

Delegado pode ser primeiro filtro antes de audiências de custódia



Ruchester Marreiros
delegado da Polícia Civil do RJ

A audiência de custódia voltou ao debate com a expectativa de entrada em

vigor, em 1º de fevereiro de 2016, da Resolução 213, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta o assunto.

É importante esclarecer que uma parcela dos Delegados de Polícia é a favor da audiência de custódia, ao contrário do que deixou transparecer a ADI 5240 ajuizada pela Adepol Brasil (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) contra [Provimento Conjunto 03/2015](#), assinado pelo TJ-SP e pela Corregedoria Geral de Justiça, que [entrou em vigor](#) em fevereiro de 2015 e regulamentou a audiência de custódia naquele Estado.

Qual o motivo de tanta celeuma a uma simples apresentação do detido a um magistrado? Cultura autoritária! Vivemos em um país que navega pelas profundezas da cultura do etiquetamento ou *labeling approach*.^[1] Em regra, a maioria dos advogados ou bacharéis que passam nos concursos da magistratura e para delegado de polícia somente estão preparados para repetirem os elementos autoritários, nas palavras de Geraldo Prado^[2], contidos em nosso ordenamento jurídico, ainda que vivamos em plena democracia:

"o fato de vivermos em uma democracia política exige é claro o respeito a lei, mas também requisita a denúncia da presença e atualidade de elementos autoritários, mesmo em regimes democráticos, a contaminar de modo negativo a legitimidade invocada pelo Direito Penal e, conseqüentemente, o próprio Sistema Penal."

Ainda no escólio do professor, em trecho de seu pós-doutoramento, no qual investigou, no campo científico penal, as estratégias utilizadas pelos agentes operadores do sistema penal para manutenção de elementos autoritários, com emprego de "capital científico" para manter uma tradição "vacilante e inconsistente *paleopositivista* em atuação no sistema penal":

"Tanto assim que no passado difundiram conceitos de perigosidade social que foram

incorporados ao Código Penal de 1940 e vigoraram entre nós até a reforma penal de 1984 (Nova Parte Geral do Código Penal – Lei 7.209/1984). Posteriormente, estas teses ressurgiram e tomaram corpo na referida lei dos Crimes Hediondos, já na década de 90, propiciando o endurecimento da resposta penal, com incremento de sanções e do regime prisional e vedação rigorosa à liberdade ao longo do processo.”[\[3\]](#)

O reflexo desta saga punitivista de lógica autoritária, autorizante de supressão de garantias fundamentais logo após a constituição de 1988, fez com que de 1990 a 2011 houvesse um aumento de 472% de presos. Em 1990 o índice de mortos por cem mil habitantes era de 9,4 e em 2011 passou para 27,3 mortos por 100 mil habitantes[\[4\]](#). A prisão, como controle social, mostrou-se uma falácia como medida de redução de criminalidade.

Surge então o PLS 554/11, oriundo do movimento do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, que traz em sua redação original a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, definindo a apresentação do capturado à presença do juiz, após a análise técnico-jurídica pelo Delegado de Polícia por meio formal do auto de prisão em flagrante, e, conforme o caso, emissão da nota de culpa, verdadeira ordem de conversão da captura em detenção, tal qual o é a ordem de prisão expedida pelo juiz.

O rótulo (nota de culpa) não altera seu conteúdo (prisional). Como já externamos em outra oportunidade [\[5\]](#), “a captura pode ser realizada por qualquer um, mas a detenção e sua manutenção somente o Delegado de Polícia” ou Magistrado.

Os termos “captura”, “detenção” e “prisão” não são utilizados aleatoriamente pela ONU como ocorre no Brasil, conforme documento denominado de Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão[\[6\]](#), que deveria servir de parâmetro já que aderimos a todas as resoluções de Direitos Humanos, conforme podemos inferir do preâmbulo do documento:

“Para efeitos do Conjunto de Princípios:

- a) "captura" designa o ato de deter um indivíduo por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade.
- b) "pessoa detida" designa a pessoa privada de sua liberdade, exceto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infração.
- c) "pessoa presa" designa a pessoa privada da sua liberdade consequência de condenação pela prática de uma infração.”

Mais adiante, o princípio 37:

“A pessoa detida pela prática de uma infração penal deve ser apresentada sem demora a uma autoridade judiciária ou *outra autoridade prevista por lei*, prontamente *após sua captura*. Essa autoridade decidirá sem demora da legalidade e necessidade da detenção.”

Paralelamente ao PLS 554/11 foi sancionada e publicada a Lei 12.403/2011 oriunda do projeto de Lei 4.208/2001, um dos dez projetos coordenados pela Ada Pellegrini para reformar pontualmente o CPP em

itens flagrantemente inquisitoriais.

A Lei 12.403/2011 elencou dez medidas alternativas à bipolaridade prisão x liberdade, permitindo ao juiz implementar meios alternativos à segregação cautelar, o que deveria logicamente diminuir o encarceramento, tal qual é apresentada hoje a audiência de custódia.

No entanto, mais uma vez a cultura autoritária e a saga punitivista de capital científico *paleopositivista*, como alertou Geraldo Prado, socorreu-se da estratégia da perigosidade social mantida pelo legislador na prisão preventiva, mesmo após a reforma de 2008, enraizada na “garantia da ordem pública”, termo retirado da redação original do projeto de Lei 4.208/2001, mas reinserido, por emenda, durante o processo legislativo, também de cultura autoritária.

Sobre os abusos da prisão provisória, foi realizado um estudo pela Associação pela Reforma Prisional, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania e a Universidade Cândido Mendes, com apoio da *Open Society Foundations*, coordenados pela Socióloga Julita Lemgruber, que revelou dados sobre a prisão provisória antes e depois do advento da Lei 12.403/2011, indicando cientificamente qual ponto da legislação é preciso mudar para ocorrer uma verdadeira expansão do direito de liberdade e da efetivação da presunção de inocência.

Foram estudados 4.859 casos de acusados, os quais se referiam a casos em que havia informação desde a prisão em flagrante até a primeira medida cautelar imposta pelo juiz logo após a distribuição do auto de prisão em flagrante. 2.653 deles (55%) detidos antes e 2.206 (45%) depois da entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

A pesquisa é extensa e por limitação de espaço destacamos os seguintes resultados da pesquisa em sua página 43, publicada em nossa obra^[7]:

“Tanto promotores como juízes justificam frequentemente o recurso à prisão como necessário à “garantia da ordem pública” — argumento que aparece até mesmo em casos de baixíssima gravidade, como tentativa de furto.”

Um dos resultados extremamente importantes para o sistema penal, mas que não são divulgados, foi que de 3.672 processos concluídos em 2013 em (%): 23,4 resultam em regime fechado; 18,7 no semi-aberto; 4,6 em regime aberto; 15,9 outras penas; 7,8 absolvidos; 20,7 outras situações processuais; e 1,4 réu revel.

Outro dado que se destaca é o da liberdade provisória proferida pelo Delegado de Polícia em razão da fixação da fiança. *Antes da lei era de 0,7% e após a lei 12.403/11 foi para 22,4% de liberdades concedidas!* Enquanto a fiança pelo juiz era de 1,0% e aumentou para 1,2% após a lei.

Em outras palavras 76,6% não precisariam ter sua prisão provisória decretada como primeira medida, o que revela uma desproporção entre a prisão provisória e sua real necessidade com o resultado final do processo, bem como a desproporcional, portanto, inconstitucional, limitação da fiança pelo delegado à pena máxima de quatro anos.

O Critério de liberdade provisória em sede policial revela-se uma solução para o encarceramento, o que denota ser arbitrário o artigo 322 do CPP que limita a somente esta medida cautelar e a crimes punidos

com pena máxima de quatro anos, já que somente 23,4% são condenados a pena de oito anos de prisão, violando, portanto, a redação do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na qual consta que o capturado ou detido será levado sem demora a um juiz *ou outra autoridade* indicada pela lei a decidir sobre sua liberdade, que no Brasil é notadamente o delegado de Polícia.

Em outras palavras, a *verdadeira redução da prisão cautelar*, em que realmente houve avanço na consagração do direito de liberdade, segundo a pesquisa, foi na fase da investigação criminal presidida pelos “delegados de polícias preparadíssimos”, nas palavras da Associação Nacional de Magistrados Estaduais[8], aptos, então, a decidir pela liberdade de forma ampla. Mas será que o messianismo político [9] da magistratura irá permitir?

Chegamos a divulgar a pesquisa em obra jurídica na qual fui coautor e fizemos um estudo sobre audiência de custódia à luz das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ensaiando a sugestão da adoção do “sistema da dupla cautelaridade” (BARBOSA, 2015, p. 172). A primeira cautelaridade, sem limitações, e aqui reside a democraticidade, é realizada pelo delegado e a segunda cautelaridade pelo magistrado, ambos em 24 horas.

Em outras palavras, o artigo 322, CPP não sobrevive a um controle de convencionalidade, que pode ser realizado pelo delegado de polícia[10], principalmente se empregado o bloco de convencionalidade formado por precedentes da Corte IDH, haja vista que a Corte Interamericana já decidiu[11] ser ela a única legitimada a interpretar tratados internacionais de Direitos Humanos, consequentemente, evitando-se uma interpretação nacionalizante dos tratados, o que é vedado pela doutrina.

No sentido de que o delegado é autoridade que exerce função materialmente judicial no artigo 7.5 da CADH e 9.3 do PIDCP, a Corte IDH[12] entendeu que esta função é inerente ao órgão que a lei autorize decidir sobre a liberdade do capturado, e, portanto, o artigo 8.1, deve também ser exercido por órgão administrativo e não somente por órgãos estritamente jurisdicionais. Viola Direitos Humanos a limitação da liberdade pelo delegado.

Ninguém quer ir de camburão falar com o juiz se o delegado já tiver condições de conceder um direito de liberdade, que não está sob o monopólio da jurisdição, mas parece que está sob o monopólio da vaidade.

[1] BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed., Rio de Janeiro, Revan, 2002.

[2] PRADO, Geraldo. *A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal*. Disponível neste [link](#). Acesso em 17/07/2015

[3] PRADO, Geraldo. *Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito*, In *Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; e CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho.

[4] Disponível neste [link](#). Acesso em 11/01/2016.

[5] BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Delegado possui função imanente de decisão e de cautelaridade da prova*



. Artigo publicado na revista **Consultor Jurídico**. Acesso em 11/01/2016.

[6] Resolução ONU n. [8] 43/173 de 9 de dezembro de 1988

[7] BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental. In As Novas Fronteiras do Direito. Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares. DELGADO, Ana Paula Teixeira; MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra (Org.). SOARES, Abel Rafael; et al. Editor: Juiz de Fora, 2015.

[8] Página 07 da petição inicial da ADI 5448. Disponível: <<http://klovan.com.br/destaques/audiencia-de-custodia-folha-de-s-paulo-divulga-opiniao-do-presidente-da-anamages-e-do-presidente-do-tjsp>>, Acesso em 11/01/2016

[9] TZVETAN, Todorov. Os inimigos íntimos da democracia, trad. Joana Angelica d'Avila Melo, São Paulo: Companhia das Letras. "escapam assim a qualquer tentativa de limitação e erigindo-se em único e absoluto, eles transformam-se em ameaças: populismo, ultraliberalismo, messianismo, enfim, esses inimigos íntimos da democracia."

[10] BARBOSA, Ruchester Marreiros. Controle de Convencionalidade pelo Delegado de Polícia. Artigo publicado na revista jurídica Canal Ciências Criminais. Disponível: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/controle-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia/>>, acesso em 11/01/2016.

[11] Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Sentencia 24 de noviembre de 2010, párr 19

[12] Caso Jesus Vélez Loor Vs. Panamá. [Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 108](#)