

GARANTIAS PROCESSUAIS, ESCOLHAS TRÁGICAS E BUROCRACIA DE NÍVEL DE RUA

CRIMINAL PROCEDURAL GUARANTEES, TRAGIC CHOICES, AND STREET-LEVEL BUREAUCRACY

Rafael Folador Strano

Doutor e Mestre em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campus Alphaville). Defensor Público do Estado de São Paulo.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/0212842148558226>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2579-4738>

rafaelstrano@gmail.com

Resumo: O presente artigo pretende examinar, a partir do instrumental teórico pertinente à análise de políticas públicas, as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação às audiências de custódia e ao juiz de garantias. Apesar dos avanços constatados na última década, ainda há um caminho a ser percorrido para a efetiva concretização de uma política de garantias à pessoa custodiada.

Palavras-chave: Políticas públicas; Audiência de custódia; Garantias processuais; Escolhas trágicas; Burocracia de nível de rua.

Abstract: This article uses some of the theoretical tools of public policy analysis to examine the decisions of the Federal Supreme Court in relation to custody hearings and the guarantees judge. Despite the advances seen in the last decade, there is still a way to go for the effective implementation of a policy of guarantees for the detainee.

Keywords: Public policy; Custody hearing; Procedural guarantees; Tragic choices; Street-level bureaucracy.

1. Introdução

Em março de 2023, no julgamento da Reclamação 29.303, o Supremo Tribunal Federal determinou que as audiências de custódia sejam realizadas em relação a todas as modalidades de prisão, vale dizer, em decorrência de situação de flagrância ou de cumprimento de mandado. De acordo com o voto do Ministro Edson Fachin, relator do caso, as alterações legislativas promovidas pela Lei 13.964/2019 se somam ao entendimento registrado quando da manifestação do plenário no âmbito da ADPF 347 e exprimem uma “persistente implementação de garantias e direitos essenciais da população carcerária”.

A decisão marca, assim, mais um ponto de avanço promovido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à implementação das audiências de custódia no país, prática que, aliás, somente foi efetivada em razão do protagonismo da Suprema Corte, especialmente pelo empenho do Ministro Ricardo Lewandowski, quando de seu mandato na presidência do Conselho Nacional de Justiça.

Embora prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7.5), as audiências de custódia somente foram implementadas no Brasil, reitere-se, em razão do protagonismo do Poder Judiciário, especificamente de sua instância superior. O Poder Legislativo, costumeiramente ágil quando se trata da majoração de penas, somente incorporou a garantia em 2019, em meio às diversas reviravoltas que originaram a Lei 13.964/2019.

Em 2023 foi então necessário que a instância judiciária superior confirmasse o óbvio: a condução da pessoa detida ou retida à presença da autoridade judicial é uma garantia que não decorre da natureza da prisão, mas do fato de que toda restrição ao direito de locomoção é medida excepcional no Estado democrático e deve ser criteriosamente examinada, a fim de que sejam coibidos eventuais excessos, tratamento degradante, erros judiciários e policiais, bem como sejam verificadas as condições pessoais da pessoa custodiada, questões de saúde, etc.

Por incomum iniciativa do Poder Judiciário e posterior incorporação normativa, foram, assim, fincados os alicerces para o desenvolvimento

de uma política pública de garantias à pessoa custodiada, política que envolve o Sistema de Justiça, as polícias e a Administração Penitenciária. Interessante notar que tal política foi em um primeiro momento estruturada a partir de regulamentações administrativas (Conselho Nacional de Justiça, provimentos de Tribunais, etc.) sem que houvesse lei que regesse a matéria, denotando que, em termos de política pública, por vezes é mais importante examinar uma norma hierarquicamente inferior do que aquela situada no topo da cadeia normativa:

[...] a lente analítica de Direito e Políticas Públicas dá mais atenção para as normas infralegais, como os decretos, as portarias e os regulamentos, em razão do seu papel no preenchimento dos procedimentos e rotinas que definem, na ponta do processo, o funcionamento último das disposições mais abstratas dos comandos constitucionais e legais. Tais normas, longe de serem de relevância menor se comparadas às grandes diretrizes e comandos programáticos, são, elas próprias, a substância de que são feitas, quotidianamente, as políticas públicas (BUCCI; COUTINHO, 2017, p. 4).

Ocorre que, apesar do significativo avanço, a construção dessa política ainda se encontra nas fundações e há dois importantes aspectos que podem ser examinados a partir do instrumental teórico geralmente utilizado para a análise das demais políticas públicas: as escolhas trágicas e a burocracia de nível de rua.

2. Escolhas trágicas

Toda política pública, independentemente da área (saúde, educação, moradia, etc.), está atrelada a um modelo de Estado que custeia direitos sociais (BUCCI, 2006, p. 2-3) e, portanto, vincula-se às capacidades orçamentárias para a implementação das medidas pretendidas. Assim, invariavelmente a opção por uma política pública afetará as demais, já que os recursos serão direcionados para determinado fim e não para outro.

Calabresi e **Bobbitt** exploraram a situação na obra *Escolhas trágicas*, na qual analisam, em síntese, como as sociedades se comportam diante de recursos escassos. Para os autores, as escolhas trágicas impõem decisões relacionadas à produção de tais recursos e quem deve receber o que foi produzido (1978, p. 19).

No âmbito jurídico é mais conhecida a expressão “reserva do possível”, cunhada na Alemanha na década de 1970, e que funciona como mecanismo jurisprudencial e doutrinário para limitar a concessão de direitos, especialmente direitos sociais, a partir das capacidades financeiras e orçamentárias do Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 188).

No campo político-criminal raramente se discute o impacto orçamentário e financeiro que determinada medida acarretará às contas públicas, sobretudo quando se trata da expansão do poder punitivo. Por outro lado, quando se trata da ampliação de direitos para a pessoa submetida ao sistema punitivo, o dispêndio de verbas públicas ganha relevância (FERREIRA, 2017, p. 104).

Quando da discussão sobre a implementação das audiências de custódia, um dos argumentos utilizados pelos opositores à medida residiu justamente nas dificuldades operacionais que o ato judicial acarretaria (v. ADI 5.240/SP). De fato, assim como em qualquer outra política de efetivação de direitos (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 79), políticas que implementem garantias processuais, especialmente quando mobilizam todo o aparato das agências punitivas, como no caso da audiência de custódia, acarretarão custos para o erário público.

De qualquer forma, deve-se também considerar que a concessão de liberdade, em contrapartida, desonera as contas estatais.

Além disso, políticas que criam tipos penais ou recrudescem penas também geram custos, embora essa circunstância seja pouco evidenciada. Em verdade, o constante desprezo pela dimensão orçamentária e financeira da política criminal é funcional para a manutenção de um sistema punitivo irracional e que se retroalimenta do pânico moral, vale dizer, a política criminal é a única política pública que não suscita discussão sobre escolhas trágicas (STRANO, 2023, p. 128-129). A propósito, conforme advertido por **Carvalho** (2008, p. 8), assim como **Shecaira, Franco e Lira** (2016, p. 2-4), subsiste a necessidade de elaboração de uma lei de responsabilidade político-criminal que vincule a criação de novos tipos penais ao respectivo impacto nas contas públicas.

3. Burocracia de nível de rua

A fase de implementação transforma substancialmente a política pública. Essa transformação ocorre não apenas em razão de eventual desvio da trajetória prevista por aqueles que tomaram a decisão sobre a política pública, mas pela limitação de recursos financeiros e operacionais, incompletude de informações e multiplicidade de atores envolvidos (MARQUES, 2013, p. 33). A discricionariedade daqueles que serão responsáveis pela aplicação da política pública é determinante para entender como a política pública é de fato entregue à população. Sobre a atuação dessa burocracia de nível de rua, **Lipsky** ensina que:

Ao contrário dos trabalhadores de baixo nível hierárquico, a maioria das organizações os burocratas de nível de rua têm uma considerável discricionariedade para determinar a natureza, a quantidade e a qualidade dos benefícios e sanções distribuídos por suas organizações. Os policiais decidem que cidadãos deter e que comportamentos ignorar. Os juizes decidem quem deve ter pena suspensa e quem deve receber a pena máxima (LIPSKY, 2019, p. 55).

Assim, interpretações restritivas sobre políticas públicas claramente abrangentes na respectiva origem servem como instrumento para “boicotar” a medida a ser implementada, de modo a viabilizar a recuperação da discricionariedade perdida (LIPSKY, 2019, p. 70-71). No caso do tema deste artigo, vale lembrar que audiências de custódia almejam amplificar a transparência sobre o aprisionamento cautelar, esvaziando, ao menos em teoria, uma margem de discricionariedade outrora ampla para a restrição ou privação da liberdade. É previsível, portanto, que interpretações restritivas surjam como óbices para a sua execução, o que, aliás, ocorre em outros institutos propostos para mitigar o poder punitivo. Basta lembrar, a propósito, como a discricionariedade é utilizada para dificultar a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas na Lei 12.403/11 (e.g., fianças arbitradas em valores altíssimos) ou até mesmo para inviabilizar o acordo de não persecução penal (e.g., estipulação de critérios não previstos em lei).

Ainda que a realização da audiência de custódia não seja inviabilizada por essa discricionariedade utilizada no momento da regulamentação do ato, é certo que ainda há um terreno amplo para que a sua essência seja descaracterizada no âmbito da própria decisão judicial sobre a prisão em casos concretos, e.g., alargamento do conceito de ordem pública, relativização de violações de direitos, etc.

Conforme mencionado, a audiência de custódia representa a fundação de uma política de garantias que ainda se encontra em estruturação. A reafirmação de sua essência pelo Supremo Tribunal Federal é

necessária, mas não significa que ela será plenamente acolhida por aqueles que serão encarregados pela sua implementação.

4. Juiz de garantias

O julgamento do paradigma do juiz de garantias foi pautado pela Ministra Rosa Weber para o dia 24 de maio de 2023. Contudo, até o fechamento desta edição do Boletim, a questão não havia sido decidida, de forma que o instituto ainda se encontra suspenso por decisão do Ministro Luiz Fux (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305). Dentro desse contexto, é importante ressaltar que, apesar da audiência de custódia isoladamente constituir importante avanço, a sua integração com o juiz de garantias é vital para a estruturação integral da política de garantias à pessoa custodiada.

Em primeiro lugar, a realização das audiências de custódia seria incumbida justamente ao juiz de garantias, evitando-se que a custódia de alguma forma prejudique a originalidade cognitiva do juiz de conhecimento (LOPES JR., 2022, p. 143-147). Além disso, a Lei 13.964/2019 incluiu o § 4º no art. 310 do Código de Processo Penal, o qual determina que a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* enseja a ilegalidade da prisão. O parágrafo também foi suspenso pela mesma decisão que suspendeu o juiz de garantias e, conforme ressalta **Lopes Jr.** (2022, p. 705): “era muito importante para reafirmar a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia no prazo de 24h, diante da injustificada resistência de alguns juízes”.

Na mencionada decisão, o Ministro Luiz Fux ressaltou, dentre outros argumentos, que o juiz de garantias ocasionará: “impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como o incremento dos sistemas processuais [...]”. Também salientou que a ausência de prévia dotação orçamentária para os respectivos gastos prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário.

Em relação à ilegalidade da prisão como consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, prevista no art. 310, § 4º, do Código de Processo Penal, afirmou que a determinação legal fere a razoabilidade, pois: “desconsidera

dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte.” (BRASIL, 2020, p. 3-7).

As dificuldades operacionais, financeiras e orçamentárias foram, portanto, invocadas como óbice à implementação do juiz de garantias, também atingindo de maneira indireta (em razão da lógica de separação entre investigação e instrução) e direta (no caso do art. 310, § 4º) a implementação integral de toda uma estrutura processual que viabilize as audiências de custódia.

5. Conclusão

Conforme exposto, as audiências de custódia refletem a base de uma mudança no paradigma processual brasileiro, a qual foi deflagrada essencialmente pelo Supremo Tribunal Federal. No âmbito político-criminal, medidas que ampliem garantias são costumeiramente atacadas a partir de argumentos relacionados às capacidades institucionais (custos, operação, etc.). Além disso, não raramente são contornadas a partir de uma discricionariedade típica de burocracias de nível de rua.

Em relação aos custos, uma vez que constituem fator determinante para a implementação de uma garantia, tal como decidido quando da suspensão do juiz de garantias, igualmente devem ser considerados quando da análise de leis que criminalizem condutas, aumentem penas ou dificultem o tratamento em sede de execução penal e que tenham sido aprovadas sem o respectivo estudo de impacto orçamentário e financeiro. Na ausência de uma lei de responsabilidade político-criminal, talvez caiba novamente ao Supremo Tribunal Federal protagonizar medidas que criem balizas para a movimentação estatal no âmbito político-criminal, expondo as escolhas trágicas inerentes à expansão punitiva.

Por fim, ainda que restituída a eficácia normativa do juiz de garantias, concluindo assim a estrutura básica para a realização efetiva das audiências de custódia, é certo que a sistemática continuará a sofrer alguma resistência, sendo necessário observar como eventuais escapes retóricos utilizados no contexto da burocracia de nível de rua serão utilizados para esvaziar os seus objetivos.

Notas

¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-vota-favor-audiencias-custodia.pdf>.

Acesso em: 5 maio 2023.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade/DF 6.298. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 5 maio 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (orgs.). Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blücher, 2017. p. 4.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2-3.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: WW Norton & Company, 1978.

CARVALHO, Salo de. Em defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 193, p. 8, 2008.

FERREIRA, Carolina Costa. A política criminal no processo legislativo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: WW Norton & Company, 2000.

LIPSKY, Michael. Burocracia de nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos. Trad. Arthur Eduardo Moura da Cunha. Brasília: Enap, 2019.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 2022.

MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na ciência política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política pública como campo multidisciplinar. São Paulo; Rio de Janeiro: Editora Unesp; Editora Fiocruz, 2013. p. 33.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael de Sousa. Lei de Responsabilidade Política. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 289, p. 2-4, 2016.

STRANO, Rafael Folador. Política Pública Criminal. São Paulo: Tirant lo blanch, 2023.

Autor convidado