



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JAIRO DE SOUSA LIMA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFETIVIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS PRESOS**

Teresina

2022

JAIRO DE SOUSA LIMA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFETIVIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS PRESOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito – PPD da Universidade Federal do Piauí – UFPI, na área de concentração em Direito, Democracia e Mudanças Institucionais e linha de pesquisa em Mudanças Institucionais na Ordem Privada e Econômica, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Robertonio Santos Pessoa.

Teresina

2022

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas e Letras
Serviço de Processos Técnicos

L732a Lima, Jairo de Sousa.
Audiência de custódia : efetividade e justiciabilidade dos direitos
fundamentais sociais dos presos / Jairo de Sousa Lima. -- 2021.
129 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí, Centro
de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Teresina, 2021.

“Orientador: Prof. Dr. Robertonio Santos Pessoa.”

1. Presos - Direitos fundamentais. 2. Audiência de custódia.
3. Justiciabilidade. I. Pessoa, Robertonio Santos. II. Título.

CDD 344.810 35

JAIRO DE SOUSA LIMA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFETIVIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS PRESOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito – PPD da Universidade Federal do Piauí – UFPI, na área de concentração em Direito, Democracia e Mudanças Institucionais e linha de pesquisa em Mudanças Institucionais na Ordem Privada e Econômica, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 21 de fevereiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof.Dr. Robertsonio Santos Pessoa - UFPI
Orientador

Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior
Examinador

Prof. Dr. Francisco Meton Marques de Lima
Examinador

Prof. Dr. Dante Ponte de Brito
Examinador

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo investigar a efetividade da audiência de custódia na tutela dos direitos fundamentais e analisar a justiciabilidade dos direitos dos presos. O levantamento dos artigos foi orientado pelas questões que se pretende averiguar: A audiência de custódia é um mecanismo efetivo na tutela de direitos fundamentais dos presos? Houve redução no quadro de prisões ilegais ou desnecessárias? Com a implantação das audiências de custódia no Brasil, é possível dizer que houve melhorias reais na salvaguarda dos direitos fundamentais sociais dos presos? Para isso, abordaram-se os princípios aplicáveis à audiência de custódia, bem como se destacou o conceito, finalidades da audiência de custódia e a proteção aos direitos fundamentais. Constatou-se que o reconhecimento de direitos fundamentais não se converteu em condições dignas aos presos, devendo ser verificada a possibilidade de se exigirem em juízo tais direitos. Nessa toada, a justiciabilidade dos direitos se apresenta como alternativa à efetiva tutela de direitos fundamentais, esbarrando, contudo, nas limitações do Estado. Sob essa ótica, analisamos o modelo neoliberal de políticas públicas voltadas para o sistema prisional e as condições do cárcere no Brasil, além da alegada reserva do possível frente ao mínimo existencial.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Direitos Fundamentais dos Presos. Justiciabilidade.

ABSTRACT

This dissertation aims to investigate the effectiveness of the custody hearing in protecting fundamental rights and to analyze the justiciability of prisoners' rights. The survey of the articles was carried out in the database of Scopus, Scielo and complemented by searches on the CAPES, Google Scholar and Academia.edu platforms, guided by the questions to be investigated: The custody hearing is an effective mechanism in the protection of fundamental rights of prisoners? Has there been a reduction in the number of illegal or unnecessary arrests? With the implementation of custody hearings in Brazil, is it possible to say that there have been real improvements in safeguarding the fundamental social rights of prisoners? For this, the principles applicable to the custody hearing were addressed, as well as the concept, purposes of the custody hearing and the protection of fundamental rights were highlighted. The work seeks to identify the current unconstitutional state of affairs in which the Brazilian prison system finds itself, identifying the main problems and whether there is a real possibility of implementing improvements. It appears that the recognition of fundamental rights has not become a dignified condition for prisoners, and the possibility of demanding such rights in court must be verified. In this light, the justiciability of rights presents itself as an alternative to the effective protection of fundamental rights, however, coming up against the limitations of the State. From this perspective, we analyze the neoliberal model of public policies aimed at the prison system and prison conditions in Brazil, in addition to the alleged reservation of what is possible in light of the existential minimum.

Keywords: Custody Hearing. Fundamental Rights of Prisoners. Justiciability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA OU DE APRESENTAÇÃO ..	12
2.1	Os órgãos internacionais e a previsão da audiência de custódia em tratados internacionais de Direitos Humanos.....	15
2.2	Breves considerações sobre a ADPF 347: O estado de coisa inconstitucional	28
2.3	Teleologia da audiência de custódia à luz Resolução CNJ n° 213/2015: importância do instituto na concretização de direitos.....	34
2.4	Princípios gerais relacionados à audiência de custódia.....	37
2.5	A problemática acerca do procedimento da audiência de custódia e o respeito aos direitos e garantias individuais do conduzido	42
2.6	Panorama sobre as espécies de prisão e a audiência de custódia.....	46
2.7	O limite cognitivo e a produção de prova na audiência de custódia	48
2.8	A problemática da audiência de custódia: o debate sobre a constitucionalidade/legalidade.....	51
2.9	Panorama sobre a efetividade da audiência de custódia na tutela dos direitos dos custodiados e os relatos de abusos, tortura e maus tratos	57
3.	A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA PRISIONAL	67
3.1	Audiência de custódia em tempos de pandemia	68
3.2	As audiências de custódia como mecanismo de enfrentamento da violência policial nas prisões em flagrante	73
3.3	Audiência de custódia nas prisões definitivas	74
3.4	A privação da liberdade e o respeito aos direitos fundamentais dos presos no Estado Democrático de Direito.....	79
4	A INSERÇÃO DO PRESO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	88
4.1	A questão da superlotação carcerária e os problemas estruturais dos presídios brasileiros.....	91
4.2	Panorama contemporâneo da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.....	93
4.3	A justiciabilidade dos direitos dos presos: o paradoxo da reserva do possível frente ao mínimo existencial	96

4.4 Os direitos fundamentais dos presos e a atuação estatal: por uma ampliação do alcance da audiência de custódia nas prisões definitivas	104
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo (DEPEN, 2020). Não bastasse a superpopulação prisional, outros problemas estruturais e políticos fazem com que as condições de vida nos presídios sejam, geralmente, sub-humanas, não sendo fornecida assistência material e social mínima, em clara violação à dignidade da pessoa humana, conforme apurado no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário (BRASIL, 2009). Estima-se um déficit atual de mais de 300 mil vagas no sistema prisional (DEPEN, 2019). No Brasil, o crescimento da população prisional, a partir do século XX, atingiu os índices médios de 7% ao ano, superando o número total do crescimento da população brasileira. Atribui-se isso ao uso arbitrário da prisão preventiva, que aumenta o número de presos provisórios, que, segundo dados mais recentes, chega à cifra de 222.558 indivíduos, o que corresponde a 29,75% da população carcerária total (DEPEN, 2020). Diante desse cenário, o legislador buscou intervir de maneira a assegurar que a prisão, sobretudo a provisória, fosse utilizada como medida excepcionalíssima, nos casos em que não fosse possível adotar alguma das outras medidas cautelares previstas no código penal.

Após o julgamento cautelar da ADPF 347, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional que assola o sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2015), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 213 de 2015 (BRASIL, 2015), objetivando dar cumprimento tanto à decisão do Supremo, como aos tratados internacionais e à própria Constituição Federal. Daí então é implantada a audiência de custódia, com o fito de analisar a legalidade, necessidade e adequação da prisão do flagranteado, bem como as condições em que ocorreram a prisão. Além do mais, aos presos definitivos também foi assegurada a realização da audiência, ocasião em que o condenado poderá expor as condições físicas do ambiente em que se encontra preso, bem como informar eventual violação a direitos fundamentais, como alimentação, assistência religiosa, saúde, entre outras.

A audiência de custódia, conforme já previam a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Decreto Presidencial nº 678, 06/11/1992) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto Presidencial nº 592, 06/07/1992), estabelece a garantia, a qualquer preso, do direito de ser conduzido à presença de

um juiz, que analisará a legalidade de sua prisão, bem como se há elementos para sua soltura, ou se existem fundamentos para a decretação da prisão preventiva (COUTINHO; MENEZES, 2019). Apesar de não ser fato novo, pois foram promulgadas há mais de duas décadas, as audiências de custódia vêm sendo realizadas a partir de 2015 (CNJ, 2015), tendo sido incluída a previsão legal no código de processo penal somente em 2019, através da Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019).

Na audiência de custódia, poderão ocorrer as seguintes situações, sempre por decisão fundamentada do juiz de direito: a) o relaxamento de eventual prisão ilegal (artigo 310, I, do Código de Processo Penal); b) a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 310, III, do Código de Processo Penal); c) a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (artigos 310, II, parte final, e 319 do Código de Processo Penal); d) a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (artigo 310, II, parte inicial do Código de Processo Penal); e) análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora a instituição de práticas restaurativas; f) encaminhamentos de natureza assistencial; g) encaminhamento e pedido de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão (CNJ, 2016).

A pesquisa é do tipo exploratória e utiliza a coleta de dados em fontes bibliográficas, artigos, periódicos, índices gráficos e dados coletados pelo CNJ, INFOPEN E DEPEN.

Foram lançadas duas hipóteses: (1) Verificar se algumas mudanças se fazem necessárias tanto no que toca aos procedimentos adotados na realização das audiências, quanto à resistência dos operadores de direito em admitir uma postura mais garantista, desvinculando-se da cultura secular do encarceramento em massa e (2) averiguar se a audiência de custódia pode contribuir significativamente para que se consiga avançar na busca de uma persecução criminal garantista e protetiva, por meio de uma atuação judicial efetiva e pautada na proteção e respeito aos direitos fundamentais dos presos, ampliando-se a utilização do instituto.

Inicialmente, o primeiro capítulo faz uma abordagem histórica acerca da Audiência de custódia, seu conceito, surgimento, previsão normativa, suas características, analisando os tratados internacionais e a previsão normativa em nosso país. Também será feita uma análise da decisão exarada nos autos da ADPF 347 de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal. Isso possibilita uma melhor

compreensão do tema em discussão, uma vez que servirá de ponto de partida para o desenvolvimento do problema de pesquisa.

O segundo capítulo aborda as espécies de prisão no Brasil, com ênfase na prisão decorrente de sentenças condenatórias irrecorríveis, na audiência de custódia e no sistema prisional, bem como analisa a inserção do preso no sistema penitenciário brasileiro, as políticas públicas adotadas e a influência do neoliberalismo nesse sistema prisional.

No terceiro capítulo, analisamos o sistema prisional brasileiro como um todo e respondemos às questões propostas. Analisamos se a audiência de custódia contribuiu para melhoria das condições de vida nos presídios, reforçando o respeito à integridade física e moral assegurada constitucionalmente aos presos face à sua relação com os direitos fundamentais. Tratamos também dos sistemas formal e informal de proteção do preso. Apresentamos dados e estatísticas relacionadas aos custos operacionais da audiência de custódia, deixando os tópicos finais para tratar propriamente dos direitos fundamentais e da justiciabilidade dos direitos dos presos à luz reserva do possível, sem perder de vista a noção de mínimo existencial e suas nuances, buscando analisar as condições de vida dos encarcerados, em razão do desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em relação aos direitos sociais dos presos, analisamos a omissão estatal frente às mazelas do cárcere e de que modo a audiência de custódia poderia contribuir para uma melhoria na qualidade de vida desses indivíduos.

Dessa quadra, a justiciabilidade dos direitos fundamentais ganha cada vez mais força. Os direitos sociais são estabelecidos por normas que possuem diferentes estruturas deontológicas, com a previsão ora de prestações positivas por parte dos poderes públicos para a satisfação do direito, ora estabelecendo uma posição de defesa do seu titular contra a ingerência do Estado. Nesse capítulo, pretende-se investigar se tais diferenças influenciam na questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais e como se dá a repercussão da reserva do possível sobre a efetividade da tutela de tais direitos.

Na conclusão, pretendemos esmiuçar todos os dados coletados e os estudos que serviram de base ao presente trabalho, que nos levou a um posicionamento acerca da questão que se pretendeu investigar.

A análise de efetividade da audiência de custódia foi realizada por meio de evidências apresentadas pela literatura (relatórios de pesquisas DEPEN e CNJ), orientadas pelas seguintes subquestões: (1) “o instituto serviu como meio de sistematizar denúncias contra violações aos direitos fundamentais dos presos?”; (2) “esse instituto contribuiu para o processo de melhorias no sistema prisional brasileiro?”; (3) “houve redução justificada do número de presos provisórios?”; e (4) “o contato do preso com o juiz fez cumprir os direitos fundamentais, especialmente os sociais, insculpidos na Carta Magna?”.

A problemática se mostra importante tendo em vista que, embora os direitos dos presos tenham status constitucional, a estrutura processual, aparentemente, inviabiliza a sua concessão, pois o sistema acusatório tem sido desprivilegiado.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, na qual serão analisados documentos e dados referentes ao tema para que se possa atingir os objetivos propostos e responder aos problemas que originaram a pesquisa.

Realizamos uma revisão sistemática da literatura, tendo por finalidade identificar e examinar a doutrina e as pesquisas sobre audiência de custódia e as respostas dos doutrinadores e pesquisadores em relação ao instituto e seus efeitos na tutela dos direitos fundamentais dos presos, bem como de que forma isso repercute no sistema prisional brasileiro.

A busca da literatura realizada resultou, de certo, em uma grande variedade de fontes. Os artigos mais relevantes foram selecionados com base em títulos, resumos e palavras-chave. As pesquisas foram apoiadas nas bases de dados da *Web of Science* e *Scielo*. Em caráter auxiliar, foram realizadas buscas no *Google Scholar*, no portal *Academia.edu* e na Plataforma CAPES, esta última sendo usada para recuperar artigos na íntegra não disponíveis nas bases. A revisão da literatura prévia foi realizada para determinar os termos de pesquisa.

Quanto ao objetivo geral, pode-se destacar que esta pesquisa busca analisar os efeitos práticos da Audiência de Custódia, analisando a possibilidade de relacioná-la a uma proteção mais efetiva aos direitos fundamentais do preso, tomando como base os dados disponibilizados pelo CNJ, Fundo Penitenciário e Tribunais de Justiça do país. Ademais, busca-se investigar se, a partir da implantação das audiências de custódia, houve mais relatos de abuso de autoridade e mais condenações de servidores públicos envolvidos em tais reclamações.

Esta pesquisa traz ainda como objetivos específicos: descrever, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as concepções acerca da audiência de custódia a partir de grandes autores que versam sobre o assunto, dedicando tópico especial à audiência de custódia nos casos de cumprimento de pena em definitivo; explicar como funciona a prisão dentro do contexto legislativo e judicial brasileiro; avaliar o impacto das audiências de custódia no sistema prisional brasileiro; e, ainda, se há limites de atuação do Estado no que tange à tutela dos direitos fundamentais sociais dos presos e quais os benefícios das audiências de custódia aos presos que cumprem pena em definitivo.

2 O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA OU DE APRESENTAÇÃO

Em linhas gerais, pode-se definir a audiência de custódia como o direito do acusado, em situação de flagrante, a ser levado sem demora à presença de um juiz para que, só então, esse juiz possa decidir sobre sua prisão (MESQUITA; PEREIRA, 2015). O tema da audiência de custódia não é novo e já foi objeto de vários pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a qual trazemos à baila caso julgado em 2005 (Acosta Calderón Vs. Equador). Na ocasião, a Corte entendeu que a audiência de custódia é um meio efetivo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, harmonizando o procedimento com o postulado da presunção de inocência (Corte-IDH, 2005).

A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, conforme orientação do artigo 13 da Resolução CNJ nº 213/15. É necessário, portanto, aclarar este ponto, tendo em vista que o artigo 1º da Resolução supramencionada, embora apresente uma imprecisão técnica ao citar o “preso em flagrante”, não parece indicar que a intenção era de restringir ao preso o ato, tanto que adiante (no artigo 13) informa que o instituto teria lugar independente da espécie de prisão. Trata-se, pois, de ato processual que revela a obrigatoriedade da apresentação do preso ao juiz de direito para que sejam analisados aspectos relacionados à legalidade da prisão. Dorigon e Sarlo (2019, p. 1) explicam que:

a implementação da audiência de custódia no sistema processual penal tem como finalidade evitar prisões ilegais, feitas de maneiras arbitrárias ou desnecessárias. Destaca-se que o principal objetivo de sua criação foi desafogar o atual sistema carcerário brasileiro, tendo em vista que a prisão é medida excepcional.

Embora alguns autores utilizem a nomenclatura “audiência de apresentação” para se referir ao instituto, vale dizer que nada tem a ver com aquela prevista na Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990), que determina que a autoridade judiciária designará audiência de apresentação, com a notificação (citação) do adolescente e seus pais ou responsável, para que compareçam ao ato acompanhados de advogado, dando-lhes ciência da imputação de ato infracional efetuada (artigo 184, *caput* e §1º, e artigo 111, inciso I, do ECA), ocasião em que serão colhidas as provas. Na audiência de custódia ou apresentação do preso em flagrante, como se verá no presente trabalho, a finalidade é totalmente diferente, vez

que o momento se presta a auferir a legalidade e necessidade da manutenção do indivíduo no ergástulo.

Do conceito, extrai-se que a audiência de custódia se encontra em conformidade com os princípios do garantismo penal, defendido por Luigi Ferrajoli (2006, p. 42 e ss), tendo em vista que um dos seus objetivos reside em humanizar o processo penal, ao tentar romper a barreira existente entre o judiciário, representado pelo juiz togado e, do outro lado, o preso, que, frente a frente com o magistrado, poderá revelar, em curto período de tempo, informações sobre o contexto de sua prisão. A garantia da audiência de custódia situa-se nos tratados como mecanismo que visa assegurar o direito de liberdade, pois é a apresentação do preso ao juiz que poderá restabelecer sua liberdade. Não se fala aqui de arquivamento de processo, que sequer existe, mas tão somente de assegurar, sempre que viável, que o investigado acompanhe e participe de todos os atos em liberdade sem que isso cause embaraço ou comprometa a qualidade da investigação.

O garantismo penal é um ideal que deverá servir como norte aos institutos do direito penal. Separa o direito e moral, propondo um sistema racional onde a intervenção do direito penal e das sanções impostas pelo Estado se resumiria ao estritamente necessário. Tem em Luigi Ferrajoli seu principal expoente.

Para compreender as audiências de custódia como manifestação efetiva do garantismo, como adverte Edimar de Paula (2019, p. 42), deve-se passar “por uma análise de efetividade da audiência, de modo que aqueles termos descritos na lei não devem ser meramente figurativos”, tema que será melhor explanado nos próximos tópicos. A audiência de custódia tem natureza jurídica de direito fundamental do preso e por isso a não apresentação do preso ao juiz consiste na violação desse direito, ensejando o relaxamento da prisão.

O garantismo penal é um ideal que deverá servir como norte aos institutos do direito penal. Separa o direito e moral, propondo um sistema racional em que a intervenção do direito penal e das sanções impostas pelo Estado se resumiriam ao estritamente necessário. Essa noção tem, em Ferrajoli, seu principal expoente. Em sua obra *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*, o autor pondera:

A unidade do sistema [...] depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade

do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. Esse esquema, como se sabe, apresenta numerosas aporias lógicas e teóricas, que fazem dele um modelo ideal e em grande parte ideológico, e que em várias ocasiões tem provocado sua desqualificação científica e política por parte da cultura jurídica, com resultados indefectivelmente antigarantistas. Ademais, antes de empreender sua crítica e revisão teórica, é útil delinear, ainda que apenas esquematicamente, seus elementos constitutivos. Estes elementos são dois: um relativo à definição legislativa, e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível. E correspondem a singulares conjuntos de garantias - as garantias penais e as garantias processuais - do sistema punitivo que fundamentam (FERRAJOLI, 2002. p. 29).

Para o garantismo, o sistema penal só será legítimo se atender aos princípios do Sistema Garantista desenvolvido por Ferrajoli. Segundo o mestre italiano, esse sistema é baseado em diversos axiomas, entre os quais podemos citar o princípio da retributividade (*Nulla poena sine crimine*) e o princípio da legalidade, insculpido no brocardo *Nullum crimen sine lege*, além de ter previsão no próprio artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

O garantismo é uma teoria geral aplicável a todos os ramos do direito, mas ganha especial relevo no direito penal, freando o punitivismo e estabelecendo garantias inafastáveis a qualquer cidadão investigado. Podemos dizer que o próprio inquérito policial é um limite a atuação do estado, que deverá se balizar dentro das normas estabelecidas pela legislação em vigor. Nesse contexto, a audiência de custódia é um instituto de cunho garantista, posto que força o juiz a analisar, detidamente, após ouvir o preso, a legalidade e necessidade de sua prisão, fazendo cumprir o estabelecido pelo Código de Processo Penal e Resolução dos Tribunais. Ao nosso ver, a audiência não tem o fito de resolver o problema do sistema penitenciário. Se assim o fosse os juízes deixariam de homologar o flagrante sob o simples acolhimento da justificativa da superlotação dos presídios, realidade generalizada no país. O que se pretende com o instituto é fazer valer os ditames constitucionais e as normas de direitos humanos insculpidas em tratados internacionais, para que, aí sim, seja detidamente analisada as circunstâncias de uma prisão, sua legalidade e sua real necessidade, preferindo-se a substituição desta por outra medida cautelar diversa.

A audiência de custódia surge, portanto, como um instrumento de garantia e respeito aos direitos do cidadão detido (CORDEIRO; COUTINHO, 2018, p. 4), advento já da constituição moderna. Coutinho e Menezes (2019) afirmam não haver

efetivamente estudos que comprovem ou não a eficácia da audiência de custódia. Tais informações são ainda mais deficitárias no que tange aos presos em cumprimento de pena em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado. Antes de adentrar nessa questão, abordaremos, neste capítulo, o conceito e a origem do instituto, traçando um paralelo até o modelo em que ele se apresenta hodiernamente em nosso país.

2.1 Os órgãos internacionais e a previsão da audiência de custódia em tratados internacionais de Direitos Humanos

A preocupação com a realização de uma audiência entre um indivíduo recém-capturado com um magistrado devidamente investido de jurisdição é fenômeno não tão recente na história do Direito, bandeira levantada por alguns países, sobretudo após as violações massivas dos direitos humanos (OLIVEIRA, 2017) ocorridas ao longo das duas Grandes Guerras Mundiais e dos regimes autoritaristas que se espalharam por todos os continentes. O advento da *International Bill of Rights* constituiu o marco do processo de proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 260).

Em 26 de junho de 1945, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), associação que tinha como objetivo a cooperação dos entes afiliados para a promoção da paz entre nações e o respeito aos direitos do homem. Da reunião de 48 países, resultou a promulgação da Carta das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945, com os princípios e missão do órgão. Contudo, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, que influenciou os rumos do direito internacional no plano dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção (PIOVESAN, 2013, p. 125).

A doutrina dos direitos humanos, bem como sua própria conscientização, tomou grande relevo nos últimos anos da Segunda Guerra Mundial, aparecendo como um verdadeiro fenômeno cultural. Houve verdadeira aceitação universal da necessidade de um mínimo de normas no que se refere aos direitos individuais, como uma Declaração Universal para a comunidade global (BARACHO, 1997, p. 91).

No direito internacional, importa citar que, ainda nos anos 50, o Conselho da Europa, a partir dos ditames presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, criou a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades (CEDH), estabelecendo a necessidade da condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada para desempenhar tais funções (MARQUES, 2016). A importância histórica da CEDH é indiscutível e foi esse o documento responsável pela expansão do reconhecimento e necessidade de tutela dos direitos humanos como condição intrínseca e inafastável de todo indivíduo.

É dever de cada Estado assegurar uma ordem jurídica que confere aos particulares, nacionais ou estrangeiros, os direitos e as liberdades fundamentais, acionando órgãos de controle interno. O preâmbulo dessa convenção ressalta o papel dos meios para atender à salvaguarda e ao desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, reafirmando o seu profundo apego a essas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem (CEDH, 1950).

Os direitos garantidos ou protegidos são enunciados pela convenção, no Título I e nos Protocolos 1, 4, 6 e 7. Eles tratam dos direitos individuais, dos quais o indivíduo é titular. Vinham esses direitos assegurar a integridade da pessoa, no que se refere ao aspecto físico e moral, considerados como direitos intangíveis: direito à vida; direito de não ser submetido à tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes; direito de não ser colocado em estado de escravidão ou servidão (BARACHO, 1997, p. 95). A assinatura daquela convenção gerou resultados positivos para os Estados membros e, sobretudo, aos seus nacionais, que possuíam um sistema forte que objetivava resguardar de maneira integral os direitos fundamentais, conferindo proteção maior do que a de outrora. Nas palavras de Baracho:

As reflexões sobre a Comunidade Europeia e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como organizações de integração, revelam que elas foram beneficiadas pela transferência de competências de seus Estados membros. À proporção que certos Estados passaram a aceitar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com a utilização de suas competências, submetiam-se às obrigações decorrentes da mesma (1997, p. 95-96).

No plano europeu, o instrumento tratou acerca da necessidade da apresentação da pessoa presa ou detida ao juiz de direito ou autoridade judicial competente habilitada a exercer funções judiciais. Os Governos Signatários, membros do Conselho da Europa e imbuídos do espírito igualitário que aportou pouco tempo antes na Carta de Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU, 1948), dedicaram um artigo para tratar do direito à liberdade e segurança dos cidadãos, sentenciando que ninguém poderia ser privado da sua liberdade, salvo em algumas exceções (seis ao todo) e de acordo com o procedimento legal. Entre as exceções havia uma que dizia respeito ao indivíduo suspeito de cometimento de delito:

se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de tê-la cometido (artigo 5º, 1, alínea “c” da CEDH).

Tratava-se de prisão quando houvesse comprovação de materialidade e indícios de autoria suficientes. Nesse caso, a própria Convenção, em homenagem ao princípio da presunção de inocência e para que se evite prisões arbitrárias e injustas, determinava que o preso deveria ser apresentado imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais, tendo direito a ser julgado num prazo razoável, ou posto em liberdade durante o processo. Para ser posto em liberdade, era ainda possível exigir uma garantia que assegurasse a comparência do interessado em juízo (artigo 5º, 3 da CEDH). A garantia podia se dar em forma de pecúnia (fiança) ou, ainda, mediante a decretação de medidas cautelares diversas da prisão.

É certo que, a partir da CEDH, o debate acerca das pessoas detidas ou presas ganhou proporções consideráveis e passou a ser encarado de uma forma distinta daquela que até então era utilizada.

Ainda no plano internacional, no período pós-guerras, a previsão normativa da audiência de custódia é encontrada em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Isso porque o combate aos regimes totalitaristas ganha força, e a preocupação com os direitos humanos assume diversos aspectos que são intrínsecos ao próprio reconhecimento do ser humano como indivíduo pertencente a uma coletividade. Os esforços para a concretização dessas garantias e do

reconhecimento da igualdade entre os homens avança na medida em que são formadas instituições voltadas à discussão e elaboração de documentos que dessem efetiva salvaguarda a esses preceitos. Foi após as duas Grandes Guerras, em quase três décadas de luta, que, segundo Comparato (2013, p. 47),

a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

Nos anos seguintes à fundação da Organização das Nações Unidas, foram promulgados diversos tratados, alinhados à ideologia do órgão, de combate às desigualdades, de garantia da liberdade dos indivíduos e de respeito aos direitos humanos, como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Nenhum desses tratados abordou, de forma direta, a apresentação do preso ao juiz, em audiência de custódia. Coube então à Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Brasil somente em 1992, através do Decreto nº 678, e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 226/1992), tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário - a missão de representar os primeiros diplomas legais a servirem de embrião na disciplina da audiência de custódia em nosso país.

É de bom alvitre que foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) que tratou primeiramente da audiência de custódia ou de apresentação, em seu artigo 9º, item 3, ao dispor 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, 1992).

O mesmo dispositivo ainda menciona que:

a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 1992).

Situação semelhante já encontrava previsão no ordenamento jurídico brasileiro, nos casos de competência da justiça eleitoral. Foi o código eleitoral que passou a determinar que, ocorrendo qualquer prisão, o preso deverá ser imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, irá relaxá-la e promoverá a responsabilidade do coator (BRASIL, 1965). Porém, foram os tratados internacionais que passaram a disciplinar a matéria, ampliando o instituto da apresentação do preso ao juiz sem demora para as prisões derivadas de investigações criminais. Entre esses tratados, são especialmente mencionáveis dois diplomas legais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, considerado um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos (além dele, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais), foi promulgado pela Resolução nº 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, muito embora só tenha entrado em vigor em 1976, ao atingir o número mínimo estipulado pela ONU para adesões. Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, teve sua Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992. O Pacto reafirma o direito dos povos à autodeterminação, ao desenvolvimento econômico, social e cultural. O tratado pugna pelo reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, sendo esses os fatores que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (ONU, 1966).

Através desse Pacto, Estados-partes se comprometeram a garantir que toda pessoa cujos direitos e liberdades tenham sido violados possa utilizar um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais (artigo 2º, 3, "a"). Há uma clara preocupação com o abuso de autoridade, tortura e práticas afins, que acabam por ser denunciadas de forma generalizada por indivíduos capturados em flagrante. A preocupação com a

tortura, maus-tratos e submissão de pessoas, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas é reforçada no artigo 7°. Por sua vez, o artigo 9° traz a previsão da apresentação de qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais. O mesmo dispositivo legal revela preocupação com as prisões preventivas arbitrárias, demonstrando seu caráter excepcional em relação a outras medidas cautelares, garantindo que a regra seja a liberdade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi promulgada em 22 de novembro de 1969, inspirada pela Revolução Francesa e pelos ideais iluministas. A ideia de uma convenção sobre direitos humanos aos estados americanos já permeava as nações nas últimas décadas, contudo, foi em 1967, na 3° Conferência Interamericana Extraordinária, que a ideia ganhou forma, culminando no texto publicado. Em seu preâmbulo, a carta reconhece que:

os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (COSTA RICA, 1969).

A carta trata sobre a proibição da escravidão, o direito à vida, a integridade física, as garantias judiciais, entre outros aspectos. O artigo 7° trata sobre os direitos à liberdade e, em seu item 5, exige a condução, sem demora, do preso à presença da autoridade judicial. É previsto, ainda, que toda pessoa cuja liberdade seja ameaçada possa recorrer, por si própria ou por intermédio de procurador, a um tribunal competente (conforme a legislação dos países-membros).

A preocupação com a liberdade do indivíduo é pujante. O mesmo artigo decreta que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (item 2) e que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários (item 3). Tais aspectos são pilares do instituto posteriormente criado sob a alcunha de audiência de apresentação ou audiência de custódia, tendo em vista que um dos objetivos dessa audiência é analisar o aspecto da legalidade da prisão e, ainda, sua necessidade e adequação. Além do mais, o preso poderá, na ocasião, relatar eventuais abusos e

maus-tratos sofridos, de modo que, caso se constate que tenham ocorrido, será feita devida investigação e apuração em procedimento próprio, por determinação judicial.

Existe, ainda, o artigo 11 da Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas, aprovada em Belém do Pará em 9/6/1994 – aprovada pelo Senado no Decreto Legislativo nº 127/2011, mas pendente de promulgação pelo Executivo –, que estabelece, no inciso XI, conforme Brasil (2011): “toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente”.

Como bem lecionou Flávia Piovesan, a consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no país alterou substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito (PIOVESAN, 2013, p. 84).

No Brasil, inexistia previsão constitucional concernente à força normativa dos tratados internacionais ratificados pelo Executivo e pelo Congresso antes da Emenda Constitucional nº 45. Contudo, o texto anterior à Emenda já consignava, no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna, que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, houve modificação na redação do artigo 5º, § 3º, da CF, passando a prever que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais. Seria então requisito para a aquisição de status constitucional a aprovação em quórum qualificado. Assim, a partir da referida Emenda, os tratados e convenções internacionais que forem apenas ratificados pelo Brasil terão somente força de lei ordinária ou mesmo poderão ter primazia sobre a lei ordinária, mas, para que tenham equiparação constitucional, será exigido um quórum qualificado na aprovação pelo Congresso Nacional (LIMA, M., 2016, p. 05).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 87.585-TO, em 2008, de relatoria do ministro Marco Aurélio, enfrentou a questão relativa à prisão civil do

depositário infiel. Na ocasião, foi decidido que, com a introdução da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que autorizava a prisão civil por dívida apenas na hipótese de descumprimento injustificável de prestação alimentícia, não seria mais permitida a prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro.

Enfrentando a questão de fundo a respeito do status da norma inserida em tratados internacionais referentes a direitos humanos ratificados pelo Brasil, julgou-se que, qualquer que seja a norma proveniente de convenções ou de tratados internacionais que verse sobre direitos fundamentais, se tivesse sido aprovada antes da Emenda Constitucional nº 45, independentemente de que tenha sido aprovação com quórum qualificado no Congresso ou não, possuiria somente status supralegal. Na prática, significa dizer que somente o juiz, no caso concreto, poderia aferir a convencionalidade de sobreposição sobre a lei. Para Marcellus Polastri Lima,

como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi ratificada em 1991 (antes da EC 45), vigorando em 1992, e sem quórum qualificado e, portanto, a norma que estabelece a apresentação “sem demora” do preso ao juiz somente pode, segundo os parâmetros traçados pelo STF, ser considerada uma norma supra legal, e nunca ser equiparada a uma norma constitucional (LIMA, 2016, p. 05).

Caberia ao magistrado a análise da convencionalidade e fazer com que se aplique, em detrimento do disposto em lei, norma do tratado ou convenção em vigência.

É bem verdade que, uma vez internalizada a norma jurídica de direitos humanos em 1992, instalou-se sobre ela a configuração de ato normativo exigível em termos de sua eficácia, já reconhecidamente afim e complementar ao perfil protetivo de direitos e garantias proveniente de nossa Constituição, na esteira do artigo 5º, §2º, originário de seu texto promulgado em 1988 (LEITE, COSTA, 2020, p. 10). Contudo, mesmo com o advento da Constituição de 88 e com a Emenda Constitucional nº 45/98, que dotou os tratados internacionais de direitos humanos de força e status constitucional, grande parte dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles atribuídos aos presos, continuaram a sofrer violações e omissões por parte das instituições, às vezes em nome da reserva do possível, às vezes por mero autoritarismo.

Nessa esteira, o STF já reconhecia a desnecessidade de promulgação de lei ordinária para se conferir validade aos dispositivos da Convenção Americana de

Direitos Humanos, vez que identificado o status supralegal da referida norma (RE 466.343/SP). Contudo, durante muito tempo, o Estado simplesmente negligenciou a previsão dos tratados internacionais, deixando de conduzir o preso, sob o argumento de que, como no Brasil toda pessoa presa era sempre levada a autoridade policial, com o flagrante sendo remetido à autoridade judiciária, os direitos dos presos estariam assegurados.

Antes do instituto da audiência de custódia, a pessoa presa em flagrante era encaminhada ao delegado de polícia e este lavrava e encaminha o auto de prisão em flagrante ao magistrado, após colher os depoimentos das testemunhas, vítimas, interrogar o preso e colher demais elementos. O juiz então decidiria acerca do pedido de prisão em flagrante ou de alguma outra medida cautelar cabível, a depender do caso, baseado nas informações documentadas, sem ter contato direto com a pessoa detida. Com a implantação da audiência de custódia, o réu é apresentado ao juiz para um contato inicial para que, somente após se oportunizar ser ouvido pelo magistrado, é que este toma a decisão, em uma espécie de humanização do procedimento, já que o contato inicial com o juiz poderia acarretar a verificação da situação de maneira célere e imparcial.

No entanto, não se pode negar que o direito é mutável e, sendo o nosso código de processo penal datado de 1941, alguns institutos encontram resistência dentro do arcabouço normativo desse diploma legal, mesmo tendo sido objeto de profundas alterações, sobretudo para adaptar-se à Carta Magna de 1988. Nessa senda, o legislador passou a preocupar-se em incluir o instituto da audiência de custódia na carta processual. Em 2008, foi instituída uma comissão para tratar da elaboração do novo código de processo penal, o que resultou na apresentação do Projeto de Lei nº 56/2009. Contudo, o projeto, bastante complexo, ainda está em tramitação no Congresso Nacional.

Um estudo intitulado “O projeto brasileiro das audiências de custódia em contexto: o direito de solicitar pessoalmente revisão judicial da prisão entre os estados membros da OEA”, realizado pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard (EUA, 2015), em meados de 2015, identificou que a audiência de custódia já era prevista na legislação de ao menos 27 estados dentre os 35 que pertencem à Organização dos Estados Americanos (OEA). A maioria dos países americanos já haviam editado leis sobre o tema, sendo que em alguns casos a previsão emanava da própria Constituição Federal, exceção dos Estados Unidos,

onde o instituto foi implantado a partir de uma decisão da Suprema Corte em um caso julgado em 1991 (*County of Riverside v. MacLaughlin*) (EUA, 2015).

Em 2011, foi apresentado o Projeto de Lei nº 554/2011 visando a alterar o § 1º do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Tal projeto recebeu diversas emendas substitutivas e não avançou em sua proposta.

Um fato importante, que antecede a implantação da audiência de custódia no Brasil, mas guarda inegável conexão com a matéria, foi a promulgação da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), que trouxe mudanças significativas no CPP. Essa lei alterou o Código de Processo Penal, em especial no que tange à aplicação de medidas cautelares, de coerção pessoal, como alternativas à prisão preventiva, reforçando o argumento da prisão como *ultima ratio*. Entretanto, não parece que tal propósito foi atingido, vez que a população carcerária do Brasil cresce absurdamente, sendo atualmente a terceira maior do mundo, segundo dados do INFOPEN (BRASIL, 2020). Nesse contexto, a audiência de custódia surge como mais uma garantia ao preso, ocasião em que o juiz poderá analisar, sem demora, a legalidade e/ou necessidade de manutenção da prisão.

As inovações, de inegável carga humanitária, representaram um esforço na tentativa de reduzir a decretação de prisões preventivas, substituindo essa medida extrema por outras cautelares que possam ser aplicadas sem prejuízos à ordem pública e à instrução processual, o que se mostra um passo no sentido de fazer valer os princípios da presunção de inocência, legalidade e celeridade.

Diversas mudanças foram introduzidas no Código de Processo Penal com o advento da lei supramencionada, especialmente em relação às medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva. Houve profunda alteração no artigo 282 do CPP, passando a prever extenso rol de medidas cautelares, exigindo-se do julgador que, no exame do caso concreto, verifique o binômio necessidade/adequação quando da decisão por determinada medida, de modo que a medida mais gravosa (prisão) seja reservada aos casos estritamente necessários. Deverá então o julgador, em cumprimento ao dever constitucional de fundamentar as decisões (artigo 93, IX), apresentar fundamentos concernentes à gravidade do delito à luz do caso posto, analisando as circunstâncias do fato e, por fim, as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Apesar disso, a Lei 12.403/11 amplia as possibilidades de intervenção estatal no *status libertatis*, ao estabelecer duas hipóteses de prisão preventiva: a autônoma, com requisitos gerais muito similares aos anteriores à reforma, e a subsidiária, destinada a garantir o cumprimento das demais medidas cautelares (PORTO, 2011, p. 1). A prisão preventiva subsidiária encontra previsão no § 4º do artigo 282, do CPP, para os casos de descumprimento de quaisquer medidas impostas anteriormente pelo juiz, em cotejo com o parágrafo único do artigo 312 do mesmo diploma legal, que, em sua redação, especifica que “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares” (BRASIL, 2011).

A Lei 12.403/11 representou significativo avanço no combate às decretações de prisões preventivas em massa, com claro intuito de fazer cumprir as recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao problema da superlotação carcerária, além de observar os tratados internacionais de direitos humanos.

Como vimos, até metade da segunda década do século XXI, o legislador brasileiro não havia aprovado nenhuma lei que tratasse sobre a audiência de custódia. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porém, editou o Provimento Conjunto nº 2015, em janeiro de 2015, disciplinando a audiência de custódia em todo o estado de São Paulo. Em abril do mesmo ano, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram termo de cooperação técnica com o objetivo de incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia (Termo de Cooperação Técnica 007/2015) por todo o país. Diversos estados começaram a realizar as audiências de custódia, todavia, sem força vinculante, de modo que, no Piauí, por exemplo, as audiências foram implantadas inicialmente apenas na capital, em 2016, irradiando para os demais municípios somente a partir de 2019, através da Resolução nº 128/2019, expedida pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJ-PI).

Em meados de 2015, foi protocolada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347 (BRASIL, 2015), postulando, em apertada síntese, o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais dos encarcerados no Brasil. No final daquele ano, e como resultado da liminar parcialmente deferida na ADPF nº 347, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) normatizou, através da Resolução nº 213, o instituto da audiência de custódia, buscando adequar a legislação

internacional à realidade do poder judiciário brasileiro. Apesar de não alterar o Código de Processo Penal, a Resolução determinou a obrigatoriedade da implementação desse instituto nos tribunais do país (VILANOVA; MOTA, 2019). A Resolução do CNJ teve como fundamento o item 3 do artigo 9º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o item 5 do artigo 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Alguns autores sustentam a inconstitucionalidade do acórdão proferido na ADPF 347 MC/DF e da resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. Para Vilela (2016), nem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos artigo 9º, item 3, nem o artigo 7º, item 5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos criaram o ato processual "audiência de custódia", pois apenas se limitaram a estabelecer um comando de que toda pessoa presa, detida ou retida seja levada sem demora à presença de um juiz, mas sem criar institutos jurídicos (2016, p.3). Haveria violação ao princípio da separação dos poderes e da legalidade. Para Moreira, a Resolução invade a competência legislativa da União, nos termos do artigo 22, I, da Constituição (2016, p. 6). Entretanto, é reconhecido que não se pode, a pretexto da inconstitucionalidade da Resolução, deixar de cumprir as determinações convencionais, por serem normas supralegais, de observância obrigatória em todo o território nacional (2016, p. 12).

Em que pese a sapiência dos destacados doutrinadores, não verificamos inconstitucionalidade na edição da Resolução 213/15 pelo CNJ. Não há aqui também violação ao princípio da separação dos poderes ou da reserva legal. Ao nosso entender, a Resolução não legisla sobre direito processual, prestando-se tão somente a fazer cumprir determinação do próprio STF, além de fazer cumprir os tratados internacionais. É que, nos dizeres de Carvalho “estaria o Estado em contínuo descumprimento de norma internacional, enquanto da não implantação do instituto no ordenamento jurídico interno, sujeito a sanções em âmbito internacional” (2017, p. 14).

Nesse ínterim, todos os Tribunais de Justiça dos estados brasileiros promulgaram seus respectivos atos normativos disciplinando a matéria, como será aprofundado em tópico próprio. Contudo, foi somente em 2019, através da Lei nº 13.964/2019, conhecida pelo termo pechoso de “pacote anticrime”, que se estabeleceu a audiência de custódia no Brasil, sendo determinado que:

após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público [...] (BRASIL, 2019).

A Lei 13.964/19 também conferiu nova redação ao artigo 227 do Código de Processo Penal relativo aos crimes inafiançáveis, determinando que conforme Brasil (2019) “se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”.

A audiência de custódia não é uma novidade no direito comparado. Diversos outros países já regulamentaram o instituto, recebendo nomes variados como audiência de apresentação, audiência de flagrante ou audiência de controle de detenção. A previsão é, no geral, semelhante à nossa. Na América Latina, por exemplo, o Peru, Uruguai e Chile adotam o prazo de 24 horas; já a Argentina previa o prazo de 6 horas para a realização do ato; na Europa, a Espanha adota prazo de 72 horas e Alemanha, 48 horas, enquanto no Reino Unido o prazo é de 24 horas, podendo ser prorrogado, excepcionalmente, até no máximo 96 horas (GOMES, 2014).

Existe, em curso no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 651, de 2019, de autoria do senador Márcio Bittar (MDB/AC) que, na contramão da luta histórica pelo respeito às garantias e direitos fundamentais, pretende alterar o código penal para vedar a realização de audiência de custódia no país. Na exposição de motivos, é mencionado que:

a proibição das audiências de custódia, ora demandada por este projeto de lei, é a reposição da normalidade do processo penal. Não se pode consagrar direitos de criminosos em mentir e acusar injustamente agentes da lei (BRASIL, PLS 651/2019, p.3).

Acreditamos que tal projeto de lei, retrógado e que atenta à dignidade da pessoa humana e ao próprio ideal de justiça criminal, perdeu força, sobretudo após a aprovação do pacote anticrime, que, como dito, fez prever no código de processo penal o instituto da audiência de custódia. Não se discorda da premissa levantada na justificativa do PLS 651/2019 de que, para haver combate eficiente aos crimes e aos criminosos, a valorização do trabalho do policial e dos agentes públicos de segurança se faz necessária. Contudo, tal valorização deve estar harmonizada com

os ditames constitucionais e com as regras do jogo do processo penal, sob pena de inequívoca nulidade.

2.2 Breves considerações sobre a ADPF 347: O estado de coisa inconstitucional

O modelo de processo penal garantista, influenciado pelos tratados internacionais e sedimentado no país com a promulgação da Constituição Federal de 1988, encontra resistência na cultura autoritária das instituições que integram o sistema punitivo (WERMUTH, 2017, p. 332). Por isso que, mesmo com as previsões em tratados internacionais, somente com a edição da Resolução 213/2015 do CNJ é que as capitais brasileiras passaram a disciplinar o instituto e, ainda, com diversas limitações quanto ao tipo de prisão abrangido.

É inegável que os tratados internacionais tiveram participação, ainda que embrionariamente, na implantação da audiência de custódia no Brasil. Vigorou no Brasil o modelo cartorial de comunicação das prisões em flagrante até a implantação das audiências de custódia em 2015 (CRESPO, 2020, pág. 17). Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos determinava de modo claro a apresentação sem demora do preso ao juiz ou autoridade autorizada por lei. Contudo, havia resistência por boa parte dos juízes e tribunais pátrios, que entendiam que a autoridade a que se apresentava o preso seria a policial, que teria o prazo de 24 horas para lavratura do flagrante e remessa das peças, quando então o juiz decidiria sobre a prisão, conforme regra do códex processual penal.

A discussão acabava por prejudicar o indivíduo preso, que não teria a chance de relatar as condições da sua prisão a um juiz de direito. A questão eclodiu nos idos de 2015, quando então foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347 perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015), objetivando revelar o colapso do sistema prisional brasileiro e determinar medidas urgentes aos poderes públicos, de modo a reverter ou, ao menos, remediar a situação. A ação pleiteava a adoção de diversas providências tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Pretendia-se reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional.

No direito internacional, a utilização de precedentes constitucionais de uma Corte Constitucional Estrangeira está vinculada estreitamente à teoria do pluralismo jurídico, tanto no âmbito das jurisdições domésticas quanto nas jurisdições internacionais, significando que a produção da norma jurídica se opera por várias fontes ou por diversos modos de expressão (TAQUARY; LEÃO, 2019).

O Estado de Coisas Inconstitucional tem origem no direito colombiano e diz respeito ao reconhecimento de que determinado setor ou setores da sociedade estão sendo alvos de uma massiva e recorrente violação aos direitos fundamentais dos cidadãos, sem que o estado apresente alguma solução viável para resolver o problema. Devido à inércia estatal, caberá à Corte Maior do país (no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal) intervir, determinando medidas que possam restaurar a legalidade. A tese, umbilicalmente ligada ao ativismo judicial, que representa uma das mais decantadas doutrinas atuais a refletirem sobre a estrutura do Estado, ratifica a importante função do poder judiciário como órgão de garantia do respeito aos direitos humanos, em especial, nesse caso, aos direitos dos presos.

Vários países europeus, sobretudo a Europa Continental, sofreram notáveis alterações no modelo constitucional após a 2ª Grande Guerra. No Brasil, a Constituição da República promulgada em 1988, apelidada de constituição cidadã, representa o marco da redemocratização e da adoção de novas políticas públicas, com ênfase aos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, o Judiciário, não satisfeito com seu papel de mero aplicador da lei, passa a desenvolver sua aptidão para transformar-se num agente de interpretação das normas constitucionais, objetivando sempre torná-las efetivas na promoção dos direitos fundamentais e das transformações sociais proclamadas pela democracia (COELHO, 2015, pág. 01).

Dworkin (2010), grande expoente da teoria supramencionada, questiona, segundo se extrai dos estudos de Teodolina Batista da Silva Cândido Vitorio (2011, p. 9), a viabilidade do ativismo judicial frente ao sistema da “separação de poderes” e o *checks and balances* adotado pela Constituição, princípios esses que sofrem tormentosamente com a letargia comatosa do Executivo e do Legislativo, emergindo daí uma postura proativa do Poder Judiciário. Quando se trata de garantir efetivamente direitos fundamentais sociais, ou quando se trata de cláusulas difíceis, como a cláusula do devido processo legal, para Dworkin, o tribunal que assume o ônus de tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido

de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta (DWORKIN, 2010, pág. 231).

O Estado Constitucional de Direito tem como uma de suas características a jurisdição constitucional, na qual se disciplina a superioridade da Constituição não somente na disciplina legislativa (modo de produção dos atos normativos), mas na imposição de deveres ao Estado. A implantação do controle de constitucionalidade, com o advento da Constituição de 1891 a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, é tida como mecanismo necessário e efetivo para coibir os excessos do legislativo. Mas foi a partir da redemocratização e da Constituição de 1988 que o STF passa a assumir protagonismo. Nas palavras de Teodolina Batista da Silva Cândido Vitória, o Tribunal:

tem se deparado atualmente com um débil cenário socioeconômico que tem gerado uma justiça movida pela jurisprudencialização, na busca da concretização da Constituição de 1988. Trata-se da consolidação do *Ativismo Judicial* retratado no preenchimento de critérios instituídos pela democracia social (VITÓRIO, 2011, p. 136).

O ativismo da Suprema Corte se revela com maior recorrência nas decisões relacionadas às políticas públicas no âmbito da saúde, da educação e dos direitos sociais em geral. Em 2015, com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, passa a ser exigida a adoção de uma série de medidas por parte dos poderes Executivo e Legislativo. O instituto, que a partir de então passou a popularizar-se no Brasil, tem origem no direito internacional.

A Corte colombiana estabeleceu como requisitos cumulativos ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional: violação massiva dos direitos fundamentais de muitas pessoas; omissão estatal prolongada em garantir os direitos fundamentais aviltados; inexistência de legislação ou medidas administrativas visando à resolução do problema; e o fato de que a complexidade social do problema exige a participação do Poder Público como um todo na busca de sua solução (COLOMBIA, 2004).

O Partido Socialismo e Liberdade ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, em meados de 2015. Alegando que as violações aos direitos fundamentais dos presos eram um problema sistêmico decorrente de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, a ação pede o reconhecimento do Estado de Coisas

Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, a fim de garantir a integridade física e moral dos presos.

A exordial elencava oito pedidos cautelares, sendo eles:

a) que seja determinado a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) que se reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; c) que seja determinado aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) seja reconhecido que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão; e) que o Tribunal afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as 70 previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; f) que seja reconhecido que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção e, por fim; g) que se determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima. h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2015, pág. 69-70).

Diante dos argumentos apresentados, bem como pela documentação apresentada junto com a exordial, que incluía o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, concluído em 2009, o Supremo decidiu, nos seguintes termos, em destaque:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5

da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstenendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos.(...)” (BRASIL, STF, 2015).

Vale lembrar que até a presente data não houve julgamento de mérito da ADPF 347, contudo, os efeitos da decisão cautelar tiveram impacto nas políticas voltadas ao sistema prisional, bem como no processo penal em si.

Não é possível apontar um fator predominante que possa ser responsável, sozinho, pelo caos do sistema prisional brasileiro, mas o elevado número de presos provisórios pode ser elencado como um dos mais graves problemas a contribuir para o colapso. A banalização das decretações de prisões processuais, em detrimento da presunção de inocência e da análise pormenorizada sobre a aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão, fez o país andar na contramão em relação a outras nações. Tanto é verdade que o autor da ADPF 347 pleiteou que se exigisse dos magistrados a suficiente e adequada fundamentação de suas decisões, sobretudo quando entendessem pela não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Outro ponto que causou preocupação diz respeito à dosimetria da pena e à sua aplicação correta e proporcional, analisando em cada caso concreto. Para alguns pode parecer desnecessário o pleito aludido, posto que a própria Carta Magna impõe o dever de fundamentar as decisões judiciais a todos os juízes e Tribunais (artigo 93, IX, da CF/88). Nascimento (2014, p.8), tece severas críticas a tal discurso, posto que, sendo de ordem constitucional, a exigência de

fundamentação das decisões judiciais é de observância obrigatória, pois, uma vez atingida a plena maximização da diretriz constitucional prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna, a partir de uma compreensão autêntica, não haveria necessidade sequer do instituto dos embargos, que, portanto, poderiam ser expungidos do ordenamento jurídico (NASCIMENTO, 2014, p. 8).

A partir do período pós-guerra, percebe-se que o Judiciário passa a assumir um protagonismo até então nunca visto, desligando-se do descrédito de parcela da população nos membros daquele poder, que, ao contrário dos integrantes do executivo e legislativo, não eram eleitos. Tal impressão é revertida, sendo desempenhado o papel de verdadeiro guardião das leis, das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais de todos, monitorando, sobretudo, o arbítrio dos demais poderes, a fim de evitar desmandos e excessos.

É bem verdade que alguns fatores alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes televisivas. Decisões como aquela exarada na ADPF 347, que considerou o Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos presídios brasileiros, são observadas em tempo real pela população brasileira, a qual exala opiniões, por vezes, radicais, sem aprofundamento do tema. O STF tem feito às vezes de outras instituições públicas, quando estas são omissas ou falhas. A judicialização da política e a politização do judiciário são temas cada vez mais debatidos, e o ativismo judicial está cada vez mais em voga.

Embora os constitucionalistas prefiram estudar o instituto do Estado de Coisas Constitucional e sua conexão com o ativismo judicial ou reforçando sua importância (OLIVEIRA e SANTOS, 2017), Breno Baía Magalhães (2019, p. 3) demonstra preocupação quanto às consequências jurídicas e políticas da decretação judicial desse estado de coisas. A avaliação a partir das decisões da Corte Colombiana é de que o ECI não representou a panaceia para os problemas estruturais daquele país, além de não ter atingido resultados esperados (Ibidem). As consequências práticas do instrumento seriam quase nulas, muito embora se reconheçam os efeitos políticos da decisão.

Um dos motivos é pujante: a resolução do problema reconhecido na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) depende da ciência da falha estrutural dos três poderes e de sua conseqüente ação conjunta. Assim, a concentração de medidas cautelares direcionadas ao Judiciário não seria suficiente

para, de acordo com as próprias premissas do tribunal, atenuar as violações generalizadas de direitos fundamentais (MAGALHÃES, B., 2019, p. 17).

As audiências de custódia não atingem a população carcerária que sofreu e sofre as violações, deixando à mercê essa população que já tinha seus direitos violados antes da decisão. Nesse sentido, a aplicação da teoria promovida pela corte colombiana em nosso país, se corretamente interpretada, poderá servir de parâmetro para um ativismo judicial legítimo com poder para melhorar a estrutura do nosso decadente sistema penitenciário, o que perpassa pela inadiável efetivação dos direitos fundamentais dos presos. O ativismo judicial se demonstra importante ao levarmos em consideração que a maioria dos direitos dos presos exige atuação estatal positiva. Somente a atuação do Estado, ainda que por determinação judicial, poderá reduzir o problema sistêmico das prisões brasileiras.

O Neoconstitucionalismo expande a jurisdição constitucional e se vale da judicialização da política na concretização dos direitos e garantias previstas na Carta Magna, levantando o debate sobre quais os limites da atuação do Poder Judiciário. A interpretação constitucional e o uso da hermenêutica são utilizados como critérios definidores dos limites do controle judicial aludido, como se viu no julgamento da ADPF 347.

Embora se reconheça sua importância e repercussão no cenário nacional e nas políticas públicas recentes voltadas ao sistema prisional, a cautelar pleiteada na ADPF 347 não representa propriamente uma inovação, posto que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240 (20/08/2015), o STF já havia decidido pela constitucionalidade e obrigatoriedade da realização das audiências pelos tribunais de todo o país.

O fato é que é inegável que a histórica decisão serviu de norte para a legislação posterior sobre o tema, a exemplo da Resolução CNJ nº 213/2015 e, mais recentemente, da edição da Lei nº 13.964/2019, que, finalmente, incluiu a audiência de custódia no código de processo penal pátrio.

2.3 Teleologia da audiência de custódia à luz Resolução CNJ nº 213/2015: importância do instituto na concretização de direitos

Neste capítulo (vide item 1), fora explicado, em síntese, que a audiência de custódia consiste na apresentação, sem demora, de qualquer cidadão preso à

presença de uma autoridade judicial, a fim de que aquele possa exercer seu direito de defesa, através de advogado legalmente constituído ou de defensor público, sendo obrigatória, também, a presença do membro do Ministério Público. Contudo, tal instituto tem características que o diferem de outros tipos de audiências ou procedimentos judiciais e que merecem especial atenção.

Ao implantar a audiência de custódia através da Resolução nº 213/2015, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu e alterou rotinas de trabalho de todos os tribunais do país, gerando custos. Além disso, foi criado um banco de dados alimentado pelas informações acerca da realização das audiências em todo o país, categorizando por estados, justiça estadual ou federal, tipos de crimes, entre outros.

Tendo em vista que a Resolução não tem força de lei, vários tribunais insistiam em não a observar, exaurindo sua aplicabilidade, fato que mudou a partir de 2020, quando entrou em vigor a lei 13.964/19, que tratou da audiência de apresentação.

Entre as finalidades da audiência de custódia, cremos que a mais relevante é, de fato, evitar prisões ilegais, arbitrárias e desnecessárias. Como dito por Correia Júnior (2020), “uma das principais finalidades da audiência de custódia é fomentar uma análise mais acurada a respeito da necessidade e legalidade da decretação da prisão, gerando, assim, um raciocínio jurídico bifronte pelo magistrado”. É que ao juiz compete não somente observar a legalidade da prisão, mas também analisar a necessidade da manutenção da medida.

O magistrado deverá, então, reconhecendo a legalidade da prisão, verificar se ela preenche ou não os requisitos para conversão em preventiva (CORREIA JÚNIOR, 2020). Toda prisão cautelar exige a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (LOPES JR; PAIVA, 2014), além dos requisitos dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal, que exige que, para ser decretada a prisão, deverá haver comprovação de risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, ou que a prisão se dê por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL, 1941).

Também poderá ser decretada a prisão preventiva se as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem insuficientes ou inadequadas, ou em caso de terem sido anteriormente fixadas e descumpridas pelo acusado. A decisão naturalmente deverá ser fundamentada nas hipóteses supramencionadas e, se a prisão em

flagrante não estiver abarcada pelas hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva será de todo ilegal, e sujeita a recurso ou *habeas corpus*.

Como dito alhures, na audiência de custódia fica vedada a realização de perguntas, pelas partes ou juízes, que se relacionem diretamente ao fato delituoso imputado ao agente, não podendo servir para extrair eventual confissão ou teses defensivas de mérito. É que o principal aspecto ali é a verificação da legalidade da prisão, para que, ultrapassado essa questão, o juiz possa analisar a necessidade e adequação da medida.

Assim, outra finalidade dessa audiência é prevenir que o preso seja submetido a maus-tratos e tortura, devendo haver observância e respeito aos tratados internacionais que o Brasil ratificou, em especial a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto de nº 40 de 1991 (BRASIL, 1991). A própria Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, III, já discorria sobre a proibição de submissão de qualquer indivíduo à tortura ou tratamento desumano ou degradante. De outro norte, em 1997 é sancionada a Lei nº 9.455, a qual define os crimes de tortura, tendo previsto, entre outras condutas, uma pena de dois a oito anos a quem “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (BRASIL, 1997).

Podemos ainda citar como finalidade da audiência de custódia, em última análise, o cumprimento da legislação internacional, incorporando no ordenamento jurídico figura prevista em tratados internacionais e regulamentando de acordo com a realidade do país. Podemos então concluir que a finalidade precípua da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal pátrio aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Pensar diferente é negar importância ao Direito Internacional, posto que, se cada país dispusesse de uma margem de apreciação a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos tratados a que aderiram, isso ocasionaria implicações díspares e insegurança jurídica generalizada. Negar a importância da audiência de custódia, a nosso ver, é

questionar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos livremente promulgados e recepcionais pelos mais diversos países.

No presente trabalho, pretendemos demonstrar que a audiência de custódia, em homenagem à dignidade humana, não deverá servir de parâmetro apenas para aferição de legalidade ou necessidade de manutenção da prisão do indivíduo, mas, sobretudo, para apuração de eventuais práticas de torturas ou maus-tratos e, especialmente no que tange à prisão definitiva, da análise das condições gerais de respeito aos direitos fundamentais nos presídios brasileiros.

2.4 Princípios gerais relacionados à audiência de custódia

É inegável a força normativa dos princípios fundamentais, servindo como “importante meio interpretativo de todo ordenamento jurídico para a obtenção dos anseios sociais idealizados pelo Constituinte Originário” (BARROSO, 2012).

O surgimento da preocupação com o tema da implantação da audiência de custódia coincide com a maior carga normativa atribuída aos princípios fundamentais. Nessa senda, não se pode olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana foi a base ideológica e normativa a sustentar, na legislação nacional e alienígena, a criação do instituto. Tal assertiva se reflete no Pacto de San José da Costa Rica, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico. Não é exagero afirmar que o fundamento de todo o direito é o homem. Por essa razão, “todos os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem, fundamento de todo o dever-ser” (ANDRADE, A., 2003). Um indivíduo é dotado de dignidade pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, pouco importando suas aptidões, personalidade ou qualquer outra característica, pois a dignidade passa pela premissa da igualdade. A dignidade também se relaciona com a própria noção de liberdade, em sentido amplo, para que se possam exercer os direitos existenciais.

Embora os princípios independam da previsão expressa, a dignidade da pessoa humana fora acertadamente incluída de forma explícita na Constituição Federal de 1988, como um princípio fundamental, no artigo 1º, III, além de outros dispositivos legais, como o artigo 227, caput, ao informar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet (2001), brilhantemente sintetiza tal princípio como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

A dignidade pressupõe a igualdade de compartilhamento dos direitos existenciais entre os seres humanos. Os direitos existenciais são inerentes à condição humana, sem a exigência de especial qualificação, abarcando até mesmo o indivíduo que não possua compreensão da própria existência. Dessa forma, não há que se falar em graus de dignidade conforme a respeitabilidade do indivíduo. Por mais indigna que seja a conduta, o homem não poderá jamais perder sua dignidade (SARLET, 2001).

São comuns os ataques aos órgãos de proteção aos direitos humanos, no que tange ao respeito à dignidade do preso. Mas, mesmo que se atribua a alguém a pecha de indigno, não se pode, portanto, compreender a adjetivação como referente a alguém privado de direitos existenciais, mas a alguém merecedor de censura, castigo ou pena, em razão de algum comportamento contrário às regras de decoro, moral ou direito (ANDRADE, A., 2003, p. 318). A dignidade não se perde, tampouco precisa de postulação ou reivindicação, o que se pode exigir não é a dignidade em si – pois cada um já a traz consigo –, mas respeito e proteção a ela (ANDRADE, A., 2003, p. 324).

O princípio da dignidade da pessoa humana serve de norte para a realização da audiência de custódia, obrigando a apresentação do preso em até 24 horas ao juízo competente, em uma tentativa de coibir a prática de tortura, física ou psicológica, maus-tratos e outras agressões em detrimento do flagranteado.

De outro norte, o indivíduo que for preso em flagrante, deverá ser apresentado ao juízo competente, no prazo legal, para que este avalie a legalidade, bem como as condições em que ocorreu a prisão, decidindo pela sua manutenção, relaxamento, revogação ou concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. Tal previsão tem inegável conexão com o princípio do Juiz Natural inserido em

nossa Carta Magna e que prevê que não haverá juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, XXXVII, da CF) ou, ainda, que ninguém será processado ou julgado senão pela autoridade competente (previsto no artigo 5º, LIII, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Presente também a incidência do princípio do Promotor Natural, sendo vedada a designação arbitrária de promotor, pela Chefia da Instituição, para patrocinar caso específico. Vale dizer, o promotor natural há de ser, sempre, aquele previamente estatuído em lei (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 66), imparcial, isento e sem qualquer interesse específico na causa.

O Pacote anticrime criou a figura do juiz de garantias (BRASIL, 2019), que seria o responsável por atuar na fase de investigação até o recebimento da denúncia. Portanto, seria este o juiz que presidiria, em regra, as audiências de custódia, assegurando, dentro do sistema acusatório, um juiz mais próximo da imparcialidade exigida por lei.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão exarada pelo ministro Luiz Fux, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar fora proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, 6299, 6300 e 6305 (BRASIL, STF, 2020). No que concerne aos artigos 3º-A ao 3º-F, do CPP, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, foi realçado que o microsistema do juiz das garantias tem o condão: (a) de promover “uma clara e objetiva diferenciação entre a fase pré-processual (ou investigativa) e a fase processual propriamente dita do processo penal”. A competência para o juiz das garantias cessaria com a decisão de recebimento da denúncia, ocasião em que outro magistrado, devidamente definido na lei de organização judiciária do local do fato, assumiria o processo (juiz da instrução).

A preocupação do legislador é clara e precisa no sentido de efetivar a imparcialidade, garantindo julgamento mais justo e equânime. Há também uma mudança paradigmática do processo penal brasileiro, na medida em que se torna impedido de atuar no processo o magistrado que antes tenha atuado como juiz de garantias. O artigo 3º-D vai além ao prever um sistema de rodízios entre os magistrados como mecanismo de efetivação do juízo das garantias (BRASIL, STF, 2020).

A justificativa mais difundida para barrar a previsão legal é a de que o juiz das garantias representaria “um ‘atraso no combate à impunidade’, tendo em vista que daria margem para anulação de processos futuros e maior morosidade das investigações”, além de possivelmente conflitar “com a realidade judiciária do país, que não teria juízes suficientes para colocar em prática a inovação projetada” (TÁVORA; ALENCAR, 2021, p. 202).

Em homenagem ao devido processo legal, na audiência de custódia, o réu deverá ser representado, obrigatoriamente, por advogado constituído ou, na falta deste ou impossibilidade de o réu custear honorários de advogado particular, um defensor público, respeitando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Embora ambos os princípios tenham previsão no mesmo dispositivo legal (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), não se pode confundi-los. A ampla defesa diz respeito à utilização de meios e mecanismos que possam de algum modo ajudar a elucidar os fatos no interesse do acusado, podendo envolver todas e quaisquer modalidades de provas legalmente admitidas no ordenamento jurídico. Já o contraditório diz respeito à garantia dada ao acusado de ter ciência dos fatos que lhe são imputados e poder lhes contradizer. No caso da audiência de custódia, poder contestar os fatos segundo descritos no auto de prisão em flagrante ou refutar os depoimentos prestados na audiência de custódia corresponde à garantia ao contraditório, corolário básico da persecução penal.

O princípio da não autoincriminação, por outro lado, permite ao acusado permanecer em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, não podendo ser obrigado a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse, conforme previsão expressa no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A não autoincriminação é um direito do acusado, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana e, por mais que se trate de ato de natureza pré-processual, deixa claro que o indivíduo não será obrigado a oferecer provas e nem colaborar para a produção de provas em seu desfavor.

Nos ensinamentos de Renato Brasileiro Lima (2019), qualquer pessoa em relação à qual recaiam suspeitas da prática de um ilícito penal deve ser formalmente advertida de seu direito ao silêncio, sob pena de ilicitude das declarações por ela firmadas. Deve constar expressamente do auto de prisão em flagrante e, por conseguinte, da informação a respeito do direito ao silêncio conferido ao indiciado, “reputando-se como não formulada se dela não houver qualquer menção” (LIMA, R.,

2019, p. 74). A importância do princípio é tão ampla que a não observância conduziria à ilegalidade da prisão. O Supremo Tribunal Federal há muito vem sendo provocado a se manifestar sobre o tema. Até recentemente, havia o entendimento consolidado de que:

o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção (RHC 123.890 AgR/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 15/05/2015).

No entanto, em 2021, instado a se manifestar sobre um *Habeas Corpus* que tratava da (i) legalidade da prisão de uma mulher condenada por tráfico de drogas, o STF considerou nula a suposta declaração firmada por ela perante policiais militares no momento da abordagem que resultou na sua prisão em flagrante pelo crime de tráfico de drogas, pois ela não foi advertida acerca do seu direito de permanecer em silêncio (RHC 170843), o que talvez possa representar uma mudança de paradigma no sentido de que se reconheça a nulidade absoluta advinda da falta de advertência quanto ao direito ao silêncio.

O princípio tem guarida também na audiência de custódia, vez que, embora o investigado tenha o direito de falar na audiência de custódia, nada impede que, como dito anteriormente, e em homenagem ao direito de defesa e da não autoincriminação, possa permanecer em silêncio, sem que tal fator seja interpretado como fundamento para manutenção de sua prisão, posto que isso violaria, também, o princípio da presunção de inocência.

O Postulado da presunção de inocência remonta à Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas (ONU) em 1948, que traz, em seu artigo 11, a previsão de que:

todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 1948).

Na Constituição Federal, o princípio está insculpido no artigo 5º, LVII, sentenciando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1988). A presunção de inocência se revela como pilar de qualquer estado democrático de direito, exigindo que o estado, para

exercício do *jus puniendi*, processe e julgue o indivíduo de acordo e conforme as leis e a constituição, evitando assim a tirania, a desordem, a rebelião e o caos. O princípio possui relevância na realização da audiência de custódia já que, se ninguém poderá ser considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal, com muito menos razão poderá ser levada a efeito toda e qualquer prisão, sem que se analisem, minuciosamente, as circunstâncias, a legalidade e a necessidade dela.

O princípio da razoável duração do processo, incluído na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (artigo 5º, LXXVII, da CF) assegura a todos meios que garantam celeridade dos processos, sejam judiciais ou administrativos. No caso da audiência de custódia, o princípio em comento serviu de inspiração na consecução de um procedimento simples, embora formal, mas que não representa um risco à celeridade processual, posto que o ato geralmente se desenvolve em não mais que alguns minutos.

Os princípios são de aplicação obrigatória e sua não observância pode conduzir à nulidade da audiência de custódia. São mecanismos de proteção ao indivíduo em face do aparelhamento estatal, que, para exercer seu *jus puniendi*, deve observar todas as cautelas legais e respeitar os direitos e garantias do indivíduo.

2.5 A problemática acerca do procedimento da audiência de custódia e o respeito aos direitos e garantias individuais do conduzido

Com a lavratura do auto de prisão em flagrante delito ou qualquer tipo de prisão provisória, a autoridade policial encaminhará as peças ao juiz competente, que designará horário para realização da audiência de custódia em até vinte e quatro horas. No caso em que a prisão seja definitiva (em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado), o juiz deverá designar a audiência, contudo, sem intervenção da autoridade policial.

Para o ato, serão intimados o advogado constituído ou defensor público, além do representante do Ministério Público. Vale frisar que o preso deverá, em todo caso, ser submetido ao exame de corpo de delito.

Durante a audiência, o juiz, o Ministério Público e o advogado constituído poderão fazer perguntas sobre as circunstâncias em que ocorreu a prisão, a forma

que se realizou o interrogatório em sede policial e as condições gerais do cárcere. Não poderão estar presentes na sala de audiência os policiais responsáveis pela prisão do conduzido.

Após as perguntas, o Ministério Público terá a palavra para requerer o que lhe é de direito, em seguida, a defesa. Ao final, o juiz poderá decidir, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, pelo relaxamento da prisão ilegal, se entendê-la ilegal; por converter a prisão em flagrante em preventiva; ou por conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Há a possibilidade de se aplicar as medidas cautelares diversas da prisão, buscando avaliar a mais adequada ao caso concreto.

Em novembro de 2020, tendo em vista o alastramento da pandemia causada pelo coronavírus no mundo e, em especial em nosso país, o CNJ editou a Resolução nº 357, que dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a sua realização, em 24 horas, de forma presencial. Através da nova Resolução, considerando que a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, foi dada nova redação ao artigo 19 da Resolução CNJ nº 329/2020, o qual passou a dispor sobre a possibilidade de realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a sua realização, no prazo legal de 24 horas, de forma presencial.

Trata-se de medida excepcional, só podendo ser adotada quando não possível a realização da audiência de forma presencial, tudo devidamente fundamentado. Devido à propagação do coronavírus em nosso país, os tribunais estaduais também passaram a disciplinar a matéria, de modo a inverter a lógica e tornar a audiência por videoconferência o padrão como forma de evitar um elevado número de contágio nas salas de audiências. Em São Paulo, por exemplo, o Tribunal de Justiça editou ato normativo (Provimento CG 37/2020), determinando que, durante os dias úteis e Plantões Ordinários, as audiências de custódia serão realizadas por videoconferência, na forma dos Comunicados CG nº 284/2020 e 317/2020, mantida, no mais, a sistemática estabelecida pela Resolução OE nº 740/16 (SÃO PAULO, 2020).

É inconteste que a audiência de custódia, por força do artigo 310 do Código Penal deverá ser realizada em até 24 horas após a prisão. Contudo, antes, durante e após a audiência, deverão ser respeitados os direitos fundamentais dos conduzidos, além de algumas garantias constitucionais e legais, sob pena de comprometer a própria audiência.

Para orientar os magistrados, o Conselho Nacional de Justiça lançou, em 2020, o Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia, abordando diversos pontos, entre eles, as garantias relacionadas à audiência de custódia.

Em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao preso devem ser assegurados os insumos emergenciais mínimos à sua sobrevivência. O CNJ destaca as seguintes práticas como centrais à proteção de direitos individuais:

- (i) garantia de alimentação adequada e água potável; (ii) insumos emergenciais, abarcando vestimenta apropriada, calçados, absorventes íntimos e acesso a banho ou asseio; (iii) adequação da temperatura da sala de audiência à realidade de todos os presentes; (iv) custódia de pertences e roupas, bem como informações sobre sua posterior recuperação; (v) meios para assegurar o transporte para retorno à residência ou para encaminhamentos decorrentes da audiência (BRASIL, CNJ, 2020).

A preocupação com alimentação e água potável decorre do próprio direito à saúde, sendo inafastável. Também é comum que pessoas sejam presas em local distante da sua residência ou onde não possuam parentes, ocasião em que a assistência social deverá ser oficiada para entrevistar o flagranteado e verificar suas necessidades. É dever da assistência compreender sua inserção familiar, educacional e profissional, além de questões de saúde mental e física (BRASIL, CNJ, 2020).

A realização de atendimento social anterior à realização da audiência de custódia é uma garantia do preso. Nesse momento são coletadas “informações e fornecidos elementos mais sólidos sobre o contexto de vida da pessoa custodiada, subsidiando o processo decisório da audiência” (BRASIL, CNJ, 2020). É nesse atendimento que poderão ser relatados tortura ou maus-tratos também, ocasião em que será avaliada a necessidade de fixação de medida protetiva ou atendimento psicossocial ao preso. No Estado do Maranhão, 0,26% de casos analisados em audiência de custódia resultaram em internações e tratamento via CAPS (MA-TJ, 2016). Edimar de Paula (2019, p. 102), em estudo realizado no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, observou que não eram realizados encaminhamentos dos

presos à rede de atenção à saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) ou à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Naquele estado também não ocorreram, como regra, os encaminhamentos formais para tratamento em Centros de Atendimento Psicossocial.

Outra garantia decorre da Súmula Vinculante nº 11, do Supremo Tribunal Federal, que alerta para o fato de que o uso de algemas só é lícito:

em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão (BRASIL, STF, 2008).

No Estado do Tocantins, observou-se que a apresentação de pessoa algemada pelos pés e pelas mãos era medida de rigor, exteriorizando que a necessidade de utilização das algemas não foi avaliada com base nos riscos concretos que cada pessoa custodiada poderia oferecer (PAULA, 2019, p. 97-98).

O CNJ recomenda o uso e manutenção de algemas em cinco hipóteses: (i) o número insuficiente de policiais; (ii) a disposição física e o tamanho da sala de audiência; (iii) o contato com o público e a circulação de pessoas; (iv) a solicitação feita pelos agentes policiais; e (v) o alto número de audiências realizadas diariamente. (BRASIL, CNJ, 2020). Infelizmente, nas comarcas menores, sobretudo nos interiores dos estados, os juízes invariavelmente utilizam o argumento da insuficiência de policiais (o que, diga-se de passagem, é um problema de todo o país), deixando de analisar os pormenores do caso concreto, do perfil do preso, entre outros fatores.

Por fim, e como dito no tópico anterior, existe a garantia ao preso de que não participem da audiência de custódia os policiais responsáveis por sua prisão ou pela investigação, proibição insculpida no artigo 4º da Resolução CNJ nº 213/2015. Essa garantia diz respeito ao ânimo do acusado, que poderia alegar constrangimento com a presença dos policiais responsáveis por sua prisão, afinal, seria um contrassenso crer que o conduzido, colocado em uma sala de audiência na presença da autoridade judiciária, de membro do Ministério Público e dos policiais responsáveis pelo flagrante, revelaria a forma como foi abordado, evidenciando alguma simulação, abuso, maus-tratos ou tortura. Não se cogita que boa parte das prisões sejam efetuadas com o emprego de violência desnecessária sobre o preso, mas não

podemos fechar os olhos às notícias de que agentes estatais, imbuídos de sentimentos mesquinhos ou por motivos egoísticos, praticam violência exacerbada, mesmo em hipóteses em que não se há notícia de resistência à ordem de prisão.

Para Ribeiro (2020, p. 2), sobre as más práticas das forças de segurança existentes, se não cessam, ficam, ao menos, inibidas, em parte, diante da apresentação célere do preso ao juiz. De fato, a vedação à presença dos policiais que participaram da prisão do conduzido na audiência encontra guarida na dignidade da pessoa humana, garantindo um depoimento, em regra, mais fidedigno e contribuindo para a valoração positiva ou negativa a ser dada pelo juiz em seu veredito.

2.6 Panorama sobre as espécies de prisão e a audiência de custódia

É de bom alvitre que a Lei 12.403, que entrou em vigor em 04 de julho do ano de 2011, promoveu profundas alterações no Código de Processo Penal (CPP), mormente no trato das medidas cautelares, elegendo a prisão com a *extrema ratio* da *ultima ratio* (SANINI NETO, 2013). Atualmente, a legislação pátria permite, além da prisão definitiva para o cumprimento da pena, outras hipóteses cautelares, tais como: prisão em flagrante, preventiva, temporária, para fins de extradição e prisão civil do não pagador de pensão alimentícia.

A doutrina ainda classifica a prisão em penal e extrapenal, sendo estas últimas as prisões civis dos devedores de alimentos e a prisão militar. Sem pretender esmiuçar a matéria, é imperioso mencionar que o artigo 13 da Resolução CNJ n° 213/2015, que determina que:

a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução (BRASIL, CNJ, 2015).

Embora o verbete esteja em vigor desde o final de 2015, até o ano de 2020 a maioria dos juízes de direito somente realizam a audiência de custódia em casos de prisão em flagrante ou decretação de prisão preventiva, sob a alegação genérica de falta de recursos e de servidores para cumprir a pauta, entre outros motivos.

Entre 2015 e meados de 2019, todos os tribunais de justiça dos estados, seguindo a orientação do Conselho Nacional de Justiça, editaram suas resoluções

próprias, delimitando a aplicação do instituto em seus respectivos limites territoriais. A restrição à realização da audiência somente em casos de flagrante delito era unanimidade. Basta verificarmos o Provimento Conjunto nº 03, de 2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, o primeiro a regular a realização do ato no âmbito estadual. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também editou norma idêntica (Resolução nº 796, de 2015), exemplo que foi seguido, sem significativas alterações, pelos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro (Resolução nº 29, de 2015), Paraná (Resolução nº 144, de 14 de setembro de 2015), Paraíba (Resolução nº 14, de 20 de abril de 2016), Bahia (Resolução nº 26, de 18 de dezembro de 2015), Distrito Federal (Portaria Conjunta nº 70, de 17 de agosto de 2017), Amazonas (Resolução nº 12, de 2018) e outros.

Posteriormente, a maioria dos Tribunais, em virtude da pressão exercida pelas entidades de classe e órgãos de proteção de direitos humanos, revisaram seus textos normativos para ampliar as hipóteses de realização da audiência de custódia, a exemplo do Estado do Piauí, que passou a prever que, além do preso provisório, também serão submetidos à audiência de custódia o preso militar e o preso para cumprimento de pena (artigo 20 da Resolução 128/2019, TJPI). Trata-se de inovação, já que o Código de Processo Militar não prevê tal possibilidade. De outro norte, a audiência de apresentação do preso para cumprimento de pena se revela positiva ao próprio estado, que irá submeter o réu ao exame de corpo de delito e entrevista com seu advogado, antes dos questionamentos do juiz, para que, assim, sua inserção no sistema ocorra da forma mais humanizada possível. Ao resguardar os direitos constitucionais do preso e zelar pela salvaguarda deste, o estado assume seu protagonismo na preservação dos direitos fundamentais das pessoas reclusas.

Na Justiça Federal, a Resolução Presidência nº 18, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 4 de maio de 2016, trouxe a previsão, em seu artigo 1º (TRF 1ª Região, 2019), sobre a audiência de custódia na prisão em razão de condenação criminal a ser realizada pelo juízo da execução penal. A Resolução nº TRF da 2ª Região (RSP-2018/00043), de 18 de setembro de 2018, prevê em seu artigo 7º audiência de custódia nas prisões por mandado, preventiva, provisória e por sentença penal condenatória. O TRF da 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul) editou a Resolução Conjunta PRES/CORE nº 5, de 5 de dezembro de 2016, assegurando também às pessoas presas em decorrência de cumprimento de

mandados de prisão cautelar ou definitiva a participação na audiência de custódia. Na contramão, o TRF da 4ª Região somente previa a realização da audiência em casos de flagrante delito (Resolução Conjunta nº 01/2016, TRF 4). Por fim, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região previa a realização da audiência em todas as espécies de prisões cautelares (Resolução nº 04/2016, TRF 5).

Entretanto, no Agravo em Reclamação (AgRg Rcl 29.303/RJ) interposto perante o STF pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, postulou-se o provimento da reclamação para o fim de determinar que a autoridade reclamada (nos autos) também realizasse referidas audiências de apresentação nas hipóteses de cumprimentos de mandados de prisão temporária, prisão preventiva e prisão penal (BRASIL, STF, 2020). O ministro Edson Fachin, relator do caso, destacou que

as próprias normas internacionais que asseguram a realização de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9.3). Tais normas se agasalham na cláusula de abertura do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, STF, 2020).

Com isso, o ministro concedeu a liminar para determinar que fosse realizada, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas.

A decisão vale para todos os tipos de prisões, mas também determina, embora não tenha força vinculante, que todos os Tribunais a cumpram, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais integrantes da Justiça eleitoral, militar e trabalhista.

Com isso, espera-se que as audiências de custódia ocorram em todas as modalidades de prisão, conforme a intenção do legislador ao editar a Lei nº 13.964/2019, a Resolução CNJ nº 213/2015 bem como os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

2.7 O limite cognitivo e a produção de prova na audiência de custódia

É importante a discussão sobre os limites da audiência de custódia e a (im)possibilidade de análise meritória dos fatos. Alguns autores, como Paiva (2018, p. 128) admitem que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a legislação processual penal de outros países não estabelecem limites cognitivos para a

audiência de custódia, de modo que o réu poderá responder perguntas a respeito do suposto delito. Mas a tese não prevalece e, preocupado em evitar a formação de material probatório na audiência de apresentação, o próprio Conselho Nacional de Justiça se presta a

indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação diversos Tribunais editaram Resoluções que visavam impedir isso, a exemplo da Resolução 128/2019 editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que traz em seu artigo 17, parágrafo 1º a previsão de que “o preso será indagado exclusivamente sobre as circunstâncias relacionadas diretamente ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis* vinculados à análise das providências cautelares, sendo vedadas perguntas que antecipem a instrução probatória de eventual processo de conhecimento (PIAUI, 2019).

Do mesmo modo, a produção de prova em audiência de custódia não é bem aceita pela doutrina, por conta da previsão expressa constante do artigo 8º, VIII, da Resolução nº 213/2015, que determina à autoridade judicial que, ao entrevistar o preso, abstenha-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos que são objeto do auto de prisão em flagrante (CNJ, 2015). O ministério público e a defesa podem fazer reperguntas, desde que compatíveis com a natureza do ato, sendo ainda dever do juiz indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação criminal. Assim, mesmo que o acusado resolva confessar o crime na audiência de custódia, tal confissão não teria o condão de embasar, por si só, eventual condenação no bojo da futura ação penal.

A Portaria Conjunta nº 04/2021 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 2021), que revogou a Portaria 70/2017, também é precisa ao informar que o juiz não admitirá perguntas que antecipem ou estejam adstritas à instrução própria do processo de conhecimento (§ 2.º do artigo 8º da Portaria Conjunta nº 04/2021). Perguntas que adentrem o mérito da demanda, como dito, não podem embasar eventual decreto condenatório. Caso produzidas e utilizadas na investigação ou no processo penal, podem ser consideradas provas ilícitas, o que acarretaria o desentranhamento do processo nos termos do artigo 157 do CPP (CRESPO, 2020, p. 137). Essa é a exata dicção legal, pois emana da carta processual penal tal proibição, ao dizer que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

No Distrito Federal, foi constatado, em uma pesquisa realizada por Crespo (2020, p.136-137), que os magistrados, embora censurem o réu ao adentrar o mérito da demanda em seu interrogatório, recorrem ao mérito para fundamentarem suas decisões, sobretudo ao decidirem pela prisão cautelar. Já quando a decisão é pela concessão da liberdade provisória, a análise meritória ocorre em frequência consideravelmente menor.

Pode-se questionar a produção de provas na audiência de custódia, com base na redação do artigo 155 do CPP, que informa que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941). Não restam dúvidas de que, na audiência de custódia, é assegurado o contraditório ao preso, já que este pode se opor à forma e modo como ocorreu sua prisão, revelando características que podem lhe macular a legalidade.

Grosso modo, cada caso releva suas peculiaridades, existindo aqueles mais emblemáticos na medida em que deixam claro que a análise da legalidade do flagrante, em determinados casos, está diretamente ligada ao mérito dos fatos, ou seja, guarda relação inafastável do modo como ocorreu a prisão, como mostra o Relatório Nacional publicado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, 2019, p. 88).

O relatório defende que a audiência de apresentação não está inserida em momento de produção de provas, mas que essa restrição incidiria somente para a acusação e para o próprio magistrado, mas jamais para a defesa técnica - que deve ter garantia de ampla possibilidade de argumentação ao justificar seus pedidos (IDDD, 2019, p. 88). Contudo, essa interpretação não coaduna com a Resolução 213/2015 do CNJ e demais atos normativos dos tribunais pátrios, de modo que não se podem fazer, na audiência de custódia, perguntas relacionadas ao mérito da imputação penal, nem aquelas destinadas à produção de prova para embasar eventual ação penal, nem mesmo pela defesa, posto que não há qualquer ressalva normativa e, com essa preocupação de manter o ato fidedigno à proposta, é que o CNJ recomenda que a oitiva da pessoa presa seja registrada, preferencialmente, em mídia digital.

Há também o caso de prisões derivadas de cumprimento de mandados, expedidos por juízes ou tribunais, em cotejo com os elementos colhidos, geralmente no inquérito policial, e devidamente fundamentadas. Nesses casos, também não caberia ao magistrado da audiência de custódia reavaliar o mérito da ordem de prisão cautelar ou definitiva (se concorda ou não) legitimamente expedida por autoridade judiciária, mas apenas tomar as medidas de precaução e tutela da integridade física do detido (PAULA, 2019, p.78), ou seja, aliviar apenas o escopo protetivo, jamais o meritório.

2.8 A problemática da audiência de custódia: o debate sobre a constitucionalidade/legalidade

As prisões cautelares, *ultima ratio* do processo penal, não prescindem de um elevado debate acerca de seus usos e limites legais. A determinação da prisão sem fundamentação ou, quando cabível, de outra medida cautelar, configura verdadeiro abuso do Estado no exercício do *jus puniendi*, contribuindo com a malfadada política do encarceramento em massa. A Lei nº 12.403/2011 não produziu o efeito esperado, visto que a manutenção da prisão provisória continua sendo a regra, como será mais bem explanado no próximo capítulo. Para Paula de Oliveira Ferreira (2018), essa constância da adoção da prisão como alternativa predominante contribui para a situação de superlotação dos presídios brasileiros e está em desacordo com as novas políticas criminais que buscam mitigar os danos do poder punitivo e respeitar os direitos humanos (2018, p. 2). Paula (2019, p. 74) acredita que a ferramenta detém potencial positivo na alteração da cultura do cárcere e banalização das prisões provisórias.

Com o surgimento da audiência de custódia no plano internacional, doutrinadores e operadores do direito no Brasil divergiram sobre a viabilidade de sua aplicação em terras tupiniquins.

A doutrina majoritária era favorável à implantação do instituto, justificando que este possuía previsão normativa na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em seu artigo 7, item 5, dentre outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Desse modo, considerando que o Brasil é signatário da referida convenção desde 1992, a previsão da audiência de custódia não é uma inovação no ordenamento jurídico interno. Assim, estaria o Estado em contínuo descumprimento

de norma internacional, enquanto da não implantação do instituto no ordenamento jurídico interno (CARVALHAL, 2017, p. 14), estando ainda sujeito a sanções em âmbito internacional pelo descumprimento do avençado. Alves e Gonzaga (2020, p. 2) afirmam que o desrespeito à sua aplicação pode causar uma omissão ou negligência por parte do estado frente à garantia de tais direitos.

Streck (2015, p. 1) aprofunda a discussão sentenciando que a audiência de custódia é uma derrota para a polícia brasileira, Ministério Público e magistratura. Chama a atenção para a desconfiança gerada em torno do trabalho policial, pois lhe parece que as demais instituições não acreditam na autoridade policial, vez que o sujeito é preso e depois deve ser apresentado ao juiz, como se em sinal de desconfiança de que abusos podem ter ocorrido.

Já Nucci (2015, p. 3) ironiza a questão, tratando a audiência de custódia como um modismo e indagando os magistrados se somente pelo contato com o réu em audiência de custódia estes mudaram sua posição de manter a prisão para soltá-lo, questionando o que seria contado a ponto de sensibilizar o juiz (NUCCI, 2015, p.4) fazendo-o mudar radicalmente de opinião. Contudo, vemos que o impacto da audiência de custódia vai além do interrogatório, da arguição da defesa e do Ministério Público. Há relevante carga emocional atrelada também ao gestual, ao visual e à análise profícua do caso concreto, valores e bens jurídicos tutelados, ampliando a capacidade de decisão do magistrado.

Badaró (2014, p. 14), por sua vez, entendendo a aplicabilidade e necessidade do instituto no Brasil, chama atenção para o aspecto relacionado à identificação de prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. O renomado autor afirma que a audiência de custódia não tem como finalidade apenas controlar a legalidade do ato já realizado, mas também valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar para o futuro. Badaró insiste na existência de uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vistas a analisar a legalidade da prisão em flagrante e, outra prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Para este autor, o direito de a pessoa presa ser conduzida, sem demora, perante um juiz, integra o sistema de garantias processuais brasileiro e teria imediata aplicação, independente de norma regulamentadora, pois

a regra da primeira parte do artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos é norma autoaplicável, com conteúdo definido e especificamente passível de imediata aplicação pelo Poder Judiciário no caso concreto (BADARÓ, 2014, p. 20).

Lopes Jr., (2016, p. 463) em obra de sua autoria, explica que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado que o controle judicial imediato — que proporciona a audiência de custódia — é um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais.

Assim, para a doutrina majoritária, entre eles, Badaró (2014), Paiva (2015) e Carvalhal (2017), a inobservância das regras contidas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a não realização da audiência de custódia implicariam na ilegalidade da prisão, que deveria, portanto, ser relaxada. O próprio Paiva, aliado a um dos maiores processualistas do nosso país, o professor Lopes Jr., já lecionava que a Convenção Americana de Direitos Humanos possuía força e potencialidade normativa o bastante para influir na prática judicial do ordenamento jurídico interno, afastando-nos do positivismo nacionalista que predominou do século XIX até meados do século XX (LOPES JR; PAIVA, 2014, p. 13).

Leonardo Marcondes Machado acrescenta que o fato de os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos terem sido descumpridos até hoje não pode ser admitido como argumento legítimo para o seu afastamento (MACHADO, 2015, p. 46). No mesmo sentido discorreu Ávila (2016, p. 302), para quem a reserva de competência federal para legislar sobre direito processual não seria vulnerada, pois os tratados internacionais estão acima das leis federais e, de qualquer sorte, são incorporados ao ordenamento jurídico em nível federal.

Em síntese, a doutrina majoritária sustenta que a Audiência de custódia goza de previsão normativa em inúmeros tratados internacionais, dentre os quais estão a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos. De outro lado, os doutrinadores, operadores do direito e instituições contrárias à implantação do instituto no Brasil por ausência de previsão legal no ordenamento jurídico pátrio sustentavam não passar de uma interpretação equivocada dada a conceitos jurídicos indeterminados, quando da interpretação dos tratados e convenções, que não estava sendo realizada de acordo com a finalidade social destes.

O professor Mateus Marques, em artigo publicado em coletânea organizada por Andrade e Alflen (2016) entende que:

(...) não basta o Brasil ter ratificado, no longínquo ano de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica, se não houver comprometimento em relação à (necessária) alteração legislativa que altere o disposto no artigo 306 do CPP determinando a apresentação do conduzido em até 24 horas após sua prisão à presença de um juiz ou alguém com poderes para representar. Nesse sentido, e em respeito aos deveres de proteção assumidos pelo Estado brasileiro, essa lacuna só poderá ser devidamente ajustada quando houver comprometimento legislativo nesse sentido (ANDRADE, M., ALFLEN, 2016, p. 20).

A resistência à realização da audiência de custódia no Brasil por ausência de previsão legal em nosso ordenamento jurídico encontrava relativo apoio entre as instituições pátrias. Em sua tese de mestrado, Paula (2016, p. 80) constatou que os magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deixavam de designar a audiência sob alegação de que a apresentação dos presos em juízo era desnecessária, em razão de a normativa editada pelo Conselho Nacional de Justiça ser inconstitucional e violar a autonomia dos tribunais. Alegavam, ainda, falta de estrutura para a condução de todos os presos às audiências.

O Ministério Público do Estado de São Paulo foi um dos primeiros a refutar a ideia da implantação no Tribunal de Justiça daquele estado. Para os representantes do parquet, a audiência de custódia reuniria diversos representantes com o juiz, gerando custos e transformando um momento pré-processual em uma fase de prova. Defendia-se que a audiência era desnecessária, já que a polícia já era obrigada a informar prisões em flagrante em 24 horas, e a validade dessas medidas já era analisada pelos juízes e tribunais (CONJUR, 2015).

Sanini Neto (2015, p. 2) também critica a implantação da audiência de custódia no Brasil, nos moldes em que é proposta. Para ele, o Delegado de Polícia preenche perfeitamente os requisitos exigidos pelas Convenções e Tratados Internacionais, vez que é uma autoridade imparcial, sem qualquer interesse no processo posterior, compromissado apenas com a busca de uma verdade possível dentro da investigação criminal. A autoridade policial, portanto, supriria a necessidade da intervenção do magistrado, em um primeiro momento. O professor Sanini Neto (2015, p. 3) pontua também a ausência de previsão legal para que a audiência ocorra perante o magistrado, pois “o artigo 5º, LXII, da Constituição da República, estabelece que a ‘comunicação’ da prisão de qualquer pessoa seja feita ao Juiz competente, o que sempre foi feito por aqui”.

Nucci (2015, p. 1), professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acredita que apresentar o preso ao juiz só se justifica em países onde não há a autoridade policial filtrando a acusação formulada por quem prendeu o suspeito, o que pode ser, de fato, fundamental. Filippo (2015, p. 3) afirma que “enquanto não houver a devida regulamentação [da audiência de custódia], o cumprimento textual do artigo 306 do CPP não ensejará qualquer invalidade às decisões judiciais que forem tomadas à luz dos autos de prisão em flagrante”.

Masi (2015, p. 94), por sua vez, entende que, mesmo com a previsão nos tratados incorporados pelo Brasil, a maioria dos juízes ainda deixa de realizar a solenidade pelo desconhecimento da desnecessidade de regulamentação legal ou por verdadeira resistência a dedicar ainda mais tempo ao desempenho de suas funções, quando as condições de trabalho nem sempre são as mais favoráveis.

Há outro ponto a ser considerado, conforme nos lembra Ávila (2016, p. 306) é que o artigo 27 da Convenção de Viena informa que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”. Para o autor, a alegação de falta de juízes no interior do Brasil também não pode ser um empecilho ao cumprimento de uma norma que está em vigor. É que as instituições envolvidas na prática do ato (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia Civil) devem adequar seus quadros à norma, através da realocação de servidores, distribuição de funções, e realização de concursos públicos para preenchimento de vagas. Não se pode, portanto, simplesmente desconsiderar os tratados em vigor, já que estão incorporados ao ordenamento jurídico.

Com o advento da Resolução CNJ nº 213/2015, a audiência de custódia tornou-se um instituto indispensável para a justiça brasileira, permitindo que juízes e tribunais decidam, de forma célere e após contato com o preso, sobre a necessidade ou não de manutenção de uma prisão, viabilizando a transição de uma cultura de encarceramento para um viés garantidor dos direitos fundamentais do preso, especialmente a dignidade humana, a liberdade e a presunção de inocência. A resolução foi construída de forma detalhista e estabeleceu uma rotina de trabalho a ser seguida pelos tribunais e pelos magistrados, visando a estabelecer um banco de dados confiável alimentado por informações repassadas para o sistema. A ideia era padronizar a audiência de custódia em todo o território nacional, disciplinando e unificando o tratamento da matéria. Assim, o indivíduo que fosse preso na cidade de

São Paulo seria submetido ao mesmo procedimento e teria os mesmos direitos assegurados ao flagranteado em Maceió, por exemplo.

O debate acerca da constitucionalidade do instituto frente aos Tratados Internacionais deu espaço para o questionamento da validade da norma editada pelo CNJ, da aplicabilidade e efetividade da audiência de custódia e do seu papel na resguarda dos direitos fundamentais dos presos e no combate à superlotação carcerária. Streck traz valorosa contribuição ao tema ao informar que mesmo a previsão em Tratados e Convenções Internacionais e, ainda, com a edição de resolução específica pelo CNJ, nada disso dispensa a edição de uma lei disciplinando essa complexa matéria.

Para o professor “esse poder normativo criativo da administração do judiciário está sendo relativamente bem recebido neste caso porque a causa é progressista, tem objetivo de prender menos gente, esvaziar cadeias, economizar dinheiro etc.” Streck (2015, p. 2)

O instituto da audiência de custódia vem recebendo inúmeras manifestações de apoio e de contrariedade por parte de instituições públicas e representativas de segmentos da sociedade civil e sendo amplamente debatido pelos doutrinadores pátrios.

Para o professor Reis, “a audiência de custódia consumou-se procedente e, pois, reivindicável, do ponto de vista normativo da interpretação jurídica. No entanto, ela ainda padece deste déficit – talvez o mais proeminente – de efetividade (2016, p. 26).

Para Mendes (2017), no entanto, a Resolução do CNJ é inconstitucional, vez que versa sobre matéria afeta à competência da União. Dessa forma, somente o Congresso Nacional poderia dispor sobre o tema:

as audiências de custódia encontram-se abarcadas pela categoria de normas processuais penais, e de acordo artigo 22, I da Constituição Federal, a competência para legislar sobre matérias processuais penais é privativa da União. Logo, a Resolução Nº 213, criada pelo CNJ para instituir as audiências de custódia no Brasil, possui nítido vício de inconstitucionalidade formal. Visto que, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não possui competência legislativa sobre matéria processual penal, cabendo privativamente à União legislar sobre esse tema. Desta forma, para que tais audiências sejam plenamente efetivadas e difundidas por todo território nacional, é necessário a edição, pelas vias adequadas, de normas de direito interno que regulamentem a matéria (MENDES, 2017, p. 74).

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJ/SP, a instituição se posicionou no sentido de que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de provimento autônomo. Tal pleito foi rejeitado pela Corte Constitucional (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, Lima leciona que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria, pior ainda quando tal controle se dá no âmbito administrativo (LIMA, M., 2016, p. 210). Essa discussão doutrinária avançou até os idos de 2019, quando o famigerado pacote anticrime foi publicado, incluindo a previsão da audiência de custódia no Código de Processo Penal.

Para Alencar (2016, p. 33), a audiência de custódia representa efetivamente a materialização de direitos já concebidos dentro do nosso ordenamento jurídico, mas não houve mudança de cultura das justiças após o advento da Lei nº 12.403/2011, ou seja, ainda se prende muito e pelos mesmos motivos.

2.9 Panorama sobre a efetividade da audiência de custódia na tutela dos direitos dos custodiados e os relatos de abusos, tortura e maus tratos

Outro ponto interessante diz respeito à questão de política criminal envolvendo a audiência de custódia. É bem verdade que o sistema prisional e o sistema socioeducativo do Brasil sempre foram marcados por problemas estruturais graves, reforçados por responsabilidades difusas e pela ausência de iniciativas articuladas nacionalmente e baseadas em evidências e boas práticas (BRASIL, CNJ, 2020, p. 5). Pode-se dizer que o objetivo principal da Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), ao alterar a redação dos artigos 287 e 310 do CPP, bem como das atuais normas regulamentadoras da audiência de custódia nos estados, seja a redução da superlotação carcerária brasileira, bem como a diminuição das prisões provisórias, alcançando duplo efeito político, pois representa uma alternativa à redução deste número incômodo e, em consequência, desonera parcialmente o Estado.

Alexis Andreus Gama e Gustavo Noronha de Ávila alertam:

É nesse contexto que o sistema judiciário agora volta os olhos para as audiências de custódia. Sua implementação é uma medida adaptativa para controlar os custos político-econômicos de um ilegalismo estatal ainda maior que o desrespeito ao Pacto de São José da Costa Rica: a superlotação carcerária. De todo modo, evidencia-se que os reais motivos e objetivos que movem os projetos do sistema penal continuam distantes dos princípios humanitários declarados oficialmente. A resistência a sua implementação, em que pesem qualificadas vozes favoráveis à imediata efetivação a sua implementação, é a prova inequívoca disto (2015, p. 65).

A audiência de custódia, como medida de política criminal, objetiva fiscalizar a ilegalidade das prisões, como meio, tendo como consequência (fim) o desencarceramento. Lucas Neuhauser Magalhães faz uma reflexão comedida. Ele acredita que:

diante da crise econômica pela qual passa o Brasil e as dificuldades em manter um sistema penitenciário digno e com vagas suficientes, adota-se solução urgente e aparentemente apoiada em tratados internacionais, mas de duvidosa legalidade, e que abre uma gama de temíveis possibilidades futura (MAGALHÃES, L., 2017, p. 4).

O desencarceramento que tenta promover a audiência de custódia, na visão do ministro do STF Ricardo Lewandowski, conduziria a uma melhor análise do momento do flagrante, pois, se por um lado poderá reduzir a quantidade de prisões de indivíduos que não apresentam periculosidade à sociedade, por outro representa a vantagem de abrir vagas para aqueles presos que oferecem perigo à sociedade e precisam ser segregados (2015, p. 1). O autor chama atenção também para o fato de que, muitas vezes, esses presos são inocentados ou terão cumprido em regime fechado uma pena que eventualmente lhes é aplicada em regime semiaberto ou aberto, ou qualquer pena substitutiva que nosso sistema processual penal admite (2015, p. 2). Sendo a prisão provisória uma medida cautelar decretada em caráter excepcional (sendo a medida mais rigorosa prevista no ordenamento jurídico brasileiro), ela deve observar os princípios da necessidade e da proporcionalidade, fatores que, por vezes, são colocados de lado em nome do discricionarismo do magistrado.

Há também problemas de logística e estruturais que envolvem a audiência de custódia. Meireângela Fontes Silva (2015, p. 45) alerta para o fato de ser comum a prorrogação de audiências designadas face à impossibilidade da presença do preso diante da ausência de efetivo para realização de escoltas e alerta para o fato de que, com a implementação da audiência de custódia, a situação poderá se agravar, pois a necessidade de transporte de presos será diária.

O Brasil tem prendido muito, contudo, qualitativamente prende mal e continua a insistir nos erros. Thiago M. Minagé e Sampaio Jr. acreditam que a audiência de custódia tornou-se reflexo de uma política com discurso humanista, mas com a manutenção da prática do *labeling approach*. Para os autores, de nada adianta o juiz ter contato direto com o conduzido, se possuir a mentalidade de etiquetamento. (2015, p. 59).

Entretanto, ainda que se reconheça a possibilidade do etiquetamento, para Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa a audiência de custódia acaba com o conforto da decisão imaginada pelo flagrante, posto que exige contato humano, com o impacto que este proporciona, fazendo com que se possa prender melhor, a partir das razões que forem apresentadas (LOPES JR; ROSA, 2015, p. 2).

Para Paula de Oliveira Ferreira, o instrumento demonstra ser um meio eficiente de salvaguardar a dignidade e direitos fundamentais do indivíduo detido (2018, p.19). É interessante também o debate promovido por Daniel Ferreira de Lira e Dimitre Braga Soares de Carvalho, em relação à pouca (ou nenhuma) utilização do procedimento nas hipóteses de prisão civil do devedor de alimentos, no campo do Direito de Família.

Para eles, “a forma pela qual a audiência de custódia foi incorporada ao Direito brasileiro, sem o saudável debate legislativo acerca de suas filigranas, gerou controvérsias significativas e dúvidas sobre sua eficiência e aplicabilidade” (LIRA; CARVALHO, 2021, p. 10).

Outro jurista, Sanini Neto afirma ser a audiência de custódia inútil, posto que já era exigida a “presença do Delegado de Polícia, o qual já faz, desde antes, a implementação do instituto no Brasil, o que é realizado na audiência com o juiz competente” (2015, p. 4)

Nas palavras de Goulart (2015, p. 3), tencionou-se, em verdade, criar mero ato de fiscalização da atividade do delegado de polícia, gerando desconfiança do sistema em si próprio e em seus agentes. Para os adeptos da última corrente, o delegado seria um servidor público dotado de imparcialidade e que possui atribuições jurisdicionais, não havendo óbice para que ele realize a audiência com o custodiado (FÁVARO NETO; NOVAES, 2019, p. 1). Prova da imparcialidade seria a autorização prevista no artigo 322 do CPP (BRASIL, 1941), que determina as hipóteses em que a decisão sobre a fixação da fiança caberá ao delegado. Para Nucci, “o delegado de polícia, no *sistema adotado pelo Brasil*, é um bacharel em

Direito, concursado, que conhece muito bem o Direito Penal e o Processo Penal” (NUCCI, 2015, p. 1).

Na mesma linha, Magalhães entende que, ao ser regulamentada a audiência de custódia, ocorreria verdadeiro *bis in idem*, já que são realizados dois atos em sequência para assegurar os direitos do infrator (MAGALHÃES, L., 2017, p. 3).

Não se pode perder de vista que a legislação supôs que a presença do membro do Ministério Público e do juiz de direito, além do defensor ou advogado particular, fazendo com que estes vejam e conversem com o preso, contribuiria para a humanização da jurisdição penal, servindo de espaço também para denúncia de abusos, maus-tratos e torturas. Tal intento não parece ter sido alcançado.

Wermuth (2017), grande entusiasta do instituto, concluiu que:

mesmo nos casos em que a audiência conta com a presença da pessoa detida, a atuação meramente protocolar das instituições contribui para a perpetuação da tortura e os maus-tratos. Isso tem contribuído para a ‘blindagem’ desses atos, a demonstrar o quanto o país está longe de alcançar os níveis de exigência convencional (2017, p. 353).

Para ele, a implementação da audiência de custódia pressupõe, em primeiro lugar, uma mudança cultural dos atores jurídicos, não tolerando qualquer arbitrariedade ou abuso (2017, p. 22).

Essa mudança cultural deve atingir todas as instituições envolvidas direta ou indiretamente na realização do ato. A audiência de custódia não é um fim em si mesma. Busca, antes de tudo, erradicar de vez as prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, apresentando um modelo de justiça social digno do estado democrático e dos princípios insculpidos na Constituição Cidadã e que foram frutos de lutas contra a tirania e contra os abusos dos agentes públicos. Nesse viés, a audiência de custódia somente cumprirá seu papel se totalmente desapegada de influências e fatores externos, de pressões populares ou midiáticas.

Não podemos conceber que a persecução penal do crime e do criminoso ocorra mediante violação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos (OLIVEIRA, 2017, p. 57). Essa violação acaba conduzindo ao cárcere pessoas que poderiam, pelas regras do direito processual brasileiro, responder ao processo em liberdade, agravando o problema da superlotação. Decorre daí outro problema igualmente grave, consistente na deficiência dos sistemas formais e informais de proteção ao recluso, conforme será mais bem explicitado no próximo capítulo.

Ainda que não se possa exigir que a audiência de custódia elimine de vez a tortura policial, prática secular que ganhou sobrevida no período ditatorial (PAIVA, 2015, p. 37), o lapso temporal alargado para o contato direto do preso com magistrado permitiria o desaparecimento de vestígios de lesões eventualmente causadas no momento da captura (CARVALHAL, 2017, p. 14). O instituto almeja prevenir abusos na atuação policial e evitar a tortura.

A problemática da tortura registra duas características indissolúveis e que acabam por ocasionar um baixo número de relatos de agressões por parte dos conduzidos em audiência de custódia. De um lado, há uma cultura que naturaliza e banaliza a tortura praticada por agentes de estado, servindo, por vezes, aos ideais da justiça privada do cidadão comum, cansado da violência que assola a nação. Por outro lado, os presos podem se sentir inibidos para relatar práticas ilícitas promovidas por policiais, visto que, uma vez soltos, poderão ser alvo de perseguições, posto que os agentes saberão onde encontrá-los. Não se quer aqui fazer política contra as forças de segurança pública, que em geral têm suas fileiras preenchidas por cidadãos respeitáveis, aprovados em difícilíssimo concurso público que envolve diversas etapas e que recebem treinamento adequado para a lide diária. Contudo, não podemos fechar os olhos para a onda de violência que assola o país e parece ter sido institucionalizada por alguns.

No Brasil, a vedação à tortura é reconhecida como direito fundamental, insculpido no artigo 5º, III, da Carta Magna. Prevê o texto que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988). Antes, porém, as normas de Direito Internacional e de Direitos Humanos já proibiam a prática de todas as formas de tortura e maus-tratos. A edição da Resolução CNJ nº 213/2015, além da posterior aprovação do “pacote anticrime” com a justificativa, entre outras, de que a tortura era uma prática de bastante incidência em nosso país, o que foi oportunamente provado e apresentado em uma série de relatórios que versavam sobre situações de superpopulação, tortura e maus-tratos ocorridos nos presídios brasileiros (ONU, 2012, 2013; OEA, 2013). Desde a implantação da audiência de custódia em 2015, até julho de 2021, de 777.997 audiências registradas, foram relatados torturas ou maus-tratos em 47.814 delas (CNJ, 2021).

André Pereira Crespo acredita que a viabilização da punição ao autor de tortura depende da brevidade da apuração dos fatos. Para ele, no Brasil, as audiências de custódia foram normatizadas pela Resolução nº 213/2015 do CNJ

como o meio mais eficaz para enfrentar a tortura no momento da prisão, e o estado deve proteger vítimas, testemunhas, investigadores e seus familiares (2020, p.178-179).

Em sua dissertação de mestrado, Edimar de Paula adverte sobre o fato de que, “enquanto metodologia de defesa dos direitos fundamentais, a audiência de custódia é espaço destinado, também, à prevenção de tortura e maus-tratos por parte de agentes públicos” (2019, p. 75). E segue apresentando números do CNJ, que são, devemos frisar, bastante expressivos. Para o primeiro ano de apuração, o programa de Audiência de Custódia registrou 4.646 denúncias de tortura e maus-tratos (CNJ, 2016). Tendo como base tais números, o autor conclui que os juízes devem assumir o protagonismo que lhes é inerente, pois sem isso “as audiências de custódia esvaziam-se em meros formalismos, não resguardando o processo enquanto instituição democrática, e sim contribuindo para criar espaços de impunidade para agentes do Estado” (2020, p. 76). Nesse sentido, Wermuth chama atenção para o completo descaso das instituições – Poder Judiciário, Ministério Público e até mesmo a Defensoria Pública – diante dos inúmeros casos de maus-tratos e torturas relatados. As matrizes autoritárias das instituições revelam-se, principalmente, na tentativa de se legitimar a violência em determinados casos (2017, p. 353).

Atento a esse desafio, o CNJ lançou o Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia (CNJ, 2020), visando estabelecer orientações práticas e fluxos para qualificação da condução da audiência de custódia e para implementação de regras (2020, p. 4) e princípios estabelecidos pela Resolução CNJ nº 213/2015.

Carlo Velho Masi afirma, em artigo de sua autoria, que a audiência de custódia é o meio mais eficiente para possibilitar que o juiz verifique pessoalmente se o preso foi vítima de maus-tratos, tortura ou práticas extorsivas durante a abordagem policial ou logo após a prisão por agentes estatais (2015, p. 80). Caso seja relatada em audiência a ocorrência de tortura ou maus-tratos, os autos poderão ser encaminhados à corregedoria do órgão competente e, ainda, ao Ministério Público, para as providências cabíveis, dentre elas a requisição de instauração de inquérito policial para apurar o fato ou o oferecimento da denúncia, caso existentes elementos de convencimento suficientes.

A audiência de custódia possui finalidade dupla ao ser mecanismo essencial para controle da legalidade e necessidade da prisão, mas também servindo de meio para controlar abuso de autoridades policiais. Essa dupla finalidade consiste, pois, na aferição da necessidade da prisão e na tutela da integridade física do indivíduo preso, conforme consta na Resolução CNJ nº 213/15. Contudo, para Cleber Masson e Vinicius Marçal, diversamente, a resolução não é explícita sobre a(s) finalidade(s) da audiência de custódia *do preso por mandado de prisão temporária, preventiva ou mesmo definitiva* (2016, p. 6).

Para Edimar de Paula, “a dupla finalidade das audiências de apresentação pode até ser justificada nos casos de prisão em flagrante, mas não no caso de prisões via mandado” (2019, p. 78). Seria então inconcebível que o magistrado ingressasse no mérito da necessidade da prisão por mandado, a fim de revogá-la, devendo tão somente auferir a integridade física do detido (MASSON, MARÇAL, 2016, p. 7).

Os autores não negam o artigo 13 da Resolução, mas acreditam que a audiência de custódia realizada em razão do cumprimento de mandado de prisão temporária, preventiva ou definitiva somente é compatível com o “escopo protetivo”, mas não com o viés “meritório” (2016, p. 7). O argumento é que juízes de mesmo piso não poderiam reavaliar atos praticados por seus pares. É dizer: o juiz que preside a audiência de custódia encontra-se em igual plano hierárquico ao do juiz da medida cautelar (2016, p. 7).

A doutrina não se cinge apenas a divergir sobre as finalidades da audiência de custódia. Existem críticas específicas ao modelo brasileiro. Para alguns, o efeito esperado não ocorreu e, na prática, não se tem comprovação da efetividade do instituto. Carlo Velho Masi (2016), por exemplo, não acredita na audiência de custódia como medida ideal de combate ao encarceramento em massa, pois, analisando os dados específicos desta, conclui que não tem havido grandes mudanças. Além disso, constatou que existe certa resistência por parte dos magistrados em relaxar a prisão ilegal ou decidir pela liberdade provisória quando possível, postergando a análise mais profunda por ocasião da audiência de instrução, quando juízes e seus assessores teriam tempo suficiente para analisar detidamente os autos.

De igual modo, Oliveira arremata que as inúmeras mudanças legislativas tiveram por finalidade a redução do número de presos no Brasil, sobretudo os presos

provisórios, conferindo aos juízes ferramentas para que analisassem com maior empenho e atenção a necessidade e adequação da conversão da prisão em flagrante em preventiva. Entretanto, as estatísticas do sistema penitenciário pátrio demonstram que as referidas alterações falharam em seus objetivos (2017, p. 104). Mas para Ávila (2016),

a audiência de custódia não pode significar o afrouxamento apriorístico, indistinto e generalizado dos requisitos legais da manutenção da custódia cautelar, voltado à finalidade instrumental enviesada de redução a qualquer custo da população carcerária (ÁVILA, 2016, p. 313).

Edimar de Paula, amparado nos estudos dos Pesquisadores do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), conclui que o tipo de crime e a violência empregada são decisivos na conversão de prisões em audiências de custódia (2019, p. 88).

Não se pode reduzir a importância da audiência de custódia tão somente à possibilidade de desencarceramento. São vários os objetivos da audiência, merecendo destaque, entre eles, a concretização do sistema acusatório, a revisão judicial da prisão realizada pelos órgãos policiais e o exercício da autodefesa.

A possibilidade de falar diretamente ao juiz é uma garantia da liberdade de manifestação. Uma oportunidade de o preso apresentar sua versão dos fatos (ÁVILA, 2016, p. 311). Contudo, deve-se atentar para o fato de que a audiência não é o momento adequado para discutir o mérito da demanda. O próprio artigo 8º, VIII, da Resolução nº 213/15 do CNJ, determina que o juiz e as partes se abstenham de fazer perguntas com finalidade de produzir provas para a investigação ou ação penal (CNJ, 2015). Vasconcellos adverte que se inexistisse tal vedação durante a audiência de custódia, o principal risco seria “a sua total desvirtuação e transformação em instrumento para obtenção de condenações antecipadas por meio de coações e abusos arbitrários” (VASCONCELOS, 2016, p. 5). Caso o flagranteadado confesse o crime na audiência de custódia, restará sem efeito vinculativo (LOPES JR, 2012; VASCONCELOS 2016. A confissão somente poderá ser considerada se houver confirmação em juízo no momento processual adequado, qual seja, ao final da instrução, no interrogatório do acusado (LOPES JR, 2012, p. 647).

A questão do interrogatório do acusado, em audiência de custódia, provocou profundo debate, posto que, em 2008, a Lei nº 11.719 alterou o código penal e colocou o interrogatório do réu como último ato. Desse modo, o interrogatório do réu

em audiência de custódia poderia representar um retrocesso, posto que este estaria em situação fragilizada. Sobre a situação, o professor Lenio Streck acredita que o depoimento seria perfeitamente válido:

Primeiro, se nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP), não é possível que se crie administrativamente um impedimento para o juiz que fez essa audiência, que, no mínimo, nada teria de ilegal. Senão, imaginem o paradoxo: o juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas o juiz que ouviu o réu em audiência, na presença de defensor, fica impedido. *Segundo*, não há fundamento para declarar essa prova inadmissível. Se entendermos que o ato é realizado por imposição convencional (ou seja, com fundamento jurídico), a prova não tem nenhum vício processual. Qualquer provimento administrativo que diga o contrário é inconstitucional na medida em que, quando menos, interfere em questão jurisdicional, de interpretação da lei processual (STRECK, 2015, p. 3-4).

A resolução CNJ nº 213/2015 prevê que, ao entrevistar o detido, o juiz deverá dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio (artigo 8º, III) e questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares (artigo 8º, IV). Poderá o preso, como dito, exercer o direito ao silêncio. Ademais, ao falar sobre as condições de sua prisão, poderá levantar questão que torne a prisão ilegal, demonstrando, novamente, a importância da autodefesa no ato. Pela resolução, o juiz não poderá, contudo, ingressar no mérito da demanda, ou fazer questionamentos que induzam respostas que possam comprometer o acusado, em relação ao fato.

Embora sacramentada na Resolução CNJ nº 213/15, a questão é polêmica. Parte da doutrina vê a possibilidade de controle meritório na audiência de custódia. Para Newton, por exemplo, a resolução “não impede o exame de questões meritórias do caso que lhe é apresentado, posto que uma das funções da audiência de custódia é aferir a necessidade da medida cautelar” (NEWTON, 2018, p. 2). Para o autor, o não enfrentamento de questões meritórias na audiência de custódia, contribui com a política do grande encarceramento (2018, p. 3). Concordando com o texto da resolução aludida, Carlo Velho Masi afirma que, ao permitir o ingresso no mérito da demanda, haveria “contaminação psicológica do julgador, o qual se tornaria debilitado em equidistância, imparcialidade e equilíbrio para apreciar o caso em momentos futuros de maior espaço cognitivo” (MASI, 2015, p. 110).

No contexto desse limite cognitivo, os que entendem pela possibilidade de ampla abordagem de mérito, entendem que os tratados internacionais não estabelecem limites cognitivos (PAIVA, 2018, p. 128). A resolução do CNJ violaria, nesse ponto, as normas internacionais de direitos humanos aludidas. Newton, por sua vez, entende que não há que se falar em violação aos tratados internacionais (2018, p.4). André Pereira Crespo fez uma valorosa pesquisa de campo no Distrito Federal. Constatou que, em regra, não há análise de mérito, mas, “em algumas audiências, a forma de abordar sugeriu a apreciação do mérito para a decretação das prisões preventivas, sobretudo nos casos previstos na lei contra o tráfico de drogas” (2020, p. 133).

A guisa de conclusão, percebemos que a implantação da audiência de custódia no Brasil andou longe de ser tema pacífico. A ocorrência da audiência de apresentação, à luz do artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), encontra diversos correligionários, reconhecendo a necessidade de sua aplicação imediata no Brasil (LOPES JR; PAIVA, 2014, p. 15 e ss; ÁVILA, 2016, p. 292 e ss). A audiência de custódia é uma reivindicação antiga de movimentos de direitos humanos que buscam combater a tortura e truculência policial, sendo considerado as primeiras horas após a prisão o momento mais sensível para o interrogatório mediante tortura (ÁVILA, 2016, p. 302).

As críticas vieram de diversos autores e instituições, entre elas o Ministério Público do Estado de São Paulo. Mas os apoiadores bradavam a novidade com regozijo, reconhecendo a inegável carga garantista e a possibilidade de se combaterem violações a direitos fundamentais. Desde 2015, quando o CNJ editou a Resolução nº 213/15, até os tempos atuais, com a promulgação da Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), que alterou o CPP para incluir a necessidade da audiência de apresentação (artigo 310), a matéria evoluiu muito, mas ainda é divergência entre os estudiosos no que diz respeito à sua efetividade.

Em Wermuth, vemos a audiência de custódia como condição de possibilidade para a humanização do sistema penitenciário e do processo penal brasileiros (2017, p. 346).

A discussão, que só muda de protagonistas e de reclames, parece estar longe de acabar. O instituto mantém-se consolidado, por óbvio, mas resta saber se as

críticas ao modelo brasileiro e a experiência dos tribunais irão definir novos rumos que façam cumprir, de fato, a teleologia inerente à audiência de custódia.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA PRISIONAL

A audiência de custódia, ao ser implantada oficialmente no Brasil pela Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, objetivava fazer com que o juiz decidisse sobre possíveis medidas alternativas da prisão, com uma efetiva ferramenta para a solução de problemas estruturais no sistema carcerário, determinando a prisão somente quando nenhuma outra cautelar fosse viável, tudo devidamente fundamentado. A implantação se deu após a decisão do STF na ADPF 347, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, conforme já detalhado anteriormente.

Não é de hoje que o sistema prisional brasileiro enfrenta problemas estruturais, sendo de conhecimento público e de ampla divulgação pela mídia as atrocidades que ocorrem dentro dos nossos presídios. A superlotação e o encarceramento em massa são apenas alguns dos fatores problemáticos notáveis, culminando em uma negativa ao respeito aos direitos fundamentais dos presos, sobretudo a dignidade, a saúde, o trabalho, a assistência religiosa e o lazer.

As penitenciárias brasileiras possuem péssimas estruturas e desrespeitam a legislação em vigor, como a lei de execução penal, sendo inviável a separação de presos por gravidade do delito e/ou por outros fatores. Além disso, há precariedade no acesso a alimentos, vestuário e até mesmo atendimentos básicos de saúde. Em resumo, ao ser preso, o indivíduo perde muito mais que a liberdade, posto que sua própria dignidade ou condição de ser humano resta abalada, diante da precariedade das condições das instituições. Nesse ínterim, a audiência de custódia não parece ter surtido o efeito esperado dentro dos presídios brasileiros, não havendo notícias, até o momento, de redução expressiva no número de presos provisórios e, ainda, na

utilização do mecanismo para denunciar as mazelas do sistema prisional, melhorando a qualidade de vida dos presos.

Os problemas que são causados pela precária situação em que são encontradas as penitenciárias brasileiras acabam por agravar o tratamento que os apenados recebem, em afronta ao estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, incisos III e XLIX.

Em dezembro de 2014, a população carcerária era de 622.202 presos, a maioria, em regime fechado (46%), sendo que 32% da população carcerária era formada por presos provisórios sem condenação (DEPEN, 2015). Já em 2020, o número total de presos e monitorados eletronicamente do sistema penitenciário brasileiro era de 759.518 indivíduos (DEPEN, 2020). É verdade que, se comparada ao ano de 2019, a taxa de aprisionamento caiu no primeiro semestre do ano, de 359,40% para 323,04% e o déficit de vagas também foi reduzido, mas tal redução não é expressiva nem refletiu em melhorias estruturais nas penitenciárias brasileiras.

Diante dessa problemática é que, neste capítulo, propomo-nos a analisar os efeitos da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro, além de verificarmos se o instituto serviu ao propósito de denunciar torturas e maus-tratos por ocasião do flagrante.

3.1 Audiência de custódia em tempos de pandemia

Com o reconhecimento de que a pandemia do novo coronavírus (covid-19) se enquadra como “gravíssima questão de ordem pública”, nos termos do artigo 185 do Código de Processo Penal, os Tribunais passaram a adotar uma série de medidas, visando a prevenir a propagação do vírus. Em todos os Tribunais, as audiências presenciais foram suspensas, sendo que, somente após o início da vacinação em massa da população brasileira, alguns servidores retornaram às atividades presenciais e os trabalhos ocorriam, em regra, de forma híbrida. Contudo, o sistema de videoconferência ganha força e parece se tornar a regra, ainda após a superação da questão pandêmica.

Não que a matéria seja de todo novidade, pois a Lei nº 11.419/2006 já dispunha que o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais seria admitido. Em seu artigo 1º, parágrafo 1º, assinala seu caráter abrangente, abarcando a informatização

de qualquer processo, seja ele civil, penal, trabalhista (BRASIL, 2006). No entanto, a matéria da audiência por videoconferência não tinha sido tratada a contento. Foi a necessidade de isolamento social, através das determinações dos governos Federal, Estadual e Municipal, para evitar a propagação do coronavírus, que se viu a urgência de utilização da tecnologia para viabilizar a continuação dos atos processuais, sobretudo as audiências.

Como se sabe, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial (covid-19), que determinou, dentre outras medidas, o isolamento social indicado pela Organização Mundial de Saúde e a suspensão do expediente presencial no Poder Judiciário (Resolução CNJ nº 314/2020), passaram a vigorar as medidas transitórias e excepcionais previstas na Resolução 329/2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020). O artigo 2º da referida resolução autorizou a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência pela plataforma digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça ou ferramenta similar, conforme previsão expressa contida no artigo 6º, § 2º, da Resolução CNJ nº 314/2020, justificando a medida como voltada à continuidade da prestação jurisdicional e condicionando à decisão fundamentada do magistrado (artigo 3º da Resolução CNJ nº 329/2020).

As sessões de julgamento das turmas recursais e do segundo grau de jurisdição também passaram a ser realizadas preferencialmente por videoconferência. A medida visa a prevenir a propagação do coronavírus, como dito, mas, inegavelmente, gera comodidade aos serventuários da justiça, na medida em que passam a laborar de seus gabinetes ou em modalidade *home office*, sem qualquer interferência externa em sua agenda, podendo otimizar a produtividade e a qualidade do acesso à justiça. Contudo, embora a ideia seja útil e necessária para um país que já ostentava milhares de mortes causadas pelo vírus, a adaptação não foi de todo tranquilo. É que, como se sabe, em um país de dimensões continentais como o Brasil e em razão das desigualdades sociais, o acesso ao conhecimento e à tecnologia não ocorre de maneira uniforme. Assim, houve grande dificuldade na implantação do método, muito embora os tribunais tenham envidado esforços hercúleos.

De outra sorte, houve resistência por parte de entidades, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que interpôs recurso contra decisão do TRT

da 8ª Região, alegando que os advogados poderiam se opor ao julgamento por videoconferência, bastando a simples comunicação nos autos. O relator, contudo, negou o pleito, informando que:

o inédito isolamento social enfrentado pelo país impôs ao Judiciário o desafio de entregar a prestação jurisdicional por meio remoto, mesmo em relação às causas que, ordinariamente, seriam examinadas de forma presencial (CONJUR, 2020).

Para Camila Miranda de Moraes, Fausto Siqueira Gaia Doutor e Karla Yaci Carlos da Silva, a videoconferência atende às necessidades de acesso à Justiça e continuidade da prestação jurisdicional (2020, p. 3).

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também se posicionou. Entendeu que, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de sessões de julgamento, audiências e perícias por sistema audiovisual durante a pandemia de covid-19 não configura cerceamento de defesa. Para o colegiado, o contexto atual de crise sanitária autoriza a adoção da medida excepcional (HC 590.140-MG. STJ, 2020).

Diante desse cenário, o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Luiz Fux, passou a defender também a realização das audiências de custódia de maneira remota, por meio de videoconferência, enquanto durar a fase de calamidade pública causada pelo alto índice de transmissão do vírus Sars Cov 2 (CNJ, 2021). Disso, foi editada a resolução CNJ nº 357 de 26 de novembro de 2020, que dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial (CNJ, 2021). O dispositivo alterou o artigo 19 da Resolução CNJ nº 329/2020 para admitir a realização das audiências por videoconferência, assegurando o direito de entrevista prévia reservada entre o flagranteado e o seu defensor.

A resolução enfrentou diversas críticas. Vale lembrar que, no âmbito do processo penal, a audiência por videoconferência ganha previsão normativa com a edição da Lei nº 11.900/09, que alterou o Código de Processo Penal para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. A previsão do uso da videoconferência para o interrogatório do réu preso é, entretanto, de cunho excepcional, ou seja, somente poderá ser adotada em caso de preenchimento de alguns requisitos legais (MARTINS, 2020, p. 7). Para o réu solto não há previsão semelhante.

A polêmica em torno do tema chegou ao Supremo Tribunal Federal. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6841) objetivando que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 3-B do Código de Processo Penal (CPP), inserido na Lei 13.964/2019 e que vedava o uso de videoconferência para audiência de preso em flagrante ou por mandado de prisão provisória. O ministro relator, Nunes Marques, em sede liminar, autorizou que os tribunais realizassem audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia da covid-19 (STF, 2021). O ministro justificou a urgência e necessidade de atendimento do pleito informando que:

a execução da norma impugnada implicará necessariamente o aumento de contatos interpessoais entre partes, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, servidores e outros profissionais direta ou indiretamente ligados ao ato de realização de audiências presenciais — fato que presumivelmente aumenta os riscos de contágio pela covid-19 (STF, 2021, p. 3).

O Congresso Nacional, por sua vez, aprovou, em sessão remota, projeto de lei que retoma as audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia (PL 1.473/2021). Agora o texto segue para a análise da Câmara dos Deputados (SENADO, 2021). A relatora do projeto, Senadora Simone Tebet, deixou claro que a videoconferência será adotada quando não for possível a realização da audiência, em 24 horas, de forma presencial. Ela destacou que qualquer alteração definitiva na legislação processual deve ser objeto de amplo debate nacional, com a participação das entidades interessadas e dos operadores do direito que lidam diariamente com a matéria. Simone Tebet reiterou que a autorização para videoconferência nas audiências é uma medida necessária para ser implementada durante a pandemia do coronavírus, observando a presença de três requisitos: excepcionalidade, decisão fundamentada do Juiz competente e impossibilidade de apresentação pessoal do preso (SENADO FEDERAL, 2016, p. 7).

Embora haja defensores da realização da audiência de custódia por videoconferência alegando que a tecnologia deve estar a serviço do poder judiciário, grande parte da doutrina refuta a ideia. É que a audiência de apresentação, ao ocorrer de forma remota, torna o ato impessoal e as interações entre seus atores (juízes, advogados, promotores, testemunhas e réu) por vezes são muito

superficiais. São inegáveis os prejuízos daí advindos. Para Camila Maués dos Santos Flausino essa prática:

além de incentivar o distanciamento entre juiz e preso, eventuais vestígios físicos ou indícios de violência policial poderão não ser percebidos pelo magistrado através da câmera, além de tornar tortuosa a captação de sinais que demonstrem as reações do preso, além de o juiz não tomar ciência de todo o ambiente físico adjacente, não tendo garantias de que a escuta estará sob o domínio de agentes que acompanham a gravação, prontos a (re) iniciarem as agressões, intensificando-se após a denúncia (FLAUSINO, 2017, p. 86).

A preocupação com o pleno acesso à Justiça passa pela necessidade de uma prestação jurisdicional célere e efetiva como uma das principais formas de tutelar os direitos fundamentais (MORAES; DOUTOR e SILVA, 2020, p. 1). A audiência por videoconferência tem previsão legal também no Novo CPC promulgado em 2015. Contudo, a eficiência, sobretudo na justiça criminal, nem sempre é sinônimo de celeridade, vide a necessária observância da razoável duração do processo. Não se pode tudo sob pretexto de se garantir a celeridade.

É inegável que o isolamento social causado pelo reconhecimento do estado de calamidade pública enfrentado pelo país em virtude do coronavírus impôs ao Poder Judiciário novos desafios e a necessidade de se reinventar, entregando a prestação jurisdicional por meio remoto. A prática de atos processuais virtuais, em especial as audiências, já tinha previsão legal desde 2009 (CPP) e 2015 (Novo CPC). Porém, não temos dúvida de que a realização da audiência de custódia por videoconferência vai de encontro aos objetivos e princípios insculpidos na Resolução 2013/2015 do CNJ. Viola, ademais, a própria finalidade do instituto, pois o contato pessoal mostra-se necessário para a apuração de eventuais ilegalidades, como tortura e maus-tratos, no momento da prisão, não devendo ser utilizado nesse ato. Mas esse não parece ser o entendimento majoritário, sendo certo que os Tribunais, chancelados pelo CNJ e STF, têm sedimentado o entendimento no sentido de que a audiência de custódia por videoconferência é garantia da prestação jurisdicional efetiva e célere, não havendo qualquer prejuízo ao conduzido.

3.2 As audiências de custódia como mecanismo de enfrentamento da violência policial nas prisões em flagrante

Como dito alhures, a audiência de apresentação objetiva averiguar a legalidade e necessidade da prisão e os indícios de tortura e maus-tratos pelos agentes de segurança. É por meio da apresentação imediata do preso que busca-se assegurar o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal (ÁVILA, 2016, p. 311; CAMARGO, 2006, p. 42; PAIVA, 2018, p.38 e CRESPO, 2020, p. 189-196).

A preocupação com a tortura encontra suporte no artigo 5.2 da CADH (CONVENÇÃO, 1969) e no artigo 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 (CONVENÇÃO, 1984). Em 2017, em apenas 5% das audiências foi relatada alguma forma de violência praticada por agentes policiais por ocasião da captura e lavratura do auto de prisão em flagrante, percentual que não destoa da média geral desde a implantação, em 2015, até julho de 2021 (CNJ, 2021).

A resistência à implantação das audiências de custódia no Brasil é reflexo da tradição punitivista e avessa às práticas humanísticas na seara penal (CRESPO; MACHADO, 2020, p. 21). Edimar de Paula relata que observou, como regra, a apresentação de pessoa algemada pelos pés e pelas mãos em todo o país, exteriorizando que a necessidade de utilização das algemas não foi avaliada com base nos riscos do caso concreto (PAULA, 2019, p. 97-98).

É de se ressaltar que constranger o preso ou o detento, mediante violência ou grave ameaça, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro pode configurar delito de abuso de autoridade (Lei 13.869/19) ou crime de tortura (Lei 9.455/97), a depender das circunstâncias do caso concreto. Em ambos os casos, a ação penal é pública incondicionada, dispensando representação. Isso garante, de certo modo, maior segurança ao custodiado, contudo não é o bastante para que se sinta seguro em relatar os abusos sofridos, pois, de qualquer modo, poderá haver o risco de retaliação ao preso, que fica à mercê da proteção ineficiente do Estado, sobretudo nos presídios brasileiros.

É inegável o poder que a audiência de custódia possui como mecanismo de combate aos maus-tratos e à tortura, vez que a apresentação do preso lhe oportunizará, de modo célere, narrar as circunstâncias de sua prisão, devendo se

submeter, inclusive, a exame de corpo de delito que possa averiguar as informações prestadas. Entretanto, a atuação meramente protocolar dos atores do instituto poderá contribuir para a perpetuação da tortura e dos maus-tratos no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro.

3.3 A Audiência de custódia nas prisões definitivas

As audiências de custódia buscam priorizar o tratamento individualizado de cada pessoa presa em flagrante, atendendo a preceitos constitucionais como a razoabilidade e a presunção de inocência até o julgamento definitivo do processo. Como se sabe, o instituto visa a prestigiar a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito insculpido no artigo 1º da Carta Magna. Além de dar efetividade a normas nacionais e internacionais, o instituto confere mais celeridade ao processo penal. A audiência garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. A ideia é evitar prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros, fomentando a aplicação de medidas cautelares diversas, quando o preso não representar risco à sociedade caso seja colocado em liberdade. Naturalmente, a análise desse risco à sociedade é feita nos termos da lei, sem rigor científico, de modo que, não se pode prever com absoluta certeza quem poderá ou não voltar a delinquir. Se assim o fosse, do juiz seria exigida habilidade e conhecimento muito além das ciências jurídicas, além de considerável aumento de responsabilidade.

Para Oliveira (2015, p. 101), a audiência de apresentação do preso, para que seja dado efetivo cumprimento ao disposto no artigo 310 do CPP, apresenta-se como uma opção de garantir a efetividade do novo modelo das cautelares penais pessoais introduzidas no sistema do Código e com eficácia geral. Esse novo modelo fez ressurgir a esperança de garantir efetividade aos direitos fundamentais dos indivíduos presos em flagrante delito, objeto que será mais bem debatido no capítulo 3 deste texto, no que tange à sua integridade física e moral.

Em suma, a audiência de custódia analisa a legalidade e necessidade da prisão, ocasião em que o flagranteado poderá ter: sua prisão relaxada (artigo 310, I do CPP); concessão de liberdade provisória com ou sem fiança (artigo 310, III do

CPP); ou prisão convertida em preventiva (artigo 310, II do CPP) ou substituída por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final, e 319 do Código de Processo Penal). Contudo, essa realidade se apresenta para o preso provisório. Mas, em caso de prisão em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, a que se presta a audiência de custódia?

Como já explicitado, aos presos definitivos também foi assegurada a realização da audiência, conforme previsão do artigo 13 da Resolução CNJ 213/2015, ocasião em que o condenado poderá expor as condições físicas do ambiente em que se encontra preso, bem como informar eventual violação a direitos fundamentais, em especial alimentação, assistência religiosa e saúde. O Conselho Nacional de Justiça editou o Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros Gerais informando que as regras ali contidas devem ser entendidas como aplicáveis, no que for cabível, também às audiências realizadas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva (CNJ, 2020). É dizer que, aquele que respondeu ao processo em liberdade, por ocasião do trânsito em julgado da sentença condenatória, deverá ser conduzido a uma audiência de custódia antes da sua inserção no sistema prisional.

Por óbvio, em se tratando de prisão para cumprimento de pena, não será possível a adoção de decisões conflitantes com a determinação contida na sentença ou acórdão condenatório. Como não se está diante de uma prisão em flagrante, não se pode, por exemplo, convertê-la em preventiva, tampouco o juiz poderá conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou estabelecer medidas cautelares diversas da prisão.

A Resolução nº 213/2015-CNJ, do Conselho Nacional de Justiça, prevê expressamente que a audiência de custódia será realizada pelo juiz competente no local da prisão caso o mandado seja cumprido fora da jurisdição do juiz processante. Disso, o parágrafo único do artigo 13 ensina que:

Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia, ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade policial competente, conforme lei de organização judiciária local (CNJ, 2015).

Contudo, sempre houve grande resistência por parte dos Tribunais pátrios na realização da audiência de réu preso em virtude de sentença condenatória

transitada em julgado, violando o disposto na Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro levou a questão ao Supremo Tribunal Federal através da Reclamação nº 29.303, para que seja decidido sobre a relevância do tema acerca da extensão da obrigatoriedade de audiência de custódia em relação às demais modalidades de prisão, além da decorrente de situação de flagrância. Em suma, o intuito é de decidir se a audiência de custódia é imperativa em toda e qualquer modalidade de prisão (flagrante, temporária, preventiva, definitiva) ou apenas nas situações de flagrante.

Em que pese o fato de a Reclamação Constitucional nº 29.303 ter sido ajuizada para questionar a Resolução do TJ-RJ (artigo 2º, Resolução TJ-RJ nº 29/2015), impende pontuar que a restrição das audiências de custódia às prisões em flagrante não é um fenômeno que assola somente o tribunal fluminense, mas sim a maioria dos Tribunais pátrios, sejam estaduais ou federais. Segundo estudos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRim), dentre os Tribunais de Justiça, de um total de 27 Cortes, apenas 10 preveem a necessidade da audiência de custódia em decorrência de cumprimento de qualquer tipo de mandado de prisão. São eles: TJ-AM, TJ-BA, TJ-MA, TJ-MT, TJ-PB, TJ-PI, TJ-RR, TJ-RS, TJ-SP e TJ-TO (2020, p. 1).

Em sede liminar, nos autos da Rcl. Nº 29.303 o ministro relator Edson Fachin aduziu que limitar as audiências de custódia aos casos de prisão em flagrante, como ocorria em alguns estados, é ato inadequado, considerando que há recente regulamentação do tema na legislação processual penal (STF, 2020), referindo-se à Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), que define como ilegal toda prisão em que a pessoa não seja apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas. O ministro observou que a novel legislação, “além de estabelecer a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia nos casos decorrentes de prisão em flagrante, também incluiu no Título IX do Código de Processo Penal, que dispõe sobre medidas cautelares, a necessidade de apresentação do preso ao magistrado, na hipótese em que a custódia cautelar decorrer do cumprimento de mandado de prisão” (STF, 2020, p. 05). A conclusão do ministro foi de que não há dúvidas da imprescindibilidade da audiência de custódia, quer em razão de prisão em flagrante, quer também nas demais modalidades de prisão por conta de previsão expressa na legislação processual penal, nos moldes do artigo 287 do CPP (STF, 2020, p. 7).

Com essas considerações, o ministro reconsidera decisão anterior e defere o pleito liminar formulado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para determinar que a autoridade reclamada realize, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas (STF, 2020, p. 12).

A Defensoria Pública da União, por sua vez, postulou a extensão dos efeitos da liminar para todos os tribunais do país, alegando, em síntese, que o tema tratado na Rcl. 29.303 RJ alcança diretamente todos os vulneráveis submetidos à sistemática procedimental penal brasileira, enfatizando que alguns tribunais, a exemplo dos Tribunais de Justiça de Pernambuco e do Ceará, emitiram normativos que, ao excluir modalidades de prisão do campo de hipótese normativa da audiência de custódia, revelaram-se desalinhados da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 347 (STF, 2021).

Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica do pedido e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, o pedido de extensão foi deferido

para determinar ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais integrantes da Justiça eleitoral, militar e trabalhista, bem assim a todos os juízos a eles vinculados que realizem, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas (STF, 2021, p. 09).

A decisão nos parece, além de necessária, acertada. Entendemos que a audiência de custódia nas prisões definitivas se presta ao papel de análise e controle de legalidade, bem como para denúncia de eventual prática de tortura ou maus-tratos por parte dos agentes estatais, no momento da prisão. A audiência de apresentação ou de custódia, seja qual for a modalidade de prisão, configura instrumento relevante para a pronta aferição de circunstâncias pessoais do preso.

Vale ressaltar que o conteúdo do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e a correspondente interpretação conferida não apenas pela doutrina, mas especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito, coaduna com a jurisprudência majoritária no sentido de que a audiência de apresentação deve ser realizada em qualquer tipo de prisão, como ensina Aury Lopes Jr (2018, p. 622). Gustavo Badaró também afirma que a

Convenção, valendo-se de três denominações, indica que em qualquer forma de privação de liberdade sua legitimidade está condicionada, entre outros requisitos, a uma audiência com autoridade judiciária (2016, p. 1.051).

Não se tem dúvidas de que as garantias previstas na CADH devem ser interpretadas de modo a dispensar a mais ampla proteção jurídica à pessoa humana, pois, como já decidido pelo STF, é descabida uma análise restritiva, taxativa ou fechada do artigo 7.5 do Pacto de São José (STF, 2008), mesma sorte interpretativa que deve ser conferida ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 9.3).

É necessário também aclarar que a audiência de custódia realizada em virtude de sentença penal condenatória em nada se assemelha à audiência admonitória e à audiência de justificação.

A audiência admonitória, cujo termo advém daquilo que é passível de admoestação, de reprimenda, tem previsão legal no artigo 160 da LEP, cuja redação dispõe que “transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas” (BRASIL, 1984).

A nomenclatura admonitória não é encontrada no artigo supracitado, mas no § 2º do artigo 159 do mesmo diploma legal. Tal instituto somente existe na esfera da execução penal, por ocasião da concessão da suspensão condicional da pena. Não se confunde com a audiência de justificação, outra modalidade de audiência realizada na execução penal. Enquanto a audiência admonitória se presta à análise da possibilidade de suspensão da execução da pena privativa de liberdade, no intuito de evitar os efeitos colaterais da privação de liberdade, como a perda do emprego, dessocialização e marginalização social decorrentes do encarceramento, a audiência de justificação se destina aos indivíduos submetidos a medidas cautelares diversas da prisão e que descumprem alguma determinação judicial, mas sobretudo aos presos acusados de cometerem falta grave, momento em que haverá defesa de mérito, sendo certo que o julgamento poderá culminar na regressão de regime.

Lado outro, a audiência de custódia não se presta à análise de falta grave ou oferta de benefícios processuais penais, tampouco é oportuno adentrar o mérito da prisão, sendo que aquele que julga indevida, arbitrária ou ilegal sua punição poderá dispor dos meios legais para buscar dissolver a sentença, ainda que definitiva (revisão criminal, por exemplo).

Na audiência de custódia é feita a análise de diversas condições pessoais do sujeito preso, como estado de saúde, se é portador de doenças graves ou possui idade avançada, a imprescindibilidade dos cuidados de terceiros ou, no caso de mulheres, a existência de gravidez, entre outros. Tais características podem interferir, ou não, na manutenção da medida prisional, em caso de prisão em flagrante, temporária ou preventiva (vide artigo 318 e 318-A, ambos do CPP) ou, influenciar até mesmo as prisões de natureza penal, como nas hipóteses elencadas no artigo 117 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). É preciso lutar para que, cada vez mais, se consolide em todo o território nacional a realização das audiências de apresentação em toda e qualquer modalidade de prisão, garantindo o cumprimento dos tratados internacionais, da lei processual pátria e, ainda, dos princípios da legalidade, presunção de inocência e a dignidade humana, este último fundamento do Estado Democrático de Direito e corolário inseparável do progresso da sociedade como um todo.

3.4 A privação da liberdade e o respeito aos direitos fundamentais dos presos no Estado Democrático de Direito

Quando nos referimos aos direitos humanos, sem os categorizar em dimensões, pressupõe-se que tais são considerados os direitos essenciais para uma vida digna e que todos, independentemente de cor, classe ou condição social, devem gozar desses direitos indistintamente. Não são privilégios ou regalias, mas são proteções para o particular frente ao poder estatal, servindo também como barreira de atuação deste. Direitos humanos são direitos fundamentais, embora se faça distinção, atribuindo àqueles proteção nos diplomas internacionais e a estes, na legislação de cada país.

Robert Alexy, em sua obra sobre a teoria dos direitos fundamentais, explora o tema com maestria, analisando regras e princípios e a resolução de conflitos entre estes, além de revelar profunda análise sobre os direitos fundamentais. Na obra, o autor já lecionava:

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas - as regras e os princípios - é o fundamento do caráter duplo das *disposições* de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as *normas* de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são *ou* regras

(normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos (2008, p. 141).

Os direitos fundamentais são direitos individuais, fruto de eventos históricos, destinados ao homem, em proteção à atuação do Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão. Os direitos fundamentais têm previsão constitucional e abrangem também os direitos dos presos, seja qual for a espécie de prisão.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos III, XL, XLVIII, XLIX, LXV, garante ao indivíduo preso direitos sobre a execução penal e o respeito à sua integridade física e moral. No contexto histórico, a pena privativa de liberdade surge, então, para acabar com as punições corporais que os soberanos aplicavam aos acusados, sendo estas, muitas vezes, extremamente cruéis, de maneira que, por meio da privação da liberdade de locomoção, visava-se a amenizar o sofrimento físico do condenado (ALVES; RIBEIRO, 2018, p. 118). Avançando no trato dos direitos dos presos, o artigo 6º assegura a qualquer cidadão, incluindo o preso, os direitos sociais, destacando-se o direito à saúde, educação, alimentação e ao trabalho (BRASIL, 1988), texto complementado pelo que já previa a Lei de Execução Penal em 1984, em diversos dos seus dispositivos. Contudo, tal colocação principiológica e normativa insculpida nos diplomas legais brasileiros destoa muito da realidade vivenciada no cárcere.

Sabemos que, em um Estado Democrático de Direito, que submete seus cidadãos ao império da lei, sempre que houver violação da norma penal incriminadora, o indivíduo, após submeter-se ao devido processo legal e às regras do jogo, sendo condenado à pena de prisão simples, reclusão ou detenção, passa a cumprir pena privativa de liberdade, respeitando-se os princípios constitucionais, somente podendo ter cerceada a sua liberdade de ir e vir, um dos bens jurídicos mais caros ao homem, o qual nasce, em espírito, livre. Qualquer espécie de desrespeito aos direitos fundamentais do preso reflete desvio de finalidade da própria aplicação do *jus puniendi* estatal e fere direitos fundamentais indisponíveis e é nesse ponto que a audiência de custódia, sobretudo nas prisões definitivas, apresentando-se como um ato preparatório à inserção no sistema prisional, não transmite a carga e dimensão do significado do recolhimento ao cárcere. Não que se espere que seja essa mais uma função da audiência de custódia, mas, inversamente, poderia representar verdadeiro manifesto contra as mazelas do

sistema prisional, funcionando como ponto inicial para que as instituições envolvidas (OAB, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário) denunciassessem o descaso com os direitos humanos aos poderes competentes, seja a nível nacional ou internacional.

A Lei de Execução Penal, como ensina o magistério de Camila Maria Rosa Casari e Gilberto Giacóia, incorporou dogmas trazidos pelo movimento da Nova Defesa Social, atribuindo à pena, três finalidades: a) punição, visando retribuir ao indivíduo com o mal da pena o mal do injusto penal praticado; b) prevenção, buscando inibir a ocorrência de novos delitos e; c) ressocialização, objetivando a recuperação do criminoso, para que após a punição sofrida não volte a cometer outros crimes (2016, p. 251-252). Ainda segundo os autores, em uma perspectiva garantista, atribuir à pena uma finalidade reeducadora e ressocializadora é tornar a sua execução mais aflitiva, desrespeitando os direitos fundamentais do preso, aumentando os danos e estigmas causados pelo cumprimento da pena privativa de liberdade, somente justificável a partir do ideal de minimização dos danos causados àquele ao qual a pena foi imposta (2016, p. 252). Não se pode atribuir ao Estado tal responsabilidade, posto que tentaria contra a liberdade do indivíduo de opiniões e crenças.

O pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito consiste na tarefa de garantir a submissão de todos os indivíduos ao império da lei, tarefa que, na prática, tem se revelado de enorme peso e grau de dificuldade. A Constituição da República surge no momento da redemocratização do Estado, após períodos de ditaduras experimentadas pelos brasileiros. A constituição cidadã erige conquistas históricas fruto de revoluções de outrora, com forte base iluminista.

Dali em diante, o neoliberalismo ganha força no cenário internacional e também nacional. Rubens Casara, em sua obra, trata da relação entre o neoliberalismo e o Estado Pós-Democrático no contexto brasileiro e da suposta “crise” do Estado Democrático de Direito. Para ele, o Estado Democrático de Direito tem o compromisso de defender os direitos fundamentais e dispõe de limites legais para o exercício do poder, sendo sinônimo de Estado Constitucional (2017, p. 53 e ss). Nesse sentido, tem-se um ordenamento em que o poder público está rigorosamente limitado e vinculado à normatividade constitucional.

O movimento neoliberal, que ganhou força na América Latina a partir do início dos anos 90 com o Consenso de Washington, modelo criado pelo Banco Mundial e

pelo FMI, ao tempo em que buscava o equilíbrio econômico, levou o país a reduzidos investimentos na área de políticas públicas, fomentando a desigualdade social. Em relação às políticas criminais, o modelo neoliberal é ainda mais agressivo, posto que desvaloriza questões estruturais. Para Kíssila Teixeira Mendes, analisando a situação dos Estados Unidos (situação igualmente observada na América Latina), o recuo da ação do Estado nas políticas de proteção social converteu a luta contra a pobreza em uma luta contra os pobres, em que a responsabilidade individual surge como principal movimento (2015, p. 57). Isso porque a lógica neoliberal, embora afirme rompimento com o autoritarismo típico das ditaduras, carrega uma essência repressora.

Diante disso, nota-se maior intervenção dos órgãos públicos de regulação, reduzindo cada vez mais a liberdade do indivíduo. Nesse ponto, urge destacar o sistema criminal brasileiro que se tornou foco de canais midiáticos que, com objetivos políticos, promovem sensação de medo, insegurança e impunidade na população, como observado por Rubens Casara (2017, p. 57 e ss).

De acordo com o relatório do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), no período de maior adesão ao neoliberalismo, aumentaram a pobreza e o protecionismo em escala internacional. Não por coincidência, a globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social (PIOVESAN, 2013, p. 257).

A criminalização primária (o que punir) e secundária (quem punir) parecem definir com rigor o público alvo da reprimenda estatal, e essa política de combate ao pobre e periférico levou o sistema prisional brasileiro ao colapso. Esse sistema acentua a desigualdade social justamente por ser seletivo. O Estado demonstra sua incapacidade de apurar todos os casos, o que se revela pelas cifras ocultas dos delitos praticados e, ainda, no fato de que apenas uma pequena parcela dos casos que chegam até a polícia judiciária é efetivamente levada a julgamento, ampliando a sensação de impunidade. O processo penal é então utilizado como mecanismo de controle punitivo e a prisão preventiva, como punição antecipada.

Os meios de comunicação exploram o Sistema de Justiça Criminal com o claro intuito de obter lucro, pouco importando a apuração imparcial dos fatos em análise. A própria imputação midiática gera descrédito na imagem do indivíduo preso ou investigado e repercute fortemente na sociedade. Tal repercussão, obviamente

negativa, dificilmente será esquecida, ainda que eventual sentença absolutória milite posteriormente em favor daquele. A absolvição, como se percebe, não gera ibope, tampouco recursos aos representantes da imprensa, salvo em caso de acusação notadamente injusta. Sobre o tema, Rubens Casara, em seu livro *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, reflete:

A indústria do entretenimento também passou a vislumbrar, em certos casos penais, espetáculos rentáveis nos quais entram em cena o fascínio pelo crime afirmado na denúncia ou queixa (em um jogo de repulsa e identificação), a fé nas penas (apresentada como remédio para os mais variados problemas sociais) e certo sadismo (na medida em que aplicar uma “pena” é, em suma, impor um sofrimento). O Sistema de Justiça Criminal, com seus atores, mitos e rituais, foi percebido como um locus privilegiado à espetacularização. Do conjunto de órgãos estatais, a Agência Judicial é a que apresenta, no marco de suas atuações, (mise en scène), o maior número de expressões cinematográficas e alegóricas (2017, p. 158).

O Estado Pós-Democrático parece rejeitar a concepção racional do exercício do poder penal, em evidente retrocesso à época em que reis infligiam os piores castigos aos súditos, em clara tentativa de intimidar os demais e manter o controle social. E nesse processo penal do espetáculo, como observa o autor, os direitos e garantias fundamentais são tratados como elementos cênicos dispensáveis (CASARA, 2017, p. 163). Essa espetacularização acaba também por afastar o juiz do seu papel garantidor e a legitimidade do Poder Judiciário.

Flávia Piovesan observa que o processo de democratização, iniciado no Brasil a partir de 1985, não apenas implicou transformações no plano interno, mas acenou com mudanças na agenda internacional do Brasil (2013, p. 384). Nesse processo, a sociedade civil se viu cada vez mais representada, ocupando espaços importantes, contribuindo para a evolução do Brasil na adesão a tratados internacionais de direitos humanos, tema que evoluiu bastante, no plano internacional, com o fim da Guerra Fria.

A autora dita que “a afirmação dos direitos humanos como tema global vem ainda acenar para a relação de interdependência existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos” (PIOVESAN, 2013, p. 386).

Todavia, apesar da evolução no trato dos direitos humanos, há ainda a necessidade de evoluir no que tange à ampliação de mecanismos previstos nos tratados internacionais objetos de reservas e restrições pelo Estado. É que, com tal reserva, o Estado não se submete à Corte Internacional de Justiça, em que, para Flávia Piovesan:

Sugere-se que o Estado brasileiro reveja essa posição, de modo a acolher a sistemática de monitoramento internacional, mediante o reconhecimento da competência jurisdicional da Corte Internacional de Justiça. Ademais, trata-se de posição incoerente e anacrônica, uma vez que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial contém dispositivo semelhante (artigo 22), que, por sua vez, não foi objeto de qualquer declaração pelo Estado brasileiro. Vale dizer, no caso dessa Convenção, o Brasil aceitou a competência da Corte Internacional de Justiça para dirimir divergências interpretativas a respeito da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (2013, p. 392).

O Brasil reconhece a competência do Tribunal Penal Internacional, reconhecido avanço no sistema de proteção dos direitos humanos. No âmbito interno, contudo, o sistema de justiça penal tem enfrentado problemas inacabáveis, herdados e transferidos de governo a governo, sem solução visível. As violações a direitos humanos, especialmente dos presos, são massivas, e as omissões estatais exigem responsabilização. As violações aos direitos humanos e a violação da legalidade, como observa Rubens Casara, não é um fato surpreendente, visto que a legalidade, mesmo no Estado Democrático de Direito, funciona para legitimar a “lei do mais forte” (2017, p. 21).

Desde o retorno à democracia e o surgimento da nova república com a promulgação da Constituição Federal de 88, tem sido evidenciada cada vez mais a “dificuldade do sistema de justiça penal no Brasil para, dentro da legalidade, lidar com a crescente taxa de criminalidade, acarretando a perda de legitimidade do Estado e a falta de confiança nas instituições de justiça e segurança” (AZEVEDO, 2017, p. 44). Essa falta de confiança gera um descrédito geral e uma sensação de insegurança crescente. Os criminosos são vistos como escória e, ainda que cumprida a pena, não são bem aceitos em seu retorno à sociedade.

O Estado Pós-Democrático e a razão neoliberal não se interessam em assegurar direitos aos condenados, que são vistos como escória e, portanto, devem ser eliminados do meio social. Ocorre a trivialização do sofrimento alheio com a marginalização dos indivíduos que incorrem em infrações penais previamente estipuladas, sendo eles jogados ao “grande espetáculo montado para o povo” (NATAL, ALVES, 2018, p. 342).

O termo “Pós-Democrático”, para Rubens Casara, refere-se a um Estado sem limites rígidos ao exercício do Poder (2017, p. 23), o que o torna extremamente perigoso e maléfico à democracia real, posto que se trataria de um simulacro. O

Estado Pós-Democrático se alinha ao neoliberalismo, convertendo tudo em mercadoria (2017, p. 25).

Rubens Casara alerta para a relativização da presunção de inocência, como um sintoma da pós-democracia:

Basta pensar na quantidade de presos provisórios (pessoas encarceradas antes de serem condenadas), na naturalização do uso abusivo/desnecessário de algemas (muitas vezes com o único objetivo de aviltar os investigados e acusados), na prisão como forma de coagir eventuais testemunhas ou obter confissões de indiciados e na tendência à “inversão do ônus probatório em matéria penal”, observada em alguns tribunais (no Brasil, essa inversão chegou ao Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da AP 470, caso penal conhecido midiaticamente como Mensalão), para se perceber que a incidência do princípio da presunção de inocência tornou-se problemática no Brasil (2017, p. 149).

Para o autor, esse seria um dos sintomas mais explícitos da chegada da pós-democracia ao Brasil (CASARA, 2017, p. 150). O estado de inocência é um preceito aberto e expresso na Constituição Federal, contudo, não é cumprido com exatidão. O que se tem visto nos Tribunais Pátrios cada vez mais é a substituição da presunção de inocência pela presunção de culpa. Há necessidade, em alguns casos, de se fazer prova de honestidade, para combater a presunção de desonesto, ou, ainda, fazer prova de vida, como é o caso dos tantos aposentados que são convocados pelos regimes de previdência social. Parece-nos um retrocesso civilizatório que viola o Estado de Direito. O indivíduo que é apontado pela polícia como suspeito é conduzido até a delegacia e tem sua prisão cravada com base no testemunho dos policiais que o conduziram. Se o caso tiver repercussão midiática, não se terá mais dúvidas sobre sua culpa. Estará condenado perante a sociedade, ainda que posteriormente absolvido pelo Judiciário. Não se retorna mais ao *status quo*. Daí se falar em teoria do processo pena, funcionando o próprio processo (ou inquérito policial) como uma espécie de pena antecipada.

A influência da orientação neoliberal nas políticas criminais e penais se caracteriza, especialmente, pela adoção de uma política punitiva como resposta estatal aos anseios do povo. Reconhece-se o avanço dos institutos despenalizadores ou descriminalizadores, com o advento da Lei 9.099/95 ou até mesmo com a Lei 13.964/19, que insere no ordenamento jurídico o acordo de não persecução penal, contudo a justiça negociada não apresenta impacto positivo. Nesse cenário de amarras políticas e avanço neoliberal, a audiência de custódia, que surge como mecanismo de combate às ilegalidades e prisões desnecessárias,

também não conseguiu reduzir consideravelmente o número de prisões. A disputa ideológica entre teóricos liberais e antiliberais reproduz o conflito entre o interesse repressivo e o interesse da manutenção da liberdade do cidadão (CASARA, 2017, p. 154). O instituto continuará a ser subutilizado enquanto conceitos como ordem econômica e conveniência da instrução criminal, previstos no artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941), não tiverem seu campo de interpretação bem delimitado. Aliado a isso, o artigo 313 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1941) traz critérios objetivos para decretação da prisão preventiva, de modo a reforçar a criminalização secundária, como quando, por exemplo, estipula a possibilidade baseado na pena máxima (superior a 4 anos), o que corresponde a grande parte dos crimes cometidos por aqueles escolhidos pelo estado (seletividade penal).

A situação do sistema prisional certamente se agravou com o avanço dos ideais pós-democráticos. O neoliberalismo deixa de ser uma doutrina econômica e passa a ideologizar o funcionamento da sociedade e da atividade estatal, como um todo. O Estado deixa de se preocupar com a prestação de serviços de assistência social à população, investindo em vigilância e controle. A violência explode, sobretudo, nas regiões periféricas e bairros mais pobres das comunidades, e a responsabilização pelos níveis alarmantes de criminalidade é direcionada para a população mais carente. Independentemente das posições governamentais que ocuparam o poder desde a redemocratização brasileira, os principais investimentos em segurança pública ainda se concentram na repressão e na capacitação de recursos penais (MENDES, 2015, p. 60). Em contrapartida, o desrespeito aos direitos fundamentais dos indivíduos presos ecoa à toda evidência. É que, a luz da teoria garantista, as leis penais possuem validade formal, mas não são válidas substancialmente, posto que a operacionalização prática do sistema penal desrespeita de forma sistemática os direitos fundamentais dos reclusos (CASARI; GIACÓIA, 2016, p. 263).

O juiz-inquisidor, figura não prevista na legislação pátria, mas que ainda insiste em existir hodiernamente, com amparo nos partidários neoliberais e que encontra na mídia um aliado, mistura as funções de acusar e julgar, tendo como consequência a quebra da imparcialidade, posto que está viciado pela versão da acusação, o que fatalmente conduzirá, por vezes, a condenações injustas ou extravagantes.

A tradição autoritária e seletiva acaba por repercutir nas funções típicas dos agentes estatais. As relações na sociedade brasileira são pautadas pelo compadrio, em que os princípios da legalidade e impessoalidade são postos de lado, e o criminoso será sempre uma figura distante, a quem se autoriza, ainda que informalmente, que os agentes de estado utilizem toda força necessária para silenciá-los. Como bem afirmado por Rodrigo Ghiringhelli De Azevedo:

é este o sentido inacabado da democracia brasileira, em que o funcionamento regular das instituições, a realização de eleições regulares e a livre organização política não correspondem a um processo de afirmação de direitos e garantias fundamentais para grandes parcelas da população (2017, p. 46).

Público-alvo do direito penal, esses indivíduos marginalizados são então submetidos à violência da polícia e à dinâmica judicial inquisitorial, “com juízes atuando como verdadeiros “justiceiros” no combate ao crime, condenando sem provas ou mediante provas ilícitas, utilizando práticas processuais atentatórias aos direitos do acusado, como o abuso na prisão preventiva, e submetendo o apenado a uma execução da pena sem um mínimo de dignidade e respeito às previsões legais” (2016, p. 46).

Em um Estado Democrático de Direito, tal como determina nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, deve existir respeito aos direitos e garantias fundamentais, ainda que o indivíduo se encontre preso em cumprimento de pena definitiva. A Lei de Execuções Penais contempla dispositivos legais modernos e que se coadunam com a teoria do garantismo penal, assegurando um sistema normativo penal racional, legítimo e justo para a execução da pena privativa de liberdade (CASARI, GIACÓIA, 2016, p. 260). Contudo, há um enorme abismo entre o “ser” e o “dever ser”, o que leva, na prática, à ocorrência de severas violações aos direitos fundamentais dos presos. Tudo isso pode e deve ser combatido por diversos mecanismos de controle, mas que infelizmente não têm alcançado seu intento. As instituições, como Ministério Público e Defensoria Pública, em que pese envidarem esforços no combate às violações de direitos fundamentais, possuem uma agenda abarrotada que não corresponde ao material humano disponível, gerando uma sobrecarga que custa alto às instituições, mas, principalmente, a toda a sociedade.

É nesse sentido que acreditamos no potencial da audiência de custódia como instituto ideal ao resgate das apurações dos ilícitos perpetrados nos

estabelecimentos prisionais, através dos relatos dos presos, restabelecendo assim o respeito aos direitos fundamentais destes, como corolário da dignidade humana.

4 A INSERÇÃO DO PRESO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A necessidade de aprisionar o homem coincide com o surgimento das primeiras sociedades organizadas. Das masmorras da Idade Média até os presídios como conhecidos hoje, muita coisa mudou, sobretudo no século XVIII com o advento do iluminismo e as dificuldades econômicas que afetaram a população global, na tentativa de humanização da pena e de melhor estruturação dos presídios. Com a reforma, como bem observa Foucault, o objetivo passa a ser fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade (2014, p. 79).

O sistema prisional brasileiro tem como objetivo a ressocialização e a punição da criminalidade. A Carta Constitucional estabelece, em seu artigo 5º, XLIX, da CRFB/1988, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), garante ao preso e ao internado a devida assistência e outras garantias legais. Estabelece o artigo 10 da Lei de Execução Penal que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Como corolário da dignidade da pessoa humana, a assistência ao preso será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. O disposto vale tanto para o condenado à pena definitiva como ao preso provisório, como é o caso daquele que ingressa no sistema por conversão da prisão em flagrante em preventiva, em audiência de custódia.

No entanto, ao contrário do que estabelece a lei, os presídios atualmente proporcionam um ambiente degradante, inóspito e desumano, tendo em vista a superlotação, a ausência de assistência médica, a precariedade na alimentação e a falta de higiene que desencadeiam diversas doenças. O Estado não consegue garantir o respeito aos direitos fundamentais do preso, culminando em ofensas à dignidade da pessoa ante a ausência de controle estatal ou, pior, por simples convivência. A crise vivenciada, sobretudo na América Latina, quanto ao aparelho carcerário, não permite cumprir com os objetivos esculpidos pela Legislação e o resultado é uma onda catastrófica de extirpação dos direitos dos presos. O modelo ressocializador assume a natureza social da problemática criminal, ideário dos princípios de corresponsabilidade e de solidariedade social, mas, na prática, não consegue ser efetivado.

O declínio do sistema prisional brasileiro atinge não somente os apenados, mas também as pessoas que estão em contato com essa realidade carcerária de forma direta ou indireta, respingando em toda a sociedade. O preso, ao ter o primeiro contato com uma unidade prisional, estará sujeito a essa realidade que certamente o modificará para sempre, sob o pretexto de se neutralizar o delinquente. Essa inserção ocorre geralmente de maneira abrupta, em virtude de uma prisão em flagrante. A breve passagem do detido pela delegacia não entrega a dimensão do que lhe aguarda no presídio, por ocasião de sua transferência. Melhor sorte não há para aqueles que, respondendo ao processo em liberdade, são enviados ao cárcere por ocasião do trânsito em julgado da sentença condenatória.

É bem verdade que, num Estado de Direito, o castigo (pena) deve ser proporcional e suficiente ao delito praticado, punindo aquele que viola o contrato social e, ao mesmo tempo, desestimulando toda a população. Contudo, deve-se atentar para os efeitos nocivos da pena e da degradação do sistema prisional no detido. A inserção do preso no sistema prisional se dá de forma traumática, e esse abalo inicial, por vezes, respinga na sociedade como um todo, em um ponto futuro. A decadência do sistema prisional brasileiro está relacionada a diversos fatores, mas, no plano interno, a superlotação, a precariedade estrutural, a ausência de políticas públicas específicas e eficientes, aliadas às péssimas condições de higiene e alimentação contribuem em larga escala para a onda de violência que se instala dentro dos estabelecimentos prisionais.

Essa desestruturação, fruto da apatia do Estado, provoca o descrédito de todo o sistema, prejudicando os objetivos insculpidos na Lei de Execução Penal. A realidade faz do artigo 88 da LEP letra morta. Quase não se tem notícia de presos cumprindo penas em celas individuais como ali se determina, com exceção de alguns presídios modernos de segurança máxima, além dos presídios federais. Do mesmo modo, os artigos 12, 14 ou 85 são cotidianamente desrespeitados (BRASIL, 1984).

Mais uma vez, não se quer fazer apologia à impunidade. Longe disso. O que se espera é que o Estado cumpra sua missão constitucional, protegendo a dignidade e conservando os direitos básicos do indivíduo preso, retirando-lhe apenas e momentaneamente a liberdade. A ADPF 347 (BRASIL, 2015), ao escancarar a situação caótica do sistema prisional, determina a implantação das audiências de custódia, como uma alternativa à cultura do encarceramento enraizada no sistema penitenciário brasileiro, mensagem que parece não ter sido absorvida por uma parcela dos membros do Poder Judiciário. Ao tentar evitar prisões ilegais ou desnecessárias, a audiência de custódia se apresenta como um sistema corrompível, posta a elevada carga subjetiva contida nas decisões. É que a lógica do “apurar para prender” aqui é invertida, como constatado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio (2015). Regras constitucionais de proteção de direitos fundamentais não podem ser relativizadas, como o caso da dignidade da pessoa humana. Se a regra não é respeitada, não cabe a modulação para a adequação à espécie. Ao contrário: devem-se envidar esforços no sentido de cumprir integralmente o mandamento constitucional.

A audiência de custódia, embora tenha evitado o cárcere de alguns que, de fato, não necessitavam responder a ação penal no ergástulo, não serviu ao propósito (ainda que secundário) de otimizar o sistema prisional. A implementação da audiência de custódia desde 2015 não produziu abalo considerável em relação à cultura do encarceramento, enraizada no Brasil. É preciso um debate mais abrangente e uma atuação mais enérgica dos juízes, seja ao decidir pela aplicação de cautelares, seja fundamentando concretamente e sempre a decretação da preventiva, devendo o Estado assegurar a assistência adequada na audiência de custódia para que ocorra uma inserção do indivíduo no sistema prisional da maneira menos traumática possível.

4.1 A questão da superlotação carcerária e os problemas estruturais dos presídios brasileiros

Em apertada síntese, mas sem querer esgotar o tema, e considerando as deficiências existentes no sistema prisional brasileiro, traduzidas na notória impossibilidade de se efetivar a dignidade humana daqueles que cumprem as penas, este tópico pretende fazer uma reflexão sobre o sistema prisional brasileiro e suas mazelas.

Nas últimas três décadas, após o advento da Constituição Federal, houve significativo avanço na tutela dos direitos fundamentais, consolidando a democracia constitucional, porém, no mesmo período, verifica-se um recrudescimento das políticas penais e um aumento significativo da percepção da violência urbana no Brasil (VIEIRA, 2010, p. 2).

Adriana Dias Vieira observa que o panorama brasileiro é marcado pelo subdesenvolvimento e pelas desigualdades sociais resultantes de um passado de dependência econômica aos centros de poder do Norte desenvolvido (2010, p. 04). As falhas do sistema de justiça e do sistema prisional brasileiro guardam profunda conexão com a democracia exclusiva adotada em terras tupiniquins desde a época da escravidão até formas mais modernas de exclusão. Essa democracia exclusiva, sem dúvidas, contribuiu, ainda que parcialmente, para a formação da população prisional brasileira e de todas as suas nuances.

A superlotação carcerária é uma realidade generalizada no Brasil. O excesso de decretação de prisão preventiva, aliado à cultura da morosidade em decidir sobre os casos de prisão em flagrante contribuíram para os números alarmantes da atualidade. É verdade que a audiência de custódia, a partir de 2015, reduziu parcialmente as prisões desnecessárias, mas tais números, como já demonstrado, não representam uma repercussão considerável, tampouco reduziram a problemática do sistema prisional. Paulo Ricardo Aguiar de Deus, em sua dissertação de mestrado, afirma que “a implementação do direito de apresentação sob o desenho internacional passa a ser compreendido como um subsistema que integra a justiça criminal orientado por essa via axiológica, dirigida para uma finalidade em comum com os demais e determinada pela política criminal” (2020, p. 09).

Virginia Camargo faz uma observação a respeito do tema da superlotação carcerária:

A superlotação devido ao número elevado de presos, é talvez o mais grave problema envolvendo o sistema penal hoje. As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso um mínimo de dignidade. Todos os esforços feitos para a diminuição do problema, não chegaram a nenhum resultado positivo, pois a disparidade entre a capacidade instalada e o número atual de presos tem apenas piorado. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede (2006, p.3).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA - Organização dos Estados Americanos - instou o Brasil a adotar medidas contra a proliferação da covid-19 nos presídios. Em comunicado de imprensa (2020, p. 1), o órgão qualificou as condições no cárcere como “deploráveis” e afirmou que observa com preocupação “as altas taxas de contágio e falecimento nas penitenciárias brasileiras” por coronavírus.

A Comissão ainda menciona as deploráveis condições de detenção nas prisões brasileiras, que se caracterizam por níveis alarmantes de superlotação, infraestrutura deficiente, atendimento médico negligente, completa falta de higiene, ausência de artigos de primeira necessidade e alimentação inadequada (2020, p. 2). Tais condições criariam um ambiente propício para a proliferação e avanço do coronavírus, entre outras doenças. Nesse contexto, as péssimas condições de vida nos presídios brasileiros, aliadas ao número de óbitos que ocorriam nesses espaços sob a vigilância do Estado e ausência de políticas públicas efetivas voltadas para o sistema prisional foram fatores que acarretaram profundas mobilizações das entidades públicas e privadas, sendo a mais notória delas a impetração, junto ao Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, conforme já analisado.

Contudo, atualmente o problema persiste e não há demonstração clara que culmine em uma perspectiva positiva sobre a realidade dos presos provisórios ou definitivos que povoam algum presídio de nosso país. Por esse e outros motivos aqui debatidos é que se faz necessária uma ampliação do instituto da audiência de custódia, não para que seja alavancada à condição de panaceia, mas para que seja, efetivamente, mais um mecanismo colocado à disposição do Poder Judiciário, que

somado a todos os outros mecanismos existentes, possa trazer melhorias estruturais ao sistema de justiça, assegurando o respeito aos direitos fundamentais dos presos.

4.2 Panorama contemporâneo da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Os debates sobre a capacidade de o Judiciário lidar com os direitos sociais se fortaleceram no início do século XXI, residindo o cerne nas questões da legitimidade (possibilidade de o juiz intervir na discricionariedade do administrador para garantir os direitos sociais e individuais que lhe foram requisitados no caso concreto), da juridicidade e da exigibilidade dos direitos sociais e da reserva do possível em confronto com a noção de mínimo existencial.

A crítica da capacidade institucional sustenta que os direitos sociais possuem natureza distinta dos direitos individuais. Seus objetos são bens públicos e coletivos, tal como a saúde e a educação, e seus conflitos são distributivos e plurilaterais: as perdas ou ganhos desse conflito são repartidos entre todos os cidadãos (MARINHO, 2009, p. 9).

Como premissa inicial, temos como pacífica a fundamentalidade dos direitos sociais, uma vez que o constituinte os consagrou expressamente como fundamentais, reconhecendo-lhes a eficácia vinculante em relação ao Poder Público. Reconhecer os direitos sociais como fundamentais implica compreender as consequências de tais direitos protegidos por normas vinculantes. O efeito vinculativo e a exigibilidade das normas de direito social devem ser articulados e compreendidos na dimensão de sua programaticidade (LINS, 2009, p. 53).

A par do debate, é consenso que toda norma, mesmo programática, é vinculante e possui carga eficaz, restando analisar as condições de vinculação de cada norma em particular. Para Liana Cirne Lins “toda a classificação dos direitos sociais consiste, no fundo, na discussão sobre se esses direitos podem ser exigidos judicialmente, por quem e em quais condições (2009, p. 54)”. Não é à toa que Ingo Sarlet, no início dos anos 2000, já afirmava que as normas programáticas se caracterizavam por reclamar interposição do legislador para que possam gerar a plenitude de seus efeitos, uma vez que possuem densidade e normatividade insuficiente para permitir que seja atingida sua plena eficácia (2001, p. 269). Disso resulta, muitas vezes, a indispensável interposição mediadora do legislador

infraconstitucional, a fim de conferir àqueles preceitos constitucionais indeterminados ou pouco densos a normatividade necessária à configuração de sua plena eficácia.

Vejamos, por exemplo, que a Constituição Federal enuncia os direitos chamados sociais, prevendo que sua proteção se dará “na forma da Constituição”. Expressões como “na forma da lei” e “nos termos da lei”, aparecem com frequência na Carta Magna e, sempre que o constituinte faz esta referência, ele concede autorização expressa ao legislador para intervir no conteúdo destes direitos, a fim de fornecer os meios de sua exequibilidade. (OLSEN, 2006, p. 166). Contudo, tal atividade legislativa não é totalmente livre, posto que não se pode dissociar do sentido normativo e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Um exemplo curioso das aludidas reservas legais é a fixação do salário mínimo, inserido no inciso IV do artigo 7º da Carta (BRASIL, 1988), deixando a cargo do legislador infraconstitucional a fixação do valor e do conteúdo, mas em observância aos critérios formulados pelo legislador constituinte. Essa restrição imposta pelo legislador a um direito fundamental está sujeita ao exame de constitucionalidade a partir dos parâmetros estabelecidos na CF, e a inobservância conduzirá à inconstitucionalidade da medida.

Não se pode fechar os olhos para as dificuldades específicas que o adimplemento dos direitos sociais importa. Para Liana Cirne Lins, essa questão impõe uma dupla cautela: por um lado, evitar as armadilhas de uma leitura que ignore as dificuldades inerentes à concretização dos direitos sociais e, por outro lado, evitar as armadilhas de uma leitura acrítica que não se aperceba de que algumas das dificuldades atribuídas à concretização dos direitos sociais são fictícias (2009, p. 56).

O argumento neoliberal é contrário à exigibilidade dos direitos sociais, alegando a necessidade de não intervenção do direito e do Estado no domínio econômico. Foi com base nisso que se entendeu que, em virtude do conteúdo econômico dos direitos fundamentais sociais, a sua eficácia estaria atrelada à disponibilidade do orçamento público, mediante o estabelecimento da reserva do possível.

Como será mais bem demonstrado no próximo tópico, a cláusula da reserva do possível encontra resistência na noção de mínimo existencial, que resulta de determinados preceitos constitucionais (CF, artigo 1º, III, e artigo 3º, III) e compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de

garantir condições adequadas de existência digna. O mínimo existencial assegura a todo e qualquer indivíduo o direito de liberdade em sentido amplo e geral. Assegura, ainda, prestações positivas do Estado.

Nessa toada, é indubitável crer que os direitos têm custos e que, para sua efetivação, dependem de prestações positivas do Estado. Ainda não é possível se falar em despesas estatais sem considerar a necessária autorização para realização dos gastos, o que se dá conforme a Lei Orçamentária Anual. Ao direito subjetivo corresponde o dever do Estado para sua satisfação, de modo que é impossível não correlacionar à relação jurídica.

O judiciário é, nesse contexto, um serviço público voltado para o agente privado que o financia. Os direitos, portanto, ainda que pertencentes a um particular, como o direito a determinada propriedade, por exemplo, só poderá ser concretizado com uma atuação firme do poder público.

Para Stephen Holmes e Cass Sustein (1999, p. 35 e ss) os direitos são absolutos em sentido limitado. É certo que nenhum direito, ainda que fundamental, é absoluto. Como exemplo, temos o direito à liberdade de locomoção, que exige que o Estado garanta estradas e ruas para o tráfego, além de garantir a segurança do cidadão. Contudo, tal direito poderá ser “violado” no caso de cometimento de um delito, ou, ainda, em caso de declaração de Estado de Sítio, em que medidas rigorosas poderão ser restritivas, como quanto à liberdade de reunião.

As limitações aos direitos fundamentais não impedem o controle judicial. Daí decorre a importância dada à intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos, em especial os atrelados à dignidade humana. Nesse contexto, o ativismo judicial impõe responsabilidade democrática. Como preleciona Liana Cirne Lins (2009, p. 71),

os índices de marginalização e exclusão social e de concentração da riqueza não admitem o conformismo, mormente quando constitucionalmente reconhecidos os direitos sociais básicos à existência digna: a impossibilidade de fruição dos direitos sociais mais elementares é, por si só, a maior ameaça à democracia.

Deve haver um equilíbrio entre os Poderes, não podendo mais servir a separação de poderes à assunção, pelo juiz, de uma postura apática e engessada na construção da sociedade pretendida pela Constituição Federal.

As noções de macro e microjustiça também são relevantes. A macrojustiça diz respeito aos órgãos políticos e à tomada de decisões a respeito das escolhas de quem ou o que atender com os recursos de que dispõem. O Judiciário está aparelhado para fazer microjustiça, ou seja, cuidar da justiça do caso concreto, envolvendo a situação fática posta por partes determinadas. É possível que o Poder Judiciário, ao atender às pretensões de satisfação dos direitos fundamentais sociais dos que lhe procuram, acabe ocasionando a exclusão daqueles que não buscaram a tutela de tais direitos. É a exteriorização da afirmação de que “o direito não socorre aos que dormem”. Contudo, em se tratando de direitos fundamentais sociais, que são direitos coletivos, necessária é uma cobertura geral, sob pena de violação ao princípio da isonomia, por mais que esta não seja o único princípio a ser observado.

O Judiciário pode, em prol da sociedade, assumir a função de denunciar omissões reiteradas dos Poderes Públicos em violação dos direitos fundamentais sociais. Para Ana Carolina Lopes Olsen,

muitas decisões proferidas no mesmo sentido, determinando que o Estado cumpra determinadas prestações, pode – e deve – surtir o efeito de chamar a atenção dos poderes públicos para o problema antes negligenciado, de modo a fazer com que eles voltem suas políticas públicas para a satisfação do direito em questão (2006, p. 317).

A cada vez que o Judiciário for capaz de atender às demandas dos indivíduos através de decisões racionais, maior será o impulso para que o Estado adote políticas que atendam ao interesse (e aos direitos) de todos. E é nesse contexto que o papel do juiz ganha cada vez mais relevância, não se resumindo a um mero aplicador da lei, mas ciente do dever de reconstruir o direito na análise do caso concreto, declarando seu sentido e alcance, em busca da justiça social, revelando o necessário diálogo entre o fato e a norma.

4.3 A justiciabilidade dos direitos dos presos: o paradoxo da reserva do possível frente ao mínimo existencial

Sendo os direitos fundamentais integrantes de um modelo normativo de regras e princípios (OLSEN, 2006, p. 106), cinge-se a controvérsia acerca do seu caráter relativo, afastando a ideia de premissa absoluta e universal. Os direitos fundamentais não nascem já com limites inerentes ou naturais não

escritos, ocorrendo a restrição somente *a posteriori* (MOREIRA, V.; CANOTILHO, 1991, p. 134-135).

As normas constitucionais, sobretudo aquelas envolvendo direitos fundamentais, podem colidir entre si. Nesse contexto, surge o questionamento acerca da possibilidade de se restringirem os direitos fundamentais e da legitimidade das intervenções dos poderes constituídos. O debate divide doutrinadores, e a temática da restrição a direitos fundamentais como um instituto juridicamente legítimo percorreu (e percorre) um longo caminho científico, tendo sido desenvolvidas algumas teorias, em especial, duas diametralmente opostas e igualmente relevantes: teoria interna e teoria externa.

Para a teoria interna, em linhas gerais e sem querer aprofundar o debate, que não é objeto principal do nosso texto, embora indissociável deste, não se contesta a existência do direito fundamental, porém seu conteúdo é determinado. Aqui, não há restrição, mas sim limite conceitual do direito, o que passou a ser chamado de “limite imanente” do direito fundamental (OLSEN, 2006, p. 117). Em outras palavras, para esta teoria, os direitos fundamentais são absolutos, não podendo ser restringidos, mas tão somente estando sujeitos a limites imanentes expressos na Constituição. Os limites existem dentro do próprio direito, por um processo interno, mas nunca definido nem influenciado por aspectos externos, não admitindo o conflito entre direitos fundamentais.

De outro norte, a teoria externa admite a restrição aos direitos fundamentais em dois momentos: o direito em si e destacado dele. Em um primeiro momento, reconhecer-se-iam as normas jurídicas que poderiam ser aplicadas no caso em apreço; e, num segundo, haveria uma ponderação de interesses. Para Bernardo Gonçalves Fernandes é “no caso concreto em si é que se poderia verificar com segurança a extensão e os limites a serem impostos a um determinado direito fundamental” (2020, p. 392). Essas limitações, ditas externas, nada mais são que restrições impostas aos direitos fundamentais por meio da legislação infraconstitucional ou por outros direitos fundamentais de previsão constitucional e de igual hierarquia. Representação disso é o próprio exercício do poder de polícia pelo Estado, restringido direitos individuais em prol da coletividade.

Há que se ressaltar ainda o uso da técnica da ponderação de interesses cada vez mais utilizada pelos Tribunais superiores, sobretudo no Supremo Tribunal

Federal, mas que preocupa pela possibilidade de justificar eventual decisionismo judicial (ALVES, C., 2013, p. 157).

Não se nega aqui a relatividade dos direitos, ainda que fundamentais. As normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de elevado grau de generalidade, abstração e indeterminabilidade, o que favorece a colisão com outros princípios igualmente constitucionais. Em uma eventual colisão ou confronto de normas jurídicas, deve-se considerar que os direitos são linguagem e necessitam de interpretação para serem aplicados. Quanto aos direitos fundamentais sociais, como os direitos prestacionais, aos quais estão sujeitos todos, incluindo os presos, deverão se submeter a um exame de ponderação de bens. Sobre o tema, Ana Carolina Lopes Olsen discorre:

(...) há que se inserir igualmente os direitos relacionados à possibilidade de exercício das prerrogativas inerentes a esta liberdade, ou seja, os direitos prestacionais. Afinal, sem condições mínimas de sobrevivência, não há que se falar em liberdade e autonomia. Ainda assim, mesmo quando políticas públicas são voltadas para a satisfação de outros interesses considerados pelos governantes como atinentes às expectativas da maioria da população, não se pode deixar a descoberto direitos fundamentais responsáveis pela garantia de sobrevivência do ser humano em sociedade, como os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, bem como responsáveis pela inserção do indivíduo em uma comunidade politicamente ativa e democrática, como os direitos à educação e à cultura. É preciso salientar que submeter os direitos fundamentais a uma reserva de ponderação não significa mitigar-lhes a certeza jurídica ou a justiciabilidade. Na grande parte dos casos em que estes direitos forem veiculados por regras – e não propriamente por princípios – deverão ser subsumidos ao caso concreto (...) (2006, p. 132).

Da mesma forma, não se pode deixar à mercê de proteção estatal os direitos fundamentais responsáveis pela garantia de sobrevivência mínima do indivíduo preso, pois a este restam todos os direitos não atingidos pela privação da liberdade. É a exteriorização do princípio da consideração igualitária que determina ao Estado o tratamento igualitário e equivalente em relação à vida e aos direitos de todos que estão sob sua proteção. Daí decorre a obrigatoriedade de o Poder Público promover a execução de obras emergenciais em prisões, superando os argumentos de separação dos poderes e da reserva do possível, face à supremacia da dignidade da pessoa humana. Há ainda a coexistência do sistema internacional e regional de proteção aos direitos humanos, instrumentos postos à disposição do indivíduo.

Diante desse universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito escolher o aparato mais favorável, tendo em vista que,

eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional (PIOVESAN, 2013, p. 342). Para exemplificar, a proibição da tortura tem previsão constitucional (artigo 5º, III), mas também está prevista no artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e até mesmo na Convenção Americana, em seu artigo 5º.

O princípio da reserva do possível não pode ser invocado pelo Executivo para deixar de cumprir decisão que o obriga a fazer obras de reforma em presídios, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 592.581 (STF, 2015). No entanto, com o crescimento expressivo dos direitos fundamentais, a escassez de recursos estatais é utilizada como justificativa do administrador para limitar a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais, atingindo toda a população, sobretudo os mais pobres e os presos, indivíduos marginalizados pela espetacularização midiática. Em outras palavras, a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, embora sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade.

Não há como tratar do tema da reserva do possível e do mínimo existencial sem ponderar a dignidade humana. Conquista histórica, a dignidade da pessoa humana representa os valores mínimos que devem ser conservados a todos os seres humanos. Nesse viés, muito embora alguns direitos possam ser relativizados diante de determinada situação, a proporcionalidade se afigura como um princípio eficaz no controle da arbitrariedade da autoridade pública. Nessa quadra, há que se garantir o que se chama de mínimo existencial, que diz respeito ao básico da vida humana, independentemente de lei a sua obtenção, posto que é inerente aos seres humanos.

Sem o mínimo existencial, não é possível que um indivíduo possa ter uma vida digna, pois o princípio tem o objetivo de garantir condições mínimas para tanto. Decorre daí que, em tese, o Estado somente teria obrigação de realizar aquilo que está dentro de seus limites orçamentários. Mas é de bom alvitre que, mesmo diante da legítima escassez de recursos ou da ausência de previsão orçamentária, em matéria atinente a direitos fundamentais, o Estado não pode se escusar do dever de garantir os direitos fundamentais previstos na Carta Magna para que, assim, garanta o mínimo de dignidade para a vida humana.

A dignidade humana, que Ingo Wolfgang Sarlet dividiu em dimensões (2005, p.18 e ss.) é um conceito amplo que está em constante construção. Para o autor, a dignidade possui uma dimensão dúplice que se manifesta na autonomia da pessoa humana e na necessidade de sua proteção, inclusive indica-se que a dimensão assistencial pode prevalecer em alguns casos (SARLET, 2005, p. 30). Mas é a dimensão eficaz que impõe limites à atuação estatal, sendo dever do Estado a concretização do princípio da dignidade humana através do não intervencionismo na fruição dos direitos pela população, exigindo prestações positivas que assegurem o mínimo existencial.

Destaca-se que a prestação estatal positiva são direitos sociais prestacionais que têm por objetivo a conduta positiva do Estado, o que consiste numa prestação de natureza fática. O mínimo existencial representa um “conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, como os direitos à alimentação, saúde e educação, que adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. Contudo, a garantia é ainda mais ampla do que a garantia da mera sobrevivência física (STEFFENS; MARCO, 2018, p 35).

Diante da existência dos direitos fundamentais e da alegação de escassez de recursos, questiona-se se seria possível a não concretização desses direitos com fundamento na alegação de inexistência de recurso financeiro para tanto. Enfrentando o tema, Alessandra Franke Steffens e Crithian Magnus De Marco reconhecem a reserva do possível como uma excludente de responsabilidade estatal, que é arguida pelos entes públicos quando é requerida a implementação de direitos sociais e de políticas públicas. Não obstante, os autores alertam que:

Contudo, o Estado não pode alegar a reserva do possível de forma indiscriminada, para dar legitimidade a sua omissão na efetivação de direitos fundamentais prestacionais. Isso significa que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Dessa forma, a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização das ações comissivas e omissivas do Estado, inclusive estabelecendo medidas para saná-las (2018, p. 37).

Seguindo a mesma premissa, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema em alguns momentos, analisando o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira e estabelecendo quais os critérios de reconhecimento

da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível em vários casos concretos. Para o presente trabalho, necessária é a exposição de uma dessas intervenções, a qual guarda absoluta relação com a temática discutida neste tópico.

A Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Mato Grosso ajuizaram Ação Civil Pública (REsp 1389952/MT, 2016), visando a obrigar o Estado a adotar providências administrativas e apresentar previsão orçamentária para reformar a cadeia pública de Mirassol D'Oeste ou construir nova unidade, entre outras medidas pleiteadas, em atenção à situação de risco a que estavam expostos os reeducandos encarcerados no local. Foram destacadas, entre inúmeras outras irregularidades estruturais e sanitárias, a gravidade do fato de – conforme relatado – as visitas íntimas serem realizadas dentro das próprias celas e em grupos e de existirem detentas acomodadas improvisadamente. No caso em comento, o Estado se manifestou contrário ao pleito, alegando ausência de previsão orçamentária e a reserva do possível. O ministro Herman Benjamin, relator do processo, entendeu que na hipótese estava em jogo a garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, cuja tutela, como direito fundamental, possui assento direto no artigo 5º, XLIX, da Constituição Republicana. Abaixo, trecho da Ementa:

6. Contra a efetivação dessa garantia constitucional, o Estado de Mato Grosso alega o princípio da separação dos poderes e a impossibilidade de realizar a obra pública pretendida sem prévia e correspondente dotação orçamentária, sob pena de violação dos arts. 4º, 6º e 40 da Lei 4.320/1964.7. A concretização dos direitos individuais fundamentais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue, nesses casos, como órgão controlador da atividade administrativa. Trata-se de inadmissível equívoco defender que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantir os direitos fundamentais, possa ser utilizado como óbice à realização desses mesmos direitos fundamentais.8. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública vital nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, como na hipótese dos autos (REsp 1389952/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 07/11/2016).

Não se tem dúvidas de que o caso levado a conhecimento do STJ, entre tantos outros semelhantes originários de diversos estados da federação, evidencia clara situação de violação à garantia constitucional de respeito à integridade física e moral dos presos e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e

do mínimo existencial. Sabe-se que os recursos são escassos ou insuficientes para prover todos os direitos, contudo cremos que não há fundamento nessa aceção, vez que o dinheiro público é, na verdade, inesgotável, pois sempre pode o Estado extrair mais recursos da sociedade.

A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, o que violaria o princípio da separação dos poderes. Contudo, no caso de severa e repetida violação a direitos fundamentais por parte da administração pública, por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é não apenas legítima, mas necessária e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

A reserva do possível não pode se opor, a todo modo, em detrimento do mínimo existencial, e qualquer pleito que vise a fomentar existência minimamente decente não pode sofrer escárnio ou desamparo, posto que garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. O mínimo existencial e a proporcionalidade como proibição da insuficiência “podem representar parâmetros de constitucionalidade da alocação de recursos, determinando o afastamento da reserva do possível como restrição dos direitos fundamentais sociais” (OLSEN, 2006, p. 5). Em relação ao indivíduo preso, a premissa é a mesma, pois o vezo da prática de um delito não autoriza o Estado a proceder com a “exclusão social” do detento, tratando-o como alguém sem direitos ou sem personalidade jurídica. Como bem preceitua Luigi Ferrajoli, “o Estado que não tutela os direitos fundamentais do preso, que impõe penas qualitativas e quantitativas supérfluas, perde a legitimidade do direito de punir e conseqüentemente, lesa a dignidade humana” (FERRAJOLI, 2002, p. 364). O Estado tem, portanto, a obrigação de garantir também o mínimo existencial no tratamento do preso, tratando-se de presunção absoluta, de modo a assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais (STEFFENS; MARCO, 2018, p. 40).

Não é por outro motivo que a justiciabilidade dos direitos fundamentais ganha cada vez mais força. É certo que direitos sociais são estabelecidos por normas que possuem diferentes estruturas deônticas, com a previsão ora de prestações positivas por parte dos poderes públicos para a satisfação do direito, ora estabelecendo uma posição de defesa do seu titular contra a ingerência do Estado. Disso é que se pretende investigar se tais diferenças influenciam na questão da justiciabilidade dos

direitos fundamentais, uma vez que já foram feitas as ponderações necessárias quanto à alegada reserva do possível em contraponto ao mínimo existencial.

Justiciabilidade pode ser entendida como a possibilidade de todo e qualquer indivíduo buscar a tutela de seus direitos face ao Poder Judiciário. De igual modo, a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, ou seja, dos Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais é a possibilidade de efetiva aplicação, por meios de mecanismos jurídicos de exigibilidade, de tais direitos, ante seu valor fundamental. Alguns autores, como Ana Carolina Lopes Olsen, lecionam que a distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações muitas vezes é utilizada pela doutrina e pelos tribunais a fim de justificar uma maior justiciabilidade dos primeiros em detrimento dos segundos (2006, p. 67). Isso porque os direitos de defesa têm seu conteúdo integralmente determinado pela própria norma constitucional, dependendo apenas de abstenção do Estado, o que ocasionaria despesas, porém em menor monta. Já os direitos a prestações precisam de avanço legislativo e maior impacto nos cofres públicos.

Diante da finitude de recursos é que o administrador deixa à mercê os direitos fundamentais sociais, embora tal justiciabilidade deficiente em face dos demais direitos fundamentais não seja motivo para se deixar de reconhecer essa forma normativa (OLSEN, 2006, p. 85). Ana Carolina Lopes Olsen pontua que a plena justiciabilidade dos direitos fundamentais só tem sentido a partir da existência de uma Jurisdição Constitucional atuante, defendendo a incumbência constitucional atribuída ao Judiciário com vistas à defesa e efetivação das normas constitucionais (2006, p. 186). Na prática, a justiciabilidade pode assumir diversas formas, como *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, ação civil pública, entre outras.

Não se trata de querer exigir a efetivação de um direito fundamental prestacional a todo custo quando a situação se demonstrar absolutamente impossível. O que se deve ponderar é a responsabilidade dos órgãos e agentes públicos para a efetivação de tais direitos. A Constituição Federal preocupou-se em determinar, nos termos das Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os direitos alçados à categoria de fundamentais, além de determinar a alocação de recursos para a satisfação dos direitos, de modo que não se pode alegar indiscriminadamente a finitude dos recursos e a reserva do possível como pretexto para não efetivação de tais direitos. Do mesmo modo, os direitos

fundamentais dos presos devem ser respeitados, especialmente sua integridade física, moral, acesso ao trabalho, estudo e lazer.

Sabe-se que a fruição dos direitos ao trabalho e ao estudo trazem diversos benefícios diretos aos presos, como a possibilidade de remição da pena, além de benefícios indiretos a toda a comunidade consubstanciados na possibilidade de se reinserir na sociedade um indivíduo com nova formação e capacidade para o trabalho, o que poderia reduzir as chances do cometimento de novo delito.

Ana Carolina Lopes Olsen explana brilhantemente a situação posta ao sacramentar que:

os direitos não existem porque há recursos disponíveis. Sua mera existência determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização. Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que os direitos fundamentais sociais primeiramente existem, foram reconhecidos como tais, e por essa razão devem ser concretizados, de modo que impõem a alocação dos recursos necessários a esta concretização (2006, p. 226).

Como se vê, o Estado não pode argumentar, como regra, a impossibilidade da efetivação dos direitos fundamentais. Pelo mesmo motivo, os direitos fundamentais sociais dos presos devem ser respeitados e integralizados, e suas violações devem ser judicializadas para que se busque a plena satisfação, posto que são direitos que fazem parte do chamado mínimo existencial e, portanto, não sujeitos a irresignações. O Estado, em sua defesa, deve fornecer elementos capazes de identificar os motivos determinantes da insistência no descumprimento e violações dos direitos fundamentais dos presos, o que conduzirá o debate à temática da reserva do possível sempre que evocada na discussão a efetividade dos direitos fundamentais sociais, de modo a possibilitar a verificação de quais são os elementos colocados à disposição do Judiciário na defesa desta justiciabilidade. Ao judiciário, cabe a última palavra, mas sem perder de vista os preceitos constitucionais, a dignidade da pessoa humana e os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

4.4 Os direitos fundamentais dos presos e a atuação estatal: por uma ampliação do alcance da audiência de custódia nas prisões definitivas

Quando nos referimos a direitos fundamentais, estamos discursando sobre os direitos humanos positivados em nossa Carta Magna e em tratados internacionais,

que têm eficácia e aplicabilidade imediata, baseados no princípio da dignidade humana, um dos valores fundantes da República Federativa Brasileira.

Os direitos humanos não podem ser compreendidos isoladamente: são “multidisciplinares” por essência. O pensamento histórico, as modificações constitucionais, as diversas correntes filosóficas, os ensinamentos religiosos, os princípios legais, bem como a vida social, cultural, política e econômica mantêm interligações entre os diversos sistemas de direitos humanos.

Isabela Duran Cavalcante Lacerda e Danilo Henrique Nunes registram que há uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina, identificando que há quem use nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, entre outros (2017, p. 18). Para os autores supracitados:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 109-110).

Aos adeptos das gerações dos direitos humanos, é desnecessário dizer que os direitos violados dos presos se encontram também dentro do conceito dos direitos de 3ª geração. Contudo, independentemente do grau (ou geração) em que se encontrem, são, notadamente, direitos fundamentais, posto serem inerentes à condição do homem e fazerem parte do mínimo que se atribui de dignidade ao indivíduo enquanto ser social.

A violação aos direitos fundamentais dos presos passa por fatores como superlotação, homicídios cometidos entre detentos e, muitas vezes, fomentados por facções criminosas rivais, tortura entre presos, além da praticada corriqueiramente pelos agentes do Estado, violência sexual, insalubridade dos ambientes, alimentação de péssima qualidade e, por vezes, insuficiente, além da malfadada miscelânea entre presos provisórios e definitivos, ausente a separação de acordo com a espécie e gravidade do delito. Sendo também a audiência de custódia um direito fundamental do preso, a sua não realização, ou realização sem observância

do disposto na norma, acarreta o reconhecimento de omissão ou negligência por parte do Estado.

É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). Mas o Supremo Tribunal Federal entendeu, em julgamento ocorrido em junho de 2016 que “o dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais” (STF, RE 841526, 2016). Com todo respeito e acatamento, esse não nos parece o entendimento mais pertinente ao que diz a Carta Magna, tendo por base o princípio da dignidade humana, que jamais, em hipótese alguma, poderá ser relativizado.

O Estado possui responsabilidade integral sobre os indivíduos enclausurados em seus presídios. Isso implica dizer que a violação de direitos dos presos corresponde a uma inegável falha estatal, devendo ser este acionado a responder por tais falhas.

É inegável a situação caótica do sistema prisional brasileiro. Violações massivas aos direitos fundamentais daqueles já foram identificados em diversas ocasiões, sendo tal fato a base do pleito insculpido na ADPF 347, conforme já explanado. Contudo, tal situação de limitação orçamentária não pode servir de argumento à violação massiva dos direitos dos presos. Se o Estado entende que a prisão é o meio necessário ou adequado ao restabelecimento da incolumidade pública, retirando do convívio social os indivíduos que violam tipos penais ditos de maior repulsa, deve assegurar a estes todos os direitos não retirados com a restrição da liberdade. A observância dos postulados do garantismo penal é obrigatória em todas as fases do processo penal, incluindo a execução penal. E se há previsão de audiência de custódia para as prisões em virtude de condenação transitada em julgado, a função do instituto não restou suficientemente clara, de modo que são raros os tribunais que observam tal procedimento, ou até o fazem, mas em condições meramente protocolares, esvaziando o ato.

A audiência de custódia não foi recepcionada com bom grado por parte da sociedade, fruto do sensacionalismo midiático que apregoou o instituto como mais uma benesse processual que teria o condão de alimentar a impunidade no País, além de representar verdadeiro prejuízo aos cofres públicos e maior carga de

trabalho ao judiciário cada vez mais abarrotado. Deixou-se de frisar os pontos positivos advindos do ato, de modo que não é de se estranhar o movimento contrário ao instituto. Hodiernamente, a audiência de custódia divide opiniões no que tange à sua eficácia. Contudo, mesmo que tenha atingido a finalidade de humanizar a fase pré-processual ao colocar o preso em contato com o juiz de forma célere, a audiência de custódia poderia ir além e servir de ponto fulcral para questões relacionadas às prisões definitivas.

Se o preso, ao ser inserido no sistema prisional, deverá passar por uma audiência de custódia, tal audiência deve ter uma finalidade para além da mera análise protocolar do ato, não podendo ser reduzida a uma eventual apreciação de denúncias contra torturas ou maus-tratos, em cotejo com o exame de corpo de delito. Esse é um momento que pede uma intervenção estatal efetiva.

A análise da necessidade da manutenção da prisão na audiência de custódia poderia ser mais efetiva, embora não se possa extrair um juízo de certeza absoluta sobre a possibilidade de, uma vez solto, o indivíduo voltar ou não a delinquir. Os tribunais e os juízes não são equipados com bolas de cristal e não se pode prever, mesmo com a tecnologia e inteligência artificial conhecida atualmente, o comportamento futuro de qualquer indivíduo, posto que isso é de uma subjetividade imensurável. Dessa forma é que propomos que, na audiência de custódia, seja ouvida, além do preso, uma equipe multidisciplinar, especialmente assistentes sociais e psicólogos. A Resolução 213/15 do CNJ (2015) já determina ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão. Contudo, se há um atendimento prévio por parte de equipes multidisciplinares, pode-se analisar com maior clareza e precisão, através de relatório ou mesmo do depoimento desses profissionais perante o juízo, a possibilidade de se conceder a liberdade ao sujeito.

De outro norte, temos a situação do preso condenado. Se, por exemplo, o indivíduo preso preventivamente tem, posteriormente, contra si uma sentença condenatória transitada em julgado, deverá ser submetido a nova audiência de custódia. Na ocasião, poderia, para além da análise da legalidade do decreto prisional, denunciar eventuais abusos ou violações sofridas no cárcere, para que as providências cabíveis fossem tomadas. Poderia, por exemplo, utilizar-se do expediente para relatar falta de medicamento, de alimentação adequada ou até

mesmo de trabalho no estabelecimento prisional, provocando o juízo e o próprio Ministério Público.

Desse modo, a audiência de custódia serviria como mais um instrumento posto à disposição do detido para relatar violações a direitos fundamentais dos presos. Não se quer transformar o ato em um mero meio de judicialização dos direitos fundamentais dos presos, mas, em se tratando de direitos afetos à noção de mínimo existencial e à dignidade humana, entendemos ser sua tutela inafastável, podendo ser arguido em qualquer oportunidade, inclusive, em audiência de custódia.

Em se tratando da audiência de custódia em prisões definitivas, deverá ser realizada pelo juiz da execução penal. Por óbvio, o ato só faz sentido em casa de fixação de regime inicial de cumprimento de pena fechado ou semiaberto, ocasião em que o indivíduo será enviado a presídio, estabelecimento industrial ou colônia agrícola. No caso de condenação ao cumprimento de pena no regime aberto, o indivíduo será submetido a audiência admonitória, que, diferente da audiência de apresentação, tem o objetivo apenas de cientificar o sentenciado das condições impostas para o cumprimento de sua pena.

Diante da possibilidade aqui sustentada de se alegarem violações a direitos fundamentais sociais, faz-se imperiosa a presença do diretor do estabelecimento prisional ou da colônia agrícola ou industrial, ocasião em que poderia aclarar ao magistrado e aos demais presentes a situação real e atual da instituição sob sua autoridade: se há trabalho disponível e para quais funções; quais as regras para o lazer, higienização, alimentação e acesso aos estudos e bibliotecas, caso seja de interesse do preso, entre diversas situações. Embora pareça utópica, trata-se de uma realidade perfeitamente implementável e, ainda que se aleguem eventuais custos excessivos, poder-se-ia facultar a presença do diretor através de videoconferência ou, ao menos, com a remessa obrigatória de relatório por escrito, ao juízo da execução penal da comarca, tudo com absoluta transparência.

Há ainda questões atinentes ao direito à saúde do preso. O acesso da população em geral, incluindo os presos, às ações e serviços de saúde tem previsão na Constituição Federal de 1988, além da Lei nº 8.080, de 1990, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, e também na Lei de Execução Penal nº 7.210, de 1984.

A Portaria Interministerial nº 1777, de 09 de setembro de 2003, instituiu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (BRASIL, 2003). O Plano prevê a

inclusão da população penitenciária no SUS, garantindo atendimento integral, assistência médica e odontológica, além de acesso a medicamentos.

Entre as Diretrizes Estratégicas do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, destacam-se três: prestar assistência integral resolutiva, contínua e de boa qualidade às necessidades de saúde da população penitenciária; contribuir para o controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que acometem a população penitenciária e provocar o reconhecimento da saúde como um direito da cidadania (BRASIL, 2004, p. 14). Embora exista previsão legal, os presídios brasileiros, como regra, não dispõem de estrutura de atendimento médico e odontológico adequados, devido à falta de material e servidores contratados.

Nessa senda, a maioria das mazelas que afligem os presos são tratadas com remédios básicos, sem nenhuma consulta ou avaliação clínica anterior à prescrição. Os quadros clínicos se agravam e, quando muito, são conduzidos até o hospital local para alguma intervenção cirúrgica necessária. A audiência de custódia seria, então, mais uma oportunidade de garantir o exercício da cidadania ao preso, ao determinar avaliação clínica antes do ingresso no sistema prisional, para identificar algum quadro clínico que reclame intervenção, ou, até mesmo identificar doenças preexistentes, que poderão ser comprovadas por laudos médicos anteriores e ratificados pela avaliação médica em comento.

Desse modo, seria solicitado ao Poder Público o fornecimento dos medicamentos adequados e em quantidades suficientes ao atendimento da demanda dos presos daquele estabelecimento prisional. Em caso de negativa de fornecimento por parte da Administração Pública, o próprio Ministério Público poderia acionar o Judiciário para garantir o cumprimento do que foi disposto em termo de audiência, ou, ainda, o preso poderia fazer reivindicações através de defensor.

Embora se reconheça que há um custo no que fora proposto, como já discutido, tal fato não pode ser empecilho para a concretização de direitos fundamentais, firme no propósito de se assegurar o mínimo existencial a quem quer que seja. O sistema de saúde brasileiro é precário e não atende satisfatoriamente a todas as necessidades. Ainda assim, não há argumento ideológico capaz de afastar de todo a proteção aos presos em virtude da proteção deficiente dos demais. Repetimos, os direitos fundamentais sociais dos presos devem ser respeitados e integralizados e suas violações devem sim ser judicializadas para que se busque a

plena satisfação, tudo em homenagem à igualdade, à legalidade e à dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a audiência de custódia, considerando seu contexto histórico e incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico, além de analisar sua efetividade nos moldes em que hoje é realizada, sugerindo uma ampliação do alcance do instituto, sobretudo para prisões definitivas. Partiu-se da premissa de que a Constituição Federal estabeleceu que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes dos tratados dos quais o Brasil faça parte. Normas internacionais de direitos humanos que definem direitos e garantias fundamentais têm natureza constitucional e aplicabilidade imediata. Embora o debate tenha angariado adeptos em todos os polos, entendemos que não há condicionantes para se conferir imediata vigência e obrigatoriedade dos tratados internacionais em território nacional, fruto do insculpido no parágrafo 3º do artigo 5.º da CRFB (BRASIL, 1988).

Foi possível vislumbrar o contexto histórico da audiência de custódia, bem como a sua conceituação, disposições legais, finalidades. Pouco se falava ou se sabia sobre direito internacional público ou sobre direitos humanos antes do surgimento das Nações Unidas, em 1945. E foi no período pós-guerra que surgiram vários tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, como O Pacto

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais acabaram por dar força normativa à Declaração Universal de Direitos Humanos, tratando, pela primeira vez, da apresentação do preso, sem demora, à autoridade judiciária.

No Brasil, houve o julgamento da Liminar na ADPF nº 3474 (BRASIL, 2015), quando o Supremo Tribunal Federal deferiu, em parte, os pedidos e determinou a realização de audiência de custódia no prazo de noventa dias daquela decisão.

A previsão do instituto da audiência de custódia em tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil fora acompanhada de debates acalorados na tentativa de trazer igual previsão ao ordenamento jurídico interno do país. Mas foi somente em 2015, através da Resolução nº 213/2015 do CNJ, objetivando atender aos preceitos de proteção da pessoa presa, com fundamento nos mandamentos relacionados na Constituição Federal, no Código Processual Penal e expressos nos tratados, em particular no Pacto de San Jose da Costa Rica (COUTINHO; MENEZES, 2019, p. 67), em que houve a regulamentação das audiências em âmbito nacional. Posteriormente, com a publicação da Lei nº 13.964/2019, a previsão da realização da audiência de custódia, no prazo de 24 horas, foi inserida no Código de Processo Penal.

Conceitua-se a audiência de custódia como um ato de natureza pré-processual que obriga que todo preso em situação de flagrância deva ser conduzido até a autoridade judicial para apurar a necessidade da manutenção da prisão e, ainda, a legalidade dessa prisão. Antes de sua implantação, a comunicação das prisões em flagrante era realizada pelo encaminhamento dos autos de prisões ao juiz competente para análise e decisão sobre a manutenção da prisão, seu relaxamento, revogação ou concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, tudo isso sem o contato direto do juiz com o preso. Ainda assim, a análise mostra que a conversão da prisão em flagrante para a prisão preventiva ocorre, em geral, de forma automatizada, sem a efetiva análise individual das circunstâncias específicas do caso concreto, perdendo a essência do ato.

A audiência de custódia está positivada nos principais tratados internacionais de direito ratificados pelo Brasil, configurando um direito fundamental do preso, pois é por meio dela que o juiz apurará as condições em que a prisão foi realizada, se foi feita mediante tortura ou qualquer outro meio de agressão.

Neste estudo, observou-se que a atuação, por vezes, meramente protocolar dos magistrados, promotores e defensores pode contribuir para que o instituto não tenha apresentado a esperada redução do encarceramento, sobretudo dos presos provisórios. O Poder Judiciário busca dar celeridade durante a realização das audiências de custódia, objetivando com isso cumprir as metas estabelecidas pelo CNJ e, nesse contexto, percebe-se que a audiência de custódia tem sido realizada de forma industrial, por serem curtas e quase idênticas (COUTINHO; MENEZES, 2019, p. 75), desconsiderando as circunstâncias envolvidas no caso concreto, tornando o fenômeno mecânico. Os dados divulgados pelo CNJ e analisados neste trabalho deixam claro que o instituto não contribui para solucionar o problema do encarceramento no país. Também os relatos de maus-tratos e torturas não são adequadamente apurados. A audiência de custódia é também destinada à prevenção de tortura e maus-tratos por parte de agentes do Estado, assegurando o direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade em contexto com os Tratados Internacionais, a Constituição Federal e a Lei de Tortura.

Hodiernamente, um dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro é a superlotação carcerária, em parte responsável pelo insuficiente assistencialismo dentro do sistema prisional, deixando os presos, em algumas situações mais drásticas, à mercê até mesmo de uma alimentação inadequada. Alega-se que um dos fatores que têm contribuído para a superlotação carcerária é justamente o elevado número de presos provisórios, ou seja, indivíduos que ainda não foram julgados definitivamente.

Nesse ponto, o estudo demonstrou que a audiência de custódia não conseguiu avançar significativamente, conforme se esperava quando da análise da ADPF 347 (STF, 2015). Em alguns estados, houve redução da população carcerária, é fato. André Pereira Crespo, em seu estudo, identificou que cinco anos após a implantação das audiências de custódia no Brasil, o percentual de presos provisórios no DF diminuiu 7,26% (CRESPO, 2020, p. 250). Contudo, no contexto geral, a redução fora tímida e não repercutiu em melhorias no sistema prisional, tampouco no aperfeiçoamento da realização da audiência de apresentação.

Os contrários ao discurso do encarceramento em massa alegam que, na verdade, o país não figura entre os que mais prendem proporcionalmente no mundo e, além disso, o responsável pela crescente seria a expressiva onda de violência que assola o país. Não se nega tal fato, pois entre 1996 e 2016, a taxa de homicídios

saltou de 24,784 mortes para cada grupo de 100.000 habitantes para um total de 30,33 mortes para cada grupo de 100.000 habitantes, segundo o Atlas da Violência (BRASIL, IPEA, 2021). No entanto, deve-se levar em consideração o expressivo aumento dos tipos penais no Brasil, que, somados à ausência de políticas públicas eficientes nas áreas da saúde, educação e assistência social, contribuem para o aumento da criminalidade.

O fenômeno de redimensionamento das agências e instituições de controle social e punição é demonstrando ao se compararem os anos 90 e as duas décadas seguintes: em 1990, havia aproximadamente 800 crimes ou tipos penais previstos nas legislações penais brasileiras; em 2010, mais de 1.800 tipos previstos (BRASIL, CÂMARA, 2015). Para enfrentar a questão, a resposta estatal não tem sido eficaz, antes disso, muito mais populista e demagoga, em uma aparente tentativa de melhorar a imagem da Administração Pública frente à população, como, por exemplo, na determinação de emprego das Forças Armadas para Garantia da Lei e da Ordem no sistema penitenciário brasileiro, através do Decreto de 17/01/2017, ou no Emprego da Força Nacional de Segurança Pública no Sistema Prisional em algumas ocasiões, como no Piauí (Portaria MJ nº 2.202 29/12/2015 – PI) e no Rio Grande do Norte (Portaria MJ nº 1.951 26/11/2015 – RN).

A ampliação do uso da força nos estabelecimentos penais não contribuiu para o enfrentamento da crise estrutural prisional. A prisão nos parece excessivamente utilizada para casos em que seria possível a aplicação de outra medida cautelar. Com o advento da Lei nº 12.403/2011, alterou-se o CPP para aumentar o rol medidas cautelares, de coerção pessoal, como alternativas à prisão preventiva, numa tentativa de reduzir a aplicação da medida extrema, devolvendo-lhe o status de *ultima ratio*. Contudo, dez anos depois dessa alteração legislativa e mesmo com a implantação da audiência de custódia, as medidas cautelares diversas parecem ter sido reservadas a casos específicos.

Nesse contexto, o sistema prisional brasileiro, já colapsado, deteriora-se cada vez mais, sendo possível identificar uma série de violações de direitos humanos, havendo relatos de torturas, de desamparo, falta de medicamentos, de assistência médica e odontológica, de trabalho e até mesmo de produtos de higiene e alimentação. Daí a importância que este trabalho pretende dar à justiciabilidade ou controle judicial dos direitos dos presos, para, na presente conclusão, fazer a

correlação com a audiência de custódia, sugerindo meios de ampliar seu alcance, em prol da efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

Há uma resistência de cunho político. É que o neoliberalismo se mostra contrário à exigibilidade dos direitos sociais, alegando a necessidade de não intervenção do direito e do Estado no domínio econômico. Alega-se que a eficácia dos direitos fundamentais estaria atrelada à disponibilidade do orçamento público, apegando-se à teoria da reserva do possível. Analisando o tema, Liana Cirne Lins destaca que à exigibilidade das normas de direitos fundamentais sociais opõem-se, em especial, três obstáculos, os quais se constituem pela sua suposta baixa densidade normativa, pela reserva do financeiramente possível e, finalmente pelas reservas do legislador e do administrador (2009, p. 51).

A reserva do possível, ao ser alegada pelo Estado, atrairia para este o ônus de provar a incapacidade financeira ou impedimento à concretização de um direito social. Mas o critério norteador da exigibilidade do direito social é a razoabilidade, critério que poderia conferir proporcionalidade às decisões judiciais. Além do mais, os direitos fundamentais sociais estariam atrelados ao conceito de mínimo existencial, e somente o que exceder isto é que poderia ser limitado pela reserva do possível. Como corolário do mínimo existencial, a dignidade humana assume um *status* axiológico superior no ordenamento jurídico. Por isso, sempre que suscitado o argumento da reserva do possível, deve ser este confrontado com o mínimo existencial, devendo o Poder Judiciário decidir à luz do caso concreto.

Revela-se especialmente importante a figura do magistrado, que, nesse Estado Social, deve contribuir de forma a exigir do Estado uma intervenção ativa na esfera social, sendo esse um desafio do ativismo judicial democrático e responsável.

O Estado Democrático de Direito representa evolução histórica pautada na dignidade humana. A humanização do ato chega ao processo penal em virtude do seu papel garantista e de sua condição de assegurar o respeito aos direitos fundamentais. A audiência de custódia, tema do nosso trabalho, tem sido uma contribuição relevante para esse avanço. A audiência se revela como instrumento humanitário.

Entretanto, o modo como é realizada acaba destoando das suas finalidades previstas, o que reduz a sua efetividade. A partir da resistência à implantação do instituto e da posterior resistência a se fazer cumprir o regramento do CNJ (Resolução 213/2015) e os tratados internacionais é que se observou que, uma vez

implantada, a audiência não alcançou, como regra, o resultado esperado. No Rio Grande do Sul, por exemplo, Ana Carolina Filippin Stein e André Machado Maya constataram a ineficácia do instituto na repressão da violência policial, servindo o instituto apenas de mero ilusionismo (2017, p. 210). No Ceará, entre agosto de 2015 e junho de 2017, foram realizadas 11.210 audiências de custódia, sendo que em apenas 810 casos (7%) houve alegação de violência no ato da prisão (DADOS, 2017), o que comprova que nem sempre os atores do sistema de justiça criminal se interessam pelos relatos de tortura ou maus-tratos nas audiências (IDDD, 2016; CONECTAS, 2017), ou, ainda que se interessem, não há o encaminhamento adequado, constituindo a atividade do juiz e do promotor ato meramente protocolar. Fruto da escravidão que perdurou séculos, o Brasil ainda guarda resquícios bem vivos de uma civilização conservadora e preconceituosa, o que relegou a maioria dos negros ao ostracismo. São eles, sem dúvidas, a principal “clientela” do direito penal seletivo brasileiro, alvos de uma desumanização sem precedentes.

Os estudos de André Pereira Crespo e Bruno Amaral Machado identificaram que o sistema penal é seletivo e reafirma o modelo de controle que prepondera no sistema de justiça penal (CRESPO; MACHADO, 2021, p. 33). Impõe-se a mudança cultural dos atores envolvidos para que surta os efeitos esperados. Sem as audiências, a situação do sistema prisional poderia estar pior, não se nega, mas, em contrapartida, não houve melhora significativa em relação à condição anteriormente existente. Nesse ponto, chamamos atenção para a necessidade de ampliação do instituto de modo a potencializar o alcance dos objetivos e finalidades discutidos. Nos casos de prisões definitivas, é necessária também a utilização do espaço para a análise do sistema prisional como um todo, para que a inserção do indivíduo no sistema ocorra da maneira menos traumática possível, assegurando-lhe o respeito aos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho social.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Lindeivson Mourão de. **Audiência de Custódia e Direitos Fundamentais do Acusado**. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2077>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros Editores, 2008.
- ALVES, Cândice Lisbôa. Restrições e confrontos aos direitos fundamentais: uma proposta de análise discursiva. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. N° 19. 2013.
- ALVES, Higor Aguiar; GONZAGA, Jeferson Ribeiro. A audiência de custódia como direito fundamental do preso e seus benefícios para o processo penal. **Jus.com.br**, [S.], 08 de 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84885/a-audiencia-de-custodia-como-direito-fundamental-do-preso-e-seus-beneficios-para-o-processo-penal>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- ALVES, Jaiza Sammara de Araújo; RIBEIRO, Ana Flávia de Souza. Audiência de custódia como alternativa de combate à superlotação carcerária em Petrolina - PE. **Revista Direitos Humanos E Democracia**, ano 6, nº(12), p. 116–134, jul./dez.2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.12.116-134>. Acesso em: 12.nov 2021.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua concretização judicial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 316-335, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf. Acesso em: 06 fev. 2021.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2016. 260 p. E-book. Disponível em: https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2017/10/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301. Acesso em: 12 mar. 2021.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. Reformas da justiça penal no Brasil—a democratização inacabada. **Academia**, Acta Sociológica, v. 72, p. 43-69, 2017.

Disponível em:

https://www.academia.edu/32944924/REFORMAS_DA_JUSTI%C3%87A_PENAL_NO_BRASIL_A_DEMOCRATIZA%C3%87%C3%83O_INACABADA_Reforms_of_Criminal_Justice_in_Brazil_The_Unfinished_Democratization?email_work_card=title.

Acesso em: 20 set. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. **Academia**, São Paulo, 31 jun. 2014. Disponível em:

[https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cu)

[_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cu](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cu)
[st%C3%B3dia](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cu). Acesso em: 13 jul. 2021.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (a convenção europeia dos direitos do homem). **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 2, 1997.

BARROSO, Leonardo Alves. A Força Normativa dos Princípios Fundamentais como Vetores da Formação do Estado Ideal. **Revista da EMERJ**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Mar. 2012.

Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_118.pdf. Acesso em: 06 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor Jurídico**, [S.], 6 de jun. de 2012. Disponível em

<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Audiência de custódia. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **CPI – Sistema Carcerário Brasileiro**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. 434 p. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/sistema-carcerario-brasileiro.pdf>. Acesso em 12 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos**. Reportagem de 08 de setembro de 2015.

Disponível em <https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos/>. Acesso em 16 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras**

providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 120º da Independência e 53º da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF: Presidência da República, 171º da Independência e 104º da República, 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html. Acesso em 03 fev. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional** [recurso eletrônico], Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi (cord) ... (*et al.*). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 163º da Independência e 96º da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano nacional de saúde no sistema penitenciário.** 1 ed. Brasília - DF, 2004. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Institui o Código Eleitoral. **LEI Nº 4.737, DE 15 DE JULHO DE 1965.**

BRASIL. Senado Federal. Decreto legislativo n. 127, de 8 de abril de 2011. Aprova o texto da convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas, concluído em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, 11 abr. 2011.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 926, de 2016.** De plenário, em turno suplementar, sobre o Projeto de Lei do Senado no 554, de 20 11, do Senador Antonio Carlos Valadares, que altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível

em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452577&disposition=inline>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão. DJ: 09/09/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 24 de set. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.841 Distrito Federal**. D E C I S Ã O Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, visando à declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, cuja redação é a seguinte [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Min. Nunes Marques, 28 jun. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6841DECISAO.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.reg. Na reclamação 29.303 Rio de Janeiro**. DECISÃO: 1. Trata-se de reclamação aforada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro contra ato atribuído ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Arguente: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Arguido: não indicado. Relator: Min. Edson Fachin, 10 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345242589&ext=.pdf>. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 10.12.2020. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.reg. na reclamação 29.303 Rio de Janeiro**. Brasília: STF, ANO. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-extensao-audiencias-custodia.pdf>. Acesso em 11 de mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/15 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Brasília: STF, ano. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 02 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. Brasília: STF, ANO. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 590.140 - mg (2020/0146502-7)**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=115024448&num_registro=202001465027&data=20200925&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça STJ- Recurso Especial: REsp 0061724-08.2012.8.110000MT 2013/0192671-0 - Inteiro Teor. **Jus**

brasil. [S.], 2013. Ementa: Constitucional e administrativo. Cadeia pública. Superlotação. Condições precárias. Ação civil pública para obrigar o estado a adotar providências administrativas e apresentar previsão orçamentária para reformar ou construir nova unidade prisional[...]. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso e Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Herman Benjamin, nov. 2016.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/402595743/recurso-especial-resp-1389952-mt-2013-0192671-0/inteiro-teor-402595750>. Acesso em 04 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Terceira extensão no ag.reg. Na reclamação 29.303 Rio de Janeiro.** DECISÃO: 1. Por meio da petição n. 106824/2020, a Defensoria Pública da União postula a extensão dos efeitos da liminar anteriormente concedida que, ad referendum do E. Plenário desta Corte, determinou [...].

Requerente: Defensoria Pública da União. Procuradores: Defensor Público Geral da União. Relator: Min. Edson Fachin, 15 set. 2020. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345288707&ext=.pdf>.

Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **HC 91.361**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/9/2008.

CAMARGO, Virginia da Conceição. Realidade do Sistema Prisional no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. **DireitoNet**, [S.], 25 out. 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidade-do-sistema-prisional>. Acesso em 05 nov. 2017

CAPRIROLO, Dino. **Custos de bem-estar do crime no Brasil: um país de contrastes.** (Nota técnica do BID; 1243) Disponível em:

<https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Custos-de-bem-estar-do-crime-no-Brasil-Um-pa%C3%ADs-de-contrastes.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

CARVALHAL, Bruna Albino. Audiência de custódia e sua implementação do ordenamento jurídico brasileiro. **Brasil Escola**, [S.], Disponível em:

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/audiencia-custodia-sua-implementacao-ordenamento-juridico-brasileiro.htm#:~:text=A%20doutrina%20majorit%C3%A1ria%20sustenta%20que,so bre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos>. Acesso em 19 abr. 2021.

CASARA, Rubens. **Estado Pós-democrático:** Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

CASARI, Camila Maria Rosa; GIACÓIA, Gilberto. A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM** [Online], Volume 11, Número 1, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20816/pdf>. Acesso em: 02 set. 2021.

COELHO, Fernanda Soares Ferreira. Ativismo judicial à luz da teoria de Ronald Dworkin. O caso do aborto e sua repercussão na jurisprudência brasileira. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4554, 20 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45321>. Acesso em: 14 abr. 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 04 fev. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CNJ nega recurso da OAB sobre recusa ao julgamento por videoconferência. **Consultor Jurídico**. [S.], 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/cnj-nega-recurso-oab-julgamento-videoconferencia>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados 2017**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 04 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados sobre a Audiência de apresentação e sua implementação no Brasil**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-decustodia>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ministro Fux defende audiência de custódia por videoconferência em debate internacional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ministro-fux-defende-audiencia-de-custodia-por-videoconferencia-em-debate-internacional/>. Acesso em 12 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2015/04/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Acosta Calderón Vs. Equador**. Sentença de 24.06.2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 28 mar. 2017.

COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - **CADH (Pacto de San Jose da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos De Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2018, Vol.10(1), pp.76-88.

CORREIA JÚNIOR, Roberto Carlos Veríssimo. Realização da Audiência de Custódia Como Garantia da Observância Dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. **Âmbito Jurídico**. [S.l.], 01 de jan. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/realizacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-da-observancia-dos-principios-constitucionais-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; MENEZES, Narciso Ferreira de. Realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 5, n. 1, p. 63-79, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0200/2019.v5i1.5463>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CRESPO, André Pereira. **Audiências de Custódia no Distrito Federal: Arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça**. UniCeub, 2020. 34.

CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 17-37, 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias. Período de julho a dezembro 2019**. Brasília, DF. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/bases-de-dados>. Acesso em: 13 ago. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **NOTA TÉCNICA Nº 79/2020/COATR/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ**. Brasília, DF. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/numero-de-presos-que-trabalham-aumentou-48-no-sistema-prisional-brasileiro/copy2_of_copy_of_SEI_MJ11824750NotaTcnica79.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

DORIGON, Alessandro; SARLO, Roselane. A audiência de custódia e seu real objetivo no sistema jurisdicional. Jus.com.br. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76314/a-audiencia-de-custodia-e-seu-real-objetivo-no-sistema-jurisdicional>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FÁVARO NETO, Aécio; NOVAES, Pedro Luís Piedade. A possibilidade do delegado de polícia realizar a audiência de custódia. **Revista Juris UniToledo**, v. 4, n. 02, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3º edição. 2002.

FERREIRA, Paula de Oliveira. **Audiência de custódia e sua efetivação no processo penal brasileiro**. Artigo (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/24081/1/AudienciaCustodiaEfetiva%C3%A7ao.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Audiências de custódia e o art. 306 do CPP: norma ainda constitucional. **EPM - Escola Paulista da Magistratura**, [S.], 2015. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoProcessualExecucaoPenal/25649?pagina=2>. Acesso em: 16 jun. 2021.

FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. Audiência de custódia e seus (in) sucessos – breves críticas a seus descompassos práticos. **Revista Liberdades**, n. 24, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 42ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A resistência à audiência de custódia no Brasil: sintoma de ilegalismo. **Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre**, XVI, n. 93, p. 64, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais. **Jusbrasil**, [S.], 2014. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168950071/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais>. Acesso em: 13 jul. 2021.

GOULART, Diego Dutra. Audiência de custódia para inglês ver. **Revista Jus Navigandi**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38322/audiencia-de-custodia-para-ingles-ver>. Acesso em: 14 jul. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência**. Local: IPEA, 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>. Acesso em 11 nov. 2021.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS**

member states. International Human Rights Clinic, Harvard Law School, October 20, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

JAITMAN, Laura. Os custos do crime e da violência: novas evidências e constatações na América Latina e Caribe. Monografia do Banco Interamericano de Desenvolvimento; 510, 2017. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Os-custos-do-crime-e-da-viol%C3%Aancia-Novas-evid%C3%Aancias-e-constata%C3%A7%C3%B5es-na-Am%C3%A9rica-Latina-e-Caribe.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

LACERDA, Isabela Duran Cavalcante; NUNES, Danilo Henrique. O sistema prisional do Brasil à luz dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. **Revista Ciência e Cultura**. Editora Cubo. 09 de out. 2017.

LEI 13.964/19 (pacote anticrime). Vídeo 18: Prisões Cautelares - parte 2. Produção de Fábio Roque Araújo. [S.l.], 2020. 1 vídeo (12:41min). Publicado pelo canal Fábio Roque Araújo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fXeLxAx33Kg>. Acesso em 04 jan. 2021.

LEITE, Gisele; COSTA, Arthur Riboo da. **Considerações sobre a audiência de custódia no direito processual penal brasileiro**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 25 Set. 2020. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processo-penal/338145-consideracoes-sobre-a-audiencia-de-custodia-no-direito-processual-penal-brasileiro. Acesso em: 05 Dez. 2021.

LIMA, Marcellus Polastri. Questões que Envolvem a Denominada “Audiência de Custódia”. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 60, p.205-222, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Marcellus_Polastri_Lima.pdf. Acesso em: 05 de abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais : uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194915>. Acesso em: 08 nov. 2021.

LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Por que não estamos fazendo audiência de custódia para os presos por dívida de alimentos? **IBDFAM**, Belo Horizonte, 30 jan. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1633/Por+que+n%C3%A3o+estamos+fazendo+audi%C3%Aancia+de+cust%C3%B3dia+para+os+presos+por+d%C3%ADvida+de+alimentos?>. Acesso em: 20 jul. 2021.

LOPES JR, Aury Celso Lima; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do preso ao juiz:** Rumo á evolução civilizatória do processo penal. 2014. Disponível em:

http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11257/2/Audiencia_de_Custodia_e_a_Imediata_Apresentacao_do_preso_ao_juiz_Rumo_a_evolucao_civilizatoria_do_processo_penal.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. “Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia”. **Consultor Jurídico**, [S.], 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>. Acesso em: 14 jul. 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Resistência crítica e poder punitivo: diálogos em torno da audiência de custódia. **Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, Ano XVI**, n. 93, p. 40-53, 2015.

MAGALHAES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>. Acesso em 10 mai. 2021.

MAGALHÃES, Lucas Neuhauser. Falhas da audiência de Custódia aumentam gastos públicos e insegurança na sociedade. **Consultor Jurídico**, [S.], 27 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun27/lucas-magalhaes-audiencia-custodia-medida-redundante-aumenta-gastos> . Acesso em: 15 jul. 2021

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Unidade de Monitoramento Carcerário. **Relatório de Audiências de Custódia – Março 2016**. São Luís – MA, 2016.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MARTINS, Frederico. Audiência por videoconferência: o “novo normal” ou o “velho normal” agora valorizado? **Gran Cursos Online**, Brasília, 10 de jul. 2020. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/audiencia-por-videoconferencia-o-novo-normal-ou-o-velho-normal-agora-valorizado/>. Acesso em: 02 ago. 2021.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente a cultura do encarceramento**. **Revista dos Tribunais**. vol 960. ano 104. p. 77-120. São Paulo: Ed. RT, out. 2015.

MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Editora Canal Ciências Criminais. 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?** 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Audiencia_de_custodia/audi%C3%Aancia%20de%20cust%C3%B3dia.pdf. Acesso em 12 jul. 2021.

MENDES, Kíssila Teixeira. As políticas criminais e o neoliberalismo no Brasil: Debates atuais. Revista *Habitus: Revista de Graduação em Ciências Sociais do IFCS/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p.52-64, 15 julho 2015. Semestral.

MENDES, Mariana de Miranda Barbosa. **Audiência de Custódia: o paradoxo acerca da aplicabilidade de um instituto inconstitucional**. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/5002>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva; PEREIRA, Natália Ila Veras. A audiência de custódia como direito humano fundamental à luz das garantias constitucionais e internacionais”. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 19 – 42, Jul/Dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/113>. Acesso em: 17 jul. 2020.

MINAGÉ, Tiago M.; SAMPAIO JR., Alberto. A questão político-criminal da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 93, ago.-set. 2015.

MORAES, Camila Miranda de; DOUTOR, Fausto Siqueira Gaia; SILVA, Karla Yaci Carlos da. Audiências por videoconferência na Justiça do Trabalho são a melhor saída na crise. *Consultor Jurídico*, [S.], 14 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/opiniao-uso-videoconferencias-justica-trabalho>. Acesso em: 03 ago. 2021.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração: uma abordagem hermenêutico-filosófica**. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3087/Jo%E3o+Luiz+Rocha+do+Nascimento.pdf;jsessionid=4D3117377CE41BD1B4136266B77B289F?sequence=1>. Acesso em: 29 abr. 2021.

NATAL, Carlos Eduardo Mathias; ALVES, Pedro Henrique Dutra Almeida. Resenha crítica do livro ‘o estado pós-democrático’, de Rubens Casara. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, 2018.

NUCCI, Guilherme. Os mitos da audiência de custódia. *guilherme nucci*, [S.], 2015. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2/>. Acesso em: 15 jul 2021.

OLIVEIRA, Jorge Falcão Marques de. **A implementação da audiência de custódia no Brasil e as consequências jurídicas da sua não realização**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-05022019-104200/publico/JorgeFMOliveiraOriginal.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Orient. Regina Maria Macedo Neri Ferrari. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2006.**

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos
Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. **Unicef**.
Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 09 fev. 2021.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU**. Disponível em:
http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitrariadeclaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. rev. at. ampl. Belo Horizonte: CEI, 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAULA, Edimar de. **Audiência de custódia no estado do Tocantins, implantação, resultados e desafios**. Dissertação (Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2019. Disponível em: <http://200.129.179.47/bitstream/11612/1251/1/Edimar%20de%20Paula%20-%20Disserta%3%a7%3%a3o.pdf>. Acesso em 18 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTO, Pedro Rui da Fountoura. Lei 12.403/11 - Novas medidas cautelares no Processo Penal Brasileiro - Reflexões iniciais. **DireitoNet**. [S.], 30 jun.2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6510/Lei-12403-11->

[Novas-medidas-cautelares-no-Processo-Penal-Brasileiro-Reflexoes-iniciais](#). Acesso em:

RIBEIRO, Gustavo de Almeida. A audiência de custódia e a lei 13.964/19. **Migalhas**, [S.], 05 dez.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318754/a-audiencia-de-custodia-e-a-lei-13-964-19>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SANNINI NETO, Francisco. Espécies de prisão preventiva e a lei 12.403/2011. **Jusbrasil**. [S.], 2014. Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943692/especies-de-prisao-preventiva-e-a-lei-12403-2011>. Acesso em 10 mar. 2021.

SANNINI NETO, Francisco. Audiência de custódia e o “jeitinho brasileiro”. **Revista Jus Navigandi**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39583/a-audiencia-de-custodia-e-o-jeitinhobrasileiro>. Acesso em: 14 jul 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Meireângela Fontes. **Considerações gerais sob a audiência de custódia e a sua implementação no Brasil**. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2015. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1953/1/Monografia_Meire%20a2ngela%20Fontes%20Silva.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

SOARES, Igor Alves Noberto. As medidas cautelares e a audiência de apresentação (audiência de custódia) no processo penal. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 5, n. 01, p. 174-200, 31 jul. 2018. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.207>. Acesso em: 20 jul. 2021.

STEFFENS, Alessandra Franke; DE MARCO, Cristhian Magnus. Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro. Direito. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n° 34, p. 28-44, jan/abr.2018.

STEIN, Ana Carolina Filippon; MAYA, André Machado. A audiências de custódia entre a normatividade e as resistências inerentes ao habitus que marca o campo jurídico-penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; LEO, Wangle Samuel Costa. O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o “estado de coisas inconstitucional”. **Rev. secr. Trib. perm. revis**, v. 7, n. 13, p. 193-212, Mar. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a7.n13.p193>. Acesso em 17 jul. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal. 8ª edição**. Editora JusPODIVM, 2013.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. **IBCCRIM**, v. 24, p. 1676-366, 2016.

VIEIRA, Adriana Dias. Cárcere e Democracia no Brasil: notas para um debate. *Jura Gentium- Rivista di Filosofia dell diretto Internazionale e dela politica globale*, v.7, nº2, 2010.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADI 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015**. *Revista dos Tribunais*. 2016.

VILANOVA, Rafael Guimarães. MOTA, Karine Alves Gonçalves. Audiências de Custódia: Um Estudo Sobre Seus Reflexos na População Carcerária do Estado do Tocantins. **Âmbito Jurídico**, [S.l.], 04 dez. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/audiencias-de-custodia-um-estudo-sobre-seus-reflexos-na-populacao-carceraria-do-estado-do-tocantins/#:~:text=1%20A%20AUDI%20C%8ANCIA%20DE%20CUST%20C%93DIA,ad equa%20A7%20A3o%20no%20processo%20penal%20brasileiro>. Acesso em 28 ago. 2021.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. 2011. Tese de Doutorado. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Audiências de custódia e proteção/efetivação de direitos humanos no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas– (UNIFAFIBE)**, [S.l.], v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/201>. Acesso em: 18 jul. 2020.