prática da infração, em condições que façam presumir que se trata do autor) e o presumido (de quem é encontrado, logo depois da prática da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir a autoria delitiva).

A discussão sobre a validade das modalidades flagranciais previstas em lei extrapola o objeto do presente trabalho, mas é preciso registrar que há uma crítica substantiva da doutrina às modalidades imprópria e presumida da prisão em flagrante, porque representariam uma perigosa extensão da possibilidade de efetuar prisões sem ordem judicial (GERBER, 2003, p. 104).

Para além das previsões do CPP, merecem destaque ainda as seguintes previsões referentes à lavratura do auto de prisão em flagrante:

- A do art. 69, Parágrafo Único, da Lei nº 9.099/95, segundo a qual não se imporá a prisão às infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima em abstrato não superior a 2 (dois) anos;
- A do art. 41 da Lei 11.340/2006, segundo a qual a Lei nº 9.099/95 não se aplica aos crimes que constituem violência doméstica ou familiar contra a mulher;
- A do art. 48, § 2º, da Lei 11.343/2006, segundo a qual não se imporá a prisão em flagrante ao crime de porte de drogas para consumo pessoal;
- A do art. 50, § 1º, da Lei 11.343/2006, segundo a qual a validade do auto de prisão em flagrante depende de um laudo de constatação preliminar da natureza e da quantidade da droga, firmado por um perito, ou, na sua ausência, por uma pessoa idônea;
- A do art. 53, II, da Lei 11.343/2006, que autoriza o retardamento da atuação policial com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, o chamado “flagrante diferido”;
- A do art. 8º da Lei nº 12.850/2013, que prevê o “flagrante diferido” nos casos relacionados às organizações criminosas.

Tais questões deixam muito claro que, em primeiro lugar, para homologar o auto de prisão em flagrante, o magistrado precisa verificar diversas questões, entre elas:

- Se a avaliação jurídica da conduta foi feita corretamente pela autoridade policial, ou seja, se a conduta é penalmente típica; se não se está diante das

hipóteses de desistência voluntária, arrependimento eficaz ou crime impossível, que excluem a tipicidade de uma ação formalmente típica iniciada (DELMANTO, 2016, p. 115 e 121; GARCIA, 2008, p. 336-337 e 344-345); se não se trata de crime de menor potencial ofensivo; se, tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, a conduta ocorreu em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher; se a conduta de porte de drogas se destinava a consumo pessoal ou a outra finalidade;

- Se o momento da prisão configura alguma das hipóteses legais de flagrante; se não se trata de flagrante preparado, considerado nulo pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 145, por configurar crime impossível (CASTELO BRANCO, 2001, p. 189);
- Se as formalidades legais para a prisão estão cumpridas, como a ordem dos depoimentos, a verificação preliminar da natureza da droga e a apreensão dos objetos encontrados com o preso, ou seja, as provas do corpo de delito quando indispensáveis à constatação da materialidade do fato (CASTELO BRANCO, 2001, p. 186).

Superadas todas as questões acima e reconhecida a legalidade da prisão, cabe então ao magistrado verificar a necessidade de sua conversão em prisão preventiva, que deve ser excepcional, ou a possibilidade de colocação do preso em liberdade provisória, que deve ser a regra, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão.

Em primeiro lugar, o art. 282 do Código de Processo Penal determina que qualquer medida cautelar deve levar em conta a sua necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal ou, quando houver previsão expressa, para evitar a prática de novas infrações penais. Além disso, deve-se verificar a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e as condições pessoais e sociais do flagrado.

Para a decretação da prisão preventiva, o art. 312 prevê pressupostos (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria), chamados pela doutrina de *fumus comissi delicti* (LOPES JR., 2016, p. 647), que, no caso do flagrante delito já estarão preenchidos se a prisão tiver sido legal, e requisitos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal), conhecidos como *periculum libertatis* (LOPES JR., 2016, p. 650), e se nenhum deles estiver presente, a prisão, ainda que presentes os pressupostos, funcionará apenas como uma indevida antecipação da pena antes da formação da culpa.

As reformas processuais de 2011 incluíram no art. 312, Parágrafo Único, e no art. 313 do Código de Processo Penal requisitos adicionais à decretação da

prisão preventiva, que não poderá ser decretada sem que ao menos um deles esteja presente, mesmo cumpridas todas as condições do art. 312.

Os requisitos adicionais dizem respeito à pena máxima cominada à conduta, que deve ser superior a quatro anos, à vida pregressa do preso, que, se reincidente, pode ter a prisão preventiva decretada mesmo se a pena for igual ou inferior a quatro anos, e ao contexto da conduta que, quando envolver violência doméstica, justificará a prisão preventiva quando preciso para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, à identidade do preso, quando pairar dúvida sobre ela, até que seja esclarecida, e a existência de medidas cautelares decretadas e descumpridas pelo imputado.

A extensa sistematização de dispositivos legais formulada acima pode parecer desnecessária, mas é indispensável para demonstrar que, sem extrapolar os propósitos da audiência de custódia, várias questões relacionadas ao mérito dos fatos interessam para constatar a regularidade da prisão e a necessidade de sua manutenção e, portanto, podem e devem ser formuladas pelo juiz ou pelas partes, até porque o preso não está obrigado a responder-las e deve ter o direito ao silêncio explicitado e garantido.

Apenas para demonstrar a utilidade prática das questões que tangenciam o mérito, serão mencionadas algumas dúvidas referentes à conduta e à sua classificação que podem influenciar a decisão sobre a regularidade da prisão ou a necessidade da sua manutenção:

Se a finalidade da posse da droga é de consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006) ou de consumo compartilhado (art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006), a prisão deve ser relaxada a prisão, por violação ao art. 48, § 2º, da Lei 11.343/2006 e ao art. 69, Parágrafo Único da Lei 9.099/95; se a finalidade for diversa daquelas, deve ser reconhecida a legalidade da prisão por tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), embora se trate apenas de um juízo preliminar que pode ser modificado durante a instrução criminal;

Se os crimes de calúnia, difamação, injúria, constrangimento ilegal, ameaça e violação de domicílio, e outros com pena máxima cominada igual ou inferior a dois anos, ocorreram em contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher, já que, em caso negativo, a prisão deve ser relaxada, em razão do disposto no art. 69, Parágrafo Único, da Lei 9.099/95.

Se estão presentes as causas de aumento de pena e as circunstâncias qualificadoras dos crimes de furto e de receptação, já que, em caso negativo, não é cabível a prisão preventiva para réus primários, que não tenham descumprido medida cautelar anterior, nos termos do art. 313 do CPP.

Todas essas questões podem ser verificadas com a leitura do próprio auto de prisão em flagrante, mas a entrevista judicial do preso revelará um quadro diferente, muitas vezes a pedido da própria defesa, que pode e deve ser levado em consideração pelo magistrado para decidir a respeito da prisão.

Nesse sentido, é interessante notar que a doutrina predominante (OLIVEIRA, 2016, p. 550) ainda entende descabida a realização de perguntas sobre o mérito do caso penal. Por exemplo, Vinícius Gomes de Vasconcellos (2016) sustenta que “o principal risco da não vedação ao ingresso no mérito do caso penal durante a audiência de custódia é a sua total desvirtuação e transformação em instrumento para obtenção de condenações antecipadas por meio de coações e abusos arbitrários”.

Cláudio do Prado Amaral (2015, p. 6), embora reconheça que “haverá casos nos quais forçosamente serão examinados aspectos objetivos tendentes ao mérito, porque indissociáveis do exame da legalidade do estado de flagrância”, entende que “qualquer outra consideração implicaria indevida antecipação de elementos de convicção sobre o mérito, e, dessa forma, acarretaria a contaminação psicológica do julgador”. A observação de AMARAL é significativa sobretudo nas comarcas em que o órgão jurisdicional responsável pelas audiências de custódia e pela instrução criminal for o mesmo.

Aury Lopes Jr (2016, p. 640), embora defenda que a entrevista não deve entrar no mérito, reconhece que o problema surgirá “quando o preso alegar a falta de *fumus comissi delicti*, ou seja, negar autoria ou existência do fato (inclusive atipicidade)” e que, por isso, o ideal é que a entrevista não integre “os autos do processo para evitar errônea (des)valorização” (LOPES JR, 2016, p. 640).

Por outro lado, Caio Paiva, uma das principais referências nacionais sobre o tema, mudou de entendimento após a publicação da primeira edição do seu livro, e passou a entender cabível a análise do mérito, e até mesmo de atividade probatória (PAIVA, 2016a).

Em síntese, PAIVA (2016a) indica dois equívocos do pensamento predominante, sendo que o primeiro deles seria “a pretensão de promover uma separação rigorosa entre cautelar e mérito do caso penal”, o que, como também já foi dito no presente trabalho, é impossível, e o segundo deles seria o fato de a que a “vedação de atividade probatória na audiência de custódia viola o direito ao confronto, que é uma decorrência da garantia do contraditório”.

Por coerência com o entendimento anterior, PAIVA (2016b) sustenta que “para quem admite a atividade probatória na audiência de custódia, não há argumento capaz de impedir a utilização de eventual confissão da pessoa presa na fase processual”, embora afirme em seguida que “eventual confissão da pessoa

presa na audiência de custódia não se afigura uma prova irrepitível e poderá, inclusive, ser objeto de retificação pelo acusado quando do seu interrogatório ao final da instrução”.

Não se pode negar o acerto, no plano teórico, da afirmação de PAIVA de que a confissão em audiência de custódia é retificável, mas é certo que uma confissão prestada perante uma autoridade judicial, por indivíduo acompanhado de seu defensor técnico e na presença do Ministério Público certamente terá influência sobre o convencimento do juiz da instrução.

Em suma, a completa separação entre análise da regularidade e da necessidade e da prisão e o mérito da causa é impossível de realizar, mesmo que os juristas se atenham aos limites estritos de cognição do Código de Processo Penal, e o aprofundamento da discussão do mérito na entrevista do preso, para além do que está narrado no próprio auto, pode ser do interesse da própria defesa.

Sem embargo, é bastante evidente que algumas perguntas do magistrado ou do Ministério Público podem representar antecipações indevidas do mérito, como, por exemplo, o esclarecimento de circunstâncias que não estejam explicitadas no auto e que dependam do fornecimento de novos elementos pelo próprio flagrado para aprofundamento na investigação.

Por um lado, a separação total pode transformar a audiência de custódia num mero formalismo; por outro, o ingresso no mérito da causa pode representar a produção de prova contra o imputado. Precisamente por isso, o preso deve estar acompanhado de seu defensor, público ou constituído, deve ter assegurado o direito à entrevista reservada para compreender as consequências das suas declarações, e deve ser esclarecido quanto ao seu direito ao silêncio. Cabe à defesa a verificação da melhor estratégia a adotar na audiência de custódia.

2.5. Condições pessoais do preso

O art. 8º, X, da Resolução nº 213 do CNJ prevê o questionamento acerca de uma série de condições pessoais do preso, que terão repercussão sobre a decisão a respeito da prisão, inclusive no caso de decretação da prisão preventiva, que, de acordo com o art. 318 do Código de Processo Penal, pode ser cumprida em regime domiciliar, desde que haja prova idônea da condição especial, em caso de idade avançada (superior a 80 anos), estado de saúde precário (“extremamente debilitado por motivo de doença grave”), gravidez, maternidade ou guarda, tutela ou curatela de filhos menores de doze anos ou de pessoa com deficiência.

Talvez o maior problema prático diga respeito exatamente à produção da prova idônea para motivar a prisão domiciliar: em algumas dessas hipóteses, a

simples verificação pelo magistrado no momento da apresentação do preso é suficiente para a constatação da condição, como no caso de uma gestação em estado avançado; em outras, o documento de identificação do preso será suficiente para demonstrá-la.

No entanto, alguns casos, como o do estado de saúde e o da maternidade, exigirão prova específica. A debilidade da saúde pode ser registrada no próprio auto de prisão em flagrante, em caso de confronto com a polícia ou de relato pelo condutor de eventual deficiência física do flagrado, mas é possível que só um relatório médico circunstanciado seja suficiente ao esclarecimento.

Quanto à maternidade de filhos menores de doze anos, aparentemente é simples a apresentação de certidão de nascimento, mas a dificuldade de produzir o documento em tempo hábil para a audiência de custódia, para os assistidos da Defensoria Pública, pode ser considerável.

Por isso, o recurso a ferramentas de informação disponíveis na internet acaba sendo um relevante instrumento de efetivação do acesso à justiça. Com efeito, muitos serviços públicos, diretos ou concedidos, oferecem a todos os cidadãos informações, certidões e segundas vias de documentos (COELHO, 2007), e ainda que nem o flagrado nem a sua família saibam disso, o defensor público ou constituído sabe ou deveria sabê-lo, e tem o dever de explorá-los ao máximo para embasar os seus requerimentos.

Por exemplo, os sítios das concessionárias de serviços públicos de energia elétrica e de água e esgoto permitem a emissão de comprovantes de residência, e os sítios das Polícias Civil e Federal e das Justiças Estadual e Federal permitem a geração de certidões de antecedentes.

Menos conhecida que os referidos serviços é a Consulta ao Registro Civil do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ferramenta por meio da qual é possível verificar, com o nome completo da pessoa e da mãe, todos os registros de nascimento, de casamento e de óbito de nascido vivo feitos no Estado da Bahia (BAHIA, s.d.).

Com esse instrumento, é possível comprovar que as presas em flagrante têm filhos, e descobrir a sua idade com as informações do mês e do ano do registro, servindo como prova idônea para a concessão do regime domiciliar de cumprimento da prisão preventiva.

Trata-se de uma iniciativa simples e altamente efetiva para garantir que os presos tenham a sua situação devidamente apreciada pelo magistrado, mesmo com o pouco tempo disponível para a defesa entre a prisão em flagrante e a audiência de custódia.

2.6. Postulações e decisão acerca da prisão

Apesar de essa não ter sido a intenção dos órgãos do Poder Judiciário, a implementação das audiências de custódia resolveu um problema de ordem prática, criado pelas reformas processuais de 2011

Por um lado, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve imediatamente decidir entre o relaxamento da prisão, a concessão da liberdade provisória ou a decretação da prisão preventiva, mas, por outro lado, não pode decretar a prisão de ofício na fase pré-processual e só está expressamente dispensado de ouvir o Ministério Público em caso de arbitramento de fiança.

Quanto à prisão preventiva, que, no curso da investigação policial, só pode ser decretada após representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, surgiu o esdrúxulo entendimento de que, no caso da prisão em flagrante, a sua conversão de ofício em preventiva seria admissível, e que a vedação se restringiria aos casos de decretação autônoma, sem flagrante delito.

Tal prática surgiu para dar conta dos casos em que não tenha havido representação da autoridade policial e o Ministério Público não tenha pedido a prisão em tempo hábil, e, para Aury Lopes Jr. (2016, p. 640), consiste numa “burla de etiquetas”.

Quanto à concessão da liberdade provisória, pode-se constatar a seguinte prática, ao menos em algumas comarcas do interior do estado da Bahia: ao receberem o auto, os magistrados, não sendo caso de relaxamento da prisão ou de concessão de liberdade provisória com fiança, abrem vista ao Ministério Público para manifestação quanto à possibilidade de concessão da liberdade provisória.

A adoção de qualquer uma das duas soluções acima seria suficiente para esgotar o potencial libertário das reformas processuais de 2011, deixando claro que nenhuma alteração legislativa produzirá os efeitos esperados se não vier acompanhada de uma mudança de cultura entre os juristas.

Apesar da grande repercussão midiática no momento da promulgação da Lei nº 12.403/2011, inclusive com um discurso defensivista de risco iminente à segurança pública com a soltura indiscriminada de presos em flagrante, o ritmo de crescimento da população carcerária não diminuiu desde então, e o percentual de presos provisórios continuou bastante elevado (PRADO, 2014, p. 2), levando à conclusão de que as medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP acabaram se tornando alternativas à liberdade provisória, e não à prisão preventiva, como seria o seu propósito (SANTOS, 2015, p. 66).

Com as audiências de custódia, a situação fica definitivamente resolvida: a autoridade policial tem o prazo de comunicação da prisão em flagrante para, se for o caso, representar pela prisão preventiva; segundo o art. 8º, § 1º, da Resolução nº

213, o Ministério Público, em mesa de audiência, logo após a entrevista do preso, emitirá seu parecer e requererá, se for o caso, a prisão do flagrado. Além disso, a ordem das manifestações garante o exercício da ampla defesa, já que o defensor público ou advogado do réu é o último a se manifestar antes da decisão judicial.

Não por acaso, o mesmo discurso voltou a ser veiculado com força nos primeiros meses de implementação da audiência de custódia, que pode ser sintetizado pelo entendimento de Eduardo Perez, Flávia Zuza, Marcos Boechat e Placinda Pires (2016, p. 4), escrevendo em nome da Associação dos Magistrados do Estado de Goiás, para quem “o custo social da soltura indiscriminada de presos é infinitamente mais elevado” que o custo social do encarceramento, visto que, na opinião dos autores, “as audiências de custódia servirão de estímulo ao aumento da criminalidade” (PEREZ; ZUZA; BOECHAT; PIRES, 2016, p. 4).

2.7. Os relatos de tortura e de maus tratos

Dentre as questões relacionadas à segurança pública no Brasil, o problema da violência policial apresenta especial complexidade. A discussão das suas causas e soluções extrapola o objeto do presente trabalho, mas é preciso dizer, ainda que superficialmente, que ela afeta desigualmente os pobres (MACHADO; NORONHA, 2002) e decorre de um conjunto de fatores que vão das deficiências de formação policial, da vulnerabilidade dos próprios policiais à violência (SOUZA; MINAYO, 2013, p. 110-117), ao endosso ora velado ora explícito da opinião pública, como se pode ver em pesquisa do Instituto Datafolha, divulgada em novembro de 2016, segundo a qual “57% concordam que ‘bandido bom é bandido morto’” (MADEIRO, 2016) e à deficiência das instâncias de controle da atividade policial.

Cuidar-se-á no presente trabalho apenas das disposições da Resolução nº 213 do CNJ a respeito da constatação e do registro da violência e das medidas a serem adotadas diante da situação.

O art. 11 da resolução destaca duas hipóteses independentes de constatação dos casos de tortura ou maus tratos, a saber: a declaração do preso e o entendimento da autoridade judicial. Em qualquer uma das hipóteses, devem ser adotadas providências para a apuração do fato, cautelas para garantia da segurança da vítima da tortura e encaminhamento para atendimento médico e psicossocial especializado.

Além disso, um dos anexos da Resolução estabelece um protocolo pormenorizado para a atuação nesses casos, inclusive com uma relação bastante detalhada de indícios de prática de tortura, de tratamento cruel, desumano ou degradante, que de fato correspondem a hipóteses que, na vida prática, são frequentemente

mencionadas pelos presos, como por exemplo, “quando a pessoa custodiada tiver sido mantida em veículos oficiais ou de escolta policial por um período maior do que o necessário para o seu transporte direto entre instituições” (Item 1, Parágrafo Segundo, III, do Protocolo II da Resolução nº 213 do CNJ).

A esse respeito, Daniel Bonatti, Diogo Paiva Brunatti e Leandro de Castro Silva (2014, p. 19), em estudo anterior à implementação das audiências de custódia, projetando o impacto da sua realização sob a perspectiva da gestão das políticas públicas, sustentaram que “a expectativa da realização de audiência de custódia em 24 horas se justifica pela lembrança recente do acusado e das testemunhas, por inibir possíveis pressões e torturas físicas e psicológicas possivelmente realizadas por policiais.”

Há, no entanto, estudo realizado no Recife concluindo que, ao menos nos primeiros meses de efetivação do instituto, a potencialidade para inibição da violência institucional “não vem sendo explorada nas audiências que têm acontecido na cidade do Recife”, já que teriam sido raras as vezes em que se viu “autuado ser questionado acerca de maus-tratos, torturas, agressões ou ameaças ocorridos durante a prisão”. (VALENÇA; CASTRO; BORBA; MACHADO, 2015).

Para tentar entender a questão a partir do melhor registro de dados de alcance nacional disponível no momento da produção deste trabalho (JOTA, 2016), pode-se observar, assim como no que diz respeito aos percentuais de soltura e de manutenção da prisão, uma grande discrepância nos relatos e registros de violência policial, a depender do estado da federação, que oscilaram de 0% no Amapá e no Mato Grosso do Sul a 38,8% no Amazonas.

É bastante improvável que, num universo de 1112 audiências de custódia no Amapá e 2673 audiências de custódia no Mato Grosso do Sul não tenha havido um só relato de violência ou maus tratos, o que de certa forma retira a credibilidade da informação. Nesse particular, embora igualmente incorreta, é mais aceitável a situação de estados como Minas Gerais, Acre e Alagoas, que simplesmente deixaram de fornecer informações sobre o número de casos de casos de tortura.

Seria um contrassenso enxergar na audiência de custódia, que é uma ferramenta para garantia da liberdade e contenção de prisões desnecessárias, uma função preponderante de dar início a procedimentos correicionais e punitivos contra as forças policiais, mas a sua realização dá indisfarçável visibilidade a um problema grave da relação entre o Estado e a sociedade civil.

A presença física do preso perante a autoridade judicial, se a entrevista for conduzida corretamente, serve como um grande instrumento de desencorajamento dos abusos mais gritantes, que possam ser constatados mesmo sem a avaliação de um médico perito.

Nenhuma das considerações acima deve omitir o fato de que, quando preciso, as polícias devem fazer uso moderado da força, em caso de defesa da integridade física de pessoas e de resistência à prisão, e, nesses casos, mesmo que se constatem lesões físicas visíveis, a conduta do agente pode ter sido lícita em razão da legítima defesa ou do estrito cumprimento de dever legal

2.8. Análise comparativa dos atos normativos

Para concluir a discussão sobre o fundamento e a regulação das audiências de custódia, e diante da multiplicidade de atos normativos de diversas esferas, convém apresentar dois quadros comparativos referentes aos prazos e às exceções às audiências de custódia (Quadro 1), bem como ao procedimento da audiência de custódia (Quadro 2).

Os atos normativos objeto da comparação serão o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ – Res 213/2015), o Provimento Conjunto nº 003/2015 da Presidência e da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP – Prov. 003/2015), a Resolução nº 26 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA – Res 26/2015) e o Provimento Conjunto da Presidência e da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA – Prov. 01/2016).

Quadro 1 – Quadro comparativo dos prazos de apresentação, de suas exceções e do início da vigência de cada ato

Ato	Prazo	Exceções	Plantão	Vigência
PIDCP	“Sem demora”	Sem previsão	Sem previsão	24/04/1992
CADH	“Sem demora”	Sem previsão	Sem previsão	25/09/1992
CNJ – Res 213/2015	“24h após a comunicação”	“Grave enfermidade ou circunstância comprovadamente excepcional”	“regulamentação excepcional em caso de impossibilidade de cumprir o prazo”	01/02/2016, 90 dias de adequação
TJSP – Prov. 003/2015	“24h após a prisão”	“circunstâncias pessoais descritas pela autoridade policial”	Não será realizada (art. 10)	22/01/2015

Ato	Prazo	Exceções	Plantão	Vigência
TJBA – Res 26/2015	“24h após a prisão”	Sem previsão	Previsão sem efeito por conta do Prov. 01/2016	18/12/2015
TJBA – Prov. 01/2016	“24h após comunicação”	“Circunstância comprovadamente excepcional ou localidade sem comarca instalada”	Capital: 09h às 13h de sábado e domingo Interior: implantação gradativa	30/04/2016 (plantão SSA) 02/05/2016 (entrância final interior)

O quadro acima revela que as convenções internacionais são propositalmente genéricas quanto ao prazo e não preveem nenhuma exceção à apresentação do preso ao juiz.

Por outro lado, os atos normativos editados pelos órgãos do Poder Judiciário descem a detalhes, mas apresentam certas divergências. A primeira delas diz respeito ao termo a quo do prazo de apresentação do preso ao juiz: pela resolução do CNJ e pelo Provimento do TJBA, o prazo inicial para a audiência de custódia é a comunicação da prisão ao juiz; pela Resolução do TJBA e pelo provimento do TJSP, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas começa a ser contado a partir da própria prisão, reproduzindo literalmente a decisão do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da ADPF 347.

Como dito anteriormente, apesar do conflito aparente entre as previsões normativas e a decisão judicial com efeito erga omnes, a resolução é compatível com o espírito das convenções internacionais e cumpre, com a mesma eficácia, a garantia da apresentação célere do preso ao juiz.

Além disso, também há divergência entre as exceções à apresentação do preso ao juiz. A Resolução do CNJ é a que reproduz mais fielmente o rito do Habeas Corpus, embora preveja uma cláusula aberta (circunstância comprovadamente excepcional) a ser valorada pelo juiz.

Por outro lado, a previsão que oferece o maior risco de esvaziamento do conteúdo material do direito à audiência de custódia é a do Provimento do TJSP, em que circunstâncias pessoais descritas pela autoridade policial poderiam motivar a dispensa à apresentação. A cautela nesse ato normativo é compreensível, já que o referido provimento, que entrou em vigor em 22 de janeiro de 2015, foi um dos primeiros no país a normatizar as audiências de custódia, precedido apenas pelo Provimento nº 24, de 5 de dezembro de 2014, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Por fim, é notável que o único ato normativo, dentre os escolhidos para a comparação, em que há previsão expressa de realização das audiências de custódia nos finais de semana é o Provimento nº 01/2016 do TJBA, a partir de 30/04/2016. No Estado de São Paulo, que foi o primeiro a sistematizá-las, o Tribunal de Justiça só determinou a realização de audiências de custódia no plantão judiciário a partir do dia 12/08/2017, por meio da Resolução nº 740/2016.

Abaixo, apresenta-se o quadro comparativo do procedimento da audiência de custódia na Resolução do CNJ e nos Provimentos do TJSP e do TJBA:

Quadro 2 – Quadro comparativo dos procedimentos da audiência de custódia

Procedimento	CNJ – Res 213/2015	TJSP – Prov. 03/2015	TJBA – Prov. 01/2016
Competência originária TJ	Apresentação ao juiz designado pelo Presidente do TJ ou o Relator (art. 1º, § 3º)	Sem previsão	Presidente do TJ ou Relator decide sobre delegação (art. 11)
Entrevista reservada	(art. 6º) Reservada, confidencial, em lugar apropriado, sem a presença de agentes policiais	(art. 5º) contato prévio e por tempo razoável	Sem previsão
Ordem das perguntas	1º: Juiz, 2º: MP, 3º: Defesa	1º: Juiz	1º: Juiz, 2º: MP, 3º: Defesa
Manifestações	1º: MP; 2º: Defesa	1º: MP; 2º: Defesa	1º: MP; 2º: Defesa
Perguntas sobre a prisão	(art. 8º, V) “indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão”	Art. 6º — perguntar sobre as circunstâncias objetivas da prisão	(art. 8º) — Nos termos da Res 213 CNJ
Perguntas sobre o mérito	Art. 8º, § 1º — indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação	Art. 6º, § 1º — Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento	Nos termos da Res 213 CNJ
Perguntas sobre violência e tortura sofridas	(art. 8º, VI) questionar sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotar as providências cabíveis; (art. 11) Coleta de dados nos termos do Protocolo II da Resolução	Art. 7º — apurar abuso e encaminhar para atendimento	Art. 8º, § 2º — determinar exame de corpo de delito e remeter ao MP

Procedimento	CNJ – Res 213/2015	TJSP – Prov. 03/2015	TJBA – Prov. 01/2016
Registro da audiência	Audiovisual, arquivado no cartório (art. 8º, § 2º); termo resumido apensado ao IPL e à ação (art. 12)	Audiovisual e termo sucinto (art. 6º, § 4º)	Audiovisual e termo sucinto. Termo completo quando impossível a gravação (art. 8º, § 3º)

Para manter a coerência com a concepção predominante acerca das perguntas sobre o mérito nas audiências de custódia, os atos normativos, apesar de determinarem o seu registro audiovisual, exigem que o termo das audiências seja sucinto, e apenas o provimento do TJBA prevê expressamente a realização de termo completo na impossibilidade de realizar a gravação.

Por outro lado, a resolução do CNJ determina expressamente que as gravações fiquem arquivadas em cartório e não sejam juntadas aos autos do inquérito policial nem da ação penal.

Há uma uniformidade na previsão da ordem das manifestações, respeitando, como dito anteriormente, o princípio da ampla defesa, deixando o parecer do Ministério Público em primeiro lugar, seguido dos requerimentos do defensor técnico.

Se a regulação das audiências de custódia, por uma série de atos normativos do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais, pode ser considerada uma interferência indevida em matéria processual penal num contexto de crescente ativismo judicial (LIMA, M. 2016, p. 143), é inegável que as convenções internacionais que determinam sua realização estão em plena vigência no Brasil, são autoaplicáveis (BADARÓ, 2016, p. 1057) e o rito previsto pelo Poder Judiciário em larga medida reproduz as previsões já existentes no Código de Processo Penal para o rito do *Habeas Corpus*, os prazos de apresentação de presos e a ordem das perguntas e das manifestações em audiências de instrução.

CAPÍTULO III

A PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Sumário: **1. A metodologia empregada** — **2. Perfil dos presos em flagrante ouvidos nas Audiências de Custódia:** 2.1. Tipo penal; 2.2. Vida pregressa; 2.3. Idade; 2.4. Gênero; 2.5. Raça, cor ou etnia — **3. Audiência de Custódia e Acesso à Justiça:** 3.1. Demanda da Defensoria Pública; 3.2. Resultado das Audiências de Custódia segundo o tipo de defesa — **4. Audiência de Custódia e Segurança Jurídica:** 4.1. Decretação da prisão preventiva de acordo com o magistrado; 4.2. Arbitramento de fiança de acordo com o magistrado; 4.3. Relaxamento de prisão de acordo com o juiz.

Antes do movimento nacional que resultou na implementação das audiências de custódia ao longo dos anos de 2015 e 2016, as instituições do sistema de justiça na Bahia já haviam preparado a estrutura para a sua realização na capital do estado, com a celebração do Termo de Compromisso Mútuo nº 19/11-TC, entre Tribunal de Justiça, Secretarias de Justiça e Segurança Pública, Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil, para a criação, implantação e funcionamento do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, cujo marco institucional, no âmbito do TJ-BA, foi a Resolução do Pleno nº 9, de 3 de agosto de 2011 (BAHIA, 2011a), e, na DPE-BA, o art. 24 da Resolução do Conselho Superior nº 11, de 12 de setembro de 2011 (BAHIA, 2011b).

Com isso, desde a inauguração do serviço, em setembro de 2013 (AGÊNCIA TJBA DE NOTÍCIAS, 2013), já havia estrutura para a realização das audiências de custódia, mas a sua realização só passou a ser sistemática, em Salvador, em setembro de 2015 (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2015).

1. A METODOLOGIA EMPREGADA

O presente trabalho serviu-se da base de dados consolidada pela Subcoordenação Criminal e de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado da Bahia, em planilhas do *software* Microsoft Excel, que reúne as informações oriundas da atuação da instituição no Núcleo de Prisão em Flagrante, registrando as seguintes variáveis:

1. Variáveis sociais – gênero, idade e cor ou raça dos presos;
2. Variáveis institucionais – local do fato, delegacia de origem, capitulação do fato pela polícia, tipo de arma empregada, vida pregressa dos presos (esta anotada apenas no último trimestre do período de estudos), tipo de defesa, decisão sobre o caso e juiz responsável pela decisão;
3. Variáveis temporais – datas da prisão, da audiência e da decisão judicial.

Durante a análise dos dados, foram aplicadas à base fórmulas quantitativas condicionais para o cruzamento das diversas variáveis categóricas e numéricas registradas, tendo como objetivo principal a análise da correlação entre cada circunstância legal, pessoal ou social tem e a decisão a respeito da legalidade da prisão em flagrante e da necessidade de sua manutenção como prisão preventiva.

Sempre que possível, para realizar os testes de correlação, realizou-se a conversão de variáveis categóricas em variáveis numéricas, sobretudo no caso do tipo penal (variável categórica) substituído pela pena mínima cominada, pela pena máxima cominada ou pela mediana das penas cominadas ao respectivo tipo (variáveis numéricas).

As variáveis eleitas para o controle das demais foram a natureza do crime imputado e a vida pregressa do preso, dada a influência que ambas exercem em todas as fases da persecução penal, seja por determinação legal ou, mesmo na sua ausência, por sua consideração pelos magistrados.

A escolha das variáveis a correlacionar e controlar foi feita a partir da experiência prévia do autor como pesquisador e como defensor público, e também tomando por base outras pesquisas empíricas sobre a justiça criminal.

Como qualquer acervo de dados, sobretudo aqueles constituídos sem um objetivo específico de investigação empírica, e sim da documentação mais fiel possível, com os recursos materiais e humanos disponíveis na organização, faltam algumas informações importantes, como as variáveis sociais referentes às vítimas, a quantidade e a natureza da droga nos crimes de tráfico e a natureza da *res furtiva* nos crimes patrimoniais, que constam, por exemplo, nos relatórios do Observatório da Prática Penal, também da Defensoria Pública da Bahia (BAHIA, 2014a, p. 83).

No entanto, a vantagem da presente base é a segurança quanto à sua completude, enquanto os dados do Observatório tinham lacunas decorrentes do mau armazenamento dos autos de prisão em flagrante recebidos pela Defensoria Pública no ano de 2011 (BAHIA, 2014a, p. 22).

Não por acaso, o acervo é significativamente maior, com o registro de 3943 audiências. A sua dimensão permite testes de variáveis que seriam impossíveis com bases menores, mas, ao mesmo tempo, a sua complementação exigiria recursos materiais e humanos de grande monta, incompatíveis com o cronograma do presente trabalho, por isso algumas questões podem ficar sem resposta.

Mesmo com essas limitações, os resultados obtidos com a análise dos dados são extremamente elucidativos e úteis, seja para fins acadêmicos, seja para

avaliação do serviço sob o ponto de vista prático, seja para a melhor informação da comunidade jurídica e em geral.

2. PERFIL DOS PRESOS EM FLAGRANTE OUVIDOS NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O art. 282 do Código de Processo Penal estabelece que as medidas cautelares pessoais, entre outras condições, devem ser adequadas à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Nos itens seguintes, será analisada a correlação entre o resultado da audiência e cada uma dessas circunstâncias.

2.1. Tipo penal

A soma dos percentuais dos tipos penais em razão dos quais as pessoas foram presas em flagrante, de acordo com a capitulação policial, será superior a 100%, tanto porque existem casos de efetivo concurso de crimes (tráfico de drogas e porte ilegal de armas), como porque existem casos em que a autoridade policial imputou multiplicidade de tipos penais quando deveria ter seguido o princípio da consunção (GRECO, 2016, p. 644 e 1018), como nos casos de roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP) e porte ilegal de arma (arts. 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003) e de estelionato (art. 171 do CP) e uso de documento falso (art. 304 do CP).

Feita a ressalva inicial, cabe analisar os tipos penais mais frequentemente registrados nas prisões em flagrante analisadas durante o primeiro ano de realização das audiências de custódia em Salvador, comparando-os aos registros mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional.

Segundo o DEPEN, em dados colhidos em junho de 2014, os tipos penais de maior incidência no sistema prisional baiano eram: 1) tráfico de drogas (38,4%), 2) roubo (23,6%), 3) homicídio (13,8%), 4) furto (10,7%), 5) crimes do estatuto do desarmamento (6,4%) e 6) latrocínio (4,8%) (BRASIL, 2014a, p. 71).

Esse registro, com a metodologia de censo penitenciário, aponta a população carcerária estática, que é sem dúvida relevante, mas não esclarece a quantidade de pessoas que efetivamente viveram a experiência do cárcere, que é melhor retratada pelas pesquisas de entrada e saída, que apontam a população carcerária dinâmica.

Os dados colhidos pela Defensoria Pública no NPF registram os ingressos no sistema, ou seja, população carcerária dinâmica ao longo do ano, mas também é possível vislumbrar as causas da diferenciação entre os dois indicadores analisando o perfil dos indivíduos que foram mantidos presos após a audiência de custódia.

Tabela 1 — Tipos penais imputados aos presos do Núcleo de Prisão em Flagrante

Tipo penal	Ouvidos em audiência	Casos	Presos preventivamente	Casos
Homicídio	1,95%	77	3,13%	47
Lesão corporal	2,97%	117	0,67%	10
Ameaça	2,00%	79	0,53%	8
Lesão corporal + ameaça	1,52%	60	0,27%	4
Furto	9,13%	360	4,93%	74
Furto simples	4,08%	161	1,73%	26
Furto qualificado	4,74%	187	3,20%	48
Roubo	31,70%	1250	47,14%	708
Roubo simples	10,78%	425	13,65%	205
Roubo majorado	20,16%	795	32,02%	481
Latrocínio	0,28%	11	0,73%	11
Estelionato	1,72%	68	0,80%	12
Receptação	7,38%	291	6,86%	103
Tráfico de drogas	31,93%	1259	30,96%	465

Os dados acima indicam que os crimes violentos letais intencionais (CVLI), que representam 13,8% da população carcerária baiana, correspondem a apenas 2,23% dos presos em flagrante, e a apenas 3,86% dos que permanecem presos preventivamente após a audiência de custódia em Salvador, o que significa que a principal porta de entrada para o sistema prisional, nesses casos, ao contrário dos demais delitos, não é a prisão em flagrante, mas a investigação policial iniciada por portaria e que, em algum momento, resulta na decretação da prisão.

Uma segunda conclusão importante é que a audiência de custódia tem sido um filtro eficiente para minimizar o ingresso de autores de crimes não violentos no sistema penal, sobretudo o crime de furto, que representa 9,13% dos flagrantes, mas apenas 4,93% das decretações de prisão preventiva.

A comparação dos flagrantes por tráfico e por roubo merece especial atenção. Os dois tipos penais são os de maior incidência na prática penal e cada um deles corresponde a cerca de 30% das prisões em flagrante, mas, após a decisão em audiência de custódia, a proporção de presos preventivamente por roubo

chega a 47% do total dos casos, enquanto os presos por tráfico permanecem na faixa dos 30%.

No caso do tráfico, o empuxo criminalizador da política de guerra às drogas (CARVALHO, 2010, p. 213) é tão intenso que nem mesmo as audiências de custódia, com seus percentuais relativamente baixos de decretação da prisão preventiva nos casos de tráfico, são capazes de reverter a tendência de superencarceramento, embora tenham conseguido atenuá-la consideravelmente.

Aprofundando a análise, é preciso verificar o índice de decretação de prisão preventiva por tipo de crime:

Tabela 2 — Índice de decretação de prisão preventiva, por tipo de crime

Índice de decretação de prisão preventiva por crime	%	Crime violento?	Pena de prisão, em meses: mínimo	Pena de prisão, em meses: máximo	Pena de prisão, em meses: mediana	Admite substituição ou suspensão?
Todos os crimes	38,09%	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Homicídio	61,04%	Sim	72	360	216	Não
Lesão corporal	8,55%	Sim	03	36	19,5	Sim
Ameaça	10,13%	Não	01	06	3,5	Sim
Lesão corporal + ameaça	6,67%	Sim	04	42	23	Sim
Furto simples	15,03%	Não	12	48	30	Sim
Furto qualificado	25,67%	Não	24	96	60	Sim
Roubo simples	47,91%	Sim	48	120	84	Não
Roubo majorado	60,50%	Sim	64	180	122	Não
Latrocínio	100,00%	Sim	240	360	300	Não
Estelionato	17,65%	Não	12	120	66	Sim
Receptação	35,40%	Não	12	96	54	Sim

Índice de decretação de prisão preventiva por crime	%	Crime violento?	Pena de prisão, em meses: mínimo	Pena de prisão, em meses: máximo	Pena de prisão, em meses: mediana	Admite substituição ou suspensão?
Tráfico de drogas	36,93%	Não	20	300	160	Sim
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	43,00%	Não	12	72	30	Sim
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	51,36%	Não	32	360	196	Sim
Coeficiente de correlação				0,8621	0,7820	0,8803

Uma das questões mais críticas a respeito das prisões processuais é que elas não devem servir com antecipação de pena. Apesar do consenso doutrinário a esse respeito, já se constatou empiricamente um abuso na decretação das prisões sem efetiva necessidade, servindo na prática como pena antecipada (SANTOS, 2015, p. 93).

O já mencionado art. 282 do CPP oferece um marco normativo perfeitamente razoável para resolver o problema, em seu inciso I, ao afirmar que qualquer medida cautelar só pode ser decretada quando necessário “para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”.

Por outro lado, o inciso II do mesmo artigo define que, além da necessidade, há que se verificar a adequação “à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

A partir desse último dispositivo construiu-se o princípio da homogeneidade, que nada mais é do que uma concretização do princípio da proporcionalidade em matéria processual penal, segundo o qual é, em regra, descabida a prisão provisória quando esta medida for mais gravosa do que o potencial resultado útil do processo (VOLPE FILHO; BORGES, 2011).

Por isso, a Tabela 2, acima, além de relacionar os índices de decretação da prisão preventiva, apresenta ao leitor vários indicadores de gravidade do delito,

que é a primeira circunstância a ser observada para definir a adequação da medida. Não se pode perder de vista, contudo, que se trata de preso provisório e que, portanto, independentemente da conduta imputada, ele pode ser absolvido ao final da persecução penal.

Os principais indicadores da gravidade abstrata da conduta são: os patamares mínimo e máximo da pena de prisão, a natureza violenta ou não violenta (entendida nos termos do CP, como ofensa à integridade física de pessoa), que, segundo os arts. 44 e 77 do Código Penal, devem ser levados em conta para a aplicação dos principais institutos descarcerizadores, a substituição e a suspensão da pena privativa de liberdade, e a natureza hedionda ou não hedionda, que será levada em conta durante a execução penal, para efeito de progressão de regime ou de livramento condicional (LIMA, R., 2014. p. 76-83 e 101-104).

É preciso esclarecer que as penas indicadas se referem às modalidades consumadas de cada delito e, em alguns casos, como nos crimes do estatuto do desarmamento, trata-se da reunião de mais de um tipo penal (posse irregular, porte ilegal, disparo e porte ilegal de arma de uso restrito) com penas mínimas e máximas diferentes, em que se incluiu a menor pena mínima (do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido) e a maior pena máxima (do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito).

Nos crimes de furto (art. 155 do CP) e de roubo (art. 157 do CP), dada a quantidade de casos, foi possível separar as formas simples, majorada e qualificada de cada crime, com suas respectivas penas, ao contrário dos crimes de estelionato (art. 171 do CP) e receptação (art. 180 do CP), em que a pena máxima em questão é a pena máxima das modalidades qualificadas de cada infração.

Esta é apenas a primeira variável considerada, e só a sua combinação com as demais (que trazem as condições pessoais e sociais do preso) permitirá o esclarecimento de dúvidas ou incoerências que eventualmente surjam com a análise isolada de cada uma delas.

Para auxiliar a compreensão, acrescentou-se à tabela o coeficiente de correlação de Pearson, para mensurar a relação entre o percentual de aplicação da prisão preventiva e as penas cominadas a cada tipo, bem como a mediana dessas penas. Segundo Dalson Britto Figueiredo Filho e José Alexandre da Silva Júnior (2009, p. 118), o coeficiente de correlação de Pearson “é uma medida de associação linear entre duas variáveis”.

Para utilização do coeficiente, é preciso que as variáveis sejam quantitativas e não categóricas (FIGUEIREDO FILHO; SILVA JÚNIOR, 2009. p. 122-123), não sendo possível a medição de variáveis como gênero e vida pregressa, por

exemplo. Por isso, no presente trabalho, foi preciso “quantificar”, por meio das penas cominadas, a variável categorial “tipo penal”.

O coeficiente varia de -1 a 1, sendo que o sinal indica a direção positiva ou negativa do relacionamento, e o valor indica a força da relação entre as variáveis: uma correlação perfeita é indicada pelo coeficiente 1 (correlação positiva perfeita) ou pelo coeficiente -1 (correlação negativa perfeita). Uma correlação de valor 0 indica que não há nenhuma relação linear entre as variáveis (FIGUEIREDO FILHO; SILVA JÚNIOR, 2009. p. 119).

Além disso, embora não sejam unívocas, podem ser encontradas na literatura discussões sobre o grau de associação entre as variáveis, sendo que um coeficiente de até 0,30 (ou -0,30) indica uma correlação fraca, e um coeficiente superior a 0,70 (ou inferior a -0,70) indica uma correlação forte entre as variáveis. Por fim, o coeficiente de Pearson não indica qual a variável dependente, e, portanto, não revela necessariamente uma relação de causa e efeito (FIGUEIREDO FILHO; SILVA JÚNIOR, 2009, p. 119-121), já que, na verdade, a correlação positiva entre duas variáveis pode significar que ambas são dependentes de uma terceira variável não verificada no estudo.

Apesar de todas essas ressalvas, o coeficiente de correlação de Pearson é um excelente recurso estatístico para a pesquisa social empírica, e não pode ser desprezado.

No caso em análise, as penas cominadas são logicamente anteriores ao percentual de decretação da prisão preventiva, já que o juiz tem em vista o ordenamento vigente para decidir o caso. Não se pode ignorar, no entanto, que as decisões judiciais têm influência sobre a legislação, inclusive induzindo alterações, como, por exemplo, o julgamento do HC 82959 pelo STF, que decidiu que a proibição da progressão de regime para crimes hediondos era inconstitucional, à qual o Congresso Nacional respondeu com a edição da Lei nº 11.464/2007, para alongar os prazos de progressão de regime para os crimes hediondos (CUNHA, 2007).

Apesar disso, pode-se presumir que, diante dos casos concretos sob um mesmo regime jurídico, a variável dependente, porque logicamente posterior, é o percentual de decretação da prisão preventiva, e a independente é o tamanho da pena cominada ao delito.

Como dito acima, outros indícios da gravidade do crime podem ser considerados: um deles é a prática de violência ou grave ameaça à pessoa, que impede a aplicação e penas restritivas de direitos, e a outra é o caráter hediondo da conduta, que modifica os prazos de cumprimento da pena em concreto.

O primeiro indício é categorial e não é quantificável; o segundo, apesar de categorial, pode ser quantificado, tanto que existem trabalhos demonstrando que

o tempo de cumprimento efetivo de pena por um crime hediondo pode ser superior ao cumprimento da pena por um crime não hediondo que tenha pena superior ao primeiro, como no caso do tráfico de drogas simples, cujas penas cominadas (5 a 15 anos de reclusão) são inferiores às do homicídio simples (6 a 20 anos), mas a hediondez do primeiro torna o tempo de permanência no regime prisional inicial mais elevado (2 anos) do que no homicídio (1 ano) (PRADO, 2013, p. 193).

Desta forma, como qualquer decisão metodológica, a opção pela quantificação da gravidade de um crime a partir das penas cominadas a ele (e não do tempo efetivo de cumprimento das penas durante a execução penal) pode ser contestado e, portanto, precisa ser justificado. Nesse caso, as penas cominadas e não o tempo efetivo de cumprimento da pena em cada regime prisional parecem um indicador mais confiável porque esta última variável também depende, além da natureza hedionda ou não do crime, da vida pregressa do preso (primariedade ou reincidência), que não tem relação direta com a gravidade do crime, que é a variável que se pretende estudar agora, e sim com as condições pessoais do preso, que serão estudadas posteriormente.

Pode-se observar que, seja qual for o critério adotado (pena mínima cominada, pena máxima cominada ou mediana entre as penas mínima e máxima), a correlação positiva (variação no mesmo sentido) entre a gravidade do crime e a decretação da prisão preventiva é forte, já que o coeficiente de Pearson é superior a 0,7 em todos os casos.

No entanto, vê-se que a correlação mais fraca (0,7820) se dá entre a pena máxima em abstrato e o percentual de decretação da prisão preventiva, revelando a cultura judiciária brasileira de aplicação da pena mais próxima ao mínimo legal (MELO, 2012). A correlação mais forte, no entanto, não se dá com a pena mínima (0,8621) e sim com a mediana (0,8803), sobretudo porque, em alguns casos, foi preciso reunir tipos diferentes (crimes do estatuto do desarmamento) ou modalidades simples, majorada e qualificada do mesmo crime (estelionato e receptação) para que a quantidade de casos fosse mais elevada e permitisse conclusões mais consistentes.

Partindo para a análise dos resultados individuais, pode-se observar que, em geral, os flagrados por delitos que, em caso de condenação, não admitem a substituição ou suspensão da pena de prisão (homicídio e roubo, nas modalidades simples, majorada e qualificada — latrocínio) têm percentual de decretação da prisão preventiva superior ao dos delitos em que a opção descarcerizadora é possível (lesão corporal, ameaça, furto, nas formas simples e qualificada, estelionato, receptação, tráfico de drogas e crimes do estatuto do desarmamento), com uma exceção: os presos por roubo simples têm índice inferior (47,91% de prisões

preventivas) ao daqueles a quem se imputa a prática, em concurso, dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma (51,36% de prisões preventivas).

A única exceção mencionada é justificável, já que tráfico de drogas e porte ilegal de arma, apesar de não violentos, são delitos de perigo abstrato que, quando cometidos em concurso, indicam maior probabilidade de reiteração delitiva e de envolvimento com a criminalidade organizada.

Entre os flagrados por crimes violentos, é notável que o percentual de decretação de prisão preventiva no crime de homicídio (61,04%) é bastante semelhante ao dos casos de roubo majorado (60,50%), apesar de as penas daquele serem bastante superiores aos deste, e da maior importância do bem jurídico protegido no primeiro (vida) do que no segundo (patrimônio).

Algumas variáveis não verificadas podem justificar a similaridade: em primeiro lugar, o número de casos não permitiu a distinção entre as formas simples e qualificada nem entre as modalidades tentada ou consumada do crime de homicídio; em segundo lugar, é preciso verificar, mais à frente, em que medida a vida progressa dos presos pelos dois tipos de delitos influenciou a decisão.

Entre os crimes que admitem a aplicação de penas não privativas de liberdade, nota-se que não há correspondência clara entre quantidade de pena e percentual de decretação da prisão preventiva.

Embora furto (art. 155 do CP) e receptação (art. 180 do CP) tenham penas similares, tanto na forma simples como na qualificada, o percentual de decretação da prisão preventiva no crime de receptação, reunindo as modalidades simples e qualificada (35,40%), é bastante superior ao dos casos de furto, mesmo na modalidade qualificada (25,67%), o que pode ser explicado tanto pelo tipo de bem material (veículo automotor (BAHIA, 2014a, p. 83)) que costuma motivar flagrantes por receptação, como pelo estímulo que a receptação representa para a prática dos demais crimes patrimoniais, inclusive de natureza violenta (JESUS, D., 2012, p. 529-530).

Os crimes praticados em contexto de violência doméstica merecem especial atenção. Os delitos de ameaça (art. 147 do CP) só motivam a prisão em flagrante nesses casos, já que, pela pena máxima, seriam de menor potencial ofensivo, mas a Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006), declarada constitucional pelo STF (BRASIL, 2014c), afasta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (nº 9.099/1995), para a proteção da mulher.

Além disso, os crimes de lesão corporal (art. 129 do CP), em sua esmagadora maioria, que motivaram a prisão em flagrante, enquadram-se à forma do art. 129, §9º, do CP, que é a forma leve, mas em contexto de violência doméstica e familiar.

Nesses casos, há uma clara ambiguidade político-criminal no ordenamento: por um lado, afasta-se a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo) e algumas penas restritivas de direitos e, por outro, as penas cominadas aos fatos admitem a suspensão condicional da pena e são inferiores ao patamar que autoriza a decretação da prisão preventiva, previsto no art. 313 do Código de Processo Penal, salvo em algumas exceções.

É preciso esclarecer que há uma antinomia entre o art. 20 da Lei nº 11.340/2006, que admite a decretação da prisão preventiva de ofício, e independentemente da pena, nos casos de violência doméstica, e o art. 313 do CPP, que só a admite, durante a investigação, em caso de representação policial ou requisição ministerial, e ainda assim nos casos de reincidência ou de descumprimento de medida anterior, ou “para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência”.

Tal quadro demonstra que a Lei Maria da Penha representou um avanço no enfrentamento da violência contra a mulher, transformando a percepção de que ela seria um problema familiar *intramuros*, e dando-lhe a relevância social que ele merece, mas, por outro, as instituições políticas e jurídicas ainda buscam a adequada proporcionalidade da reação estatal, para evitar tanto o excesso como a proteção insuficiente.

Nesse particular, vê-se que os percentuais de decretação de prisão preventiva são baixos (10,13%, no caso da ameaça) e não se relacionam nem com o bem jurídico nem com o tamanho da pena cominada, já que, no caso de concurso entre lesão corporal e ameaça, o índice é o mais baixo de todos, 6,67%, sendo de 8,55% nos casos de lesão corporal. Ver-se-á, em seguida, que a variável mais importante, nesses casos, é a vida pregressa dos presos.

O melhor exemplo, no entanto, de desconexão entre os critérios legislativos e judiciais de avaliação da gravidade dos crimes diz respeito aos índices de prisão preventiva no tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), quando comparados aos crimes do estatuto do desarmamento (arts. 12, 14, 15 e 16 da Lei 10.826/2003).

No caso do tráfico, a Constituição o equipara aos crimes hediondos, a Lei nº 11.343/2006 estabeleceu penas mínima e máxima em patamares próximos aos do homicídio simples, mas de execução penal mais gravosa em razão da hediondez. Além disso, a Lei de Drogas inicialmente proibia a liberdade provisória e a aplicação de penas restritivas de direitos.

Desde a promulgação da lei, há dez anos, o STF declarou inconstitucional a vedação às penas alternativas, ao julgar o HC nº 97.256 (PRADO, 2013, p.

82-83), a proibição da liberdade provisória, julgando o HC nº 104.339 (PRADO, 2013, p. 107) e entendeu que a forma privilegiada do tráfico (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006) não tem natureza de crime hediondo, apreciando o HC nº 118.533.

No caso dos crimes do estatuto do desarmamento, as penas cominadas sempre foram bem menores que as do tráfico, nenhum deles é considerado hediondo, e tanto a inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de uso permitido e de disparo de arma de fogo (respectivamente, arts. 14 e 15 da Lei nº 10.826/2003) como a vedação à liberdade provisória no crime de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/2003) foram declaradas inconstitucionais pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112 (BRASIL, 2007).

Como se pode ver, embora o Supremo Tribunal Federal tenha podado diversos excessos legislativos na legislação penal especial, o marco legal ainda trata o tráfico de drogas como uma conduta significativamente mais grave do que os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo.

Essa diferença de tratamento não se reflete nos percentuais de decretação da prisão preventiva: enquanto 36,93% dos flagrados por tráfico têm a prisão mantida, 43,00% dos presos por porte ou posse ilegal de arma permanecem na prisão, mesmo considerando que três dos quatro tipos penais (arts. 12, 14 e 15 da Lei 10.826/2003) têm penas máximas inferiores ao patamar do art. 313 do CPP.

Tais resultados demonstram que o Poder Judiciário baiano reconhece a extrema amplitude do tipo penal de tráfico de drogas, e a insuficiência dos critérios de distinção entre ele e o crime de porte de drogas para uso próprio, como problemas que levam ao aprisionamento em massa de pessoas com pequena quantidade de drogas, sem que fique clara a destinação da substância, e que esse tipo de situação merece atenção especial.

Como já dito anteriormente, os percentuais baixos de decretação da prisão preventiva no crime de tráfico de drogas são eficientes para atenuar a tendência de superencarceramento, mas não são suficientemente baixos a ponto de revertê-la.

Por fim, é interessante comparar os resultados obtidos em Salvador com os registrados em outras unidades da federação. No entanto, os dados gerais podem ser enganosos, e poucas vezes é possível encontrar indicadores mais específicos.

O Núcleo de Audiências de Custódia (NAC) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) vem divulgando periodicamente estatísticas, e o material referente ao mês de março de 2016 apresentou dados de prisão preventiva e liberdade provisória por tipo de crime (DISTRITO FEDERAL, 2016, p. 6), que permitem, portanto, a comparação com os resultados de Salvador e aplicação do mesmo teste de correlação empregado ao longo deste trabalho, o coeficiente de correlação de Pearson.

A tabela abaixo consolida os dados divulgados pelo TJDF, calculando os percentuais de prisão preventiva a partir do total de pessoas presas. Cabe enfatizar que, ao contrário dos dados apresentados neste trabalho, o Tribunal não diferenciou furto simples de furto qualificado nem roubo simples de roubo majorado, o que pode ter interferido nos coeficientes de correlação encontrados. Assim como na análise da base de dados de Salvador, foram desprezados os delitos com pequena representação na população carcerária de cada estado.

Tabela 3 — Índice de decretação de prisão preventiva, por tipo de crime, no Distrito Federal

Índice de decretação de prisão preventiva por crime	%	Crime violento?	Pena de prisão, em meses: mínimo	Pena de prisão, em meses: máximo	Pena de prisão, em meses: mediana	Admite substituição ou suspensão?
Todos os crimes	49,81%	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Homicídio	89,47%	SIM	72	360	216	NÃO
Lesão corporal	23,91%	SIM	03	36	19,5	SIM
Ameaça	20,69%	NÃO	01	06	3,5	SIM
Furto	34,12%	NÃO	12	96	54	SIM
Roubo	77,92%	SIM	48	180	114	NÃO
Latrocínio	100,00%	SIM	240	360	300	NÃO
Estelionato	11,11%	NÃO	12	120	66	SIM
Receptação	28,79%	NÃO	12	96	54	SIM
Tráfico de drogas	71,75%	NÃO	20	300	160	SIM
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	44,64%	NÃO	12	72	30	SIM
Coeficiente de correlação			0,7431	0,7131	0,9636	

Pode-se observar que os percentuais de decretação da prisão preventiva, no Distrito Federal, foram superiores aos de Salvador em todos os crimes, exceto os de estelionato, receptação e posse ou porte ilegal de arma, em que a conversão da

prisão em flagrante foi mais frequente na capital baiana, tanto que, na média geral, 49,81% das prisões foram mantidas no DF, contra 38,09% em Salvador.

Apesar disso, a aplicação do coeficiente de Pearson demonstra que, também no Distrito Federal, a correlação entre a decretação da prisão preventiva e da pena cominada ao tipo é alta, e que a correlação é mais intensa com a pena mínima do que com a pena máxima.

O fato de não ter havido distinção entre furto simples e qualificado e roubo simples e majorado explica, em parte, porque a correlação com as penas mínima e máxima é bem menos intensa do que a correlação com a mediana.

No Distrito Federal, o coeficiente de Pearson entre os percentuais de aprisionamento e a mediana da pena foi de 0,9636, o que significa uma correlação positiva quase perfeita entre as duas variáveis.

Portanto, embora sejam significativas as diferenças no percentual de decretação de prisão preventiva em Salvador e no Distrito Federal, sendo que, em alguns casos, como no tráfico de drogas, a variação é extrema (36,93% contra 71,75%), pode-se notar que, nos dois casos, a pena cominada ao crime, seu principal indicador de gravidade, tem correlação alta com o resultado da audiência de custódia.

2.2. Vida pregressa

Para a análise da vida pregressa dos presos, a base de dados da Defensoria Pública é menos rica, pois os registros só passaram a ser feitos no último trimestre do período de estudos. Isso pode levar a uma pequena discrepância com relação aos resultados do ano, que serão expostas quando preciso, mas ainda assim a quantidade de casos (1283) é suficientemente elevada para permitir conclusões seguras, ao menos nos crimes com maior incidência forense.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que os presos foram distribuídos em quatro grupos: 1) aqueles sem nenhum registro criminal anterior; 2) aqueles com antecedentes infracionais, considerando a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que admite a sua valoração judicial em prejuízo do preso, cumpridos certos critérios (BRASIL, 2016d); 3) aqueles com antecedentes criminais; 4) os reincidentes em sentido técnico.

É importante notar que o único grupo autenticamente homogêneo é o primeiro, dos presos sem nenhum registro criminal anterior. Quanto aos demais, não houve coleta de dados a respeito da quantidade de antecedentes infracionais, criminais ou de condenações geradoras de reincidência, nem da data dos registros ou da natureza do fato que motivou o registro.

Por isso, um preso com um processo criminal por furto, ocorrido há mais de cinco anos, em andamento, estará no mesmo grupo (com antecedentes criminais) de um indivíduo com várias ações penais por roubo, de instauração recente e com condenação em primeiro grau, aguardando julgamento de recurso.

Desta forma, para uma verificação autêntica de vidas progressas idênticas, seria preciso obter mais informações, mas provavelmente os grupos resultantes seriam tão esparsos que impediriam a formulação de conclusões confiáveis. Assim, apesar do prejuízo à confiabilidade que essa heterogeneidade pode representar, está é a melhor forma possível de classificação dos flagrados em função da vida progressa.

Na tabela abaixo, pode-se ver o perfil, segundo a sua vida progressa, de todos os presos em flagrante e daqueles que, após a audiência de custódia, têm a prisão preventiva decretada.

Tabela 4 — Vida progressa dos presos do Núcleo de Prisão em Flagrante

Vida progressa dos presos	Ouvidos em audiência	Casos	Presos preventivamente	Casos
Sem registros criminais	40,45%	519	25,98%	159
Com antecedentes infracionais	5,92%	76	5,88%	36
Com antecedentes criminais	44,27%	568	53,76%	36
Reincidentes	9,35%	120	14,38%	88

Como se pode observar, a vida progressa do preso tem um efeito ainda mais claro sobre o percentual de prisão preventiva do que o próprio tipo penal a ele imputado.

Os resultados indicam que 59,55% dos flagrados tinham algum registro no sistema penal, sendo 53,62% com algum antecedente criminal propriamente dito, e apenas 9,35% são reincidentes em sentido técnico.

Esses dados se aproximam das taxas de reingresso no sistema penal (reincidência em sentido amplo, não técnico) encontrados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2014, p. 8) — 47,4%, pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), num estudo específico sobre o tráfico de drogas (JESUS, M., 2011, p. 69) — 42,72%, e pela Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia (BAHIA, 2014b, p. 6) — 42,01%.

Quanto aos dados de reincidência em sentido técnico, a Escola Superior da Defensoria Pública também encontrou resultado bastante semelhante (BAHIA, 2014b, p. 6) — 9,79%, enquanto o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015, p. 23) apurou dado significativamente superior (24,4%), em pesquisa realizada nos estados de Alagoas, de Minas Gerais, de Pernambuco, do Paraná e do Rio de Janeiro.

O IPEA também realizou uma considerável revisão de literatura das pesquisas empíricas sobre reincidência criminal no país, identificando inclusive a provável origem da suposta taxa de reincidência de 70%, amplamente divulgada no país, inclusive pelo Conselho Nacional de Justiça.

Segundo o IPEA, a taxa resulta de um Relatório de Gestão do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), de 1998, e que conceitua a reincidência como número de presos com passagem anterior pelo sistema, ou seja, o conceito amplo, não técnico, de reingresso no sistema penal, concluindo então que “a porcentagem de 70% está sobrestimada pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações” (IPEA, 2015, p. 12).

Assim como no caso dos crimes que admitem soluções não carcerárias em caso de condenação, pode-se concluir que a audiência de custódia também representa um filtro eficiente para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas sem registros criminais anteriores, já que, entre os que permaneceram presos após a audiência, apenas 25,98% não tinham nenhum registro de passagem pelo sistema criminal.

A questão das taxas de reincidência é mais um bom exemplo da influência que a decisão metodológica tem sobre o resultado encontrado: verificada entre todos os presos em flagrante, a taxa é consideravelmente menor (9,35%) do que a encontrada quando considerados apenas os indivíduos cuja prisão foi convertida em preventiva (14,35%), aproximando-se um pouco mais do número obtido pelo IPEA.

Os efeitos criminógenos do encarceramento são conhecidos e discutidos há muitos anos pelas ciências criminais (BITTENCOURT, 2011, p. 165-168), e por isso a audiência de custódia é crucial, já que avalia imediatamente a situação do preso e, quando for o caso, o libera, depois de no máximo dois dias de prisão.

Ainda é muito cedo para uma análise dessa natureza, mas é possível que as audiências de custódia venham a ter uma repercussão bastante positiva sobre os índices de reiteração criminosa e de reincidência em sentido técnico, cuja redução é um dos poucos objetivos comuns de cientistas e políticos de todos os matizes ideológicos.

Tabela 5 — Índice de decretação de prisão preventiva de acordo com o tipo penal e a vida pregressa do preso

Tipo/ antecedentes	Casos	Nenhum	Infra- cionais	Crimi- nais	Reinci- dência	Coefficiente de variação
Todos os crimes	1283	30,64%	47,37%	57,92%	<u>73,33%</u>	0,343237584
Homicídio	24	83,33%	<u>100,00%</u>	45,45%	N/A	0,366558991
Lesão corporal	60	2,86%	0,00%	5,26%	<u>50,00%</u>	1,634151242
Ameaça	39	3,70%	0,00%	10,00%	<u>100,00%</u>	1,684957291
Furto	110	8,33%	33,33%	38,00%	<u>52,38%</u>	0,555653907
Roubo	411	58,94%	66,67%	74,19%	<u>91,49%</u>	0,191087797
Estelionato	68	41,67%	N/A	<u>42,86%</u>	N/A	0,019909075
Receptação	95	25,00%	75,00%	57,50%	<u>71,43%</u>	0,397958283
Tráfico de drogas	423	23,46%	33,33%	64,14%	<u>66,67%</u>	0,464154667
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	222	42,53%	69,23%	62,14%	<u>73,68%</u>	0,222260879

A tabela acima, além dos percentuais de decretação da prisão preventiva de acordo com o tipo penal e a vida pregressa, expõe também o seu coeficiente de variação, que é uma medida de dispersão estatística pouco usada na pesquisa jurídica empírica, cujo emprego pode ser encontrado no trabalho “Tempo na ou tempo da justiça criminal: uma discussão metodológica”, de Ludmila Ribeiro, Igor Machado e Klarissa Silva (2012, p. 355-382).

Segundo os autores, foi necessário recorrer ao coeficiente de variação, “que serve para expressar a variabilidade dos dados tirando a influência da ordem de grandeza da variável” (RIBEIRO; MACHADO; SILVA, 2012, p. 371), justamente para demonstrar que a média aritmética era uma medida problemática e inadequada para expressar efetivamente o tempo decorrido no processo criminal, já que o valor é distorcido pelos valores nas extremidades da escala. O coeficiente de variação é o quociente do desvio padrão e da média aritmética dessa escala.

O cruzamento das duas principais variáveis jurídico-penais (tipo penal e vida pregressa) permite a formulação das seguintes observações: como esperado, o grupo dos presos sem nenhum tipo de antecedente teve os menores percentuais de prisão preventiva decretada em todos os principais tipos penais, exceto no homicídio e nos relacionados à violência doméstica, e o grupo dos reincidentes teve o maior percentual de prisão em todos os tipos penais.

Entre os chamados “tecnicamente primários”, que possuem algum tipo de registro criminal diverso da reincidência, o percentual de prisão preventiva foi maior para os que possuíam antecedentes criminais, exceto nos crimes de homicídio, de receptação e de porte ou posse ilegal de arma de fogo, grupo no qual os presos com antecedentes infracionais tiveram maior permanência na prisão após a audiência de custódia.

Analisando os coeficientes de variação, pode-se notar que a influência mais acentuada dos antecedentes sobre o resultado da audiência se verificou nos casos de violência doméstica (coeficiente superior a 1,6 tanto para a lesão corporal como para a ameaça), de furto (0,55), de tráfico de drogas (0,46) e de receptação (0,39); menos acentuada, mas presente, nos crimes de porte ou posse ilegal de arma (0,22) e de roubo (0,19) e quase inexistente no crime de estelionato (0,01).

O único delito em que não foi possível afirmar uma correlação entre a gravidade do registro criminal anterior e o resultado da audiência de custódia foi o de homicídio, e são duas as principais razões: primeiro, a quantidade de casos analisados não é grande o suficiente para permitir conclusões mais confiáveis e, segundo, é possível que os magistrados tenham considerado, além da gravidade abstrata, as motivações da conduta para decidir sobre a necessidade da prisão.

O fato de o maior coeficiente de variação, em função dos antecedentes, ter se verificado nos casos de violência doméstica se deve à pena máxima em abstrato não superior a quatro anos cominada aos delitos de lesão corporal e ameaça, que, portanto, só admitem prisão preventiva em caso de reincidência ou necessidade de garantir a execução de medida protetiva, ambas hipóteses relacionadas à vida pregressa do preso.

Como a base de dados verifica apenas a existência de registros anteriores em geral, não necessariamente idênticos ao do fato que levou à prisão em flagrante, não é possível aprofundar a análise quanto a esse aspecto, mas pode-se cogitar que, nos casos de violência doméstica, os antecedentes infracionais não tiveram relevância por se referirem a condutas de outra natureza.

O tratamento mais rigoroso dispensado aos reincidentes tem previsão expressa na legislação penal e processual penal, e não entra em conflito com o princípio constitucional da presunção de inocência, e, embora não se possa ignorar a crítica pertinente de Salo de Carvalho (2002, p. 61-70) ao instituto como exemplo emblemático de um direito penal do autor, contrário ao garantismo, a sua discussão extrapolaria os propósitos do presente trabalho.

Controvérsia ainda mais clara surge quando se trata dos antecedentes criminais em sentido amplo, já que, ao final, o preso pode ser absolvido da ação penal

que está em andamento, ou o processo de apuração de ato infracional pode ter terminado sem condenação.

Desta forma, o princípio da presunção de inocência fica abalado com a valoração prejudicial desses atos, mas a jurisprudência predominante a admite sem maiores vacilações no momento da decretação da prisão preventiva, embora, no momento da aplicação da pena, o entendimento seja em sentido contrário, cristalizado na Súmula nº 444 do STJ, segundo a qual inquiritos e ações em andamento não podem servir para exasperar a pena-base (DELMANTO, 2016, p. 260).

A aparente incongruência se torna um problema crítico nas prisões por tráfico de drogas. Embora aparentemente os magistrados tenham reconhecido a amplitude do tipo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que tem levado ao encarceramento em massa de usuários como se fossem traficantes (RODRIGUES, 2009, p. 36), e por isso se verifique uma taxa bastante reduzida de decretação da prisão preventiva a pessoas sem nenhum tipo de registro anterior (23,46%), inferior à da receptação, considerada a mesma vida pregressa (25%), os presos por tráfico com antecedentes criminais já têm elevado percentual de decretação da preventiva (64,14%). Infelizmente a base de dados não permite a verificação de outras variáveis, com a quantidade de droga em cada prisão e o intervalo entre os registros criminais anteriores e o atual.

Em todo o caso, é plausível a hipótese de que a audiência de custódia pode não ser um filtro eficiente para as prisões equivocadas de usuários, como se fossem traficantes, se eles tiverem antecedentes criminais anteriores.

Até este ponto, as variáveis jurídico-penais indicadas, além de serem expressamente previstas no art. 282, II, do CPP, como relevantes para a definição da medida cautelar adequada, têm uma pauta de valores objetivamente determinável (natureza da conduta, penas cominadas, tipo de registro criminal anterior) para a interpretação dos resultados encontrados e, em geral, pode-se dizer que os juízes levaram-nas em conta para a decretação da prisão preventiva, que é a restrição mais severa à liberdade antes do julgamento.

As variáveis seguintes, embora também se encontrem sob o manto das “condições pessoais e sociais do agente”, não trazem em si, como as anteriores, uma pauta tão objetiva: afinal, como interpretar os resultados em função da idade, do gênero e da raça dos flagrados?

2.3. Idade

Em termos jurídico-penais, uma vez atingida a maioridade, são poucas as consequências da idade no resultado do processo, e todas dizem respeito aos extremos das faixas etárias. Uma delas é resquício da maioridade civil aos 21

anos, reduzida para 18 com o Código Civil de 2002, mas que permaneceu na seara penal: a idade inferior a 21 anos na data do fato é atenuante obrigatória, incidente na segunda fase da dosimetria da pena (DELMANTO, 2016, p. 281), e reduz o prazo prescricional à metade (DELMANTO, 2016, p. 415), numa clara demonstração da maior benevolência com os muito jovens.

A outra diz respeito aos idosos, mas com diferentes orientações: a idade superior a 70 anos na data da sentença leva o prazo prescricional à metade e admite a prisão domiciliar no âmbito da execução penal (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1435); a idade superior a 80 admite a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 757).

Tabela 6 — Faixa etária dos presos do Núcleo de Prisão em Flagrante

Faixa etária	Ouvidos em audiência	Casos	Presos preventivamente	Casos	Índice de prisão preventiva por idade
18 a 20 anos	20,69%	816	20,51%	308	37,75%
21 a 24 anos	29,47%	1162	<u>31,09%</u>	467	40,19%
25 a 29 anos	20,59%	812	<u>22,10%</u>	332	40,89%
30 a 39 anos	<u>21,33%</u>	841	20,64%	310	36,86%
40 a 49 anos	<u>5,55%</u>	219	4,46%	67	30,59%
50 a 59 anos	<u>1,80%</u>	71	0,87%	13	18,31%
60 a 69 anos	<u>0,51%</u>	20	0,27%	4	20,00%
70 anos ou mais	0,05%	2	<u>0,07%</u>	1	50,00%

A tabela acima demonstra que mais de 70% dos presos em flagrante são jovens, ou seja, menores de 30 anos (SILVA, R.; SILVA, V., 2011, p. 664), que menos de 1% são idosos, e apenas 0,05% fariam jus à redução do prazo prescricional à metade.

Dos 18 aos 40 anos, que reúnem mais de 90% dos presos, não há grande variação no índice de decretação da prisão preventiva, que é ligeiramente superior no grupo entre 21 e 29 anos.

A partir dos 40, o índice de conversão da prisão cai gradualmente, embora tenha uma elevação na faixa superior aos 70 anos, cujo resultado deve ser desprezado em razão do pequeníssimo número de casos (2), que não permite nenhuma análise estatística confiável.

Em princípio, fica claro que a idade não é um fator relevante para o resultado da audiência de custódia, exceto para o grupo de presos maiores de 40 anos, cujo aprisionamento é significativamente menor que os demais.

Para verificar as possíveis causas dessa variação a partir dos 40, é preciso analisar a média de idade dos presos por tipo de crime, comparando-a a um dado já conhecido, que é índice de decretação da prisão preventiva para esses mesmos crimes:

Tabela 7 — Média de idade do preso e índice de decretação da preventiva, por tipo penal

Tipo penal	Média de idade, em anos	% Decretação da prisão
Todos os crimes	27,02	38,09%
Homicídio	29,87	61,04%
Lesão corporal	34,85	8,55%
Ameaça	35,17	10,13%
Lesão corporal + ameaça	34,58	6,67%
Furto simples	29,41	15,03%
Furto qualificado	28,90	25,67%
Roubo simples	25,47	47,91%
Roubo majorado	24,98	60,50%
Latrocínio	24,18	100,00%
Estelionato	32,81	17,65%
Receptação	28,34	35,40%
Tráfico de drogas	24,59	36,93%
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	25,00	43,00%
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	24,40	51,36%
Coefficiente de correlação		-0,78

A análise da média de idade por tipo de crime é suficiente para explicar as pequenas variações no índice de decretação da prisão preventiva por faixa etária: o coeficiente de correlação de Pearson entre a média de idade e o percentual de decretação da prisão preventiva é de -0,78, indicando uma correlação negativa forte. Nesse caso, trata-se de uma situação em que as duas variáveis são

dependentes de uma terceira, não exposta na Tabela 7, mas já discutida nesse trabalho: a gravidade do crime, quantificada pelas penas cominadas.

Como se pode observar, os crimes patrimoniais violentos são praticados tipicamente por jovens, havendo inclusive uma ligeira queda da média de idade à medida que aumenta a intensidade da violência (do roubo simples, ao roubo majorado, ao latrocínio). Por outro lado, os crimes patrimoniais não violentos têm média etária superior, em especial o estelionato. Outros delitos com média etária baixa são os de tráfico de drogas e de posse ou porte ilegal de arma.

Por fim, a redução do índice de decretação da prisão preventiva a partir dos quarenta anos pode ser facilmente explicada pelos crimes com média de idade mais elevada, próxima aos trinta e cinco anos, que são os de estelionato e os de violência doméstica (lesão corporal e ameaça), precisamente aqueles com o menor percentual de decretação da prisão, não superior a 20%.

Por outro lado, há uma notável discrepância entre os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, e que serve para ilustrar muito bem a diferença entre população carcerária estática e população carcerária dinâmica, anteriormente mencionada. Nos dados do INFOPEN, 59% dos presos baianos eram jovens (BRASIL, 2014a, p. 49), contra 70% dos presos em flagrante em Salvador, sendo que a diferença se verifica entre os presos dos 18 aos 24 anos: 32% dos recenseados pelo INFOPEN estavam nessa faixa etária, contra 50% dos presos em flagrante em Salvador.

Verificar a idade de um preso na data do fato obviamente apontará uma população carcerária mais jovem do que a sua medição no final do ano-calendário. Nenhum dos dados está necessariamente correto ou errado, mas a grande questão, e que dá relevância a qualquer discussão metodológica é a seguinte: quando é mais útil verificar a idade do preso? E para qual propósito?

Se o interesse for, por exemplo, o desenvolvimento de políticas de saúde, de educação ou de emprego para os presos por um determinado período, é preciso saber a idade atual dos encarcerados; se a ideia é desenvolver políticas sociais de prevenção à criminalidade, é mais útil verificar a idade na data do fato supostamente criminoso.

Portanto, esse é um excelente exemplo de que nenhum dado estatístico deve ser tomado de forma absoluta: deve ser considerado a partir da metodologia empregada e do propósito da análise, sobretudo quando se pretender compará-lo a resultados de outros levantamentos de dados.

2.4. Gênero

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que não houve registro, nos dados da Defensoria Pública, de transexuais ou transgêneros, mas a atuação prática na

audiência de custódia permite a afirmação de que há uma pequeníssima minoria de presos/as transexuais, cuja diminuta quantidade impede a formulação de conclusões mais confiáveis.

Portanto, a análise em função do gênero basicamente comparará a participação de homens e mulheres, em função do tipo penal, o resultado da audiência em função do gênero e a distribuição da população carcerária feminina por tipo de crime.

Tabela 8 — Participação feminina e índice de decretação da prisão preventiva por tipo de crime

Tipo / indicador	% Fem.	Casos	% da população carcerária feminina	% Preventiva decretada – masc.	% Preventiva decretada – fem.
Todos os crimes	4,77%	188	100,00%	<u>38,96%</u>	20,74%
Homicídio	10,39%	8	4,26%	59,42%	<u>75,00%</u>
Lesão corporal	3,95%	7	3,72%	7,65%	<u>14,29%</u>
Ameaça	2,88%	4	2,13%	<u>8,89%</u>	0,00%
Furto simples	9,32%	15	7,98%	<u>16,44%</u>	13,33%
Furto qualificado	14,97%	28	14,89%	<u>27,04%</u>	17,86%
Roubo simples	1,14%	5	2,66%	<u>50,12%</u>	20,00%
Roubo majorado	2,89%	23	12,23%	<u>61,01%</u>	43,48%
Latrocínio	0,00%	0	0,00%	<u>100,00%</u>	Nenhum caso
Estelionato	19,12%	13	6,91%	<u>18,18%</u>	15,38%
Receptação	4,47%	13	6,91%	<u>36,33%</u>	15,38%
Tráfico de drogas	5,40%	68	<u>36,17%</u>	<u>38,04%</u>	17,65%
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	3,04%	15	7,98%	37,54%	6,67%
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	4,09%	9	4,79%	<u>53,08%</u>	11,11%

Entre os presos em flagrante em Salvador, os crimes com a maior participação feminina são os de estelionato (19,12%) e de furto qualificado (14,97%); no entanto, o crime em razão do qual houve o maior número de mulheres flagradas foi o de tráfico de drogas (36,17% das presas).

O grande crescimento do encarceramento feminino, e sua íntima correlação com a política de guerra às drogas, tem sido objeto de diversos estudos nos últimos anos (HELPE, 2014), sobretudo porque, no âmbito nacional, a proporção de presas por tráfico, na população carcerária feminina total, é muito maior, chegando a 68%, de acordo com o INFOPEN (BRASIL, 2014b, p. 29).

Se se observar que a participação feminina no tráfico de drogas (5,40% dos flagrados por esse tipo penal) não foi muito maior do que a participação feminina em geral (4,77% dos flagrados), e que o índice de decretação da prisão preventiva de mulheres por tráfico (17,65% dos casos) é bastante inferior ao de decretação da prisão dos homens por tráfico (38,04%), pode-se concluir que, pelo menos em Salvador, não parece ser possível adotar nenhuma outra política descarcerizadora voltada especificamente às mulheres presas em flagrante por tráfico, e que a audiência de custódia já representa um filtro bastante eficiente.

Observando o índice de decretação da prisão preventiva por tipo de crime, pode-se ver que, excetuando-se os crimes de homicídio e de lesão corporal, com pequena participação na população feminina total, em todos os outros tipos o percentual de aprisionamento dos homens é superior ao das mulheres, chegando a ser superior ao dobro nos delitos de roubo simples, de posse ou porte ilegal de arma de fogo, e destes últimos em concurso com o tráfico de drogas.

Tabela 9 — Índice de decretação da prisão preventiva, dos flagrados sem antecedentes, segundo o tipo penal e o gênero

Tipo/antecedentes	Masculino	Feminino
Todos	<u>30,91%</u>	25,00%
Homicídio	81,82%	<u>100,00%</u>
Lesão corporal	<u>3,03%</u>	0,00%
Ameaça	<u>3,85%</u>	0,00%
Furto simples	<u>14,29%</u>	0,00%
Furto qualificado	<u>5,26%</u>	0,00%
Roubo simples	46,30%	Nenhum caso
Roubo majorado	64,84%	<u>100,00%</u>
Latrocínio	100,00%	Nenhum caso
Estelionato	36,36%	<u>100,00%</u>
Receptação	<u>28,21%</u>	0,00%
Tráfico de drogas	22,88%	<u>33,33%</u>

Tipo/antecedentes	Masculino	Feminino
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	<u>31,82%</u>	0,00%
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	<u>48,28%</u>	0,00%

Feito o controle das duas principais variáveis (tipo penal e vida pregressa), com a comparação do grupo mais homogêneo possível (dos flagrados pelo mesmo crime e sem nenhum tipo de registro criminal anterior), e desprezado o crime de homicídio, para o qual não se demonstrou uma correlação entre vida pregressa e resultado da audiência, como dito no item 2.2 deste capítulo, pode-se afirmar que a constatação inicial, que parecia bastante clara, de que o tratamento dado às mulheres seria mais brando que o dispensado aos homens, se torna menos evidente.

Embora, na média, o índice de decretação da prisão de homens sem antecedentes seja maior (30,91%) do que o de mulheres (25%) com a mesma vida pregressa, o tratamento dispensado a elas foi mais gravoso justamente nos crimes com maior incidência forense (roubo majorado e tráfico de drogas) e no crime com a maior participação feminina na população total (estelionato).

Portanto, não se pode afirmar com segurança que haja uma correlação entre gênero e decretação da prisão preventiva na audiência de custódia, apesar de existir uma série de institutos descarcerizadores diferenciados para as mulheres, sobretudo o alargamento das hipóteses de prisão domiciliar para o cuidado de filhos menores de doze anos, introduzidos pela Lei nº 13.257/2016, que entrou em vigor durante o período de análise (OLIVEIRA, 2016, p. 578).

2.5. Raça, cor ou etnia

Embora haja alguma divergência metodológica na classificação das pessoas segundo a raça, a cor ou a etnia, tem-se convergido para a categorização do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que relaciona amarelos, brancos, indígenas, pardos e pretos (IBGE, 2011, p. 16). A população negra, por sua vez, de acordo com o art. 1º, Parágrafo Único, IV, do Estatuto da Igualdade Racial, é “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas” (BRASIL, 2010).

Com base nessas categorias, ainda há a discussão sobre os critérios de auto ou heterodeclaração. Não ficou claro, nem nos dados reunidos pela Defensoria Pública, nem pelo INFOPEN, qual foi o critério adotado, nem se qualquer um desses critérios foi adotado de forma sistemática em todo o período de análise, portanto os resultados precisam ser vistos com ressalvas.

Segundo a base de dados da Defensoria Pública, 93,25% dos presos em flagrante eram pardos (3677 pessoas), 6,06% eram pretos (239 pessoas) e 0,68%

eram brancos (27 pessoas), não havendo registro de amarelos nem de indígenas presos no período.

Comparando-os aos resultados do INFOPEN, 87,7% dos presos baianos eram negros, 11,6% eram brancos, 0,1% amarelos e 0,1% indígenas. Não há registro separado de pardos e pretos, o que impede uma comparação mais precisa, mas ambos os resultados reforçam a tese bastante discutida nos últimos anos acerca do encarceramento seletivo da juventude negra na atuação policial.

Para a análise da contribuição específica do Poder Judiciário (CARVALHO, 2015), embora a quantidade de pessoas brancas presas tenha sido tão pequena que dificulta a obtenção de conclusões confiáveis, é preciso observar o percentual de decretação de prisão preventiva, de acordo com a raça e o tipo de crime:

Tabela 10 — Índice de decretação da prisão preventiva, de acordo com a cor e o tipo penal

Tipo / cor	Branca	Parda	Preta	Todas
Todos os crimes	40,74%	37,56%	46,03%	38,09%
Homicídio	100,00%	59,15%	80,00%	61,04%
Lesão corporal	Nenhum caso	9,17%	0,00%	8,55%
Ameaça	Nenhum caso	11,11%	0,00%	10,13%
Lesão corporal + ameaça	0,00%	7,27%	0,00%	6,67%
Furto simples	0,00%	14,55%	28,57%	15,03%
Furto qualificado	Nenhum caso	25,14%	33,33%	25,67%
Roubo simples	100,00%	46,51%	60,53%	47,91%
Roubo majorado	50,00%	59,51%	77,08%	60,50%
Latrocínio	Nenhum caso	100,00%	Nenhum caso	100,00%
Estelionato	Nenhum caso	17,91%	0,00%	17,65%
Receptação	66,67%	35,69%	26,32%	35,40%
Tráfico de drogas	33,33%	36,84%	38,67%	36,93%
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	57,14%	42,46%	50,00%	43,00%
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	50,00%	51,94%	41,67%	51,36%

Os resultados encontrados não revelam uma influência determinante da cor da pele do preso no resultado da audiência. Embora, na média, o índice de decretação da prisão preventiva seja superior para os pretos (46,03%), comparando-o com os brancos (40,74%) e com os pardos (37,56%), quando se faz a análise de acordo com o tipo de crime, vê-se que os brancos têm o maior percentual de decretação da prisão preventiva nos crimes de homicídio, roubo simples, recepção e posse ou porte ilegal de arma, e os pardos nos crimes de violência doméstica, de estelionato e nos casos de concurso de crimes entre tráfico de drogas e posse ou porte ilegal de arma.

Como dito, a quantidade muito pequena de presos considerados brancos impede uma verificação mais aprofundada da questão, com a combinação com outras variáveis, como a vida pregressa, mas aparentemente o percentual mais elevado de decretação da prisão preventiva entre os pretos está correlacionada com o tipo de crime em razão dos quais é lavrada a sua prisão em flagrante pela polícia, sem que se possa identificar algum viés claro na atuação do Poder Judiciário.

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E ACESSO À JUSTIÇA

Apresentado, em linhas gerais, o perfil dos presos em flagrante em Salvador, e a composição da população carcerária após a audiência de custódia, é preciso verificar uma das questões mais importantes para que o sistema de justiça criminal, além de eficaz, seja justo: a natureza e a qualidade do acesso à justiça dos presos em flagrante.

O próprio advento da audiência de custódia já é um avanço indiscutível sob o aspecto da autodefesa, já que o preso é apresentado fisicamente ao juiz, ao contrário do regime anterior, em que o seu caso era decidido apenas com as informações dos autos, e tem a possibilidade de prestar suas declarações sobre os fatos, após entrevista reservada e na presença do seu defensor.

Para além dessa questão, é preciso discutir se a Defensoria Pública presta um serviço efetivo aos presos em flagrante que serão submetidos à audiência de custódia. Nesse aspecto, é fundamental enfatizar que este trabalho é de autoria de um defensor público que atua no Núcleo de Prisão em Flagrante, a partir da base de dados reunida pela própria Defensoria, mas isso não retira, por si só, a confiabilidade dos resultados.

A maior garantia de que os dados são confiáveis é que eles também podem ser obtidos com fontes independentes da Defensoria, como o próprio Poder Judiciário, já que são públicos, como, por exemplo, com as pautas diárias do Núcleo de Prisão em Flagrante, e a verificação dos detalhes de cada caso.

No entanto, o fato de ser uma base de dados da Defensoria Pública impede o aprofundamento das questões referentes ao acesso à justiça para os presos com

defensor constituído, como, por exemplo, saber como está sendo exercido o direito à entrevista reservada e se os advogados estão sendo devidamente cientificados das datas e horários das audiências de custódia. No entanto, a Defensoria registrou todos os dados referentes ao auto de prisão em flagrante à decisão judicial, inclusive dos casos de presos com advogado particular, já que a constituição ou desconstituição do patrono pode ocorrer até o último momento, ou até mesmo depois de realizada a audiência de custódia.

3.1. Demanda da Defensoria Pública

Durante o primeiro ano de realização das audiências de custódia, a demanda da Defensoria Pública foi de 64,75%, ou 2778 dos 3943 casos registrados. Quando feita a análise da demanda por raça ou cor, os pretos tiveram o maior percentual de atendimento (67,36%) e os brancos o menor (59,26%), o que corresponde à situação socioeconômica dos pretos e pardos no Brasil (BONETTI; ABREU, 2011), mas cabe notar que a discrepância não foi muito grande e que mesmo os brancos foram, em sua maioria absoluta, assistidos por defensores públicos, o que demonstra que os presos em flagrante são predominantemente pobres.

Sérgio Adorno (1996, p. 2), em estudo realizado na década de 1990, no município de São Paulo, também encontrou um percentual de assistência jurídica pública aos réus negros (62%) superior ao dos réus brancos (39,5%), mas é notável que a diferença, na capital paulista, era bem maior, por duas principais razões: a inexistência de Defensoria Pública na capital paulista no período, durante o qual os serviços jurídicos públicos gratuitos eram realizados pela Procuradoria do Estado, e a diferente composição racial daquela cidade com relação a Salvador.

Tabela 11 — Demanda da Defensoria Pública, por tipo de crime e por raça/cor/etnia

Tipo penal	Demanda da defensoria	Casos	Branco	Pardos	Pretos
Todos os crimes	64,75%	2778	59,26%	64,62%	<u>67,36%</u>
Homicídio	64,94%	53	<u>100,00%</u>	61,97%	100,00%
Lesão corporal	71,79%	84	Nenhum caso	<u>73,39%</u>	50,00%
Ameaça	77,22%	61	Nenhum caso	75,00%	<u>100,00%</u>
Lesão corporal + ameaça	70,00%	43	0,00%	<u>74,55%</u>	33,33%
Furto simples	<u>80,92%</u>	26	<u>100,00%</u>	80,61%	85,71%
Furto qualificado	78,61%	158	Nenhum caso	77,14%	<u>100,00%</u>

Tipo penal	Demanda da defensoria	Casos	Branços	Pardos	Pretos
Roubo simples	78,90%	380	50,00%	77,83%	<u>92,11%</u>
Roubo majorado	71,95%	585	71,95%	71,93%	<u>72,92%</u>
Estelionato	61,76%	59	Nenhum caso	61,19%	100,00%
Receptação	50,17%	168	33,33%	49,44%	<u>63,16%</u>
Tráfico de drogas	51,79%	696	<u>83,33%</u>	51,95%	46,67%
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	51,72%	255	42,86%	<u>52,59%</u>	36,36%
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	45,91%	108	<u>50,00%</u>	45,63%	<u>50,00%</u>

De acordo com a tabela acima, os crimes em que há o maior percentual de atendimento pela Defensoria Pública são os de furto simples (80,92%), seguidos muito de perto pelos crimes de roubo simples (78,90%), furto qualificado (78,61%) e ameaça (77,22%).

Os delitos com o menor percentual de assistência pela Defensoria Pública são os de tráfico de drogas e posse ou porte ilegal de armas, seja quando praticados em concurso (45,91%), seja quando praticados isoladamente (ambos com 51,7% dos casos), e os de receptação (50,17%), indicando uma maior capacidade de arcar com os honorários advocatícios, embora a base de dados não permita um esclarecimento das razões dessa maior capacidade.

Esses dados são consistentes com outras estimativas de demanda da Defensoria Pública, como a empreendida pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, segundo a qual a Defensoria Pública é responsável pela defesa judicial de 60,85% dos acusados de tráfico de drogas na capital paulista (JESUS, M., 2011, p. 71) e, além disso, permitem a comparação entre os custos do serviço da Defensoria Pública e de outros modelos possíveis de assistência.

Segundo a Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Bahia, publicada por meio da Resolução do Conselho Pleno nº 05, de 05 de dezembro de 2014 (OAB-BA, 2014), a formulação de pedidos de relaxamento de prisão ou de concessão de fiança custa R\$ 4.700,00, e a atuação em audiência por nomeação de juiz custa R\$ 1.800,00.

Se todas as 2778 audiências realizadas pela Defensoria Pública, entre setembro de 2015 e agosto de 2016, tivessem sido feitas por advogados particulares,

cobrando das famílias o valor previsto na tabela de honorários da OAB, o custo anual teria sido de R\$ 13.056.600,00, ou R\$ 1.088.050,00 por mês; se os mesmos serviços fossem integralmente cobertos pelo Estado com a nomeação de defensores dativos, pela tabela da OAB, o seu custo anual seria de R\$ 5.000.400,00, ou R\$ 416.700,00 por mês, superior ao décuplo do salário mensal do defensor público de classe final. Tais simulações indicam que a política de assistência jurídica por meio da Defensoria Pública é muito mais barata que a nomeação de defensores dativos.

Resta agora analisar o possível impacto da ausência completa de uma política de assistência jurídica gratuita. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2016, p. 2), a renda domiciliar *per capita* mensal dos baianos em 2015 foi de R\$ 736,00 (setecentos e trinta e seis reais), o que significa que os honorários advocatícios para um pedido de relaxamento de prisão ou de liberdade provisória consumiriam mais de sete meses da renda familiar *per capita* média do estado.

Desta forma, cada família que confia nos serviços da Defensoria Pública e, por isso, não contrata advogados particulares, evita o comprometimento de mais da metade da renda domiciliar anual *per capita*, isso sem considerar os custos do sacrifício das economias familiares ou do endividamento emergencial para a contratação de serviços jurídicos.

Para demonstrar o impacto do endividamento, suponha-se que uma família com quatro pessoas, com a renda *per capita* mensal aferida pelo IBGE, portanto, totalizando R\$ 2.944,00, contraia um empréstimo consignado sobre a folha de pagamento, crédito mais barato do mercado, que não pode comprometer mais de 30% da remuneração (BRASIL, 2003), para pagar os honorários advocatícios da tabela da OAB-BA.

Segundo a ferramenta de simulação de empréstimos consignados do Senado Federal (BRASIL, s.d.), caso o indivíduo ocupe o máximo da sua margem consignável (30%), ele deverá pagar seis parcelas de R\$ 883,20 para obter um crédito de R\$ 4.894,92 no Banco do Brasil, com juros de 1,6% ao mês.

Desta forma, mesmo uma família de renda média comprometeria 30% da receita familiar bruta durante sete meses para o custeio de honorários, tomando empréstimo às taxas mais baixas do mercado. O público que necessita da Defensoria Pública, no entanto, tem renda inferior à média, e menos segura, tendo menor acesso ao crédito consignado, exceto no caso dos aposentados e pensionistas.

Embora existam dados públicos disponíveis acerca da renda familiar e *per capita* do assistido da Defensoria Pública do Estado da Bahia, um bom parâmetro

pode ser encontrado no trabalho “Perfil do assistido pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul: Acesso à Justiça e Capital Social”, de Chrystian Ferreira de Ferreira (2014, p. 33), segundo o qual a renda mensal *per capita* dos assistidos era de R\$ 579,01 em 2014, sendo que, no mesmo ano, a renda mensal domiciliar *per capita* dos gaúchos era de R\$ 1.318,00, segundo o IBGE (2015, p. 2), ou seja, a renda dos assistidos da Defensoria Pública equivalia a 43,93% da renda média *per capita* da população do estado.

Supondo que, na Bahia, a relação seja a mesma, a renda familiar *per capita* mensal dos assistidos da Defensoria será de R\$ 323,33, ou R\$ 1.293,32 para uma família de 4 pessoas, que, portanto, não poderia comprometer mais de R\$ 387,99 com empréstimos consignados e, por consequência, precisaria abrir mão de 30% da renda familiar durante quinze meses para obter um crédito de R\$ 4.967,67, no Banco do Brasil, a juros de 1,6% ao mês.

Desta forma, fica claro que a Defensoria Pública, na área criminal, é uma política muito eficiente de combate à pobreza, pois evita a assunção de dívidas não planejadas por famílias pobres para o custeio de honorários advocatícios, que as privaria de parcela significativa da renda mensal por mais de um ano para a participação em um único ato da persecução penal.

Em seguida, é preciso verificar se, além de uma ferramenta efetiva de combate ao empobrecimento e ao endividamento, a assistência prestada pela Defensoria Pública têm qualidade comparável à dos serviços oferecidos pelos advogados particulares.

3.2. Resultado das Audiências de Custódia segundo o tipo de defesa

Embora existam diversas variáveis relevantes para avaliar a qualidade do serviço jurídico prestado — produção probatória, fundamentação dos pedidos, orientação jurídica ao preso, contato com a família — a base de dados da Defensoria Pública só permite a comparação entre os casos acompanhados por defensores públicos e por advogados particulares sob um aspecto, que é o do resultado da audiência.

Para tanto, é preciso ter em vista que as demais variáveis interferentes sobre o resultado, e já comentadas extensamente neste trabalho, devem ser levadas em conta antes de formular qualquer conclusão a respeito da correlação entre o resultado e o tipo de defesa.

De acordo com a tabela abaixo, o percentual de decretação da prisão preventiva nos casos acompanhados pela Defensoria Pública (39,37%) é um pouco superior ao dos acompanhados por advogados (35,76%).

Tabela 12 — Índice de decretação da prisão preventiva segundo o tipo de defesa

Tipo / defesa	Defensoria pública		Advocacia privada	
	%	Casos	%	Casos
Todos os crimes	<u>39,37%</u>	1020	35,76%	505
Homicídio	<u>72,00%</u>	37	40,74%	11
Lesão corporal	<u>10,71%</u>	9	3,03%	1
Ameaça	11,48%	7	5,56%	1
Lesão corporal + ameaça	<u>9,52%</u>	4	0,00%	0
Furto simples	11,26%	17	<u>40,91%</u>	9
Furto qualificado	<u>28,57%</u>	42	15,00%	6
Roubo simples	52,96%	208	25,30%	24
Roubo majorado	<u>62,76%</u>	365	54,71%	125
Estelionato	7,14%	3	<u>34,62%</u>	9
Receptação	33,56%	50	<u>37,24%</u>	54
Tráfico de drogas	37,42%	246	36,41%	224
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	39,22%	100	<u>47,06%</u>	117
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	48,51%	49	<u>53,78%</u>	67

No entanto, quando se faz a análise de acordo com o tipo penal, o percentual de decretação da prisão preventiva entre os casos acompanhados por advogados foi mais elevado nos crimes de furto simples, estelionato, receptação, posse ou porte ilegal de arma, e neste último quando praticado em concurso com o tráfico de drogas.

Coincidentemente, os crimes em que o resultado da audiência de custódia foi menos favorável aos presos acompanhados por advogados são justamente aqueles em que a demanda da Defensoria Pública é menor, como se pode ver na Tabela 11, exceto no caso do furto simples.

Tal resultado poderia levar à formulação das seguintes hipóteses: ou a qualidade do serviço da Defensoria melhora com a redução da demanda, ou os crimes em que há uma distribuição mais proporcional dos casos entre defensores e advogados levam também a uma distribuição mais proporcional de pessoas com a mesma vida pregressa nos dois grupos.

Para testar a primeira hipótese, é preciso apresentar a correlação entre a demanda da Defensoria Pública e a diferença nos percentuais de decretação da prisão preventiva segundo o tipo de defesa:

Tabela 13 — Correlação entre a demanda da Defensoria Pública, por tipo de crime, e a diferença no percentual de decretação da prisão preventiva segundo o tipo de defesa

Tipo penal	Demanda da defensoria	Diferença % — prisão preventiva
Todos os crimes	64,75%	3,61%
Homicídio	64,94%	<u>31,26%</u>
Lesão corporal	71,79%	7,68%
Ameaça	77,22%	5,92%
Lesão corporal + ameaça	70,00%	9,52%
Furto simples	<u>80,92%</u>	-29,65%
Furto qualificado	78,61%	13,57%
Roubo simples	78,90%	27,66%
Roubo majorado	71,95%	8,05%
Estelionato	61,76%	-27,48%
Receptação	50,17%	-3,68%
Tráfico de drogas	51,79%	1,01%
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	51,72%	-7,84%
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	<u>45,91%</u>	-5,27%
Coeficiente de correlação		0,24

Como se pode observar, há uma correlação positiva, mas de baixa intensidade, entre a demanda da Defensoria Pública e a diferença no percentual da prisão preventiva segundo o tipo de defesa, deixando claro que, ao menos no universo do Núcleo de Prisão em Flagrante, não parece haver um impacto significativo do aumento da demanda sobre a qualidade do serviço.

No entanto, como se trata de um único órgão judicial com competência para apreciar todos os flagrantes da comarca de Salvador, independentemente do tipo de crime, a forma mais adequada de medir as diferenças seria verificar a correlação entre o resultado da audiência e o percentual de demanda da Defensoria Pública a cada dia de funcionamento do Núcleo.

Tal cálculo é exequível, mas também seria pouco revelador, já que, pela quantidade diária de casos reduzida, para fins estatísticos, os resultados obtidos seriam excessivamente influenciados pelas qualidades particulares de cada caso que, como vimos, exercem grande influência sobre a decisão judicial, e que turvariam a análise específica da influência do tipo de defesa, e do aumento de demanda sobre a qualidade do serviço da Defensoria Pública.

Fica claro que não há nenhum método ideal de verificação do impacto do aumento da demanda da Defensoria Pública sobre a qualidade do serviço num núcleo em que não há especialização por tipo de crime e em que a quantidade diária de casos é pequena para fins estatísticos.

A solução intermediária, mas, como já se pode antever, limitada, é verificar a correlação entre a demanda mensal da Defensoria Pública e a diferença no percentual de decretação da prisão preventiva segundo o tipo de defesa.

Tabela 14 — Correlação entre a demanda mensal da Defensoria Pública e a diferença no percentual de decretação da prisão preventiva, por tipo de defesa

Mês	Demanda defensoria	Prisão defensoria	Prisão advogados	Diferença
1º ano	64,75%	39,37%	35,76%	3,61%
Setembro/2015	62,87%	29,05%	22,58%	6,47%
Outubro/2015	65,44%	34,36%	19,42%	14,94%
Novembro/2015	64,26%	30,90%	35,35%	-4,45%
Dezembro/2015	62,09%	42,11%	12,07%	30,04%
Janeiro/2016	66,31%	36,22%	45,74%	-9,53%
Fevereiro/2016	73,90%	27,52%	22,08%	5,45%
Março/2016	68,06%	33,77%	41,12%	-7,35%
Abril/2016	61,57%	32,12%	33,01%	-0,89%
Mai/2016	62,80%	48,85%	33,77%	15,08%
Junho/2016	67,32%	45,66%	46,36%	-0,70%
Julho/2016	63,66%	48,28%	48,99%	-0,72%
Agosto/2016	59,18%	52,65%	43,20%	9,46%

Coeficiente de Correlação: -0,31818308

A tabela acima demonstra uma correlação negativa (contrária, portanto, ao comportamento esperado) e de baixa para média intensidade entre o aumento da

demanda e o aumento da diferença no percentual de prisão, ou seja, que o aumento da demanda mensal não piora o desempenho da Defensoria Pública, medido pela diferença no percentual de decretação da prisão preventiva entre os seus assistidos e o dos clientes dos advogados.

Para testar a segunda hipótese, fazendo a análise dos resultados obtidos pela Defensoria e pelos advogados particulares, de acordo com os antecedentes criminais, expostos na tabela abaixo, pode-se notar que, nos grupos mais homogêneos (presos sem antecedentes e presos reincidentes), a decretação da prisão dos assistidos da Defensoria teve percentual menor que a dos clientes dos advogados.

Nos grupos mais heterogêneos (com antecedentes infracionais e com antecedentes criminais), o desempenho dos clientes dos advogados particulares foi melhor. Como dito acima, o único grupo perfeitamente homogêneo é dos presos sem nenhum registro criminal anterior, já que, nos demais casos, não houve registro da quantidade, da data ou da natureza dos antecedentes.

No caso dos reincidentes, a homogeneidade é um pouco maior do que nos outros dois grupos, pois ao menos se trata de pessoas com sentenças condenatórias transitadas em julgado e cujas penas não foram extintas há mais de cinco anos. Desta forma, justamente nos grupos em que a variável vida pregressa foi controlada com maior rigor, o resultado obtido pela Defensoria foi melhor

Tabela 15 — Índice de decretação da prisão preventiva, de acordo com os antecedentes e o tipo de defesa

Tipo / defesa	Defensoria pública		Advocacia privada	
	%	Casos	%	Casos
Todos	<u>39,37%</u>	1020	35,76%	505
Sem antecedentes	30,13%	95	31,40%	67
Antecedentes infracionais	<u>51,92%</u>	27	37,50%	9
Antecedentes criminais	<u>59,13%</u>	217	55,72%	113
Reincidência	69,05%	58	<u>83,33%</u>	30

Por fim, é preciso verificar o resultado da audiência, de acordo com o tipo de defesa, fazendo simultaneamente o controle das duas principais variáveis (tipo penal e vida pregressa), lembrando que, como o único grupo autenticamente homogêneo é o de presos sem nenhum tipo de registro criminal, somente ele será considerado na apresentação dos resultados.

Tabela 16 — Índice de decretação da prisão preventiva, para presos sem antecedentes criminais, por tipo de defesa, segundo o tipo penal

Tipo / defesa	Defensoria pública		Advocacia privada	
	%	Casos	%	Casos
Todos os crimes	30,13%	95	<u>31,40%</u>	67
Homicídio	80,00%	8	<u>100,00%</u>	2
Lesão corporal	<u>5,00%</u>	1	0,00%	0
Ameaça	<u>7,69%</u>	1	0,00%	0
Lesão corporal + ameaça	0,00%	0	0,00%	0
Furto simples	8,33%	1	<u>33,33%</u>	1
Furto qualificado	<u>7,14%</u>	1	0,00%	0
Roubo simples	<u>48,94%</u>	24	18,18%	4
Roubo majorado	63,64%	43	<u>70,37%</u>	21
Estelionato	0,00%	0	<u>62,50%</u>	5
Receptação	15,38%	2	<u>29,03%</u>	9
Tráfico de drogas	22,39%	15	<u>24,21%</u>	23
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	16,67%	5	<u>44,44%</u>	16
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	33,33%	4	<u>55,56%</u>	10

Feito o controle das duas principais variáveis (tipo penal e vida pregressa) e compostos os grupos de análise com presos com o perfil mais homogêneo possível (flagrados pelo mesmo tipo penal e sem nenhum registro criminal anterior), a situação relatada anteriormente se inverte.

Desconsiderados os casos de homicídio, em que, como dito no item 3.1.2, não se demonstrou correlação entre a vida pregressa e o resultado da audiência, pode-se notar que o resultado foi mais desfavorável aos presos acompanhados por advogados constituídos nos crimes de furto simples, roubo majorado, estelionato, receptação, tráfico de drogas, posse ou porte ilegal de arma, e no concurso de crimes entre tráfico e posse ou porte, dentre os quais se incluem os delitos com maior incidência forense. Em compensação, o resultado foi pior para os assistidos da Defensoria Pública nos crimes de violência doméstica, de furto qualificado e de roubo simples.

Portanto, pode-se afirmar com segurança que a assistência pela Defensoria Pública não representa nenhuma desvantagem para os presos em flagrante, quando analisados os resultados obtidos pelos advogados particulares, sendo ligeiramente mais provável a soltura por um defensor público do que por um defensor constituído, quando controladas as variáveis do tipo penal e da vida pregressa.

Não há base suficiente de dados para a comparação do desempenho individual de cada defensor público ou de cada advogado na postulação em favor de presos pelo mesmo tipo penal e com a mesma vida pregressa.

Embora seja preciso ter cautela para comparar os presentes resultados com dados de outras fontes, de outros períodos e de outros territórios, um excelente indício do sucesso das audiências de custódia para a efetivação do acesso à justiça, sobretudo com a presença de uma Defensoria Pública efetiva, surge com a leitura do trabalho “Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro”, de Julita Lemgruber e Marcia Fernandes, da Associação pela Reforma Prisional e com apoio da Open Society Foundations, publicado em 2011, antes, portanto, da implementação das audiências de custódia.

Trata-se de pesquisa-ação efetivada nas carceragens da Polícia Civil do Rio de Janeiro, em que as pesquisadoras abordaram e ofereceram assistência jurídica a presos provisórios por crimes patrimoniais não violentos ou por tráfico de drogas, e compararam os seus resultados com os obtidos pela Defensoria Pública e por advogados particulares.

Os resultados alcançados foram os seguintes: nos vinte dias posteriores à privação de liberdade, foram mantidos (ou por indeferimento do pedido ou por ausência de decisão) 82,3% das prisões dos assistidos da Defensoria Pública, mas apenas 59,1% das prisões dos acompanhados por advogados particulares, e 69,4% das prisões dos assistidos pelos advogados do projeto da Associação pela Reforma Prisional (LEMRUGER; FERNANDES, 2011, p. 42).

Além disso, as pesquisadoras entenderam que “o pior desempenho dos defensores públicos, comparados aos da ARP, se deve em grande parte à falta de apresentação de pedidos pelos primeiros” (LEMRUGER; FERNANDES, 2011, p. 42).

Como a metodologia restringiu a análise aos vinte primeiros dias de prisão e foi realizada em período anterior à implementação das audiências de custódia naquele estado, poder-se-ia ponderar que a ausência de pedido dos defensores foi uma estratégia processual para postular no momento mais oportuno, mas, em todo o caso, tratando-se apenas de presos por crimes não violentos, uma tentativa inicial se justificaria.

Embora os elevados índices de aprisionamento nesses casos chamem muito a atenção, quando comparados aos verificados em Salvador após a implementação das audiências de custódia, o que deve ser levado em conta, para efeito comparativo, é justamente a diferença nos resultados em função do tipo de defesa.

Tabela 17 — Índice de manutenção da prisão, para presos por crimes não violentos, segundo o tipo de defesa

Fonte / resultado	Defensoria pública		Advocacia privada		Diferença
	%	Casos	%	Casos	
DPE/BA 2015-2016 - BA*	28,32%	358	35,70%	302	-7,38%
ARP/OSF 2010-2011 - RJ**	82,30%	65	59,10%	36	+23,20%

* Casos de furto, estelionato, receptação e tráfico de drogas

** Crimes contra a propriedade sem violência e tráfico privilegiado

O trabalho de LEMBRUGER e FERNANDES apresentou um elucidativo experimento segundo o qual, diante de um contexto de constatada deficiência dos serviços prestados pela Defensoria, foi possível apontar caminhos para a sua melhoria, mas ainda assim os resultados obtidos pelos advogados do projeto foram piores do que os alcançados pelos advogados particulares.

Cabe lembrar que, pelo tamanho reduzido da amostra e pela insuficiência da documentação a seu dispor, LEMBRUGER e FERNANDES (2011, p. 36) não puderam controlar todas as variáveis relevantes para o resultado, tendo desistido, inclusive, de restringir a análise aos presos primários, como constava do planejamento inicial, e por isso as suas conclusões devem ser tomadas com as devidas ressalvas.

No entanto, a análise dos dados compilados pela Defensoria Pública do Estado (DPE) durante as audiências de custódia realizadas em Salvador revelou uma situação diferente: os assistidos da DPE tiveram maior percentual de soltura do que os presos acompanhados por advogados constituídos, considerados os casos de crimes patrimoniais não violentos e de tráfico.

Desta forma, fica claro que as audiências de custódia, por terem contado com a adesão efetiva das defensorias públicas, criaram as condições para, ao menos na fase pré-processual, superar o déficit na assistência jurídica gratuita no Brasil. O principal problema apontado por LEMBRUGER e FERNANDES (a ausência de pedido nos casos acompanhados pela Defensoria) simplesmente desaparece com a audiência de custódia, já que, em todos os casos, o defensor deverá estar

presente, ter feito a entrevista reservada e ter tentado o contato com a família em busca de documentação e de outros elementos que sirvam para a postulação da liberdade do assistido, havendo, ao menos em Salvador, boa estrutura e equipe de apoio para tais diligências.

Lamentavelmente, a cobertura territorial das Defensorias Públicas ainda é incompleta em quase todos os estados da federação, alcançando apenas 40% das comarcas do país em 2014 (GONÇALVES; BRITO; FILGUEIRA, 2015, p. 58-59), e, embora esteja em andamento o prazo de transição da Emenda Constitucional nº 80, de 2014, que determina a universalização dos serviços até o ano de 2022 (GONÇALVES; BRITO; FILGUEIRA, 2015, p. 61), o atual contexto político e de ajuste fiscal torna muito improvável o cumprimento do prazo.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEGURANÇA JURÍDICA

Superada a análise sobre o papel positivo das audiências de custódia para a efetivação do acesso à justiça, cabe agora analisar se as decisões tomadas no Núcleo de Prisão em Flagrante oferecem previsibilidade aos jurisdicionados.

Embora uma discussão mais aprofundada sobre o tema extrapole os propósitos do presente trabalho, pode-se afirmar provisoriamente que a segurança jurídica pode ser entendida como “previsibilidade e calculabilidade pelos cidadãos dos efeitos jurídicos de seus atos” (NOVOA, 2000, p. 73).

Essa segurança foi a principal promessa do Positivismo Jurídico, e o seu esgotamento, durante a segunda metade do Século XX, deveu-se sobretudo ao reconhecimento, dentro do próprio paradigma, da sua incapacidade de promovê-la (MURICY, 2015, p. 45-73).

A previsibilidade do efeito jurídico de um comportamento nada diz sobre a justiça dispensada ao seu tratamento, e, não por acaso, o dilema entre um tratamento injusto, mas previsível, e um tratamento justo, mas imprevisível, é uma marca da discussão jurídica contemporânea.

Robert Alexy (2009, p. 63), ao analisar o conceito de Direito, sustenta que, em face do paradoxo da injustiça legal, se o seu reconhecimento se restringir aos casos mais evidentes de justiça, portanto, cuja detecção é mais segura, mesmo a sua correção *a posteriori* representará uma perda mínima de segurança jurídica.

Apesar da centralidade do problema da segurança sob o ponto de vista teórico, a questão da variação das decisões, em casos similares, conforme o entendimento pessoal do magistrado, é uma pouco pesquisada, sob o ponto de vista empírico, no Brasil.

Aliás, essa falta de dados também foi reconhecida por John Braithwaite (2002, p. 60), criminólogo australiano, que, para suprir a deficiência de informações sobre a prática judicial, valeu-se de informações sobre tomada de decisões por funcionários públicos do Poder Executivo, para comparar o grau de previsibilidade e de cumprimento de atos normativos mais abertos ou mais fechados, nos serviços de inspeção de asilos e casas de repouso da Austrália (cuja regulação é mais aberta) e nos Estados Unidos (cuja regulação é mais fechada).

É preciso reconhecer que algum grau de variação e, portanto, de indeterminação das decisões, não só é inevitável, mas até desejável, já que representa a prova concreta da independência judicial, uma das prerrogativas mais importantes da magistratura, e, também, das garantias judiciais mais importantes para a população, de que terá direito de ver suas causas decididas por um juiz livre e imparcial.

Por outro lado, a variação excessiva, além do razoável, gera insegurança jurídica e transmite a sensação ao jurisdicionado de que é o acaso, e não a justiça, que orienta a decisão do seu caso.

Observe-se que, no processo penal, para a análise da adequação e da necessidade das medidas cautelares, o ordenamento confere ao magistrado uma considerável margem de discricionariedade, sobretudo com o estabelecimento da garantia da ordem pública, conceito jurídico indeterminado (ENGLISH, 2008, p. 205-215) por excelência, como um dos fundamentos para a prisão preventiva.

A importância do tema exige que se faça uma breve revisão da literatura a respeito do conceito de ordem pública: para Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 581), “trata-se da hipótese de interpretação mais extensiva na avaliação da necessidade da prisão preventiva; segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014; p. 733), “não se tem um conceito exato do significado da expressão ordem pública”; para Eugenio Pacelli de Oliveira (2016, p. 562), “a expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícil definição”; por fim, segundo Aury Lopes Jr. (2016, p. 651), a ordem pública é “um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”.

Tal discricionariedade, inclusive, é reconhecida como uma das principais causas da banalização da decretação da prisão preventiva (SILVEIRA, 2016, p. 213), e tem a sua constitucionalidade posta em xeque por LOPES JR. (2016, p. 662), para quem “as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais”.

Portanto, fica claro que há de se esperar alguma variação nas decretações de prisão preventiva de acordo com o magistrado, apesar de as reformas processuais de 2011 terem inserido dispositivos no art. 313 do Código de Processo Penal

para restringir, salvo em situações excepcionais, a prisão preventiva aos crimes com pena máxima cominada superior a quatro anos de reclusão.

Embora não tenha esse propósito específico, a pesquisa “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores”, coordenada por Thiago Bottino (2014), também versou sobre a variação das decisões de acordo com o órgão jurisdicional.

BOTTINO (2014, p. 36) identificou que 43,8% de todos os *Habeas Corpus* impetrados no Superior Tribunal de Justiça, entre 2008 e 2012, tiveram como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo que essa elevadíssima concentração não é proporcional nem aos dados de população nem aos de população prisional.

O coordenador da pesquisa observou que, mesmo nos casos de progressão de regime prisional, cujo marco legal é muito mais detalhado do que, por exemplo, os requisitos para a decretação da prisão preventiva, e que, por isso, deveriam apresentar “mais segurança jurídica ao juiz e ao condenado” (BOTTINO, 2014, P. 45), constatou-se um alto percentual de decisões do TJSP, versando sobre esse tema, atacadas por HCs e RHCs no STJ, com taxa de concessão bastante superior à dos demais tribunais de segunda instância (BOTTINO, 2014, p. 45).

Desta forma, a insegurança jurídica resultante das decisões contraditórias, na apreciação de casos similares, tem efeito inclusive sobre a taxa de congestionamento dos tribunais superiores, já que BOTTINO (2014, p. 49) identificou um pronunciado aumento das impetrações de *Habeas Corpus* contra as decisões do TJSP justamente após a criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, dando acesso a “uma grande massa de pessoas que não dispunha de meios para acionar o Poder Judiciário”. Portanto, a maior efetivação do acesso à justiça no Brasil vem aumentando a evidência da insegurança jurídica decorrente das decisões contraditórias.

Desta forma, pode-se notar que a variação subjetiva das decisões não decorre apenas da discricionariedade conferida pelo próprio ordenamento ao magistrado, e, por isso, é relevante a verificação da sua ocorrência mesmo nos casos em que a abertura do marco legal é maior, como no caso da decretação da prisão preventiva.

Aliás, José Rodrigo Rodriguez (2012, p. 136), sustenta que “a depender do objeto regulado, um texto normativo aberto pode produzir *mais* segurança jurídica do que um texto jurídico fechado”.

Segundo o autor, diplomas legislativos muito detalhados, com muitas previsões específicas, podem levar a uma “gincana das regras”, em que é possível

justificar qualquer tipo de comportamento a partir de um texto normativo fechado nele previsto, e assim “o efeito da regulação acaba sendo contrário ao objetivo fixado pelo legislador e este efeito paradoxal compromete a segurança jurídica (RODRIGUEZ, 2012, p. 136).

4.1. Decretação da prisão preventiva de acordo com o magistrado

Durante o primeiro ano de implementação das audiências de custódia em Salvador, sete juízes atuaram no Núcleo de Prisão em Flagrante, responsável pelas audiências durante a semana, e, além deles, outros trinta e oito magistrados fizeram audiências de custódia durante os plantões de final de semana, a partir de maio de 2016 (BAHIA, 2016).

Considerando que o número de casos em que os magistrados plantonistas atuaram é muito pequeno para permitir qualquer tipo de análise estatística confiável, foram especificados na tabela abaixo apenas os casos julgados pelos sete juízes que passaram pelo núcleo, designados como NPF1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, sendo informada a quantidade de casos julgados por cada um deles.

Tabela 18 — Índice de decretação da prisão preventiva, por tipo penal e por juiz

Tipo/juiz	NPF1	NPF2	NPF3	NPF4	NPF5	NPF6	NPF7	Coef. varia.
Casos	714	1194	801	288	96	180	135	
Todos os crimes	<u>26,75%</u>	38,69%	41,70%	27,08%	36,46%	50,00%	45,19%	0,23
Homicídio	36,36%	64,71%	68,75%	100,00%	NC	NC	0,00%	0,70
Lesão Corporal	5,88%	17,95%	<u>0,00%</u>	9,09%	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	1,46
Ameaça	0,00%	18,18%	10,00%	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	14,29%	<u>0,00%</u>	1,31
Lesão corporal + ameaça	<u>0,00%</u>	12,00%	8,33%	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	NC	1,59
Furto Simples	<u>4,17%</u>	13,04%	9,09%	7,69%	50,00%	71,43%	12,50%	1,08
Furto Qualificado	25,53%	19,23%	17,24%	<u>0,00%</u>	28,57%	40,00%	42,86%	0,59
Roubo Simples	<u>28,95%</u>	47,20%	47,96%	37,84%	37,50%	53,57%	88,89%	0,40
Roubo Majorado	51,09%	58,10%	62,35%	<u>49,09%</u>	62,50%	93,33%	73,68%	0,24
Estelionato	15,38%	16,00%	20,00%	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	<u>0,00%</u>	1,26
Receptação	10,91%	40,23%	37,74%	40,00%	62,50%	50,00%	<u>8,33%</u>	0,55
Tráfico de drogas	28,11%	36,23%	38,34%	<u>26,80%</u>	36,11%	46,67%	40,00%	0,19

Tipo/juiz	NPF1	NPF2	NPF3	NPF4	NPF5	NPF6	NPF7	Coef. varia.
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	<u>24,30%</u>	51,66%	47,67%	40,00%	63,64%	47,62%	48,00%	0,26
Tráfico de drogas + Posse ou porte ilegal de arma de fogo	<u>36,73%</u>	54,02%	44,44%	50,00%	83,33%	62,50%	55,56%	0,27
Coeficiente de correlação: pena Mínima	0,8583	0,8074	0,8585	0,8117	0,5481	0,7416	0,5202	
Coeficiente de correlação: pena Máxima	0,7040	0,6895	0,6935	0,7408	0,5766	0,4603	0,2377	
Coeficiente de correlação: Mediana	0,7658	0,7443	0,7567	0,7900	0,6131	0,5418	0,2993	

A tabela acima, além de expor os percentuais de decretação da prisão por juiz, apresenta aos leitores o coeficiente de correlação de Pearson entre o tamanho das penas cominadas a cada tipo e o percentual de decretação de prisão preventiva, pelo mesmo juiz, e o coeficiente de variação de Pearson desses percentuais para cada tipo penal por diferentes juízes.

O coeficiente de correlação entre o tamanho das penas cominadas e o percentual de decretação de prisão preventiva, já mencionado anteriormente, é uma medida adequada para demonstrar a influência do tipo penal sobre as decisões de cada juiz. Observe-se que a comparação não será perfeita, porque os magistrados NPF5, 6 e 7 não julgaram casos de todos os tipos considerados neste estudo, e excluir esses crimes do coeficiente de correlação dos demais geraria uma distorção muito grande nos resultados.

Pode-se ver que para todos os juízes, exceto o NPF5, a correlação mais forte se deu entre a decretação da prisão e a pena mínima cominada ao tipo, e a correlação mais fraca se deu com a pena máxima cominada, confirmando a tese de que a cultura jurídica de aplicação da pena mais próxima ao mínimo legal (MELO, 2012) tem reflexo sobre essa decisão.

O único juiz que destoava desse entendimento é justamente aquele para quem há uma correlação mais fraca entre a gravidade do crime e a decretação da prisão preventiva. Infelizmente, não foi registrada a variação das decisões do juiz NPF5 de acordo com a vida pregressa.

Já o coeficiente de variação pode ser uma medida adequada do grau de segurança jurídica do preso em flagrante, quando analisadas as decisões de diferentes magistrados. Analisando os resultados, vê-se que os crimes com maior incidência forense, de acordo com a Tabela 1, são também aqueles que têm o menor

coeficiente de variação: tráfico de drogas com 0,19 (31,93% da população), roubo majorado com 0,23 (20,16% da população) e porte ou posse ilegal de arma, com 0,26 (12,50% da população).

Entre os crimes com mais baixa representação na população, o coeficiente de variação tende a aumentar, mostrando que o peso individual de alguma circunstância do caso concreto, não representada por nenhuma das variáveis aqui estudadas, pode ter motivado a decisão. Essa conclusão é reforçada pelo fato de que, nos crimes com participação inferior a 3% da população, o coeficiente de variação foi superior a 1: estelionato (1,26), ameaça (1,31), lesão corporal (1,46) e concurso de crimes entre ameaça e lesão corporal (1,59).

A questão chama tanto a atenção que merece uma verificação específica, a saber, do coeficiente de correlação de Pearson entre a representação na população carcerária e o coeficiente de variação de Pearson a respeito das decisões adotadas por juízes diferentes para casos envolvendo o mesmo tipo penal.

Tabela 19 — Correlação entre representação na população e variação nas decisões judiciais

Tipo penal	Coeficiente de variação/	Participação na população de presos
Homicídio	0,70	1,95%
Lesão corporal	1,46	2,97%
Ameaça	1,31	2,00%
Lesão corporal + ameaça	<u>1,59</u>	1,52%
Furto simples	1,08	4,08%
Furto qualificado	0,59	4,74%
Roubo simples	0,40	10,78%
Roubo majorado	0,24	20,16%
Estelionato	1,26	1,72%
Receptação	0,55	7,38%
Tráfico de drogas	0,19	31,93%
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	0,26	12,50%
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	0,27	5,58%
Coeficiente de correlação		-0,68629

Pode-se notar uma correlação negativa de moderada a forte entre a representação na população de presos em flagrante e a variação das decisões, ou seja, a tendência é que, quanto maior o número de casos, maior seja a convergência das decisões, e isso se revela nos casos extremos (o tráfico de drogas, com maior representação, tem a menor variação; o concurso de crimes entre ameaça e lesão corporal, com a menor representação, tem a maior variação), mas existem outros fatores ainda não considerados que podem explicar, em parte, essa oscilação.

Esses resultados demonstram a cautela que se deve ter com as conclusões a respeito de resultados estatísticos na pesquisa jurídica, sobretudo quando o universo e a amostra não são suficientemente amplos. Portanto, pode não se tratar de um caso de insegurança jurídica acentuada, e sim de insuficiência de dados para verificar significativamente a variação das decisões.

É notável que, no caso do tráfico, segundo o texto original da Lei nº 11.343/2006, não havia discricionariedade judicial, porque o art. 44 vedava a concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante por tráfico, deixando, teoricamente, apenas duas alternativas ao juiz: o relaxamento da prisão, em caso de ilegalidade, ou, caso homologado o flagrante, a decretação da prisão preventiva.

Entre outras coisas, tal medida contribuiu para a explosão do encarceramento por tráfico de drogas, até que os tribunais superiores começaram a flexibilizar as diversas previsões legais excessivamente restritivas, inclusive a vedação à liberdade provisória, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 104.339, justamente sob o argumento de que a apreciação da necessidade da prisão, no caso concreto, não poderia ser subtraída ao juiz competente (PRADO, 2013, p. 107).

Desta forma, o tráfico de drogas é o principal exemplo de que, apesar da ampla discricionariedade judicial, é possível ter um grau de incerteza relativamente baixo e alguma segurança jurídica para os presos em flagrante, confirmando a hipótese, mencionada mais acima, de José Rodrigo Rodriguez (2012, p. 136), para quem “não há uma relação necessária entre textos normativos fechados e segurança jurídica”.

Por outro lado, diante da grande variação nos percentuais de aprisionamento na maior parte dos tipos penais, é preciso verificar qual o índice de decretação da prisão preventiva de acordo com os antecedentes criminais e o juiz.

Como dito no início do trabalho, só houve registro dos antecedentes criminais nos três últimos meses do período de análise, englobando 1283 casos, e, por isso, somente quatro dos sete juízes que atuaram no NPF ao longo do primeiro ano de realização das audiências de custódia tiveram os seus resultados analisados também sob essa perspectiva:

Tabela 20 — Índice de decretação da prisão preventiva, de acordo com os antecedentes e o juiz

Antecedentes/juiz	NPF2	NPF3	NPF6	NPF7	Coefficiente de variação
Casos	262	309	150	135	
Todos	38,69%	41,70%	50,00%	45,19%	0,11
Sem antecedentes	18,42%	36,43%	38,03%	12,96%	0,48
Antecedentes infracionais	41,67%	50,00%	33,33%	57,14%	0,22
Antecedentes criminais	58,88%	64,80%	58,75%	66,67%	0,07
Reincidência	88,24%	72,73%	60,87%	76,92%	0,15
Coefficiente de variação	0,42	0,26	0,26	0,51	

A mais importante conclusão que se pode extrair da tabela acima é de que a vida pregressa do preso foi o fator mais importante para a decisão do juiz. Pode-se afirmar isso pelos seguintes motivos:

Em primeiro lugar, todos os juízes, exceto o NPF6, demonstraram um aumento gradual de decretação da prisão em função da maior gravidade do antecedente criminal, tendo o menor percentual de prisão para os sem antecedentes, o segundo menor para os presos com antecedentes infracionais, o segundo maior para os presos com antecedentes criminais, e o maior percentual para os reincidentes. Mesmo o juiz NPF6 só destoou dos demais ao não valorar negativamente os antecedentes infracionais, mantendo a coerência com todos os outros nas demais categorias.

Em segundo lugar, a variação dos percentuais de decretação da prisão preventiva, entre juízes diferentes, para presos com a mesma vida pregressa, foi bem menor do que a variação subjetiva da decisão para presos pelo tipo penal.

O grupo em que houve menor coeficiente de variação no percentual de aprisionamento foi o dos presos com antecedentes criminais, de apenas 0,07 entre os quatro juízes analisados. O grupo com maior variação, dos presos sem antecedentes, foi de 0,48, quadro bem diferente do observado na variação de acordo com o tipo penal, em que o coeficiente de variação foi superior a 1 nos crimes de violência doméstica, de furto simples e de estelionato.

Apesar de ser possível afirmar com segurança que a variável mais importante para o resultado da decisão, quando analisada a variação por juiz, foi a vida pregressa do preso, não se pode ignorar que alguns deles dão mais importância a ela do que outros.

Os juízes NPF2 e NPF7 deram o maior peso à vida pregressa, havendo, nos casos decididos pelo NPF2, um coeficiente de variação de 0,42 no percentual de

aprisionamento de acordo com a vida pregressa, enquanto, nas decisões do juiz NPF7, o coeficiente foi 0,52.

Curiosamente, pode-se afirmar que a existência de antecedentes criminais garante razoável previsibilidade de uma decisão judicial desfavorável ao preso, mas a ausência de antecedentes não garante, com a mesma segurança, a previsibilidade de uma decisão favorável.

Para testar a afirmação acima, cabe verificar a variação nas decisões judiciais após o controle simultâneo das duas principais variáveis (tipo penal e vida pregressa), expondo os resultados para o grupo mais homogêneo (presos pelo mesmo tipo e sem nenhum antecedente), para o qual, paradoxalmente, notou-se maior variação.

Tabela 21 — Índice de decretação da prisão preventiva, de presos sem antecedentes, por tipo penal e juiz

Tipo/juiz	NPF2	NPF3	NPF6	NPF7	Coeficiente de variação
Casos	114	129	71	54	
Todos os crimes	18,42%	36,43%	38,03%	12,96%	0,48
Homicídio	100,00%	71,43%	NC	NC	0,24
Lesão corporal	20,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2
Ameaça	0,00%	20,00%	0,00%	0,00%	2
Lesão corporal + ameaça	0,00%	0,00%	0,00%	NC	NULO
Furto simples	25,00%	25,00%	0,00%	0,00%	1,15
Furto qualificado	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	NULO
Roubo simples	15,38%	25,00%	54,55%	33,33%	0,52
Roubo majorado	48,00%	100,00%	91,67%	57,14%	0,34
Estelionato	66,67%	40,00%	0,00%	0,00%	1,22
Receptação	0,00%	30,77%	40,00%	0,00%	1,17
Tráfico de drogas	6,82%	27,03%	35,00%	5,88%	0,78
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	20,00%	30,00%	66,67%	10,00%	0,78
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	25,00%	33,33%	100,00%	33,33%	0,73

Uma das informações mais surpreendentes é que, justamente quando há um maior número de variáveis controladas (tipo penal e vida pregressa), o coeficiente de variação das decisões judiciais é maior, e chega a 200% nos crimes de lesão corporal e de ameaça.

Em compensação, em duas hipóteses (furto qualificado e concurso de crimes entre lesão corporal e ameaça) o coeficiente de variação foi nulo para os presos com a mesma vida pregressa, o que significa que todos os juízes decretaram a prisão num percentual idêntico (0%).

Ao menos no caso da violência doméstica é possível explicar uma variação tão extrema: é que é possível a decretação da prisão preventiva no caso de descumprimento de medida protetiva de urgência anteriormente decretada, que, por sua vez, pode não corresponder a nenhum registro criminal propriamente dito.

Por fim, cabe verificar o percentual de variação, de acordo com o tipo penal, para o grupo de presos, selecionados pela vida pregressa, cuja variação das decisões foi menor, a saber, o dos flagrados com antecedentes criminais.

Tabela 22 — Índice de decretação da prisão preventiva, de presos com antecedentes criminais, por tipo penal e juiz

Tipo/juiz	NPF2	NPF3	NPF6	NPF7	Coeficiente de variação
Casos	107	125	80	54	
Todos os crimes	58,88%	64,80%	58,75%	66,67%	0,07
Homicídio	50,00%	100,00%	NC	0,00%	1
Lesão corporal	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	Nulo
Ameaça	NC	0,00%	0,00%	0,00%	Nulo
Lesão corporal + ameaça	NC	50,00%	NC	NC	Prejudicado
Furto simples	50,00%	25,00%	75,00%	25,00%	0,55
Furto qualificado	0,00%	0,00%	66,67%	66,67%	1,15
Roubo simples	42,86%	60,00%	63,64%	100,00%	0,36
Roubo majorado	87,50%	88,00%	92,86%	66,67%	0,14
Estelionato	100,00%	0,00%	NC	0,00%	1,73
Receptação	50,00%	83,33%	62,50%	0,00%	0,72
Tráfico de drogas	59,57%	70,27%	58,06%	70,00%	0,10

Tipo/juiz	NPF2	NPF3	NPF6	NPF7	Coefficiente de variação
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	58,82%	<u>75,00%</u>	46,15%	72,73%	0,21
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	66,67%	<u>100,00%</u>	40,00%	66,67%	0,35

Tabela 23 — Comparação dos coeficientes de variação da decisão, segundo o tipo penal

Tipo/vida pregressa	Todos os presos	Sem antecedentes	Antecedentes criminais
Casos	3943	368	366
Todos os crimes	0,23	<u>0,48</u>	0,07
Homicídio	0,70	0,24	<u>1</u>
Lesão corporal	1,46	<u>2</u>	Nulo
Ameaça	1,31	<u>2</u>	Nulo
Lesão corporal + ameaça	<u>1,59</u>	Nulo	Prejudicado
Furto simples	1,08	<u>1,15</u>	0,55
Furto qualificado	0,59	Nulo	<u>1,15</u>
Roubo simples	0,40	<u>0,52</u>	0,36
Roubo majorado	0,24	<u>0,34</u>	0,14
Estelionato	1,26	1,22	<u>1,73</u>
Receptação	0,55	<u>1,17</u>	0,72
Tráfico de drogas	0,19	<u>0,78</u>	0,10
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	0,26	<u>0,78</u>	0,21
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	0,27	<u>0,73</u>	0,35

As tabelas acima reforçam a conclusão anterior: para os presos com antecedentes criminais, já controlando a decisão em função do tipo penal, a variação das decisões é significativamente menor do que para os presos sem nenhum registro prévio.

Desta forma, a vida pregressa do preso tem influência mais significativa sobre a decisão judicial do que o tipo penal imputado a ele, tanto que, para os presos sem nenhum registro prévio, o coeficiente de variação das decisões foi maior, o que significa que provavelmente elas foram influenciadas por outros elementos dos casos concretos não investigados no presente estudo, que não puderam, portanto, ser controlados para fins analíticos.

Portanto, a existência de antecedentes criminais tem influência mais acentuada sobre a decisão do que a ausência de antecedentes criminais, ou seja, o preso com antecedentes pode esperar com maior grau de certeza uma decisão desfavorável do que o preso sem antecedentes pode esperar uma decisão favorável.

Feitas as principais análises a respeito da variação das decisões que decretaram a prisão preventiva, de acordo com o magistrado, e controlada pelo tipo penal e pela vida pregressa do preso, cabe verificar outros aspectos relevantes para a mensuração da segurança jurídica dos flagrados submetidos à audiência de custódia.

4.2. Arbitramento de fiança de acordo com o magistrado

A fiança é a medida cautelar pessoal do processo penal que mais sofreu alterações em seu regime jurídico desde a promulgação da Constituição de 1988, e consiste no depósito em dinheiro ou outros bens de valor, previstos no art. 330 do Código de Processo Penal, como condição à colocação do preso em liberdade e, justamente por isso, para não representar uma restrição injusta, pode ser dispensada em caso de pobreza, de acordo com o art. 350 do CPP.

A CF/88 considera inafiançáveis os crimes de racismo (art. 5º, XLII), de tráfico de drogas, de tortura, de terrorismo, e os definidos pelo legislador ordinário como hediondos (art. 5º, XLIII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Tal previsão constitucional foi interpretada de forma extensiva pelo legislador ordinário que, nas Leis nº 8.072/90 e nº 11.343/2006, vedou não só a fiança, mas também a liberdade provisória sem caução. Apesar da ausência de previsão constitucional, a Lei nº 10.826/2003 estendeu a inafiançabilidade ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e a vedação à liberdade provisória ao crime de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito.

Tal rigor legislativo foi sendo progressivamente abrandado pelos tribunais superiores, com as decisões vinculantes do STF na ADI 3112 e no HC 104339, e com a edição da Lei nº 11.464/2007, que levaram ao afastamento da prisão preventiva automática ou *ex lege* que, por certo período, vigeu para os presos em flagrante pelos referidos delitos.

Passou-se a entender, portanto, que, embora afastada a possibilidade de arbitramento de fiança pelo magistrado, por vedação constitucional expressa, a liberdade provisória sem fiança continuava sendo admissível, o que levou à crítica de certa parcela de doutrina ao esvaziamento do instituto da fiança, já que ela seria inaplicável justamente aos delitos mais graves.

A Lei nº 12.403/2011, no entanto, ao reformar completamente o regime das medidas cautelares no processo penal, reavivou o instituto, ao ampliar as possibilidades de seu arbitramento pela autoridade policial, e ao prever um rol extenso de medidas cautelares alternativas à prisão e mais restritivas do que a liberdade provisória, dentro do qual a fiança passou a ser apenas mais uma alternativa.

Embora persista o entendimento predominante quanto à inafiançabilidade do tráfico de drogas e dos crimes hediondos (TÁVORA; ALENCAR, 2014. p. 798; LOPES JR., 2016, p. 715), outras cautelares mais restritivas podem ser impostas aos presos em flagrante sob tais acusações, como o recolhimento domiciliar e a monitoração eletrônica, dando ao arbitramento de fiança para crimes mais leves um caráter mais proporcional.

O presente trabalho pretende apresentar a variação subjetiva das decisões de arbitramento de fiança. O primeiro esclarecimento importante a fazer é que, como os crimes mais graves são justamente os inafiançáveis, não se apresentam os coeficientes de correlação entre as penas cominadas aos tipos e o percentual de fixação da fiança.

O resultado que mais surpreende nas tabelas abaixo é a grande discrepância entre os percentuais de arbitramento de fiança do juiz NPF1 (justamente o que tem menor percentual de prisões preventivas decretadas) e dos demais juízes. Tal questão fica evidenciada com a análise dos coeficientes de variação que, incluindo os seus dados, chegam a 1,11 para todos os crimes, mas, sem eles, são de apenas 0,64.

Nesse caso, tem-se o exemplo mais claro de como o entendimento de um magistrado em particular pode destoar da grande maioria dos seus colegas. Como o presente trabalho é eminentemente quantitativo, não é possível discorrer sobre as razões que levaram esse juiz a destoar tanto de todos os outros, mas é suficiente para demonstrar como esse tipo de variação extrema provoca a sensação de insegurança jurídica.

Além disso, verificar-se-á se a situação econômica do preso é efetivamente levada em conta pelos magistrados para decidir sobre o arbitramento da fiança. Como a base de dados não tem registro da renda do preso, o único indicador disponível é o tipo de defesa. Portanto, nas tabelas abaixo, além do índice geral de arbitramento de fiança por juiz e por tipo penal, verificar-se-ão também os mesmos índices para os presos assistidos pela Defensoria Pública e, ao final, a sua comparação com os resultados referentes aos flagrados que constituíram advogado.

Tabela 24 — Índice de arbitramento de fiança por juiz

Tipo/Juiz	NPF1	NPF2	NPF3	NPF4	NPF5	NPF6	NPF7	Coef. varia.	Coef varia. sem NPF1
Casos	714	1194	801	288	96	180	135		
Todos os crimes	37,11%	4,44%	12,48%	9,03%	1,04%	3,89%	8,89%	1,11	0,65
Homicídio	18,18%	2,94%	6,25%	0,00%	NC	NC	0,00%	Prej.	Prej.
Lesão corporal	82,35%	0,00%	5,26%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,47	2,45
Ameaça	75,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,65	Prej.
Lesão corporal + ameaça	40,00%	0,00%	16,67%	0,00%	0,00%	0,00%	NC	Prej.	Prej.
Furto Simples	62,50%	0,00%	13,64%	7,69%	0,00%	0,00%	25,00%	1,46	1,31
Furto Qualificado	51,06%	7,69%	17,24%	0,00%	0,00%	0,00%	14,29%	1,42	1,19
Roubo Simples	47,37%	3,20%	16,33%	5,41%	0,00%	3,57%	0,00%	1,57	1,27
Roubo Majorado	40,88%	1,58%	18,24%	16,36%	0,00%	0,00%	5,26%	1,27	1,20
Estelionato	46,15%	44,00%	5,00%	0,00%	50,00%	0,00%	100,00%	1,04	1,20
Receptação	65,45%	13,79%	22,64%	35,00%	0,00%	5,56%	33,33%	0,88	0,78
Tráfico de drogas	6,91%	0,99%	2,77%	4,12%	0,00%	0,00%	2,22%	1,02	0,98
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	33,64%	9,93%	18,60%	5,00%	0,00%	14,29%	8,00%	0,86	0,71
Tráfico de drogas + Posse ou porte ilegal de arma de fogo	14,29%	4,60%	11,11%	25,00%	0,00%	0,00%	0,00%	1,21	1,46

Tabela 25 — Índice de arbitramento de fiança, de acordo com o tipo de defesa

Tipo/defesa	Todas	Defensoria pública	Advocacia particular	Coefficiente de variação
Casos	3943	2553	1390	

Tipo/defesa	Todas	Defensoria pública	Advocacia particular	Coefficiente de variação
Todos os crimes	12,05%	10,65%	<u>14,60%</u>	0,22
Homicídio	5,19%	4,00%	<u>7,41%</u>	0,42
Lesão corporal	12,82%	10,71%	<u>18,18%</u>	0,37
Ameaça	11,39%	<u>13,11%</u>	5,56%	0,57
Lesão corporal + ameaça	6,67%	<u>7,14%</u>	5,56%	0,17
Furto simples	14,45%	13,91%	<u>18,18%</u>	0,19
Furto qualificado	19,79%	12,93%	<u>45,00%</u>	<u>0,78</u>
Roubo simples	12,97%	11,02%	<u>21,69%</u>	0,46
Roubo majorado	12,70%	10,31%	<u>18,83%</u>	0,41
Estelionato	29,41%	19,05%	<u>46,15%</u>	0,59
Receptação	25,09%	21,23%	<u>28,97%</u>	0,22
Tráfico de drogas	2,54%	1,38%	<u>3,79%</u>	0,66
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	15,62%	<u>16,08%</u>	15,13%	0,04
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	7,73%	3,96%	<u>10,92%</u>	0,66

Como seria esperado, o percentual de arbitramento de fiança para presos com advogado constituído (14,60%) foi superior ao dos presos assistidos pela Defensoria Pública (10,65%), e esse padrão se manteve em quase todos os delitos, exceto no crime de ameaça, no concurso de crimes entre ameaça e lesão corporal, e nos delitos de posse ou porte ilegal de arma de fogo, em que o arbitramento de fiança foi mais frequente para os assistidos da Defensoria Pública.

A maior variação diz respeito aos presos por furto qualificado, cujo coeficiente foi de 0,78 já que os assistidos da Defensoria tiveram fiança arbitrada em 12,93% dos casos, contra 45% dos flagrados que constituíram advogado, o que demonstra que somente nesse caso pode-se afirmar com maior segurança que a pobreza teve um peso mais importante sobre a dispensa da fiança do que outras circunstâncias do caso concreto, não mensuradas nesse estudo, que, por isso, não puderam ser controladas.

4.3. Relaxamento de prisão de acordo com o juiz

Por fim, cabe analisar o principal indicador do exercício, pelo magistrado, do controle da legalidade da atuação policial. Com efeito, as decisões de relaxamento da prisão indicam a ilegalidade da prisão em flagrante e, como tal, mereceriam especial atenção qualitativa, para verificar os seus principais motivos.

Em geral, nota-se que todos os juízes homologaram mais de 80% dos autos de prisão em flagrante que chegaram ao seu conhecimento, tendo, no máximo 17,01% de relaxamento de prisão para o juiz NPF4. Por outro lado, o juiz NPF5 não relaxou nenhuma prisão em flagrante no período de análise.

Cabe fazer uma observação importante: em alguns casos, o mesmo magistrado relaxou a prisão mas decretou autonomamente a prisão preventiva, sobretudo nos crimes mais graves, mas não foram coletados dados a esse respeito. Tais casos não foram computados como relaxamentos, mas como decretações de prisão preventiva, por uma opção metodológica de privilegiar o efeito prático da decisão judicial, que é de manutenção da prisão, apesar de reconhecer a sua ilegalidade.

A tabela abaixo demonstra que não há correlação significativa entre o percentual de relaxamento de prisão e o tipo penal, e que o coeficiente de variação da decisão de relaxamento de acordo com o juiz (89,49%) é muito mais elevado do que nos casos de decretação da prisão preventiva (23%) e até mesmo de arbitramento de fiança (66,27%), revelando que não há uma compreensão uniforme entre os magistrados acerca dos limites do seu papel de controle da legalidade da atividade policial em face da presunção relativa de veracidade dos atos administrativos em geral.

Tabela 26 — Índice de relaxamento de prisão, de acordo com o tipo penal e o juiz

Tipo/Juiz	NPF1	NPF2	NPF3	NPF4	NPF5	NPF6	NPF7	Coef. varia.
Casos	714	1194	801	288	96	180	135	
Todos os crimes	13,45%	3,94%	3,37%	17,01%	0,00%	10,00%	2,22%	0,89
Homicídio	18,18%	2,94%	6,25%	0,00%	NC	NC	100,00%	Prej.
Lesão corporal	5,88%	5,13%	15,79%	45,45%	0,00%	66,67%	0,00%	1,31
Ameaça	16,67%	6,06%	10,00%	44,44%	0,00%	42,86%	0,00%	1,11
Lesão corporal + ameaça	0,00%	0,00%	8,33%	50,00%	0,00%	66,67%	NC	Prej.

Tipo/Juiz	NPF1	NPF2	NPF3	NPF4	NPF5	NPF6	NPF7	Coef. varia.
Furto simples	16,67%	2,17%	4,55%	7,69%	0,00%	0,00%	0,00%	1,38
Furto qualificado	6,38%	1,92%	3,45%	33,33%	0,00%	10,00%	0,00%	1,50
Roubo simples	6,58%	1,60%	0,00%	5,41%	0,00%	3,57%	0,00%	1,13
Roubo majorado	1,46%	3,56%	0,00%	3,64%	0,00%	0,00%	0,00%	1,37
Estelionato	0,00%	4,00%	10,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	1,91
Receptação	16,36%	9,20%	7,55%	10,00%	0,00%	11,11%	0,00%	0,77
Tráfico de drogas	22,58%	2,98%	1,98%	13,40%	0,00%	3,33%	4,44%	1,16
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	17,76%	3,31%	3,49%	15,00%	0,00%	14,29%	12,00%	0,74
Tráfico de drogas + posse ou porte ilegal de arma de fogo	28,57%	3,45%	0,00%	0,00%	0,00%	12,50%	22,22%	1,24

Tabela 27 — Índice de relaxamento de prisão, de acordo com os antecedentes e o juiz

Antecedentes/juiz	NPF2	NPF3	NPF6	NPF7	Coefficiente de variação
Casos	262	309	150	135	
Todos	3,94%	3,37%	10,00%	2,22%	0,71
Sem antecedentes	3,51%	1,55%	16,90%	0,00%	1,41
Antecedentes infracionais	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	Nulo
Antecedentes criminais	5,61%	2,40%	6,25%	3,70%	0,39
Reincidência	5,88%	3,03%	4,35%	7,69%	0,38
Coefficiente de variação	0,72	0,78	0,85	1,22	

Os resultados expostos nas tabelas acima demonstram que, como era de se esperar, o tipo penal e a vida pregressa, fatores que influenciaram decisivamente a decisão acerca da necessidade de manutenção da prisão, não têm o mesmo peso na verificação da sua regularidade, cuja ausência é causa de relaxamento.

Análise qualitativas que transbordam o escopo do presente trabalho seriam imprescindíveis para revelar os casos de relaxamento baseados na atipicidade

material da conduta por insignificância, que não podem ser reconhecidos pela própria autoridade policial, os casos de erro de capitulação da conduta que a desclassificariam para um crime de menor potencial ofensivo, os casos de atipicidade formal da conduta e os casos de ausência de situação flagrancial, apesar da existência de indícios de autoria.

CAPÍTULO IV

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos realizados permitem as seguintes conclusões:

As convenções internacionais que determinam a realização das audiências de custódia estão em plena vigência no Brasil, são autoaplicáveis e o rito previsto pelo Poder Judiciário em larga medida reproduz as previsões já existentes no Código de Processo Penal para o rito do *Habeas Corpus*, os prazos de apresentação de presos e a ordem das perguntas e das manifestações em audiências de instrução.

No entanto, é defensável a tese de que, em alguns aspectos pontuais, a regulação das audiências de custódia por uma série de atos normativos do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais pode ser considerada uma interferência indevida em matéria processual penal num contexto de crescente ativismo judicial.

O maior vazio normativo referente às convenções internacionais diz respeito ao prazo para a realização da audiência de custódia. A expressão “sem demora” é eminentemente aberta, e não poderia ser diferente, dada a necessidade de adaptar o texto às diferentes realidades de cada Estado-Parte, ou mesmo às diferentes realidades dentro do mesmo Estado-Parte, mas é o típico conceito que, ainda que seja considerável a zona de penumbra, deixa clara a sua zona de certeza negativa, para além da qual ficará claramente caracterizada a violação da obrigação internacional.

Apesar de toda a crítica ao ativismo dos órgãos do Poder Judiciário, ficou demonstrado que o prazo de 24h (vinte e quatro horas) para a realização das audiências de custódia é o único que, simultaneamente, já tem previsão na legislação processual penal brasileira e não contraria a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As audiências de custódia não são uma condição suficiente para o pretendido objetivo de descarcerização responsável, se não se promover uma reforma mais ampla da cultura jurídica, mas é certo que a sua realização é uma condição necessária precisamente para essa reforma.

A completa separação entre análise da regularidade e da necessidade e da prisão e o mérito da causa é impossível de realizar, mesmo que os juristas se atenham aos limites estritos de cognição do Código de Processo Penal, e o aprofundamento da discussão do mérito na entrevista do preso, para além do que está narrado no próprio auto, pode ser do interesse da própria defesa.

Sem embargo, é bastante evidente que algumas perguntas do magistrado ou do Ministério Público podem representar antecipações indevidas do mérito, como,

por exemplo, o esclarecimento de circunstâncias que não estejam explicitadas no auto e que dependam do fornecimento de novos elementos pelo próprio flagrado para aprofundamento na investigação.

Por um lado, a separação total pode transformar a audiência de custódia num mero formalismo; por outro, o ingresso no mérito da causa pode representar a produção de prova contra o imputado. Precisamente por isso, o preso deve estar acompanhado de seu defensor, público ou constituído, deve ter assegurado o direito à entrevista reservada para compreender as consequências das suas declarações, e deve ser esclarecido quanto ao seu direito ao silêncio. Cabe à defesa a verificação da melhor estratégia a adotar na audiência de custódia.

Pode-se observar que, seja qual for o critério adotado (pena mínima cominada, pena máxima cominada ou mediana entre as penas mínima e máxima), a correlação positiva (variação no mesmo sentido) entre a gravidade do crime e a decretação da prisão preventiva é forte, já que o coeficiente de Pearson é superior a 0,7 em todos os casos.

Partindo para a análise dos resultados individuais, pode-se observar que, em geral, os flagrados por delitos que, em caso de condenação, não admitem a substituição ou suspensão da pena de prisão (homicídio e roubo, nas modalidades simples, majorada e qualificada – latrocínio) têm percentual de decretação da prisão preventiva superior ao dos delitos em que a opção descarcerizadora é possível (lesão corporal, ameaça, furto, nas formas simples e qualificada, estelionato, receptação, tráfico de drogas e crimes do estatuto do desarmamento), com uma exceção: os presos por roubo simples têm índice inferior (47,91% de prisões preventivas) ao daqueles a quem se imputa a prática, em concurso, dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma (51,36% de prisões preventivas).

Portanto, as audiências de custódia têm sido um filtro eficiente para minimizar o ingresso de autores de crimes não violentos no sistema penal. No entanto, no caso do tráfico de drogas, o empuxo criminalizador da política proibicionista é tão intenso que nem mesmo as audiências de custódia, com seus percentuais relativamente baixos de decretação da prisão preventiva nos casos de tráfico, na cidade de Salvador, são capazes de reverter a tendência de superencarceramento, embora tenham conseguido atenuá-la consideravelmente.

Tais resultados demonstram que o Poder Judiciário baiano reconhece a extrema amplitude do tipo penal de tráfico de drogas, e a insuficiência dos critérios de distinção entre ele e o crime de porte de drogas para uso próprio, como problemas que levam ao aprisionamento em massa de pessoas com pequena quantidade de drogas, sob a acusação mais grave, e que esse tipo de situação merece atenção especial.

Pode-se notar que a influência mais acentuada dos antecedentes sobre o resultado da audiência se verificou nos crimes patrimoniais não violentos, no tráfico de drogas e na violência doméstica, e, menos acentuada, mas presente, nos crimes de roubo e de porte ou posse ilegal de arma.

O único delito em que não foi possível afirmar uma correlação entre a gravidade do registro criminal anterior e o resultado da audiência de custódia foi o de homicídio, e são duas as principais razões: primeiro, a quantidade de casos analisados não é grande o suficiente para permitir conclusões mais confiáveis e, segundo, é possível que os magistrados tenham considerado, além da gravidade abstrata, as motivações da conduta para decidir sobre a necessidade da prisão.

Assim como no caso dos crimes que admitem soluções não carcerárias em caso de condenação, pode-se concluir que a audiência de custódia também representa um filtro eficiente para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas sem registros criminais anteriores.

Feito o controle das duas principais variáveis (tipo penal e vida progressa) e com a comparação do grupo mais homogêneo possível (dos flagrados pelo mesmo crime e sem nenhum tipo de registro criminal anterior), e desprezado o crime de homicídio, para o qual não se demonstrou uma correlação entre vida progressa e resultado da audiência, como dito no Capítulo III, item 2.2, pode-se afirmar que a constatação inicial, que parecia bastante clara, de que o tratamento dado às mulheres seria mais brando que o dispensado aos homens, se torna menos evidente.

Embora, na média, o índice de decretação da prisão de homens sem antecedentes seja maior (30,91%) do que o de mulheres (25%) com a mesma vida progressa, o tratamento dispensado a elas foi mais gravoso justamente nos crimes com maior incidência forense (roubo majorado e tráfico de drogas) e no crime com a maior participação feminina na população total (estelionato).

Portanto, não se pode afirmar com segurança que haja uma correlação entre gênero e decretação da prisão preventiva na audiência de custódia, apesar de existir uma série de institutos descarcerizadores diferenciados para as mulheres, sobretudo o alargamento das hipóteses de prisão domiciliar para o cuidado de filhos menores de doze anos, introduzidos pela Lei nº 13.257/2016, que entrou em vigor durante o período de análise

Assim como no caso dos crimes que admitem soluções não carcerárias em caso de condenação, pode-se concluir que a audiência de custódia também representa um filtro eficiente para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas sem registros criminais anteriores, já que, entre os que permaneceram presos após a audiência, apenas 25,98% não tinham nenhum registro de passagem pelo sistema criminal.

É plausível a hipótese de que a audiência de custódia pode não ser um filtro eficiente para as prisões equivocadas de usuários, como se fossem traficantes, se eles tiverem antecedentes criminais anteriores.

A análise da média de idade por tipo de crime é suficiente para explicar as pequenas variações no índice de decretação da prisão preventiva por faixa etária: o coeficiente de correlação de Pearson entre a média de idade e o percentual de decretação da prisão preventiva é de $-0,78$, indicando uma correlação negativa forte. Nesse caso, trata-se de uma situação em que as duas variáveis são dependentes de uma terceira, não exposta na Tabela 7, mas já discutida nesse trabalho: a gravidade do crime, quantificada pelas penas cominadas.

Como se pode observar, os crimes patrimoniais violentos são praticados tipicamente por jovens, havendo inclusive uma ligeira queda da média de idade à medida que aumenta a intensidade da violência (do roubo simples, ao roubo majorado, ao latrocínio). Por outro lado, os crimes patrimoniais não violentos têm média etária superior, em especial o estelionato. Outros delitos com média etária baixa são os de tráfico de drogas e de posse ou porte ilegal de arma.

Por fim, a redução do índice de decretação da prisão preventiva a partir dos quarenta anos pode ser facilmente explicada pelos crimes com média de idade mais elevada, próxima aos trinta e cinco anos, que são os de estelionato e os de violência doméstica (lesão corporal e ameaça), precisamente aqueles com o menor percentual de decretação da prisão, não superior a 20%.

Se se observar que a participação feminina no tráfico de drogas (5,40% dos flagrados por esse tipo penal) não foi muito maior do que a participação feminina em geral (4,77% dos flagrados), e que o índice de decretação da prisão preventiva de mulheres por tráfico (17,65% dos casos) é bastante inferior ao de decretação da prisão dos homens por tráfico (38,04%), pode-se concluir que, pelo menos em Salvador, não parece ser possível adotar nenhuma outra política descarcerizadora voltada especificamente às mulheres presas em flagrante por tráfico, e que a audiência de custódia já representa um filtro bastante eficiente.

Feito o controle das duas principais variáveis (tipo penal e vida pregressa) e com a comparação do grupo mais homogêneo possível (dos flagrados pelo mesmo crime e sem nenhum tipo de registro criminal anterior), e desprezado o crime de homicídio, para o qual não se demonstrou uma correlação entre vida pregressa e resultado da audiência, como dito no item 3.1.2, pode-se afirmar que a constatação inicial, que parecia bastante clara, de que o tratamento dado às mulheres seria mais brando que o dispensado aos homens, se torna menos evidente.

A quantidade muito pequena de presos considerados brancos impede uma verificação mais aprofundada da questão, com a combinação com outras variáveis,

como a vida pregressa, mas aparentemente o percentual mais elevado de decretação da prisão preventiva entre os pretos está correlacionada com o tipo de crime em razão dos quais é lavrada a sua prisão em flagrante pela polícia, sem que se possa identificar algum viés claro na atuação do Poder Judiciário.

Fica claro que a Defensoria Pública, na área criminal, é uma política muito eficiente de combate à pobreza, pois evita a assunção de dívidas não planejadas por famílias pobres para o custeio de honorários advocatícios, que as privaria de parcela significativa da renda mensal por mais de um ano para a participação em um único ato da persecução penal.

Pode-se afirmar com segurança que a assistência pela Defensoria Pública não representa nenhuma desvantagem para os presos em flagrante, quando analisados os resultados obtidos pelos advogados particulares, sendo ligeiramente mais provável a soltura por um defensor público do que por um defensor constituído, quando controladas as variáveis do tipo penal e da vida pregressa.

Assim, ficou claro que as audiências de custódia, por terem contado com a adesão efetiva das defensorias públicas, criaram as condições para, ao menos na fase pré-processual, superar o déficit na assistência jurídica gratuita no Brasil.

Pode-se notar uma correlação negativa de moderada a forte entre a representação na população de presos em flagrante e a variação das decisões, ou seja, a tendência é que, quanto maior o número de casos, maior seja a convergência das decisões, e isso se revela nos casos extremos (o tráfico de drogas, com maior representação, tem a menor variação; o concurso de crimes entre ameaça e lesão corporal, com a menor representação, tem a maior variação), mas existem outros fatores ainda não considerados que podem explicar, em parte, essa oscilação.

Esses resultados demonstram a cautela que se deve ter com as conclusões a respeito de resultados estatísticos na pesquisa jurídica, sobretudo quando o universo e a amostra não são suficientemente amplos. Portanto, pode não se tratar de um caso de insegurança jurídica acentuada, e sim de insuficiência de dados para verificar significativamente a variação das decisões.

A vida pregressa do preso tem influência mais significativa sobre a decisão judicial do que o tipo penal imputado a ele, tanto que, para os presos sem nenhum registro prévio, o coeficiente de variação das decisões foi maior, o que significa que provavelmente elas foram influenciadas por outros elementos dos casos concretos não investigados no presente estudo, que não puderam ser controlados para fins analíticos.

A existência de antecedentes criminais tem influência mais acentuada sobre a decisão do magistrado do que a ausência de antecedentes criminais, ou seja, o

preso com antecedentes pode esperar com maior grau de certeza uma decisão desfavorável do que o preso sem antecedentes pode esperar uma decisão favorável.

Como seria esperado, o percentual de arbitramento de fiança para presos com advogado constituído (14,60%) foi superior ao dos presos assistidos pela Defensoria Pública (10,65%), e esse padrão se manteve em quase todos os delitos, exceto no crime de ameaça, no concurso de crimes entre ameaça e lesão corporal, e nos delitos de posse ou porte ilegal de arma de fogo, em que o arbitramento de fiança foi mais frequente para os assistidos da Defensoria Pública.

A maior variação diz respeito aos presos por furto qualificado, cujo coeficiente foi de 0,78 já que os assistidos da Defensoria tiveram fiança arbitrada em 12,93% dos casos, contra 45% dos flagrados que constituíram advogado, o que demonstra que somente nesse caso pode-se afirmar com maior segurança que a pobreza teve um peso mais importante sobre a dispensa da fiança do que outras circunstâncias do caso concreto, não mensuradas nesse estudo, que, por isso, não puderam ser controladas.

Por fim, não há uma compreensão uniforme entre os magistrados acerca dos limites do seu papel de controle da legalidade da atividade policial em face da presunção relativa de veracidade dos atos administrativos em geral.

Com este trabalho, espera-se contribuir para uma reflexão sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal, mas sem a ingenuidade de achar que o método empírico quantitativo é capaz de, por si só, dar conta da complexidade do real; como qualquer outro, os seus limites são evidentes, e as respostas que dele decorrem frequentemente revelam novos problemas, antes insuspeitos, para novas investigações.

CAPÍTULO V

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro. Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia. *Jota*. 19 jul. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- ADORNO, Sergio. Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down179.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2016.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008
- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- AMARAL, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, ano 23, n. 269, p. 4-6, abr. 2015, p. 6.
- AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Presidente do CNJ lança Audiência de Custódia na Bahia. 27/08/2015. 10h30. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80291-presidente-do-cnj-lanca-audiencia-de-custodia-na-bahia>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- AGÊNCIA TJBA DE NOTÍCIAS. TJBA inaugura o primeiro Núcleo de Prisão em Flagrante do País. 09/09/2013. 14h52. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=93055:tjba-inaugura-o-primeiro-nucleo-de-prisao-em-flagrante-do-pais&catid=55&Itemid=202>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BAHIA. Lei nº 13.342, de 07 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.legislacao-bahia.ba.gov.br/javascript:%20abreDoc\('82754'\)](http://www.legislacao-bahia.ba.gov.br/javascript:%20abreDoc('82754'))>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- BAHIA. Defensoria Pública. Conselho Superior. Resolução nº 11, de 12 de setembro de 2011b. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/Resolucao_011.2011_consolidado_publicada_em_17_e_18_de_setembro_de_2011_01_.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- BAHIA. Defensoria Pública. *Anuário Soteropolitano da Prática Penal*. Salvador. 2014a. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/ES-DEP/ANUARIO_SOTEROPOLITANO.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BAHIA. Defensoria Pública. Observatório da Prática Penal. *Relatório Trimestral nº 01. 2014b*. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/Relatorio_Trimestral_01_Abr_2014_OPP_ESDEP_BA_2.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

- BAHIA. Tribunal de Justiça. *Consulta de Registro Civil*. s.d. Disponível em: <<https://www.tjba.jus.br/regcivil/autentica.wsp>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- BAHIA. Tribunal de Justiça. *Resolução nº 09, de 03 de agosto de 2011a*. Disponível em: <<http://www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=7439&tmp.secao=4>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- BAHIA. Tribunal de Justiça. *Provimento Conjunto nº 01, de 31 de março de 2016*. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_conjunto_01-16.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOTTINO, Thiago. *Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: Direito GV, 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2016.
- BONATTI, Daniel; BRUNACCI, Diogo Paiva; SILVA, Leandro de Castro. *Aperfeiçoamento da política pública penal no Brasil: a inserção da audiência de custódia no processo penal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas). Escola de Administração de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo.
- BONETTI, Alinne; ABREU, Maria Aparecida (org.). *Faces da Desigualdade de Gênero e Raça no Brasil*. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_facesdadesigualdade.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- BRAITHWAITE, John. *Rules and principles: a theory of legal certainty*. Australian Journal of Legal Philosophy. Melbourne. n. 27. 2002. P. 47-82. Disponível em: <https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Rules_and_Principles2002.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.820.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Junho de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014a. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN MULHERES – Junho de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014b. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. Portal do Servidor. *Simulação de Empréstimo Bancário*. s.d. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/simulador/simula.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 63.855/MG*. Rel. para o acórdão Min. Rogério Schietti Cruz. 11/05/2016. DJe 13/06/2016d. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=63855&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 02/05/2007. DJ-e 26/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3112%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3112%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/afpptle>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*. Rel. Min. Cezar Peluso. 03/12/2008. DJ-e 05/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19*. Rel. Min. Marco Aurélio. 09/12/2012. DJ-e 29/04/2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=217154893&tipoApp=>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240*. Rel. Min. Luiz Fux. 20/08/2015. DJ-e 01/02/2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5448*. Decisão Monocrática. Rel. Min. Dias Toffoli. 05/02/2016. DJ-e 10/02/2016b. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5448%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/goh6d8h>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Medida Cautelar. Rel. Min. Marco Aurélio. 09/09/2015. DJ-e 19/02/2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”*. 2015. Tese (resumo expandido). (Doutorado em Direito) Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro Disponível em: <http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8740>. Acesso em: 09 nov. 2016.

CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena no estado democrático de direito e garantismo: considerações a partir do princípio da secularização. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 5-98.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 67. Belo Horizonte: jul./dez. 2015. P. 623-652. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1721/1636>>. Acesso em: 07 out. 2016.

CASTELO BRANCO, Tales. *Da prisão em flagrante*. 5. ed. rev. aum. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Eliana Castro. *Uso da internet como instrumento na prestação de serviços públicos na Prefeitura Municipal de Belo Horizonte através do Sistema de Atendimento ao Cidadão*. 128f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Escola de Ciência da Informação, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso nº 12.091/99 e 172/99*. Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez contra Equador. Sentença de 21 de novembro de 2007. San José, Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_ing.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso nº 12.449*. Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México. Sentença de 28 de novembro de

REFERÊNCIAS

2010. San José, Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.
- CUNHA, Leonardo Rosa Melo da. O regime de cumprimento de pena na lei nº 11.464/2007: a inconstitucionalidade revigorada. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 15, n. 180, nov. 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3524-O-regime-de-cumprimento-de-pena-na-lei-n-1146407-a-inconstitucionalidade-revigorada>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DEMO, Pedro. *Pesquisa participante: saber pensar e intervir juntos*. 2. ed. Brasília: Liber Livro, 2008.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia – NAC*. Março de 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/EstatisticaNACMARO.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.
- FERREIRA, Chrystian Ferreira de. *Perfil do público assistido pela Defensoria Pública da União do Rio Grande do Sul: acesso à justiça e capital social*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Ciências Sociais). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/115945>>. Acesso em: 06 out. 2016.
- FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto; SILVA JÚNIOR, José Alexandre. Desvendando os mistérios do coeficiente de correlação de Pearson (r). *Revista Política Hoje*, v. 18, n. 1. Recife, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/politica hoje/index.php/politica/article/viewFile/6/6>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. v. 1. t. 1. Atualizado por Máira Rocha Machado (coord.). 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GERBER, Daniel. *Prisão em Flagrante: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GONÇALVES, Gabriela Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (org.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 10. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2016.
- HELPEES, Sintia Soares. *Vidas em Jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). Editorial – O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 21, n. 253, São Paulo. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4981-Editorial-O-esforco-de-Sisifo-e-a-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Características étnico-raciais da população*: um estudo das categorias de classificação de cor ou raça. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49891.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *IBGE divulga renda familiar per capita 2014*. 25 fev. 2015. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2014.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *IBGE divulga renda familiar per capita 2015*. 20 abr. 2016. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2015_20160420.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Reincidência Criminal no Brasil*: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*: Parte Especial. v.2. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JESUS, Maria Gorete de; OI, Amanda Hildebrand; ROCHA, Thiago Tadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas*: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- JOTA. Audiência de Custódia – Estatísticas: Balanço atualizado até abril/2016. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2016/05/AUDI%c3%8ANCIA-DE-CUS-T%c3%93DIA-DADOS-COMPLETOS-ATE-ABRIL-2016-1.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- JURUBEBA, Yuri Anderson Pereira. *Concretização da audiência de custódia no Estado do Tocantins*. 2016. Dissertação (Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos). Centro Universitário de Palmas. Universidade Federal do Tocantins. Disponível em: <<http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/136/1/Yuri%20Anderson%20Pereira%20Jurubeba%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- LEMBRUGER, Julita; FERNANDES, Marcia Adriana (coord.). *Impacto da assistência jurídica a presos provisórios*: um experimento na cidade do Rio de Janeiro. Rio de

REFERÊNCIAS

- Janeiro: Associação pela Reforma Prisional, 2011. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/CESEC-Impactos-da-assist%C3%Aancia-jur%C3%ADdica-presos-provis%C3%B3rios.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.
- LIMA, Marcellus Polastri. Audiência de custódia e a infeliz Resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 127-144.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MACHADO, Eduardo Paes; NORONHA, Ceci Vilar. A polícia dos pobres: violência policial em classes populares urbanas. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 4, n. 7, jan./jun. 2002, p. 188-221. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n7/a09n7.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2016.
- MADEIRO, Carlos. No Brasil, 57% concordam que “bandido bom é bandido morto”, diz Datafolha. *Uol Notícias Cotidiano*. 02/11/2016, 07h00. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/11/02/no-brasil-57-concordam-que-bandido-bom-e-bandido-morto-diz-datafolha.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral. *Provimento nº 24, de 5 de dezembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407902>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- MARQUES, Mateus; ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul. *Boletim IBCCRIM*, ano 24, n. 282, São Paulo, maio 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5760-Primeiras-impressoes-sobre-a-Audiencia-de-Custodia-no-Rio-Grande-do-Sul>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- MELO, André Luis. Pena mínima provoca condenações deturpadas. *Consultor Jurídico*. 28 jan. 2012. 7h44. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-28/cultura-pena-minima-provoca-deturpacoes-condenacoes>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. A mão que balança o berço: audiência de custódia e proteção insuficiente pelo STJ. *Boletim IBCCRIM*, ano 24, n. 287, São Paulo, out. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5847-A-mao-que-balanca-o-berco-a-audiencia-de-custodia-e-a-protecao-insuficiente-pelo-STJ>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Audiências de Custódia via CNJ: entre o mérito e a forma*. 08/01/2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/audiencias-de-custodia-via-cnj-entre-o-merito-e-a-forma-por-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso em 15 fev. 2016.
- MURICY, Marília. *Senso Comum e Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

- NOVOA, César Garcia. *El Concepto de Seguridad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seção Bahia. *Resolução CP nº 5, de 05 de dezembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/advogado/tabela-de-honorarios/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- PAIVA, Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. *Consultor Jurídico*. Tribuna da Defensoria. 16 ago 2016a. 13h42. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatatoria>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- PAIVA, Caio. Depoimento da audiência de custódia pode ser utilizado na Ação Penal? *Consultor Jurídico*. Tribuna da Defensoria. 23 ago 2016b. 11h59. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/tribuna-defensoria-depoimento-audiencia-custodia-utilizado-acao-penal>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- PEREZ, Eduardo; ZUZA, Flávia; BOECHAT, Marcos; PIRES, Placinda. *Audiência de Custódia: para que serve?*. Goiânia, mar. 2016. Disponível em: <<https://asmego.org.br/wp-content/uploads/2016/03/audiencia-de-custodia.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- PRADO, Daniel Nicory do. *Aplicação da Lei de Drogas: comparação de pesquisas empíricas sobre o encarceramento*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=142df70b-508a-4d3b-be44-cf2a3b900ab5;1.0.>>. Acesso em: 11 nov. 2016
- PRADO, Daniel Nicory do. O tempo da audiência de custódia: pesquisa empírica participante no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador. *Boletim IBCCRIM*, ano 24, São Paulo, maio 2016, p. 3. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5755-O-tempo-da-Audiencia-de-Custodia-pesquisa-empirica-participante-no-Nucleo-de-Prisao-em-Flagrante-de-Salvador>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. *Boletim IBCCRIM*, ano 23, n. 276, São Paulo. nov. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5647-Audiencia-de-Custodia-em-Salvador-pesquisa-empirica-participante-em-seu-primeiro-mes-de-implementacao>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- PRADO, Daniel Nicory do. Projeção do impacto do Projeto de Código Penal em tramitação no Senado (PLS 236/2012) sobre o sistema carcerário: uma análise a partir dos dados do Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, ano 4. Edição Especial Execução Penal. Porto Alegre, 2013. p. 167-199.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Ranking – Todos os Estados (2010). In: _____. *Atlas do Desenvolvimento Humano do Brasil*. 2013. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

REFERÊNCIAS

- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Estudio comparativo de población carcelaria PNUD (2013)*. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD82EA370D3484C-405257C36007934A9/\\$FILE/Estudiocomparativodepoblaci%C3%B3ncarcelariaPNUD.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD82EA370D3484C-405257C36007934A9/$FILE/Estudiocomparativodepoblaci%C3%B3ncarcelariaPNUD.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- RIBEIRO, Ludmila; MACHADO, Igor; SILVA, Klarissa. Tempo na ou tempo da justiça criminal: uma discussão metodológica. *Opinião Pública*, v. 18, n. 2, Campinas, nov. 2012, p. 355-382. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v18n2/a05v18n2.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- RODRIGUES, Luciana Boiteux; CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de Drogas e Constituição*. [Série Pensando o Direito] Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. *Análisi e Diritto*. Genova, v. 5, p. 129-152. 2012. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/v3/arquivos/artigos/por-um-novo-conceito-de-seguranca-juridica-racionalidade-jurisdicional-e-estrategias-legislativas-9746.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- SANTOS, Rogerio Dutra dos (coord.). *Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico* (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.uff.br/sites/default/files/news/arquivos/rogerio_finalizada_web.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- SILVA, Roselani Sodrê da; SILVA, Vini Rabassa. Política Nacional de Juventude: trajetória e desafios. *Caderno CRH*, v. 24, n. 63, p. 663-678, Salvador, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24n63/13.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, Belo Horizonte, jul./dez. 2015, p. 213-244. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1734/1647>>. Acesso em: 07 out. 2016.
- SOUZA, Ednilsa Ramos de; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Sob Fogo Cruzado I: vitimização de policiais militares e civis brasileiros. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, n. 7, 2013, p. 110-117. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM (UNDP). South Africa. In: _____. Human Development Report 2015. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/all/themes/hdr_theme/country-notes/ZAF.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

- VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife. *Boletim IBCCRIM*, ano 24, n. 280, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia – A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. *Revista dos Tribunais*, ano 105, v. 970, p. 195-208, São Paulo, ago. 2016.
- VOLPE FILHO, Clovis Alberto; BORGES, Diego da Mota. Descumprimento de medida cautelar e a decretação da prisão preventiva: análise à luz da homogeneidade. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 227, São Paulo, out. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4458-Descumprimento-de-medida-cautelar-e-a-decretacao-da-prisao-preventiva-analise-a-luz-da-homogeneidade>. Acesso em: 16 nov. 2016.

