

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO

LEANDRO DE CASTRO SILVA

O RÉU SEM ROSTO:

**a importância da audiência de custódia no processo penal sob a ótica da
economia comportamental**

SÃO PAULO

2014

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO

LEANDRO DE CASTRO SILVA

O RÉU SEM ROSTO:
A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL SOB A
ÓTICA DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

SÃO PAULO

2014

O RÉU SEM ROSTO:

a importância da audiência de custódia no processo penal sob a ótica da economia comportamental

RESUMO

Neste artigo são discutidas formas de promover a melhoria da política pública prisional brasileira especialmente no que tange o preso provisório, com enfoque nas contribuições que a economia comportamental pode fornecer ao direito. A questão central do debate é como o modelo processual atualmente adotado não cria um ambiente favorável à liberdade, na medida em que não promove o diálogo entre o acusado e seu julgador. Os estudos econômicos, assim, podem nos fornecer importantes lições de como reverter a curva ascendente do número de presos provisórios no país e o impacto da instituição da audiência de custódia no processo penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: POLÍTICA PÚBLICA, AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PROCESSO PENAL, PRISÃO EM FLAGRANTE, ECONOMIA COMPORTAMENTAL.

ABSTRACT

In this paper ways to promote the improvement of the Brazilian prison policy are discussed, especially regarding the provisional arrest, focusing on contributions that behavioral economics can provide to the Law system. The central issue is how the adopted procedural model currently does not allow to create an environment conducive to freedom, as it does not promote dialogue between the accused and the judge. Economic studies thus could provide important lessons on how to reverse the upward curve in the number of pretrial detainees in the country and the impact of the imposition of custody hearing in the criminal justice process.

KEYWORDS: PUBLIC POLICY, CUSTODY HEARING, CRIMINAL PROCEDURE, IN PRISON GROSS, BEHAVIORAL ECONOMICS.

1 – Introdução

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) promove *advocacy* perante as instâncias legislativas brasileiras para a modificação do Código de Processo Penal com a introdução da audiência de custódia no cenário jurídico nacional. A grosso modo, seria a obrigatoriedade de apresentação do acusado imediatamente após sua prisão em flagrante, perante um juiz togado. Este procedimento, inclusive, é adotado na maioria dos países ao redor do mundo.

O objetivo deste trabalho é analisar o impacto desta política pública no sistema penal brasileiro, especialmente sob a ótica da economia do direito. Tal ancoragem procura dialogar entre estas duas instâncias do conhecimento, até então, pouco tratadas nos estudos promovidos no país.

O trabalho aborda, ainda, as contribuições que a economia comportamental pode ter para a justiça penal, em prol de uma política pública que não leve a um encarceramento em massa, como ocorre hoje. O tema é uma derivação do trabalho já apresentado em grupo, que aborda os impactos da instituição da audiência de custódia no processo penal brasileiro.

Por fim, será analisado como o processo penal atual fez surgir o conceito que chamamos de “*réu sem rosto*”, onde impera um encarceramento indiscriminado de cidadãos. Tal massa carcerária é fruto da crescente urbanização do país e da presença de “preconceitos implícitos” nas cortes penais pátrias.

2 – Diálogo entre Economia e Direito e seu Impacto nas Políticas Públicas

Os Estados Unidos, até a década de 1960, restringiu o uso da análise econômica do direito na área das leis antitruste. A partir desta década houve ampliação do campo de estudo, conforme advertem COOTER e ULEN (2010), para lançar seus ensinamentos sobre o direito de propriedade, contratos, delitos civis, direito e processo penal.

Argumentam os autores que o sucesso da análise econômica do direito se deve ao fato de que a economia conta com uma teoria científica apta a prever os efeitos das sanções legais sobre a conduta das pessoas e fornece, então, elementos mínimos para antecipar o comportamento das pessoas frente a situações legalmente previstas. Segundo COOTER e ULEN (2010) “...podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis.”

Tais ensinamentos são de suma importância para antever os futuros e incertos que estão fora da visão dos formuladores de políticas públicas, uma vez que os economistas dominam dois valores fundamentais para definição de estas: eficiência e distribuição.

No Brasil, contudo, o estudo concomitante destas áreas do pensamento se encontra em fase embrionária. Não nos consta que qualquer formulador de política pública penal recorra aos ensinamentos econômicos para elaborar e por em prática suas ideias. A lei penal pode agir como incentivo para mudar comportamentos e não somente reprimir condutas. O domínio dos conceitos de eficiência e distribuição praticados pelos economistas pode fornecer incentivos para que o agente se comporte de forma virtuosa.

O diálogo entre economia e direito pode promover interação entre dois importantes campos do conhecimento. A visão dos operadores do direito hoje é distorcida e limitada a um efeito imanente da lei, que seria, por si só, provedora de justiça. Contudo, a lei pode ter outro papel, além de tão somente desestimular condutas, mas efetivamente mudar comportamentos, como ferramenta para atingir os escopos das políticas públicas.

3– Os Benefícios Sociais do Aprisionamento sob a Ótica Econômica

O aprisionamento tem quatro benefícios sociais: a) dissuasão; b) retribuição; c) reabilitação; d) incapacitação. Os juristas costumam classificá-los como prevenção geral e especial, que se subdividem em positiva e negativa. Para fins do presente estudo é relevante o estudo da prevenção especial negativa, que consiste na anulação do agente delituoso, retirando-o do convívio social. Sua justificativa parte do pressuposto que enquanto o agente

está preso não comete crimes. Contudo, quando esta incapacitação é promovida de forma indiscriminada, como ocorre atualmente no Brasil, o sistema penal se desvirtua.

Segundo a Constituição Federal, art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” O mandamento constitucional é de clareza solar. Se analisado, ainda que superficialmente, é impossível justificar que 41% (quarenta e um)¹ da população carcerária brasileira é de presos provisórios. A explicação mais plausível talvez se encontre no art. 282, I, do Código de Processo Penal:

“**Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: ([Alterado pela L-012.403-2011](#))

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, **para evitar a prática de infrações penais;** ([Acrescentado pela L-012.403-2011](#))

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.” – sem grifos no original

A previsão supralegal deve ser compatibilizada com o texto constitucional, a partir do qual se busca sua leitura e não o contrário. Contudo, a prática forense e pesquisa² realizada para mostrar o comportamento dos juízes frente a prisões em flagrante não mostrou isso. Atualmente, o princípio informal que vigora nas cortes penais é o da “*presunção de periculosidade*”.

	Percentual de acusados presos em flagrante que aguardaram seus julgamentos reclusos
Antes da Lei 11.719/2008	81,43%
Depois da Lei 11.719/2008	82,91%

Elaborado pelo autor

¹ In. http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Este dado não leva em consideração presos em prisão albergue domiciliar.

² A pesquisa analisou 234 processos concluídos após a edição da Lei 11.719/2008 e 249 anteriores a esta lei, totalizando 483 processos. O planejamento amostral foi probabilístico estratificado, de acordo com os crimes mais recorrentes nas unidades prisionais, quais sejam: furtos, roubos, tráfico e homicídio. A margem de erro máxima da pesquisa (variáveis de proporção) é de 4,45 pontos percentuais, para um intervalo de confiança de 95%.

O jurista português Américo de Taipa Carvalho, citado por WEDY(2013), recusa, inclusive, a concepção gradualista da presunção de inocência, que iria se relativizando na medida em que o processo cumprisse suas marchas e, com uma sentença condenatória de primeira instância, promoveria inversão da presunção em desfavor do réu. Ele conclui, assim, que o princípio em comento não admite graduações e vale até o trânsito em julgado.

O princípio da incapacitação previsto no art. 282, I, do Código de Processo Penal, se apresenta como benefício social útil. Segundo COOTER e ULEN(2010), professores da Universidade de Chicago:

“O último benefício social, a ‘incapacitação’, se refere ao fato de que, enquanto confinados, os criminosos não podem cometer delitos contra pessoas fora das prisões. Mesmo quando a prisão não dissuade nem reabilita, o aprisionamento ainda reduz os índices de criminalidade ao incapacitar os criminosos. A maioria dos estudos recentes indica que cerca de dois terços de todos os presidiários tinha condenações anteriores à sua sentença atual. Além disso, entre 25 e 50% de todos os criminosos são presos novamente pouco tempo (6-12 meses) depois de saírem da prisão. E dois terços reincidem em até três anos. De acordo com um estudo da Brookings Institution, os criminosos violentos que entram e saem das prisões cometem em média 12 crimes sérios por ano enquanto estão fora da prisão (excluindo crimes relacionados a drogas ilícitas).”

A aplicação indiscriminada da prisão provisória, de singular gravidade, justificada tão somente no argumento da incapacitação, conduz o sistema ao caos e se converte em aplicação antecipada de pena. O acusado pego em flagrante aguarda seu julgamento preso com base em fundamentação formulária do juiz e, ainda que este demore meses ou anos, ao final pode receber sentença menos grave que a prisão preventiva. Além do mais, durante este período o preso não tem acesso a benefícios legais como progressão e livramento condicional, o que evidencia ainda mais a singularidade da medida.

A prisão nesta fase processual não pode servir como instrumento de expiação do agente e aplicação antecipada da pena, a se operar *ex lege*. Assim, como ocorre com as prisões definitivas, que tem sua legalidade constantemente verificada pelo juiz, no momento em que o sentenciado cumpre o requisito objetivo para progressão ou livramento condicional, a prisão provisória deve ser reavaliada dentre determinados marcos do processo.

COOTER e ULEN(2010) advertem, ainda, que à primeira vista a incapacitação reduz os índices de criminalidade. Contudo, eles observam que isto somente ocorre se dois fatores estiverem presentes. O primeiro que a oferta de criminosos seja inelástica, ou seja, que os criminosos não possam ser substituídos quando algum elemento seja retirado de cena. O segundo, “*para que o aprisionamento reduza a criminalidade é preciso reduzir o número total de crimes cometidos por criminosos reincidentes durante suas carreiras.*” O tempo de aprisionamento, na hipótese, somente posterga o momento de cometimento do crime. Os autores concluem que a incapacitação não tem qualquer efeito independente.

No Brasil, se considerarmos que a maioria esmagadora dos crimes cometidos não é de oferta inelástica³, a prisão provisória não tem qualquer efeito independente, pois não vem associada a nenhuma política pública de repressão ao crime, estímulo a comportamentos virtuosos, educação ou conscientização. Trata-se, na verdade, de instrumento de aplicação antecipada de pena.

3– Breve Análise sobre a Economia Comportamental

A teoria econômica clássica trata o *homoeconomicus* como ser absolutamente racional, capaz de maximizar suas utilidades e, diante de uma escala de preferências, sempre se comportar de forma a calcular os custos e benefícios de suas ações. Dentro desta racionalidade, chamada de instrumental, o *homoeconomicus* não seria altruísta e agiria tão somente preocupado consigo mesmo.

Contudo, os estudos sobre economia comportamental desconstruíram os pilares que justificavam a teoria economia clássica, na medida em que introduziu outros elementos que interferem na análise absolutamente racional do *homoeconomicus*. Assim, restou provado que o *homo sapiens* é diferente do *homoeconomicus* clássico.

As pesquisas provaram que a racionalidade do *homoeconomicus* é limitada, pois a despeito de procurar maximizar seus próprios interesses, não possui o conhecimento de todas as variáveis que podem afetar a tomada da decisão. Isto é o que os economistas chamam de

³ No Estado de São Paulo 82,14% dos detentos estão presos pela prática de tráfico, roubo, furto e homicídio.

erros de julgamento e erros de tomada de decisão. Os erros de julgamento derivam das informações incompletas, que, em grande parte das vezes, é cara e indisponível. Os erros de tomada de decisão são oriundos da falta de capacidade cognitiva para o processamento da informação, pois o agente não consegue refletir sobre todas as variáveis que deverá considerar antes da decisão. Por conta disso, as “pessoas reais” tendem a tomar decisões que lhe pareçam mais fáceis, ainda que não sejam ótimas, mas tão somente satisfatórias. Seria aquele caminho mais facilmente disponível no momento.

Os autores registram, ainda, que a vontade do agente é limitada. Assim, tende a buscar a satisfação imediata de suas necessidades, ainda que estas se mostrem conflitantes com seus interesses de longo prazo. O ser humano comum tem dificuldade de promover escolhas intertemporais, que impliquem sacrifício presente para retornos futuros. O futuro distante e incerto impede que este maximize a utilidade de suas decisões.

Por fim, e aqui reside o elemento mais importante para o objeto em estudo, as pesquisas provaram que o autointeresse do *homoeconomicus* é limitado. As pessoas têm senso de justiça que impedem que ajam de forma totalmente egoísta. Quando são postas em situações de conflito com outras pessoas lhes afloram um senso de reciprocidade ou altruísmo recíproco. Elas agirão de maneira justa se julgarem que os outros assim se comportarão. Logo, o indivíduo não necessariamente agirá de forma absolutamente racional.

4– Preconceito Implícito

Feitas estas breves anotações sobre os alicerces da economia comportamental, passaremos a analisar como o “preconceito implícito” pode influenciar o julgamento que um indivíduo faz sobre o outro. O “preconceito implícito” pode ser classificado como aquele preconceito que a pessoa não sabe que tem, mas que se aflora quando é posta em situação de dúvida. Ele é construído desde a infância do agente, que gradativamente vem promovendo categorizações. Estes modelos historicamente construídos com o passar dos anos dão origem aos estereótipos, que serão levados em consideração quando da tomada da decisão.

Os professores americanos HARDIN e BANAJI no artigo *The Nature of Implicit Prejudice – Implications for Personal and Public Policy*, estudaram o impacto do “preconceito implícito” nas políticas públicas e concluíram que este se apresenta de forma inconsciente e não intencional. Ele é fruto de uma arquitetura do conhecimento que o agente formou com o passar dos anos, advindos de sua aprendizagem e interações sociais.

Os autores promoveram estudos que provaram que quando as pessoas eram submetidas a rápidos julgamentos o “preconceito implícito” operava involuntariamente, de forma automática, com base nas crenças e estereótipos que o agente possuía, na medida em que promoviam associações entre grupos sociais e estereótipos comuns. O agente, como forma de economizar pensamento, aceita e reproduz os estereótipos já pré-concebido em sua mente. Assim, o indivíduo não tem que recorrer toda vez a uma análise aprofundada do assunto.

O “preconceito implícito” afeta a plena capacidade cognitiva do agente e opera de forma oblíqua e subliminar, ou seja, opera fora da consciência, de forma rápida e discreta, contudo influi na tomada de decisão do agente e pode predizer seu julgamento.

Assim concluíram que o “preconceito implícito”: a) opera involuntariamente e fora da consciência; b) é empiricamente diferente do preconceito explícito; c) e prediz comportamentos e julgamentos sociais. Por fim, indicam que as políticas públicas têm que atacar os pensamentos subconscientes, com mais informações e educação.

5 – Modelo Atitudinal

Ainda no sentido de investigar os influxos que o julgador pode receber no momento da tomada da decisão, merece registro os estudos sobre o modelo atitudinal. São raros os trabalhos nacionais que abordaram o comportamento dos juízes frente a um julgamento. Para tanto seria necessário analisar o valor jurídicos que circundam os agentes, os aspectos sociológicos professados dentro das instituições e, por fim, o conteúdo em si das sentenças judiciais. Tal estudo pode transparecer o âmago do julgador, que muitas vezes não integram o conteúdo escrito da sentença.

De antemão cumpre deixar registrado que se trata de trabalho árduo, pois o elemento subjetivo para a pesquisa – no caso os juízes – tendem a se comportar de maneira “fechada”, o que dificulta sobremaneira o acesso a estes dados, que, se existente, podem também não refletir fidedignamente o pensamento do julgador.

PERISSINOTTO, MEDEIROS e WOWK (2008)⁴ se lançaram nesta tarefa e abordaram o comportamento dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Partiram do pressuposto que estes agentes públicos não são alheios a aspectos sociológicos, ou seja, não são máquinas programadas a promover a subsunção do fato à norma. Pelo contrário, carregam uma bagagem cultural, formada por experiências anteriores, que não lhes permitem serem sujeitos completamente isentos no momento do julgamento.

A pesquisa foi realizada com três ancoragens: os valores, a socialização e o comportamento dos Desembargadores. Na primeira buscava-se os valores jurídicos dos julgadores; na segunda promoverem uma análise sociológica exógena e endógena, divididas entre suas formações jurídicas primárias e o ingresso na atividade profissional; por fim, analisaram as condicionantes externas que poderiam influir nas decisões. A pesquisa analisou questões relativamente objetivas, como local de formação jurídica, profissional, religião, etc. O estudo, segundo os autores, está em fase de conclusão e não evidenciou, até o momento, correlações entre o conteúdo decisório dos magistrados e as ancoragens analisadas.

Outrossim, universidades estrangeiras, principalmente dos Estados Unidos, têm importantes estudos sobre o tema. Estudos neurocientíficos recentes demonstraram, empiricamente, que as decisões judiciais não são absolutamente isentas de fatores externos. Assim, a construção do raciocínio jurídico que irá fundamentar a decisão judicial não é totalmente lógico e imparcial, até porque os julgadores são seres humanos falíveis.

No processo de arquitetura de escolhas o ser humano utiliza dois sistemas cerebrais: 1ª) emocional, rápido, imediato, instantâneo e instintivo. Este tipo de decisão é tomada recorrendo a todo o conhecimento adquirido pelo indivíduo ao longo dos anos e pode gerar erros sistemáticos, pois se lastreia em conhecimento que pode ser deturpado por pré-conceitos sedimentados na mente do agente; 2ª) racional, dedutivo, lento, calculador e intuitivo. Aqui o agente ponderará todas as variáveis possíveis e as consequências de sua decisão.

⁴ Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 16, n. 30, p. 151-165, jun. 2008 (SCIELO)

LOEWENSTEIN, KEVIN, VOLPP (2013) no artigo *Using Decision Errors to Help People Help Themselves* contam que na construção de uma arquitetura de escolhas o agente deve utilizar os erros em seu favor. O erro ocorre porque o homem não domina completamente as informações. Para os autores estas falhas do conhecimento podem ser assim classificadas: a) excesso de otimismo; b) futuro distante com valores baixos; c) efeito amendoim (efeito insignificante); d) viés de justiça com autointeresse; e) viés de status quo; f) probabilidade não-linear. Sem prejuízo do estudo concomitante de todos estes vieses, para o presente trabalho o viés de *status quo* tem especial aplicação. Se não houver mudança no curso do atual modelo processual penal, os juízes manterão os padrões de decisões que por anos estão sendo tomadas, de forma formulária. Aqui reside o viés de *status quo*, ou seja, aquela decisão que lhe pareça mais fácil no momento.

O pesquisador e professor americano Cass R. SUNSTEIN (2013) no artigo intitulado *If Misfearing Is the Problem, Is Cost-Benefit Analysis the Solution?*, aduz que todos os homens, em maior ou menor escala, são racionais e analisam o custo-benefício de suas decisões. Contudo, certas circunstâncias podem afetar o agente na hora da tomada da decisão. O medo e a possibilidade de ocorrência de evento negativo, por exemplo, incide sobre o primeiro sistema e afetam a tomada de decisão.

Esse é o entendimento do jurista Oscar Vilhena Vieira, professor da Fundação Getulio Vargas e estudioso das decisões do Supremo Tribunal Federal:

“Juízes não são menos intuitivos que as demais pessoas. Quando se deparam com um réu, um caso de divórcio ou tributário, logo intuem como os resolverão. Experiência e grande quantidade de trabalho servem como forte incentivo para que tomem o máximo de decisões no menor tempo possível. Como esse processo não se dá no nível da consciência, ele é fortemente contaminado por fatores como ideologia, traumas infantis ou preconceito, ou mesmo eventos fortuitos, como se o julgamento estiver ocorrendo antes ou depois do almoço. Felizmente, quando há tempo, eles podem ser submetidos a uma avaliação mais reflexiva e os juízos intuitivos são eventualmente corrigidos pelos reflexivos.”⁵

Na última parte do texto o jurista se refere à pesquisa realizada por professores israelenses e americanos com cerca de 1000 juízes e demonstrou que no começo da manhã,

⁵ Disponível no endereço <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2014/05/1462896-como-decidem-os-juizes.shtml>

logo após o café matinal, o índice de decisões favoráveis aos prisioneiros chegava a 65% e no final da manhã a quase zero. Logo após o almoço este índice volta à casa dos 65% e caia ao longo da tarde, quando, em tese, estão com fome.

O professor Oscar Vilhena cita, ainda, pesquisa⁶ realizada com magistrados da Suprema Corte americana, conduzida por Lee Epstein. Ele demonstrou que os juízes adotam vieses conservadores ou liberais, de acordo com sua formação jurídica e social. O pesquisador analisou o comportamento dos magistrados frente à liberdade de expressão e observou que magistrados conservadores, mais refratários ao discurso libertário, tendem a ser favoráveis se a manifestação de pensamento tiver viés conservador. Os liberais, pelo contrário, tendem a ser contrários a manifestações de pensamento de viés conservador.

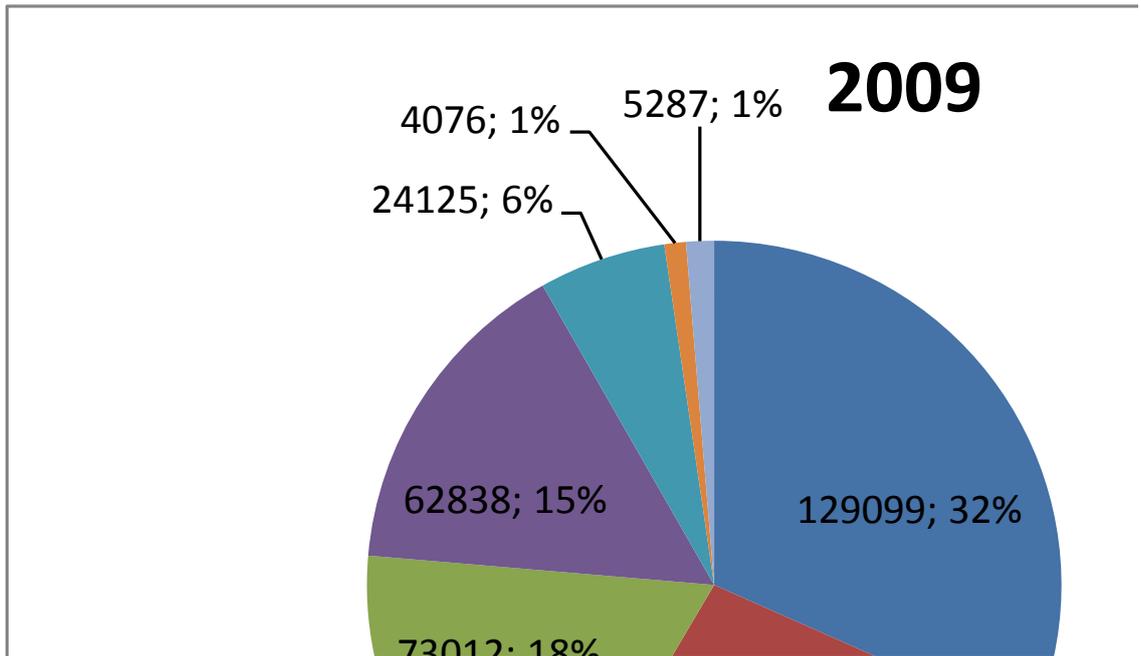
O aprofundamento da análise do modelo atitudinal pode fornecer importantes elementos de como se forma a arquitetura de escolhas do julgador frente ao prisioneiro. A audiência de custódia poderia criar uma identidade entre o julgador/acusado e afastar vieses e preconceitos implícitos presentes na mente do magistrado.

6 – Perfil dos Presos no Brasil

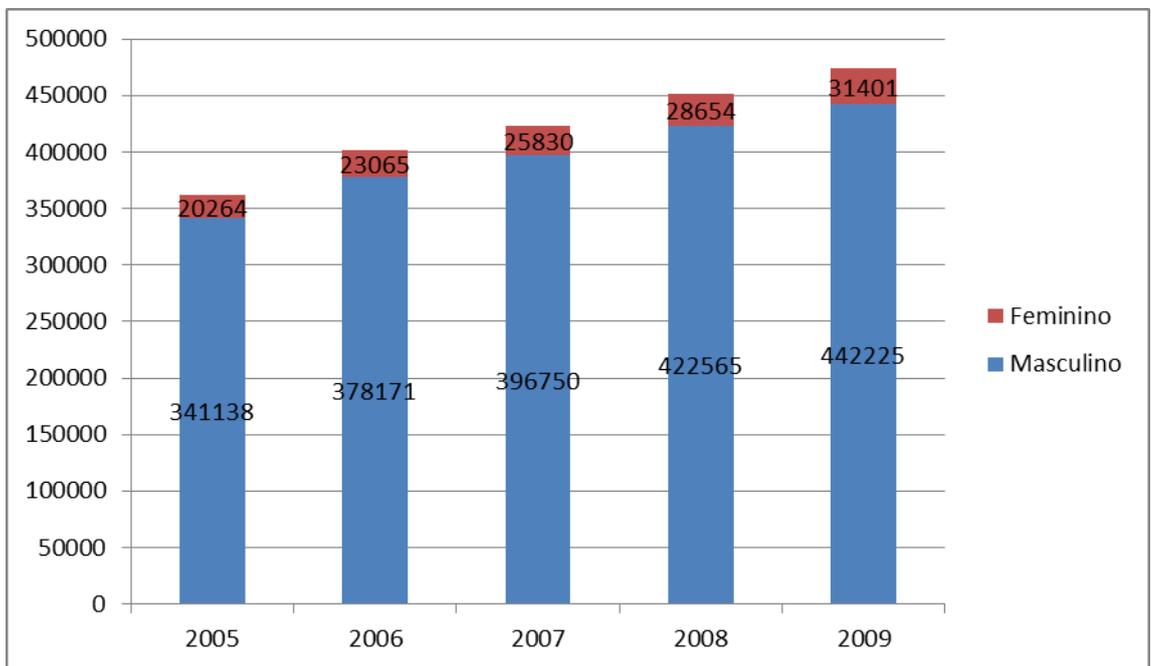
O mais recente relatório do Ministério da Justiça apenas confirma aquilo que já era corrente no ideário popular: a seletividade do sistema penal. Conforme conclusão apresentada, a maioria esmagadora da população carcerária é formada por indivíduos negros, pobres, jovens e de categorias excluídas socialmente.

⁶ <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2014/05/1462896-como-decidem-os-juizes.shtml>

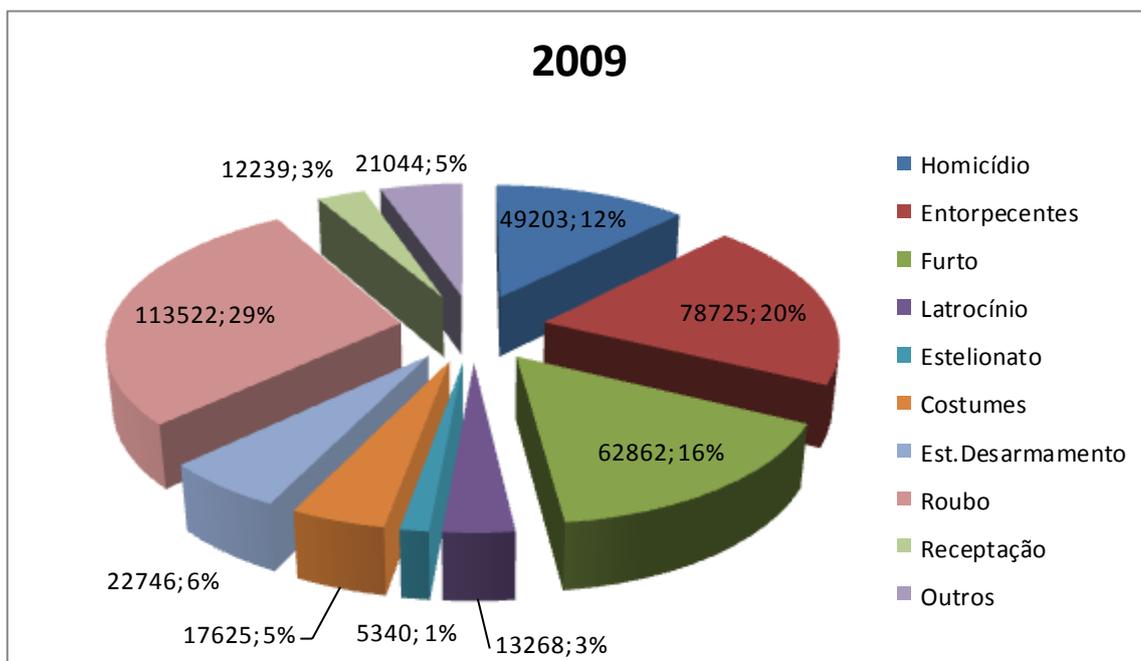
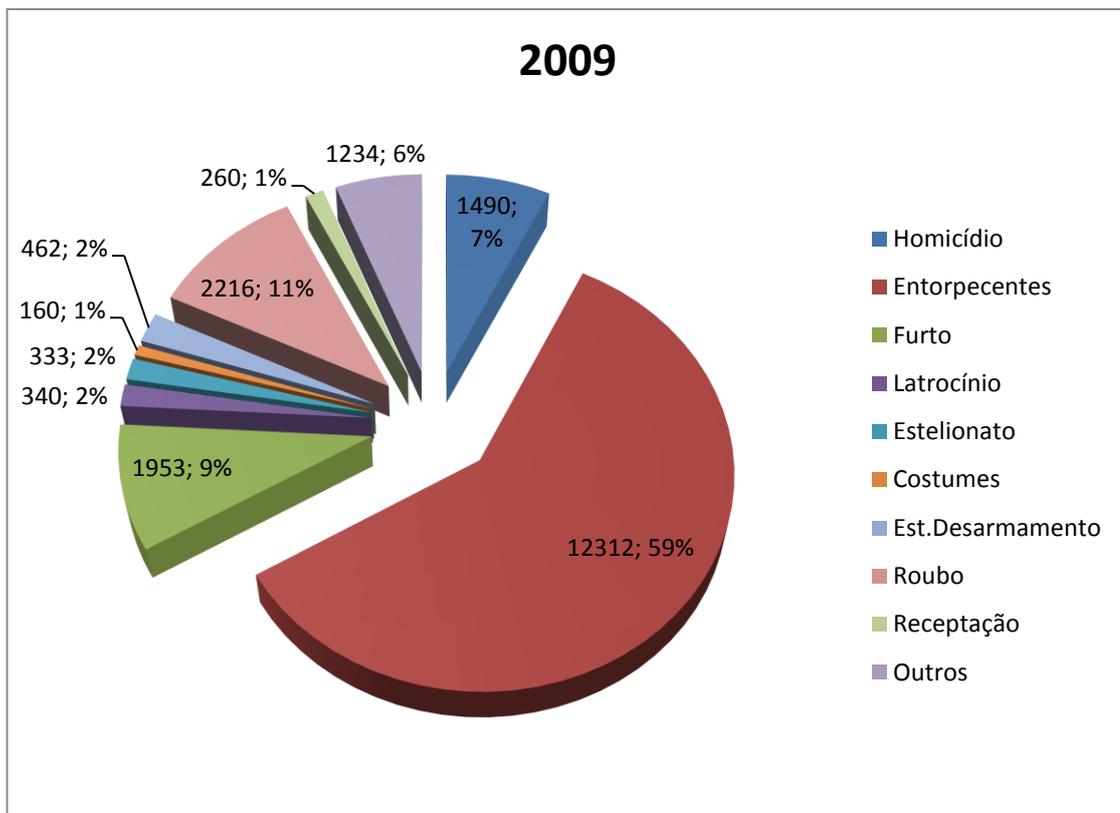
FAIXA ETÁRIA



EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE PRESOS 2005/2009



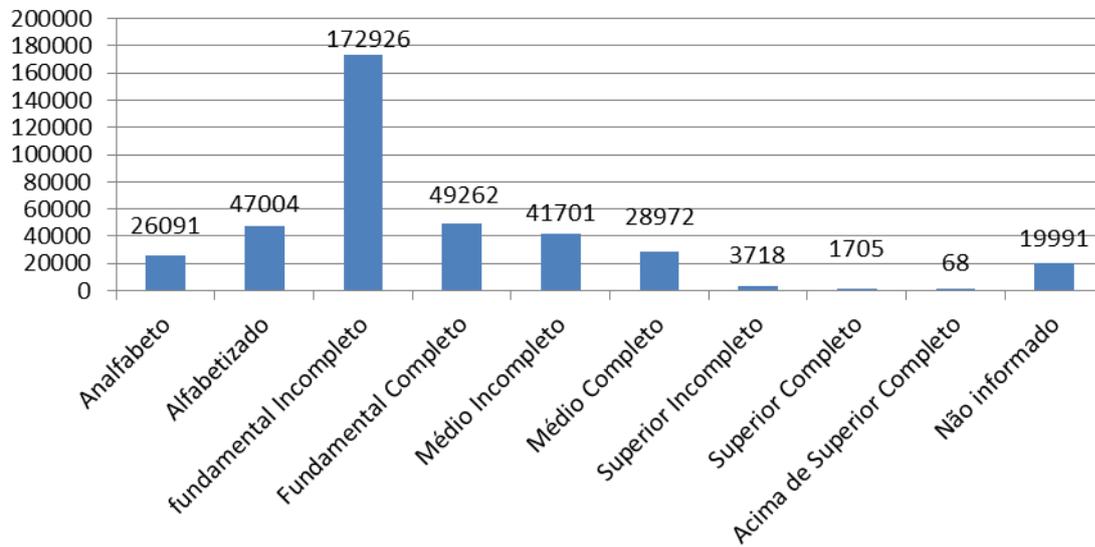
TIPIFICAÇÃO - FEMININO



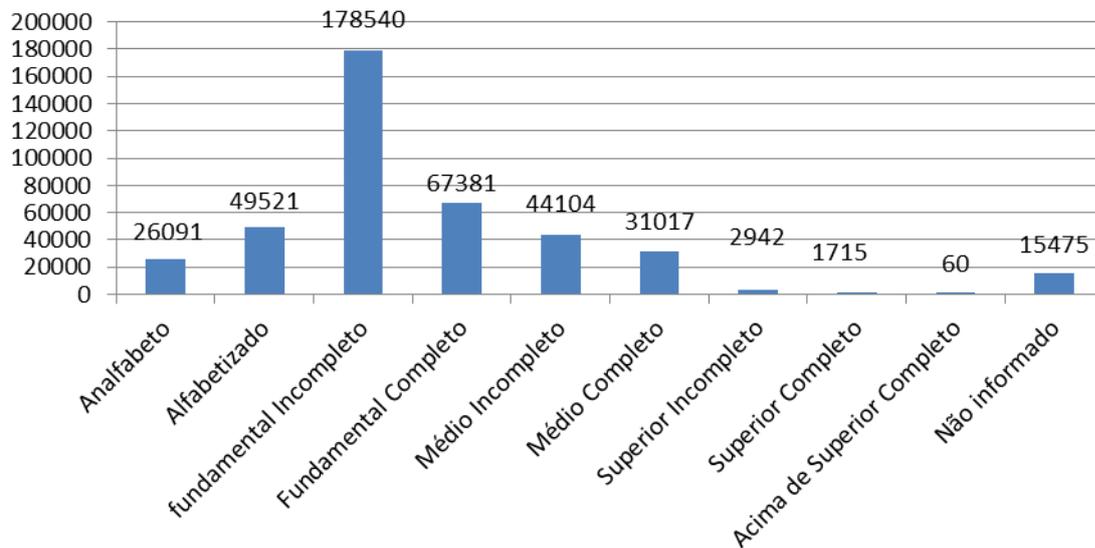
TIPIFICAÇÃO - MASCULINO

ESCOLARIDADE

2008



2009



É possível observar que houve aumento crescente do número absoluto de presos com o passar dos anos, em que pese a adoção de inúmeros institutos despenalizadores nas décadas de 90 e 2000. Como exemplo, podemos citar a lei que instituiu o juizado especial criminal, que prevê a possibilidade de benefícios diversos da prisão para crimes de menor potencial ofensivo e veda a prisão em flagrante para estas condutas. A citada lei ainda prevê a possibilidade de transação penal, ou seja, obstrução da marcha processual mediante do cumprimento de determinadas obrigações, para crimes de médio potencial ofensivo. Além deste instituto, houve a extinção do regime integralmente fechado, que perdurou até meados da década passada, previsto para crimes hediondos. Assim, os condenados nesta situação passaram a alçar os regimes mais brandos de cumprimento de pena o que promoveu um fluxo de vagas no sistema prisional.

Nenhuma destas medidas foi suficiente para diminuir – ou pelo menos estagnar – o número de presos no Brasil. A despeito de os Estados terem uma política de expansão do número de unidades prisionais, o volume de encarceramento caminha em velocidade inalcançável. No Estado de São Paulo, a título de exemplo, seria necessária a construção de uma penitenciária por mês para fazer frente ao crescimento populacional carcerário.

7 – Audiência de Custódia no Brasil e no Mundo

A atual redação do art. 306, do Código de Processo Penal, não obriga a apresentação do preso perante um juiz imediatamente após sua prisão, mas tão somente exige que o auto de prisão em flagrante, com o depoimento das testemunhas, vítima e acusado, seja encaminhado no prazo máximo de 24 horas e, na eventualidade de não possuir advogado, cópia para a Defensoria Pública. O PLS nº 554/11 busca alterar o parágrafo primeiro do art. 306, que passaria a ter a seguinte redação:

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

.....”(NR)

A mudança busca adequar a lei brasileira às legislações dos países com maior tradição em direito processual ao redor do mundo e dá cumprimento a obrigações internacionais assumidas pelo governo brasileiro⁷, abrindo uma janela de oportunidade de combater práticas de tortura e para um efetivo controle judicial das prisões em flagrante.

WEDY (2013), citando Aury Lopes Júnior, fez um apanhado da legislação estrangeira sobre o assunto:

“ – Na Espanha, o detido em flagrante deverá ser apresentado ao juiz no prazo máximo de 24 horas (art. 496 da LECrim), momento em que será convertida a prisão preventiva ou será concedida liberdade provisória.

- na Alemanha (StPO, § 128), o detido deverá ser conduzido ao juiz do *Amtsgericht* em cuja jurisdição tenha ocorrido a detenção, de imediato ou quando muito no dia seguinte à detenção;

- na Itália, o *Código de Procedura Penale* (art. 386.3), determina que a polícia deverá colocar o detido à disposição do Ministério Público o mais rápido possível ou no máximo em 24 horas, entregando junto o correspondente atestado policial;

- em Portugal, o Código de Processo Penal (art. 254, a) determina que no prazo máximo de 48 horas deverá ser efetivada a apresentação ao juiz, que decidirá sobre a prisão cautelar aplicável, após interrogar o detido e dar-lhe oportunidade de defesa (art. 28.1 da Constituição).”

Nota-se que todos os mais avançados e antigos sistemas jurídicos do mundo adotam o modelo proposto pelo PLS 554/11. Argumentam seus defensores que a audiência de custódia contribui para o controle judicial das prisões e coibir práticas de tortura. Além disso, a análise sumária promovida pelo juiz à vista do auto de prisão em flagrante, com base na classificação provisória realizada pela autoridade policial, não desce à profundidade necessária para a decretação de medida tão extrema como a prisão provisória. Na maioria das vezes o magistrado, nesta oportunidade, não dispõe de todos os elementos processuais que podem influir na tomada da decisão. Passaremos, então, a analisar como o atual modelo adotado no Brasil tem conduzido ao encarceramento indiscriminado de pessoas.

⁷ A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, prevê 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.” (art. 7º)

8 – A Medida Cautelar Processual como Instrumento de Punição

A população carcerária brasileira vem crescendo de maneira exponencial, especialmente o número de presos provisórios. Assim, constata-se que a medida cautelar processual da prisão preventiva serve como instrumento de punição antecipada e expiação do agente.

A prisão preventiva vem sendo usada como instrumento para alcançar uma suposta paz e justiça social. É ferramenta à disposição do juiz para dar prontidão à prestação jurisdicional. Esse ativismo judicial em busca de “eficiência” promove a aplicação de penas antecipadas, baseadas em cognição sumária e tão somente na palavra dos acusadores. Ao réu não lhe é lícito expor seus argumentos, que tão somente serão sopesados no momento do julgamento.

Esse ativismo judicial, baseado principalmente na necessidade de se combater novas formas de criminalidade e no clamor popular por “justiça”, promove o apequamento do texto constitucional. Tal orientação já tinha sido apontada por CASARA E MELCHIOR (2013) para os quais a eclosão do discurso do “medo” ensejou o aparecimento de juízes-secretários de segurança pública. E concluem: *“A arquitetura do medo legitima a formulação de políticas públicas centradas no discurso da emergência, possibilitando a formação de um ambiente social que depende da identificação dos fatores de risco.”* (pág. 187)

O comportamento ativista do Poder Judiciário promoveu o incremento acentuado das prisões cautelares e fez vulgarizar o princípio constitucional da presunção de inocência, que atualmente somente é chamado a baila em casos pontuais, especialmente naqueles em que figuras suspostamente honradas se veem às voltas com a justiça penal. Informalmente, o princípio que vigora hoje é o da *“presunção de periculosidade”*.

Assim, o problema do processo penal, como já advertia BELING (1943) na primeira metade do século passado, *“es que se ignora previamente si se está ante um culpable o um inocente.”* O processo penal, sob esta ótica, ganha conotação vulgar e instrumental na medida em que tão somente promove antecipação de culpa e não se preocupa em garantir os direitos fundamentais do cidadão. Este justicamento imediato pode se mostrar altamente lesivo e serve tão somente para proteger a efetividade do processo.

WEDY (2013) adverte que a função do juiz é atuar em prol da parte mais vulnerável do processo e promover a distribuição equitativa dos meios de prova. Neste contexto, a aplicação da pena de forma antecipada é o exercício abusivo de violência estatal e esta brutalidade fica mais evidente se tivermos em mente que a prisão provisória não tem prazo máximo de duração.

9– O Réu sem Rosto

O atual modelo penal ensejou o surgimento do “*réu sem rosto*”, que não possui voz ou direitos. Trata-se de presos oriundos de setores marginalizados da sociedade, de baixa escolaridade, jovens, em sua maioria negros e sem acesso a equipamentos públicos básicos. Estes cidadãos não são conhecidos pelos seus julgadores. O único momento de contato com o juiz de processo será exatamente no dia do seu julgamento, ainda que tenham permanecido presos durante toda a instrução criminal.

Antes de adentrarmos na análise do atual panorama do sistema carcerária brasileiro, se mostra necessária breve análise da origem das prisões cautelares. Até o final do século XVIII a humanidade desconhecia a pena de prisão como sanção penal. Ela se destinava tão somente a segregação do acusado enquanto aguardava sua pena, que à época culminava com a morte ou outra pena corporal e infamante. Conforme bem observado por WEDY (2013): “*Somente na Idade Moderna, com o aumento dos núcleos urbanos, com o crescimento da miséria, do desemprego em massa – legiões de mendigos e de delinquentes -, é que a privação de liberdade passou a ter conteúdo de sanção criminal.*”

A progressiva urbanização da população promoveu a formação de cinturões de pobreza de onde se extraem os principais “habitantes” de nossos presídios. Este é o entendimento de SANTOS (2006) para quem as cidades seriam o destino das pessoas disciplinadas e produtivas, virtudes estas desejáveis pelo capitalismo. Com isso aumentou-se a vigilância do Estado e, conseqüentemente, um maior rigor punitivo àquelas pessoas que não se enquadravam nss necessidades de acumulação de capital e economia de mercado. A prisão passa a atuar, então, como “*instituição acessória da fábrica*”. Esta visão de Estado presente e

vigilante cresceu durante o século passado, o que culminou no recrudescimento da legislação penal e ajudou a clivar o atual perfil do preso brasileiro.

Então, a “massa” carcerária composta por pessoas indesejadas no seio social não tem rosto, já que o acusado não tem contato prévio com o juiz, mas tão somente no dia do seu julgamento. Além do mais, há forte pressão de setores da área jurídica para a expansão das videoconferências, modelo no qual não há a necessidade de apresentação do preso perante um juiz, pois a audiência se realiza por meio de equipamento audiovisual.

Contudo, a audiência de custódia contribui para evidenciar e extirpar, ex ante, o uso de vieses de segregação presentes nas cortes brasileiras, que deram ensejo aos “réus sem rosto”. Sua discussão não pode se limitar tão somente ao impacto financeiro da medida. Trata-se na verdade de decisão política, que notória importância para a melhora da política pública criminal brasileira.

10 - Conclusão

A audiência de custódia, longe de representar um incremento financeiro as já combalidas finanças públicas, é inegável avanço na política pública penal brasileira. Com essa mudança se promoverá o controle judicial das prisões e criará uma identidade entre acusado e julgador. A partir de então, a decisão que decretar a prisão cautelar não será formulária como é atualmente. O julgador terá elementos para emitir um parecer qualificado e individual sobre a situação daquele indivíduo. Assim, o réu passará a ter rosto e voz.

A ancoragem defendida neste trabalho provou que ensinamentos econômicos nos ajudam a antever os impactos da mudança legislativa na dinâmica prisional. Todos os juízes, como seres humanos socializados, são tão intuitivos quanto o restante da população. Eles são constantemente influenciados por fatores externos, preconceitos e vieses.

A prisão provisória é hoje quase questão cultural. O julgador ao se deparar com acusados pertencentes a setores marginalizados da sociedade, estereotipados, que incidem nos artigos penais mais recorrentes do Código Penal, somente promove uma associação mental rápida e opina pela necessidade de custódia cautelar do agente.

Para a mudança destes pré-conceitos existente na mente do julgador, com vistas a evitar e mudar a trajetória de encarceramento em massa praticada pelas cortes penais brasileiras será necessário a presença física do acusado perante o juiz. Evidentemente, conforme exposto, a prisão provisória vem sendo usada como instrumento de exclusão, onde a presença de vieses e preconceito implícito encontra campo fértil. A audiência de custódia contribuirá para a formação de uma identidade entre o julgador e o acusado e ajudará a afastar da mente do juiz vieses e preconceitos implícitos.

Com a audiência de custódia o viés de *status quo*, que remete a tomada de decisões que vão ao encontro das que por anos foram tomadas, de forma formulária, tendem a acabar. O juiz, na presença do réu, teria de analisar todos os aspectos subjetivos e objetivos do indivíduo para justificar uma decisão restritiva da liberdade. Ademais, poderá calibrar melhor eventual medida cautelar diversa da prisão aplicável àquela hipótese.

A mudança proposta servirá como instrumento de autocontenção do poder jurisdicional e obstará a atuação do juiz justiceiro e protetor da sociedade, ou seja, o juiz onipresente. A presença física do réu perante o juiz, no começo do processo, facilitará a tomada de decisão isenta e mais adequada àquela situação. Poderá, assim, criar um *feedback* positivo para o julgador no momento de sopesar a pena mais adequada àquele indivíduo.

Ainda que seja prematuro e pretensioso afirmar que a audiência de custódia promoveria uma guinada virtuosa para o caminho certo, é impossível negar que ela promoveria uma melhora acentuada na qualidade das decisões que decretam prisões cautelares.

Fica registrado, contudo, que este deverá ser tão somente o primeiro passo para a correção do encarceramento em massa, que deve vir associado a outras mudanças legislativas e culturais, como a revisão periódica da custódia cautelar, dentre de determinados marcos do processo, assim como ocorre em Portugal e na Alemanha.

Bibliografia

BELING, Ernst. Derecho Processal Penal. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943.

CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais, Lumen Juris, vol. 1. 2013.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito & Economia. Ed. Bookman. Quinta Edição, 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível in <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2014/05/1462896-como-decidem-os-juizes.shtml>. Acessado dia 21/08/2014.

HARDIN, C., BANAJI, M., The Nature of Implicit Prejudice – Implications for Personal and Public Policy. In (Org.) SHAFIR, E. The Behavioral Foundations of Public Policy. New Jersey, Princeton University Press, 2013

LOEWENSTEIN, G., KEVIN, L., VOLPP, K. Using Decision Errors to Help People Help Themselves. In (Org.) SHAFIR, E. The Behavioral Foundations of Public Policy. New Jersey, Princeton University Press, 2013

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível in [file:///C:/Users/lcsilva/Downloads/DadosConsolidados2008%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/lcsilva/Downloads/DadosConsolidados2008%20(3).pdf). Acessado dia 22/08/2014.

_____. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 16, n. 30, p. 151-165, jun. 2008 (SCIELO)

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Radical. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *If Misfearing Is the Problem, Is Cost-Benefit Analysis the Solution?*. In (Org.) SHAFIR, E. The Behavioral Foundations of Public Policy. New Jersey, Princeton University Press, 2013