

Jorge Henrique da Silva Filho

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:

*os direitos fundamentais humanos face
aos efeitos nefastos do cárcere*

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
os direitos fundamentais humanos face
aos efeitos nefastos do cárcere**



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-SemDerivações 4.0 Internacional.

Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

Equipe RFB Editora

Jorge Henrique da Silva Filho

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
os direitos fundamentais humanos face
aos efeitos nefastos do cárcere**

1ª Edição

Belém-PA
RFB Editora
2023

© 2023 Edição brasileira
by RFB Editora
© 2023 Texto
by Autor
Todos os direitos reservados

RFB Editora
CNPJ: 39.242.488/0001-07
www.rfbeditora.com
adm@rfbeditora.com
91 98885-7730

Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12, Nazaré, Belém-PA,
CEP 66035065

Editor-Chefe
Prof. Dr. Ednilson Souza
Diagramação e capa
Worges Editoração
Imagem da capa
Canva.com

Revisão de texto
Autor
Bibliotecária
Janaina Karina Alves Trigo Ra-
mos
Produtor editorial
Nazareno Da Luz

Catálogo na publicação
RFB Editora



A911

Audiência de custódia e o sistema prisional brasileiro: os direitos fundamentais humanos face aos efeitos nefastos do cárcere / Jorge Henrique da Silva Filho. – Belém: RFB, 2023.

Livro em PDF

116 p.

ISBN: 978-65-5889-462-9

DOI: 10.46898/rfb.3d56c010-b11c-4c0a-bbc1-f490d206975f

1. Audiência de custódia e o sistema prisional brasileiro. I. Silva Filho, Jorge Henrique da. II. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA
(Editor-Chefe)

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA

Prof^a. Ma. Rayssa Feitoza Felix dos Santos-UFPE

Prof. Me. Otávio Augusto de Moraes-UEMA

Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP

Prof^a. Ma. Luzia Almeida Couto-IFMT

Prof^a. Dr^a. Raquel Silvano Almeida-Unespar

Prof. Me. Luiz Francisco de Paula Ipolito-IFMT

Prof. Me. Fernando Vieira da Cruz-Unicamp

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA

Prof^a. Dr^a. Ilka Kassandra Pereira Belfort-Faculdade Laboro

Prof^a. Dr. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG

Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves-IFF

Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ

Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF

Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA

Prof^a. Ma. Adriana Barni Truccolo-UERGS

Prof. Me. Pedro Augusto Paula do Carmo-UNIP

Prof.^a Dr^a. Isabella Macário Ferro Cavalcanti-UFPE

Prof. Me. Alisson Junior dos Santos-UEMG

Prof. Me. Raphael Almeida Silva Soares-UNIVERSO-SG

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA

Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné-Faccrei

Prof. Me. Fernando Francisco Pereira-UEM

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL

Prof. Me. Antonio Santana Sobrinho-IFCE

Prof.^a Dr.^a. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins-IEMA

Prof. Me. Darlan Tavares dos Santos-UFRJ

Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM

Prof.^a Dr.^a. Elane da Silva Barbosa-UERN

Prof. Dr. Piter Anderson Severino de Jesus-Université Aix Marseille

*À minha amada mãe,
razão da minha existência.*

AGRADECIMENTOS

Gratidão a Deus por ser o autor e consumidor da minha fé e por me sustentar com Suas destros mãos na minha trajetória acadêmica e profissional, proporcionando-me capacitação, sabedoria e discernimento para percorrer os meandros do conhecimento. A Ele toda honra, toda glória e toda adoração, porque “nEle estão escondidos todos os tesouros da sabedoria e do conhecimento.” (Colossenses 2:3)

Agradeço, ainda, aos meus pais e ao meu irmão por me proporcionarem o verdadeiro referencial de família.

Na mesma medida, ao Exmo. Dr. Hailton Gonçalves da Silva, pela confiança depositada e pelos ensinamentos concedidos, e aos meus companheiros de trabalho, especialmente Rosimere Alves, por agregarem aprendizado e crescimento.

*“Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país
visite os porões de seus presídios”.*

Nelson Mandela

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
CAPÍTULO I	
HISTÓRIA DAS PRISÕES	17
CAPÍTULO II	
O ATUAL COLAPSO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	33
CAPÍTULO III	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	61
CAPÍTULO IV	
AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	85
REFERÊNCIAS	106
ÍNDICE REMISSIVO.....	112
SOBRE O AUTOR	114

APRESENTAÇÃO

A presente obra tem como escopo apresentar as nuances em torno das inovações procedimentais no âmbito da prisão em flagrante proporcionadas pela implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo uma análise de seus efeitos no falido sistema prisional brasileiro, com vistas ao resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A abordagem inicia-se com a exposição do contexto histórico de surgimento das prisões e de suas variadas finalidades em diversas épocas, fazendo um breve transcurso na antiguidade pré-clássica até a idade moderna, quando houve de fato a transição das penas corporais, os famigerados suplícios, para a pena privativa de liberdade em penitenciárias, com objetivo não mais apenas retributivo, mas ressocializador. Em seguida faz-se uma exposição acerca da definição do princípio da dignidade da pessoa humana, que é a espinha dorsal dos Estados Democráticos de Direitos, malgrado seja violado sistematicamente nos sistemas prisionais mundo afora.

Em seguida, será feita uma exposição acerca do atual colapso do sistema prisional brasileiro, trazendo detalhes da situação deletéria de toda sua estrutura, menoscabando a maioria, senão todas, das garantias individuais constitucionalmente definidas, bem como nos instrumentos normativos internacionais de direitos humanos. Nesse diapasão, traz-se à baila o conceito de estado de coisas inconstitucional, que se consubstancia em uma técnica jurídica elaborada pela Corte constitucional colombiana com a finalidade de estabelecer parâmetros para superar determinado cenário de extrema e massiva violação a direitos fundamentais.

Serão elencados os quatro pressupostos para a configuração do estado de coisas inconstitucional, bem como a abordagem no to-

cante ao reconhecimento do mesmo no sistema prisional brasileiro pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, que teve o julgamento das medidas cautelares em setembro de 2015, no qual determinou-se que fossem realizadas audiências de custódia em todo território nacional, entre outras medidas deferidas liminarmente.

Ademais, será estudada a cultura da punição, que está arraigada entre as autoridades policiais e judiciárias, e que é alimentada pela sociedade de forma intensa, demonstrando-se assim os efeitos nocivos desse punitivismo exacerbado que incidem sobre a própria sociedade.

Além disso, a reincidência também é tratada com apontamentos pertinentes quanto às suas causas e desdobramentos, haja vista seus índices alarmantes e que representa um constante retrocesso no exercício dos direitos e garantias individuais.

Após todo esse contexto, será introduzida a análise do instituto da audiência de custódia, a respeito de sua previsão normativa, características, finalidades e seus efeitos no sistema prisional brasileiro decorrentes de sua operacionalização comprometida com os direitos fundamentais, haja vista as consequências avassaladoras e irreversíveis que recairão naqueles infratores ressocializáveis que são inseridos nas prisões brasileiras através de uma conversão de prisão em flagrante em preventiva totalmente descompromissada e sem perspectiva humanizada.

Vale adiantar que a audiência de custódia é prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992, mas que nunca foi implementada no âmbito interno.

Nessa esteira, em decorrência da crise no sistema penitenciário brasileiro, como corolário, principalmente, da superlotação, foi colocada em prática a audiência de custódia por volta de 2014 em alguns estados brasileiros, paulatinamente em 2015 foram sendo instituídas em outros estados e culminando com a Resolução 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a sua aplicação em todo Poder Judiciário, até que a Lei n. 13.964/2019 alterou a redação do art. 310 do CPP, positivando a exigência de realização da audiência de custódia.

Em seguida será feita uma abordagem a respeito das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, que estão desempenhando um papel importantíssimo no resguardo dos direitos fundamentais quando são aplicadas em audiência de custódia, no procedimento de deliberação acerca da prisão em flagrante. Nessa perspectiva, será exposto que os efeitos cautelares dessas medidas podem ter a mesma força e operacionalidade que uma prisão provisória em determinados casos, e com os subsídios do Protocolo I da Resolução nº 213/15 do CNJ, impedirão, assim, a inserção do infrator ressocializável no falido sistema prisional brasileiro e levará a um arrefecimento do círculo vicioso da criminalidade, que é desencadeado e alimentado pelos efeitos nefastos do cárcere em sua atual conjuntura.

Por conseguinte, esta obra irá se dedicar em demonstrar que a audiência de custódia tem a virtude de humanizar a decisão do juiz de modo a filtrar as prisões, desde que operacionalizada de forma comprometida com os direitos fundamentais do ser humano e com a paz social, desincumbindo o falido sistema prisional brasileiro de fazer o contrário.

CAPÍTULO I

HISTÓRIA DAS PRISÕES

1.1 TRANSCURSO DA APLICAÇÃO DAS PRISÕES DA ANTIGUIDADE À IDADE MODERNA E A TRANSIÇÃO DAS PENAS CORPORAIS PARA A PRIVATIVA DE LIBERDADE

O cárcere foi muito utilizado em diversas épocas da história, seja para assegurar a aplicação futura de uma pena, seja para de alguma forma castigar ou retribuir algum mal. No Império Romano, por exemplo, ele era utilizado para resguardar o acusado até o julgamento, quando lhe era aplicada uma sanção, quase sempre a pena capital. Na Grécia Antiga, as prisões tinham o fim de coagir o devedor a pagar suas dívidas, ou seja, havia o encarceramento e enquanto a dívida não fosse quitada, sua prisão seria mantida. (BITENCOURT, 2004, p. 8)

Noutra esteira, as prisões também foram utilizadas para encarcerar aqueles que representavam um perigo à ordem instituída e ao poder dos governantes, por serem, exclusivamente, pobres e marginalizados, ou seja,

a prisão também serviu para tirar de circulação parte do grande contingente de pessoas pobres que se acumularam por causa das guerras e da crise feudal, na Europa, situação que alcançou seu auge no fim do século XVII e início do século XVIII. Essa população, com grande número de pobres e miseráveis, muitos deles criminalizados e estigmatizados como delinquentes por força da situação, constituía-se um perigo, não só para a segurança pública, mas também para o próprio poder. Nestes casos, seu recolhimento não tinha fins retribucionistas e nem era propriamente prevenção. A prisão, nessas circunstâncias, tinha sobretudo, objetivos políticos, por pretender eliminar as forças que porventura se opusessem àqueles que detinham o poder e, com isso, assegurar a continuidade o próprio poder. (DIAS, 2010)

Mais tarde, com a revolução industrial e com as ideias iluministas que influenciaram na forma de enxergar e de viver da sociedade, os fins da prisão foram sendo modificados na tentativa de adap-

tá-los à nova realidade. Nessa perspectiva, já no deambular da Idade Moderna, entre o século XVI e XVIII, surgiram algumas contribuições teóricas e práticas de grande relevância para a “evolução” das prisões, destacando-se as de Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham.

Vale esmiuçar melhor, a partir de agora, a transição da utilização das penas aflitivas ou corporais para a aplicação das prisões, sob o impulso de toda essa revolução ideológica.

Desde o final da Idade Média, a quem infringisse os preceitos normativos e religiosos que afrontassem a ordem social eram impostas penas corporais que na maioria das vezes levavam à morte. A aplicação dessas penalidades se dava em praça pública e receberam o nome de suplício, eis que se tratava de um ritual cruel, que vilipendia o corpo do sentenciado até o seu último sopro de vida.

Há um código jurídico da dor: a pena, quando é supliciante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco: ela é calculada de acordo com regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda, [...] tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furada). [...] E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. Por isso sem dúvidas é que os suplícios se prolongam ainda depois da morte: cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, expostos à beira das estradas. A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento. (FOUCAULT, 2012, p. 36)

Nessa esteira, as prisões ainda não possuíam o caráter de pena, muito menos a finalidade ressocializadora, uma vez que eram utilizadas apenas para enclausurar o acusado até o julgamento, para que ele não se furtasse da aplicação da pena futura, que quase sempre se restringiam às penas corporais e de morte.

A prisão não servia como castigo em si mesmo, posto que a custódia do delinquente, mesmo que em lugares horríveis e submetido a toda espécie de sofrimentos, não purgava o mal que causara à sociedade. Ela servia apenas para assegurar a aplicação de pena final, que era muito severa, quase sempre a morte. Ao mesmo tempo em que se evitava a fuga do acusado, o que frustrava a aplicação da pena, evitava-se que a população avocasse para si a tarefa de julgar e de penalizar o criminoso, fazendo ela mesma justiça pelas próprias mãos. (DIAS, 2010)

Passando-se os anos, com a chegada do século das luzes trazendo consigo novas perspectivas racionais e humanitárias, os espetáculos espúrios, arbitrários e desumanos de aplicação de pena, aos quais os detentores do poder submetia a sociedade, tiveram suas finalidades colocadas em cheque, pois não se conscientiza uma coletividade a respeito dos efeitos do crime com a exposição desproporcional e mais horrenda possível de punição para quem envereda seus caminhos. Conforme afirma Greco, (2016, p. 118), “o final do século XVIII foi marcado por uma mudança de mentalidade estatal no que dizia respeito à pena de privação de liberdade.”

Isso foi acarretado pela influência veemente das ideias e posicionamentos de grandes pensadores e defensores humanitários, que a partir de então não aceitavam a subjugação do homem ao arbítrio do Estado, o qual deveria ser o garantidor de seu bem-estar e não o algoz de seus direitos. Então, buscou-se o reconhecimento da dignidade humana como direito por excelência e inafastável. Entre as personalidades que capitanearam esse movimento sobressai-se John Howard e Jeremy Bentham.

Howard foi um obstinado pelo problema carcerário. Além de conhecer e trabalhar para a melhora das prisões da Inglaterra e em Gales, também empreendeu viagens para outros países, a exemplo de Portugal, Espanha, França, Alemanha, Holanda, [...], dentre outros, procurando conhecer e comparar os sistemas prisionais. [...] Depois

de avaliar e criticar inúmeras prisões, Howard, em seu livro intitulado *Estate of prisons*, fixou as bases para um cumprimento de pena que não agredisse os demais direitos do homem, a saber: 1) higiene e alimentação; 2) disciplina distinta para presos provisórios e os condenados; 3) educação moral e religiosa; 4) trabalho; 5) sistema celular mais brando. (GRECO, 2016, p. 116)

Bentham, por sua vez, ávido por mudanças finalísticas e estruturais na forma como a prisão era executada, inspirado pelas ideias de Howard, com o intuito de humanizar o sistema prisional, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, e com supedâneo na sua teoria do utilitarismo do Direito, criou um modelo de sistema penitenciário chamado *panóptico*.

O prefixo *pan*, de origem grega, tem o significado de totalidade; *optico*, palavra também originária do grego, refere-se à visão. Assim, Bentham projeta, arquitetonicamente, o chamado *panóptico*, ou seja, um edifício destinado ao cumprimento de penas privativas de liberdade, construído de modo que toda a sua parte interior pudesse ser vista de um único ponto.

[...] Ou seja, a possibilidade de se ter a visão do todo, construída de forma circular, com uma torre no meio, de onde podia-se vigiar todas as celas a sua volta. As celas ficavam na construção circular, tinham uma janela externa, para penetração da luz e outra interna, para penetração do olhar vigilante da torre central. Com essas aberturas, era possível exercer uma vigilância sobre os apenados sem ser observado pelos mesmos. (DIAS, 2010; GRECO, 2016, p. 120)

Nessa perspectiva, as muitas facetas da prisão até então vão se delimitando com a fixação de objetivos racionais e humanizados. Por conseguinte, são inventados e colocados em prática vários modelos de sistemas prisionais em vários países, norteando a elaboração de todos a preocupação em incumbir à prisão a função de conscientizar o detento, e como corolário ressocializá-lo.

Os modelos precursores que de alguma forma influenciariam os que viriam à tona no século XVIII, foram os criados na Inglaterra

e na Holanda, por volta de 1530 e 1596, respectivamente, que foram adotados por vários países da Europa.

Na Holanda, devido ao alto grau desenvolvido pelo capitalismo, surgiu, no ano de 1596, um estabelecimento prisional masculino denominado *Tuchthuis*, composto, basicamente, pelo mesmo “público-alvo” inglês, vale dizer, mendigos, pequenos ladrões, vagabundos, jovens infratores, geralmente condenados a um período curto de cumprimento de pena. Foi uma das primeiras casas de reforma no mundo e serviu de protótipo para as penitenciárias existentes hoje em dia. O cumprimento da pena funda-se no trabalho do preso, visando a transformar a força de trabalho daqueles condenados, considerados indesejáveis, em algo socialmente útil. (GRECO, 2016, p. 103)

Porém, foi no final do século XVIII e início do século XIX, que, nos Estados Unidos, principalmente, foram desenvolvidos diversos modelos de sistemas penitenciários, que embora tenham recebido algumas críticas, foram fundamentais para que a pena de prisão, definitivamente, consolidasse-se como instrumento de reincorporação social através do trabalho, da leitura e do isolamento com o fim de auto exame e conscientização.

Entre eles se destacam o sistema alburniano, o sistema pensilvânico, o sistema de Elmira, o sistema de Montesinos e o sistema Borstal.

O sistema Auburniano, representado pela penitenciária construída na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, em 1818. Caracterizava-se pelo isolamento noturno em celas individuais e permitia o trabalho dos presos, de início dentro de suas próprias celas, e a posteriori, em grupos.

As refeições eram comuns, ou seja, eram servidas no refeitório, em uma mesa extensa, em que todos os presos se assentavam, formando uma fila somente. Para manter a regra do silêncio absoluto, os presos entravam naquele local com a cabeça baixa, comiam também com a cabeça baixa, além de usarem capuzes que lhes impediam a visão. Os castigos corporais não foram abolidos na prisão de Auburn, sendo aplicados, muitas vezes, coletiva-

mente, quando não se conseguia descobrir qual dos detentos havia infringido as normas carcerárias. (GRECO, 2016, p. 123)

O sistema pensilvânico ou filadélfico, também conhecido como celular mantinha algumas semelhanças com o alburniano. Os dois sistemas permitiam que os reclusos se comunicassem entre si, bem como em ambos existia a separação por celas individuais durante a noite. O que os diferenciava nesse sentido era que no regime pensilvânico a segregação se dava durante o dia, enquanto no alburniano, eram reunidos durante algumas horas, para que houvesse dedicação a um trabalho produtivo. O sistema celular possuía perspectivas e inspirações místicas e religiosas, o sistema alburniano, por sua vez, buscou inspiração em motivações claramente econômicas, e ambos adotaram uma concepção predominantemente punitiva e retributiva da pena. (BITENCOURT, 2004, p. 79-80)

Em 1840, entrava em cena o sistema progressivo inglês, pensado por Alexander Maconochie, a ser executado em três estágios. No primeiro, mantinha-se o preso totalmente isolado, por isso era conhecido como período de prova. No segundo, permitia-se o trabalho comum, com a submissão ao silêncio absoluto, além de haver o isolamento noturno. E por último, no terceiro estágio era permitido o livramento condicional.

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. (BITENCOURT apud MORAES, 2013)

Semelhantemente ao sistema progressivo inglês, em 1847, Walter Crofton cria o sistema progressivo irlandês, incrementando um novo estágio, o período intermediário, no qual havia o direcionamento do recluso a uma penitenciária industrial ou agrícola, com vida em comum de noite e de dia para atestar a aguardada regeneração e a aptidão para a liberdade. Esse período intermediário definiu-se como o terceiro estágio, ficando o livramento condicional como o quarto estágio, conforme explicita Lyra apud Greco (2016, p. 125).

Na Espanha, entre 1835 e 1854, foi implantado no presídio de Valência, o sistema de montesinos, o qual revolucionou o modo de se executar a pena de prisão. O Coronel Manuel Montesino y Molina, seu mentor, pregava que o delito praticado por um indivíduo não deveria castiga-lo para sempre, ou seja, ao entrar na penitenciária, o infrator deveria ter a oportunidade de se reconciliar consigo mesmo e enxergar um futuro melhor para si. Montesinos possuía firma esperança nas possibilidades proporcionar nova orientação ao próximo, e encontrou equilíbrio entre o exercício da autoridade e as medidas pedagógicas que permitia a correção do recluso. (BITENCOURT, 2004, p.89-90)

Conforme assevera Rogério Greco (2016, p. 127), Montesino engendrou mudanças significativas para que a pena privativa de liberdade tivesse êxito em seus resultados, como por exemplo, a eliminação dos castigos corporais e infamantes, a determinação do trabalho remunerado do preso, a vedação do regime celular, a permissão para a concessão de saídas temporárias dos reclusos, entre outras.

Ainda de grande relevância, destacou-se o sistema borstal, que de acordo com Greco, foi

[...] criado na Inglaterra, em 1902, coma finalidade de abrigar jovens delinquentes entre 16 e 21 anos de idade. Borstal pode ser considerado o pioneiro como modelo de regime penitenciário aberto. [...]

Nascia ali, o gérmen da casa penal aberta, ou prisão albergue, onde a vigilância com relação ao preso é extremamente reduzida, propiciando, assim, que sua reintegração à sociedade seja realizada de forma natural. (GRECO, 2016, p. 128)

Vale mencionar que no Brasil, dos tempos coloniais até o período imperial, ainda se faziam presentes veementemente as penas corporais e infamantes, bem como a pena de morte, exemplo emblemático disso foi a execução de Tiradentes. Todavia, sob a influência efervescente do novo espírito republicano e das ideias vindas do exterior a respeito dos novos modelos de sistema prisional, o Código Penal Brasileiro do período republicano, adotou o sistema progressivo irlandês, que deveria ser implantado em todo território brasileiro. O estado pioneiro foi o de Santa Catarina, ao ser construída em Florianópolis, no início do século XX, uma penitenciária nos moldes e propostas do referido sistema.

Nesse diapasão, todos esses modelos proporcionaram expectativas promissoras e positivas, mas com o passar do tempo, o otimismo em relação à saudável aplicação da pena de prisão esvaiu-se, uma vez que tais sistemas sofreram influências negativas dos detentores do poder estatal em diversos aspectos, a criminalidade aumentou com o crescimento dos núcleos urbanos, a superlotação tornou-se uma realidade e as péssimas condições físicas e estruturais, que já acometiam a maioria das penitenciárias, apenas se agravaram.

Depreende-se, portanto, que a evolução da pena privativa de liberdade divide-se em quatro grandes períodos, quais sejam:

- 1) Período anterior à pena privativa de liberdade, no qual a prisão constitui um meio para assegurar a presença da pessoa do réu ao ato judicial;
- 2) Período de exploração. O Estado adverte que o condenado constitui um apreciável valor econômico em trabalhos penosos;

a privação de liberdade é um meio de assegurar sua utilização em trabalhos penosos;

3) Período correcionalista e moralizador. Encarnado pelas instituições do século XVIII, e princípios do século XIX;

4) Período de readaptação social ou ressocialização. Sobre a base da individualização penal, o tratamento penitenciário e pós-penitenciário. (NEUMAN apud GRECO, 2016, p. 105)

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Analisando o contexto histórico da transição das penas corporais para a pena privativa de liberdade nas prisões como objetivo do *ius puniendi* estatal, verifica-se que foi percorrida uma longa e exaustiva trajetória pelos idealistas revolucionários humanistas para que se pudesse atribuir ao cárcere o mister ressocializador, colocando o infrator não mais como mero objeto do arbitrário poder estatal, mas como um ser humano apto para a recuperação.

É evidente que embora as prisões não constituíssem uma pena propriamente dita antes do século XVIII, suas estruturas e as condições proporcionadas aos detentos eram inóspitas e degradantes, os mesmos eram vistos como animais e lhes era direcionado o tratamento mais repugnante possível até o julgamento final, momento a partir do qual passariam pelo ápice da selvageria humana. (BITENCOURT, 2004, p. 5)

Todavia, com a mudança de paradigma no que diz respeito ao trato com a prisão, trazida pelo século das luzes e pelos seus eminentes pensadores e defensores humanistas, passou-se a enxergar o sujeito infrator sob outra ótica, ao surgir a preocupação em atingir não mais seu corpo, mas sua alma. Houve a partir de então a aspiração para que fosse levada a efeito de fato a sua reinserção social. Eis que desponta, nessa perspectiva, a assimilação pela dignidade da pessoa humana. (FOUCAULT, 2012, p. 90-91)

Os modelos de sistemas prisionais criados a partir do século XVIII tentaram garantir ao preso efetivamente os direitos inerentes ao ser humano, ou seja, foram desenvolvidos para permitir que o interno voltasse para a sociedade sem se deixar levar por tendências criminosas, por isso havia a imposição de leitura e do trabalho, bem como a existência de estrutura física e material razoáveis para tal fim, conforme já fora explicitado supra.

No entanto, a inércia dos Estados em não subsidiar a continuidade desses sistemas, a falta de vagas acarretada pelo aumento da criminalidade e deturpação das ideologias iluministas e humanistas, foram os fatores determinantes para que as prisões se tornassem no problema social que é hoje, visto que seu atual *status* é de violação veemente à dignidade da pessoa humana, ao submeter os que ali são custodiados às mais variadas formas de degradação. (GRECO, 2016, p. 165-167)

Restringindo o âmbito de análise ao Brasil, tem-se uma situação caótica. O sistema prisional brasileiro é estarrecedor no que toca ao respeito aos direitos humanos. A esse respeito Carlos Araújo (2014) leciona que:

As prisões brasileiras tornaram-se um amontoado de pessoas sem esperança de justiça e expectativas de ressocialização. São indivíduos ignorados pela sociedade, guardados em escaninhos escuros e esquecidos da consciência coletiva, relegados a prisões que em muitos casos mais se aproximam de masmorras da idade média. (ARAÚJO, 2014)

Os indivíduos condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade ou até mesmo os que estão submetidos a uma prisão provisória sofrem diariamente desrespeitos e violações de toda sorte, que afetam diretamente a integridade física e psíquica dos mesmos. Eles enfrentam problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados

médicos etc., detalhes que serão pormenorizados no capítulo seguinte. A ressocialização do egresso, portanto, é uma missão quase inalcançável, uma vez que inexistem programas governamentais para a reintegração social, juntando-se a isso o fato de que a sociedade, hipocritamente, não simpatiza com aquele que já foi condenado em razão de ter cometido um ilícito penal.

Constata-se, por conseguinte, que há uma violação intensa e ininterrupta à quase totalidade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos nas prisões brasileiras, e todos esses direitos violados direcionam-se para uma agressão a um postulado maior, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa a premissa básica do ser humano, o direito por excelência, que é elencado como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se verifica do teor do art. 1º, III da Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a espinha dorsal das garantias e direitos fundamentais, segundo o qual o Estado Brasileiro deve posicionar o ser humano como a justificativa para sua existência, ou seja, nele deve ser centralizado a atuação garantista estatal ao assegurar-lhe todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Desde as atrocidades e barbaridades cometidas na 2º Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana vem sendo fortalecida e colocada em evidência como direito/princípio que transcende os interesses dos Estados soberanos. Conceituá-la e definir seu âmbito de abrangência é para a maioria dos doutrinadores, filósofos e pensadores contemporâneos, uma tarefa difícil, mas nas pertinentes palavras de Ingo Sarlet (2010)

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direi-

tos 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET apud PAIVA e BICHARA, 2010)

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana consubstancia-se no atributo que está interligado intimamente à condição humana, que se traduz na garantia dos direitos fundamentais instituídos constitucionalmente e pelos órgãos internacionais, com vistas a proporcionar ao homem o mínimo exigível para uma vida digna, isto é,

A dignidade da pessoa humana refere-se a uma qualidade intrínseca pertencente a cada pessoa, que a coloca em posição merecedora de respeito por parte de seus semelhantes e do Estado, motivando e alicerçando os direitos humanos e os direitos fundamentais (aqueles positivados pelo Estado), que a protegem de abusos e violações. (BERTONCINI e MARCONDES, 2013)

No entanto, a magnitude do que representa esse princípio para os seres humanos é “jogada no lixo” quando se trata da órbita prisional brasileira, visto que

[...] indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase que impossível, pois não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal. (GRECO, 2016, p. 68)

O princípio da dignidade da pessoa humana, como já mencionado, é previsto como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, III da Constituição Federal, porém, como corolário de sua incidência, a própria Carta Magna define direitos relacionados à execução da pena de prisão, como os que constam do art. 5º, inciso XLVI,

a individualização das penas; inciso XLVII, a vedação a penas de morte, de banimento, cruéis, de trabalhos forçados e de caráter perpétuo; inciso XLVIII, o cumprimento da pena em estabelecimentos diferenciados de acordo com o sexo, idade e natureza do delito; inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral do preso; inciso L, a possibilidade das mães presidiárias permanecerem com seus filhos durante o período da amamentação; inciso LVIII, a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entre outros.

Por outro lado, o princípio da dignidade humana ficou consagrado em vários instrumentos normativos internacionais de defesa aos direitos humanos, impedindo qualquer medida atentatória contra a humanidade, e que influenciaram sobremaneira a normativa interna dos países signatários dos respectivos tratados. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, em seu preâmbulo, assim expressou de forma emblemática e inaugural:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais

ampla. [...] (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 10/12/1948)

Urge mencionar ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678 de 1992, a qual eleva a uma posição central e de evidência a pessoa e a sua dignidade, em seu art. 5º, 1, 2 e 6, dispõe o seguinte:

[...] 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Decreto nº 678, 06/11/1992)

Por sua vez, também de suma importância no resguardo da dignidade humana, foi promulgada no Brasil através do Decreto nº 592 de 1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu preâmbulo e em seu artigo 10, inciso 1º traz as seguintes disposições, respectivamente:

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,[...]

[...]1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Decreto nº 592, 06/07/1992)

E por último, vale destacar a importância da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 40 de 1991, que em seu preâmbulo traz a concepção de que os direitos iguais e essenciais

que pertencem a todos os seres humanos derivam da dignidade da pessoa humana.

Não obstante o princípio da dignidade da pessoa humana esteja bem amparado por toda essa normativa internacional, com disposições contundentes com o fito de fazer com que haja o efetivo cumprimento de seus postulados pelos Estados soberanos e pelos próprios seres humanos uns com os outros, sua violação é sistemática nas prisões brasileiras e mundo afora, ao submeter o ser humano recluso a condições animais, atingindo de forma brutal sua integridade física, psíquica e moral.

CAPÍTULO II

O ATUAL COLAPSO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

1.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O sistema prisional brasileiro em sua atual conjuntura apresenta uma das maiores violações a direitos fundamentais da pessoa humana. Os reclusos vivem em condições subumanas, de agressão constante à dignidade física e psíquica. A estrutura dos presídios são precárias e insuscetíveis de proporcionar o mínimo de comodismo para quem já perdeu a sua liberdade, afinal de contas, a norma penal incriminadora no seu preceito secundário, na maioria das tipificações, estipula pena de reclusão ou de detenção, ou seja, pena privativa de liberdade, e não o dilaceramento paulatino do corpo e da mente em cadeias inóspitas, muito menos pena de tratamento cruel ou degradante, a qual não é concebida em nossa ordem constitucional.

São diversos os problemas que evidenciam a situação caótica de nossas penitenciárias, quais sejam, falta de espaço físico, péssimas condições de salubridade, insuficiência de profissionais da saúde e de medicamentos, alimentação imprópria, promiscuidade, criminalidade e o desfalcado quadro de agentes penitenciários. Nas palavras de Daniel Sarmiento (2015):

são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde, à seguridade social e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Há mulheres em celas masculinas e outras que são obrigadas a dar à luz algemadas. Nes-

te cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos. (SARMENTO, 2015)

A corrupção dos servidores do sistema carcerário também é um dos problemas graves encontrados nas penitenciárias, em especial as localizadas nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. E o Brasil é um exemplo onde essa prática da corrupção no âmbito carcerário tornou-se corriqueira e quase que obrigatória, quando é imposta pelos veteranos aos que ingressam nesse serviço público, como forma de se adequar ao “sistema”, havendo o locupletamento massivo dos mesmos.

No Brasil, por diversas vezes, presos foram filmados falando ao telefone celular, ou seja, controlando suas atividades ilícitas de dentro do próprio sistema prisional, ou, ainda, vendendo drogas como se estivessem nas ruas e, o pior, muitas vezes portando armas de fogo. A pergunta, inocente com certeza, é a seguinte: como esses telefones celulares, drogas, armas foram parar dentro de um sistema prisional que é cuidado pelo Estado? Obviamente que a resposta só pode ser no sentido de se afirmar pela corrupção dos funcionários encarregados da vigilância do cárcere. (GRECO, 201, p. 179)

Em virtude disso é que a Lei 11.446, de 28 de março de 2007, incriminou a conduta do diretor de penitenciária e/ou agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio, similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (art. 319-A do Código Penal)

Durante a CPI do sistema carcerário, a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, visitou inúmeros presídios em vários Estados da Federação brasileira, e verificou, obviamente, graves e sérios problemas:

em quase todos os presídios não havia trabalho ou mesmo algum tipo de educação escolar ministrada aos detentos para, de alguma forma, contribuir no seu processo de ressocialização; no quesito alimentação, foi descoberto que, também em muitos presídios, era oferecida comida estragada aos presos, ou então com

prazo de validade vencido; os detentos faziam suas refeições com as próprias mãos, não utilizando qualquer tipo de talher, nem mesmo os plásticos, porque, por questões de segurança, afirmavam, não eram fornecidos, uma vez que poderiam ser utilizados como armas brancas. Por essa razão, os presos ou comiam com as próprias mãos, ou utilizavam algum utensílio de papel, que lhes servisse para retirar comida do invólucro onde era servida. (GRECO, 2016, p. 176)

Dessa forma, há um descumprimento escancarado dos preceitos constitucionais no que diz respeito às garantias individuais e coletivas, violando-se o que preconiza, por exemplo, o art. 5º, incisos XLVIII e XLIX: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

A superlotação carcerária é talvez o principal problema que agrava todos os demais. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes e degradação da pessoa humana. Recentemente, os canais de notícias reportaram as várias rebeliões que ocorreram em vários presídios dos estados brasileiros. No ano de 2017, o número de mortes em penitenciárias superou o do massacre em Carandiru, que foram 111 mortos.

No dia 1º de janeiro, foram 56 mortos no Compaj, em Manaus. No dia seguinte, mais quatro, em outra unidade prisional do Amazonas. Depois, no dia 4 de janeiro, duas mortes em Patos, no sertão da Paraíba. Dia 6, 33 na rebelião de Boa Vista, em Roraima. Dois dias depois: mais quatro em Manaus. Na rebelião no Rio Grande do Norte, no presídio de Alcaçuz, foram mortos 26 presos. (G1, 2015)

Destarte, esse cenário de barbárie que se instaurou no sistema prisional brasileiro é em decorrência do excesso de aprisionados, da falta de vagas, da superpopulação carcerária. Segundo dados do INFOPEN, apurados até junho de 2022, o déficit de vagas era de 255.727, tendo em vista a população carcerária de 837.443 presos, para 581.716 vagas (INFOPEN, 2022, p. 1)

Diante disso, constata-se que o sistema prisional brasileiro está em pleno colapso, e configura agressão sistêmica e generalizada aos direitos fundamentais da pessoa humana. Isso vai de encontro fortemente com os preceitos de um Estado de Direito, uma vez que ao encarcerar um indivíduo o que lhe deve ser retirado é apenas a sua liberdade, de modo que todos os outros direitos devem ser garantidos, como, por exemplo, a integridade física e moral, o direito à alimentação e tratamento de saúde. “Desse modo, as pessoas foram condenadas a serem presas. E, em certos casos, devem permanecer presas. Mas não foram condenadas a sofrerem violência físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas.” (BARROSO, ADPF 347, 2015)

No entanto, o que se verifica é um descalabro dos preceitos constitucionais, chegando a ter os contornos das penas aflitivas, a distinção é que as prisões brasileiras procrastinam ainda mais o sofrimento e são experimentadas longe dos olhos da sociedade, sem o acompanhamento do povo a olho nu, apesar dos noticiários relatarem abertamente o caos quando ocorrem rebeliões. São precisas as palavras de Rogério Greco (2016, p. 135-136)) a respeito:

percebe-se, sem muito esforço, que o sistema prisional está em crise. Os mesmos comportamentos desumanos praticados pelo Estado no período anterior ao Iluminismo repetem-se agora. Mesmo que, na maioria dos países, o corpo do condenado não venha a sofrer suplícios, estes não deixam de ser praticados psicologicamente. Saber que tem direito a ficar livre, mas não sair da prisão por desídia do Estado, que não possui um corpo de funcionários suficiente para levar ao conhecimento da Justiça todos os pedidos; permanecer, ociosamente, sem poder trabalhar ou mesmo estudar, quando a lei permite que o faça; não poder receber visitas, sob o falso argumento de que o lugar de cumprimento de pena não possui segurança suficiente para permitir o ingresso de estranhos; ficar afastado de sua família; não lhe ser permitido um raio de sol; ficar isolado dos demais, enfim, isso não seria, também, uma forma de suplício? Quando os tele-

jornais mostram a situação carcerária, o sofrimento dos presos, amontoados em celas superlotadas, suplicando por melhora no sistema, será que essas cenas não tem o mesmo efeito espetacular que os suplícios, quando eram realizados em praça pública? (GRECO, 2016, p. 135-136)

Portanto, diante de todo esse quadro assombroso de violação massiva aos direitos fundamentais, em 2015, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 no Supremo Tribunal Federal, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que pediu o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro e a adoção de providências estruturais em face das lesões a preceitos fundamentais dos detentos.

O estado de coisas inconstitucional é uma definição jurídica criada pela Corte Constitucional colombiana. Sob a égide da Constituição de 1991, de cunho fortemente protetora dos direitos fundamentais, a aludida Corte fez surgir essa técnica processual que visa a efetividade dos direitos fundamentais objetivamente considerados.

Para que seja reconhecido pela Corte um estado de coisas inconstitucional é imprescindível o preenchimento de quatro pressupostos. O primeiro pressuposto consiste na necessidade de se reconhecer a grave violação massiva e sistemática de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas. A violação deve-se apresentar como grave problema não apenas jurídico, mas social. Portanto, para a configuração desse primeiro pressuposto,

- (i) não se trata de violação a qualquer norma constitucional, mas apenas àquelas relativas, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais, e não basta qualquer violação de direitos, mas apenas aquela espacial e qualitativamente massiva, sistemática e contínua; (ii) não basta o envolvimento de um direito fundamental específico, e sim de uma variedade desses (liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, dignidade humana, mínimo existencial); (iii) não se trata de violações que alcancem populações locais ou restritas, e sim número elevado e amplo

de pessoas e grupos, máxime, minorias e grupos vulneráveis. (CAMPOS, 2016, p. 180)

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas em proporcionar a efetividade e a defesa dos direitos fundamentais estampados nas normas através de suas atividades típicas. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representa uma falha estrutural que acarreta tanto a violação generalizada dos direitos, quanto o prolongamento e o agravamento da situação. Para que esse pressuposto seja preenchido é necessário que se constate o funcionamento deficitário do Estado como um todo capaz de gerar a violação desses direitos. (CAMPOS, 2016, p.181)

Essa falha estrutural diz respeito à falta ou insuficiência de políticas públicas, a falta de medidas legislativas e regulamentares, ineficiência administrativa e precária estrutura ou dinâmica defeituosa das instituições. Assim, o estado de coisas inconstitucional pode surgir de problemas com o ciclo das políticas públicas – suas fases de formulação, implementação e avaliação.

O terceiro pressuposto para a configuração do ECI é a necessidade da articulação de uma pluralidade de autoridades públicas, dos entes federados e de inúmeros órgãos com o fim de promover as medidas necessárias para amenizar o quadro de inércia e omissão estrutural na garantia dos direitos fundamentais.

Ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance”. Para a solução do ECI, são necessárias novas políticas públicas ou correção das defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, enfim, mudanças estruturais. (CAMPOS, 2016, p. 184-185)

O quarto e último pressuposto diz respeito à probabilidade potencial de grande número de demandas judiciais pelos afetados em

decorrência das violações massivas aos seus direitos fundamentais, o que congestionaria a máquina judiciária, tendo em vista o grande número de processos já existentes.

Elencados os pressupostos, urge definir o conceito do estado de coisas inconstitucional. Vale ressaltar que não se trata de uma ação judicial propriamente dita, mas uma ferramenta processual pela qual o poder judiciário, mais precisamente as Cortes constitucionais, produz uma norma declaratória da discrepância alarmante entre texto constitucional e realidade social. Carlos Alexandre Campos (2016), eminente estudioso do tema, formula um conceito elucidativo e pertinente, definindo o estado de coisas inconstitucional como sendo

a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p. 187)

A corte constitucional colombiana desenvolveu essa técnica jurídica e já a aplicou em diversos casos em que ficou configurada a violação massiva e sistemática a direitos fundamentais em sua dimensão objetiva. Já foi declarado até mesmo o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário colombiano, em 1998, através do qual foi proferida uma sentença estrutural de intervenção nas órbitas dos poderes legislativo e executivo para a articulação dos meios necessários para superar o quadro de agressão aos direitos fundamentais dos presos. Nessa esteira,

ao utilizar o instrumento da declaração do ECI, a Corte deixa de restringir-se à função de garantidora de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo, o de “formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução”. [...] Dessa

forma, tanto interfere em escolhas políticas quanto procura assegurar que essas escolhas se concretizem e surtam efeitos reais. Agindo assim, determina como supervisiona as ações públicas. [...] Além disso, demonstra que a omissão estatal nada tem a ver com enunciados constitucionais específicos, e sim com as condições precárias de fruição desses direitos, em relação às quais o legislador, o administrador ou ambos nada fizeram ou fazem para remediar. (CAMPOS, 2016, p. 97-98)

A aplicação dos mecanismos do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional está sendo recepcionada por outros países, entre eles a Índia, a África do Sul e o Brasil. Nesse contexto, conforme já mencionado, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, utilizando-se do meio adequado, ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que é disciplinada pela Lei 9.982/99, e tem como relator o Ministro Marco Aurélio.

A ADPF 347 versa sobre o pedido de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, principalmente, requerendo a consequente prolação de uma decisão estrutural de amplitude geral e que estabeleça um cenário dialógico entre os Poderes e órgãos públicos para a superação da violação massiva de direitos fundamentais que assola os que estão privados de liberdade.

No julgamento do dia 09 de setembro de 2015, o plenário do STF analisou os pedidos cautelares. Foi reconhecido, portanto, pela maioria dos ministros, o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. O relator Ministro Marco Aurélio (2015), em seu voto, brilhantemente firmou seu posicionamento a respeito:

[...] No sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tra-

tamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. [...] O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades. [...] Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015)

De fato, a atual conjuntura carcerária brasileira preencheu perfeitamente os pressupostos para a configuração do estado de coisas inconstitucional. O quadro de violação é estarrecedor. O Brasil já ocupa o terceiro lugar entre os países com maior população carcerária, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Conforme já aduzido, os problemas giram em torno da superlotação, das instalações insalubres, tortura policial, falta de segurança interna, inexistência de medidas de divisão de presos, ausência de oferta de direitos básicos como saúde, alimentação saudável, educação e trabalho, assistência judiciária precária, entre outros, que implicam tratamento desumano e condições indignas de sobrevivência dos presos.

Não se pode olvidar do número excessivo de presos provisórios, que contribui categoricamente para o agravamento desse quadro desesperançoso. Segundo dados do INFOPEN (2022, p. 1), até junho de 2022, cerca de 215.029 pessoas estavam presas provisoriamente.

Ainda nessa perspectiva violadora, além do ócio, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. Os massacres, homicídios, estupros, decapitação, estripamento e esquarteramento são constantes. O cenário torna-se ainda mais ardiloso contra vulneráveis como idosos, mulheres, deficientes físicos e homossexuais. Vale ressaltar a potencialização dessa situação em decorrência da deficiência do material humano dos presídios: agentes penitenciários em número insuficiente, mal remunerados, equipados e treinados. (CAMPOS, 2016, p. 267)

No seu voto, a Ministra Cármen Lúcia deixa clara sua frustração com a atual situação dos presídios brasileiros quando teve contato com alguns deles:

Também é preciso levar em consideração que há diferenças entre as penitenciárias; algumas com situação de atrocidade - não vou nem dizer de perversidade. A gente sai de lá, ao visitar, literalmente doente, tais as coisas que a gente vê. Quer dizer, não cabe mesmo o número de presos nos locais designados para construção de liberdade, e o Ministro Marco Aurélio deu exemplo: um terço fica deitado, enquanto dois terços dos presos ficam de pé para dormir, num rodízio que nem a animais se aplica... Lembrei-me, Ministro Marco Aurélio, quando Vossa Excelência votava, do célebre habeas de Sobral Pinto, que pedia que se aplicasse a Lei de Proteção aos Animais às pessoas que estavam sendo torturadas e que não recebiam tratamento sequer igual ao dos animais. Daqui a pouco, aparecerá outro Sobral Pinto que virá aqui para pedir isso, que é o que precisamos vencer e que esse estado de coisas inconstitucional nos faz lembrar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015)

O Ministro Celso de Melo também deixa assentada na ADPF 347 sua posição favorável ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, nos seguintes termos:

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante - tal como denunciado pelo PSOL - da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente,

pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015)

Diante disso, restou configurado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, eis que todos os pressupostos foram preenchidos, ou seja, a atual conjuntura carcerária brasileira apresenta um quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais de um número indeterminado de presos; há uma inércia/omissão ou ação deficiente e ineficaz por parte dos entes políticos que integram os poderes executivo e legislativo e de seus órgãos, que não envidam esforços em minorar ou superar os efeitos avassaladores desse panorama que afronta a ordem garantidora constitucional.

Vale pontuar, nesse contexto, que isso se perdura há muito tempo pela falta de representatividade dessa minoria que são os presos. Por não poderem votar e levando em consideração que crime e prisão é uma temática sensível ao clamor público, os direitos dos encarcerados acabam tornando-se um ponto cego legislativo, sendo evitados e relegados para segundo plano, o que contribui, portanto, para o distanciamento do que preceitua a Constituição, a Lei de Execução Penal e os Tratados Internacionais da realidade.

Outro pressuposto preenchido é a necessidade de uma sentença estrutural emanada do Supremo Tribunal Federal, que no exercício do seu papel contramajoritário – próprio das cortes constitucionais, proponha e trace as linhas gerais para que o Poder Executivo e Legislativo desenvolva políticas públicas, faça os devidos direcionamentos orçamentários, arranjos institucionais e articulem ações voltadas efetivamente para a minimização do estado inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro.

Isso será possível através do engajamento da pluralidade de órgãos e autoridades dos respectivos poderes, inclusive do próprio Poder Judiciário, que é o responsável pela imposição das prisões e pela sua legalidade, o qual deverá também se articular para tentar reverter esse quadro, e conforme foi pedido na exordial da ADPF 347, que os juízes fundamentem com pertinência e com respaldo as decretações de todo tipo de prisão.

E o quarto pressuposto preenchido diz respeito à potencialidade da interposição de inúmeras demandas judiciais pleiteando contra o Estado indenização por danos morais decorrentes das violações aos direitos dos presos, o que congestionaria a máquina judiciária, haja vista o número de ações que já tramita no Judiciário brasileiro. O que já foi objeto do RE 580.252/MS no Supremo, com a repercussão geral declarada, por unanimidade, os ministros entenderam que o Estado tem obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. A tese aplicada em repercussão geral foi a seguinte:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Relator: Alexandre de Moraes. 16 de fevereiro de 2017**)

Então, com esse reconhecimento já existe a possibilidade do ingresso de ações dessa natureza, o que pode provocar uma enxurrada de processos demandando o ressarcimento dos danos sofridos pelos presos dentro das cadeias. Reafirmando, por conseguinte, a imprescindibilidade de medidas urgentes para superar ou minorar essas

violações através do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

Dessa forma, presentes todos os pressupostos, faz-se mister um ativismo judicial estrutural, pelo qual a corte constitucional instrumentaliza sua sentença de forma dialética, valendo-se de seu caráter norteador, a qual deverá ser acompanhada e monitorada em sua execução, e adaptada quando necessário para atingir paulatinamente a superação do estado de coisas inconstitucional.

Nessa perspectiva, tornou-se incumbência do STF intervir nas outras esferas dos Poderes republicanos, por meio de medidas estruturais, para a superação dos bloqueios políticos e institucionais que servem para agravar a violação massiva e repetida dos direitos fundamentais.

Evitando a supremacia judicial, o Tribunal, em vez de ordens detalhadas, deve estabelecer ordens flexíveis, fixando parâmetros e objetivos a serem alcançados, deixando aos órgãos do Executivo e do Legislativo a definição de meios e minúcias das medidas. [...] Promovendo o diálogo institucional e provocando maior participação popular nos processos decisórios, o Tribunal deve designar a realização de audiências públicas periódicas, com a presença de todas as autoridades públicas envolvidas e de diferentes setores da sociedade civil, máxime os movimentos sociais e as associações de defesa dos direitos dos presos, com o objetivo de verificar o progresso das escolhas de meios. (CAMPOS, 2016, p. 277)

Portanto, tendo o reconhecimento do ECI do sistema prisional pela maioria dos ministros, o pleno do STF deliberou acerca dos requerimentos cautelares da exordial da ADPF 347 em 09 de setembro de 2015, acatando-os parcialmente. Determinou a realização obrigatória das audiências de custódia no prazo de noventa dias, viabilizando ao preso o comparecimento perante autoridade judiciária no prazo de 24 horas, contados do momento do recolhimento; e deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Pe-

nitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, eis que foi apontado pelo autor da ADPF um contingenciamento pela União de R\$ 2,2 bilhões, bem como o uso, em 2013, de menos de 20% dos recursos do referido fundo.

Diante disso, ainda que em fase cautelar e restrito aos limites do pedido, a Corte constitucional brasileira deu um passo importante no que tange ao reconhecimento do ECI do sistema prisional brasileiro. Do ponto de vista teórico, a decisão consubstancia-se como o marco inicial de utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

1.2 A CULTURA DA PUNIÇÃO

Como ficou explicitado, a superlotação carcerária é a “mãe” de todos os outros problemas que assolam o sistema prisional brasileiro. Com excesso de pessoas, falta-se espaço físico, e aumenta-se a insalubridade, o que faz com que também não haja medicamentos e profissionais da saúde que atendam suficientemente ao grande número de enfermos nas prisões; o grau de irritação e desconforto aumenta, gerando atritos e conflitos que culminam em mais criminalidade, entre outros agravantes.

Isso se deve em grande parte a uma opção política, adotada pela maioria dos países, inclusive pelo Brasil, que foi o movimento de lei e ordem, ou seja, o Direito Penal máximo, que consubstancia-se na escolha, pelos governos, do Direito Penal como solução de seus problemas, em razão do não cumprimento das funções sociais estatais. Os países que acolheram, como regra, essa política errônea, essa cultura da prisão, tornaram-se Estados penais, distanciando-se da natureza de Estados sociais. Portanto, seus sistemas carcerários passaram a não

comportar o número de pessoas que passariam a cumprir suas penas. (GRECO, 2016, p. 180)

Percebe-se, portanto, que se prende demasiadamente. Há uma cultura arraigada no meio social e que influencia sobremaneira os atores do processo penal e da investigação criminal, quando não são impulsionadas por eles. Trata-se da cultura do encarceramento, de um sentimento punitivista exacerbado, que preconiza a prisão a qualquer custo, como se ela fosse a solução para o problema social da criminalidade.

A sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão somente fazer com que a pena tenha essa finalidade retributiva, pois tende a fazer com ela uma espécie de “pagamento” ou compensação ao condenado que praticou a infração penal, desde que, obviamente, a pena seja, pelo menos, privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, uma vez que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator. (GRECO, 2016, p. 218)

As autoridades policiais e judiciárias já enraizaram a concepção de que qualquer infrator, por menos expressivo que seja o seu crime, deve ser encarcerado e sofrer as mazelas da prisão. É sabido por eles da atual conjuntura de inconstitucionalidades do sistema prisional pátrio, mas soa como “música aos ouvidos” saber que o tal infrator não vai sofrer apenas a sua privação de liberdade, mas vai sofrer as piores agruras que um ser humano pode sentir, ainda que presumidamente inocente, quando no curso de uma investigação ou processo criminal. Nesse sentido, precisas são as palavras de Ferrajoli:

Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração da ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inúmeras leis que são cada vez mais frequentemente sancionadas

penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções política e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais. (FERRAJOLI, 2002, p. 451)

Resta, assim, configurada uma tendência ao *Direito Penal do Inimigo*, através do qual são restringidos as garantias constitucionais daqueles que afrontam a ordem social, que representam algum tipo de ameaça à coletividade. “O *inimigo* seria aquele que rompeu com as regras contraídas, justificando a visão de não-membro e, por via de consequência, a intervenção penal busca evitar os perigos que ele representa, podendo, assim, o Estado restringir para o *inimigo* as normas – garantias – conferidas ao cidadão” (ROSA e AMARAL, 2017, p. 152).

Essa cultura da punição é alimentada pela sede de “sangue” da sociedade, que sob impulsos de terror, medo e insegurança, reproduzem a vontade veemente de ver encarcerado todo aquele que descumpra o contrato social. Esse ideário é expresso de forma negligente, descompromissada, desprovido de senso crítico e sem o mínimo de conhecimento dos meandros dos princípios e garantias constitucionais, processuais e penais. Atualmente, segundo Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 221), o crime passou a ser um passatempo, uma programação diária, modalidade de entretenimento. Ainda de acordo com este eminente juiz,

a vingança coletiva endereçada ao “malvado” que me faz sofrer e, portanto, deve “pagar” pelo mal que fez, parece ser a motivação de boa parte dos metidos em processo penal. Não basta apenas processar, nem condenar. É preciso mais. Destruir reputações, mesmo sem devido processo legal, na onda de que precisamos agir imediatamente, sem dó, nem compaixão, especialmente contra os novos “bodes expiatórios” (Rene Girard), cuja punição seria capaz de devolver a ingênua e tranquila “limpeza moral” dos bons, limpinhos e fiéis cumpridores das normas jurídicas. (ROSA e AMARAL, 2017, p. 223-224)

Prega-se hoje em dia uma distorção da supremacia dos direitos humanos, constitucional e internacionalmente garantidos, fala-se em direitos humanos para os humanos direitos. É repugnado todo aquele que se posiciona contrário a isso e tem uma postura de defesa das garantias individuais. Representa uma exceção entre as autoridades judiciárias tal posicionamento, o que deveria ser na realidade o mantra do Poder Judiciário no exercício de sua função contramajoritária.

O populismo, por vezes, é quem dá as coordenadas da fundamentação das decisões concernentes à prisão. “Pena e prisão passam a ser as medidas solicitadas e a magistratura morre de medo de não julgar para a torcida, para o povo que canta e sorri pedindo punição, linchamento, dado que seriam decisões impopulares.” (ROSA e AMARAL, 2017, p. 222)

Todavia, os direitos fundamentais de todos numa democracia, sejam culpados ou inocentes, desejáveis ou indesejáveis, devem ser respeitados. Os magistrados devem se distanciar dos desejos das majorias, pois caso pautem sua atuação em tais anseios, estão suscetíveis a inviabilizar os direitos das minorias. O Poder Judiciário, sendo contramajoritário, deve atuar contra a opressão, inclusive obstaculizar abusos promovidos pela maioria. Dessa forma, se tiver que assegurar o direito de um, contra a vontade de todos os demais, assim deve fazê-lo. Por conseguinte, os direitos fundamentais funcionam como trunfos que vão de encontro com as majorias de ocasião e é incumbência do Poder Judiciário assegurar não só esses direitos como também a própria democracia substancialmente falando. (CASARA, 2015, p. 27)

Entretanto, verifica-se que a cultura da punição parece criar mais força. O encarceramento massivo continua agravando a situação das prisões e gerando mais criminalidade. Isso porque ao sofrer toda sorte de arbitrariedades intramuros e vê seus direitos jogados no

lixo, o indivíduo ao sair da prisão não se sente justificado pelo mal que cometeu à sociedade. Ele foi jogado lá dentro – quando muitas vezes uma aplicação eficiente de uma medida cautelar era suficiente – e se viu não apenas privado de liberdade, mas sentiu sua dignidade humana se esvaír. Desse modo, a cautelaridade de uma prisão ou a execução da pena torna-se aviltante e desconexas com o que é estabelecido constitucional e legalmente.

Voltando o infrator à sociedade o ciclo da criminalidade se renova, haja vista que não houve efetividade cautelar, muito menos ressocialização. Diante disso, tem-se a certeza de que

talvez tenha ocorrido um recalçamento do gozo pela punição alheia, cujas imagens do simples encarceramento sejam insuficientes. Quer-se mais. Infligir dor, humilhação, esculacho, tendo no violador da regra social como foco do ódio, tédio e mal-estar de todos os dias. Talvez se houvesse um canal ao vivo dentro dos presídios, um Big Brother Prisional, em que as agruras e violações fossem transmitidas em tempo real, houvesse audiência, comerciais e certo apaziguamento da voracidade por tortura, desgraça, privações, sempre alheias. (ROSA e AMARAL, 2017, p. 224)

Sendo assim, o Processo Penal deve ser enxergado pela sociedade, e manejado pelos atores judiciários, de forma comprometida e desprovida de qualquer vertente ideológica que não seja a envolvida com a garantia dos direitos fundamentais. Aprofundar e propagar o sentimento punitivista destoa com um legítimo Estado Democrático de Direito. Deve-se se distanciar de decisões populistas, que prendem por prender, como mera retribuição por um suposto mal cometido insuficientemente apurado.

Olho por olho, dente por dente é o lema do Processo Penal do Esculacho. Parece uma máxima comum a repostada dente por dente. Entretanto, sabemos que a espiral de violência leva à tragédia. Se toda vítima buscar praticar o mesmo mal, chegaremos ao fim. Abdicar, todavia, deste modelo do senso comum não é tarefa fácil. Especialmente porque há pressão macro (comunidade, mídia, grupo, etc.) e micro (do sujeito, amigos e familiares,

etc.) Daí a importância de estudarmos um pouco mais a regra da reciprocidade. (ROSA e AMARAL, 2017, p. 223)

Portanto, é imprescindível que haja uma quebra de paradigma no sentido de romper com as influências dessa cultura da punição. Rompimento que deve ser protagonizado pelas autoridades policiais e judiciárias, ficando as mesmas com a responsabilidade de fazer refletir na sociedade o comprometimento dos órgãos policiais e do Poder Judiciário com os ditames constitucionais de garantias individuais. Assim, no âmbito de incidência dos efeitos da audiência de custódia esse rompimento pode ser levado a efeito, quando se der a humanização do procedimento de deliberação acerca da prisão em flagrante, nuances que serão pormenorizadamente expostas mais adiante.

1.3 A REINCIDÊNCIA

O problema da reincidência não é atual. A partir do momento em que as prisões não conseguiam mais se manter carregando as ideologias que as criaram, e não alcançavam, assim, suas finalidades, a reincidência no crime passou a ser a única alternativa encontrada por aqueles que não encontravam espaço na sociedade e nem subsídios para sobreviver, bem como para aqueles que se contaminaram e se habituaram com a prática criminosa, tendo em vista o quadro de afronta aos direitos fundamentais que as prisões começaram a apresentar. O caso a seguir, verificado em meados do século XIX, deixa evidente esse fenômeno:

Mas, diz ele, sou moço, tenho bom apetite, eu comia mais de duas libras de pão a 5 soldos a libra; que fazer com 14 soldos para me alimentar, lavar roupa e morar? Estava reduzido ao desespero, queria voltar a ser homem honesto; a vigilância me fez mergulhar de novo na desgraça. Desgostei-me de tudo; foi então que conheci Lemaitre que também está na miséria; tínhamos que viver e a má ideia de roubar nos voltou. (FOUCAULT, 2012, p. 254)

Este é o depoimento de um egresso de uma das prisões de Rouen, na França, divulgado pela Gazeta dos Tribunais, em 03/12/1829. Este excerto demonstra a dificuldade que o ex-presidiário sofreu para se reinserir na sociedade e sobreviver dignamente. Ele não obteve oportunidade de trabalho, não lhe foi permitido sair da cidade, entrou em condições de miserabilidade, e não encontrou outra forma para sobreviver a não ser voltar a roubar.

Essa situação se instalou em razão da pena de banimento, da impossibilidade de encontrar trabalho, da vadiagem e do estigma de ex-detento que passou a carregar, que são fatores determinantes para que haja reincidência, uma vez que não foi aberto espaço para sua reintegração. “Saem da prisão com um passaporte que têm que mostrar em todo lugar onde vão e que menciona a condenação que sofreram.” (FOUCAULT, 2012, p. 253)

O cenário atual se assemelha com o da referida época, os efeitos nefastos dos cárceres são extremamente notórios e quase sempre irreversíveis. Primeiramente, os reclusos sofrem todo tipo de atrocidade e de afronta aos seus direitos fundamentais lá dentro das penitenciárias, como já fora exposto anteriormente, o que acarreta uma deturpação da mentalidade do infrator “iniciante”, causa revolta e o sentimento de injustiça é sentido com veemência. Em segundo lugar, ao serem libertos, eles passarão a ter o estereótipo de ex-presidiário, o que será definitivo para a criação de todo tipo de obstáculo para sua reinserção social, conjugando-se a isso a ausência de políticas públicas direcionadas a acolher de forma compromissada e promissora os egressos do cárcere.

E quando há algum tipo de movimento, de política no sentido de proporcionar a reinserção social do egresso, como, por exemplo, a oferta de empregos, a comunidade trabalhadora se mobiliza contra, sob o seguinte argumento:

“Se nós, que nunca fomos condenados por praticar qualquer infração penal, sofreremos com o desemprego, por que justamente aquele que descumpriu as regras sociais de maior gravidade deverá merecer atenção especial? Sob esse enfoque, é o argumento, seria melhor praticar infração penal, “pois ao término do cumprimento da pena já teríamos lugar certo para trabalhar!” (GRECO, 2016, p. 335)

Tudo isso está contribuindo, portanto, para um alto índice de reincidência, atestando a certeza de que o sistema prisional brasileiro está longe de possuir mecanismos de ressocialização e que a ordem social continuará sendo afetada se esse estado de coisas inconstitucional se perdurar por ainda mais tempo.

“As taxas de reincidência são muito elevadas e envolvem crimes ainda mais graves – conforme dados do CNJ, em torno de 70%. Muitos desses, inclusive os presos provisórios, acabam aumentando o contingente das facções criminosas.” (CAMPOS, 2016, p. 267)

O Brasil possui uma das normativas mais avançadas no tocante à execução penal. A Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal apresenta seu objetivo no art. 1º: “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” A legislação tenta, por um lado, garantir a humanidade e dignidade de execução da pena, disciplinando a o campo de abrangência dos direitos constitucionais aos presos e internos, e, por outro, assegurar as condições para a sua reintegração social. Em seu art. 10 a LEP preceitua “a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso”. A legislação prevê ainda as atenções básicas que devem ser prestadas aos presos, assistência à saúde, assistência psicológica, educacional, jurídica, religiosa, social e material.

No entanto, a Lei de Execução Penal é sistematicamente descumprida, enfrentando diversos obstáculos na aplicação de seus dispositivos, entre eles pode-se elencar o contingenciamento das verbas destinadas ao FUNPEN, como já foi mencionado, inviabilizando assim o direcionamento de recursos essenciais para atender às necessidades das penitenciárias; desorganização dos órgãos competentes em propiciar o trabalho e a educação dentro dos presídios; bem como o descompromisso e negligência por parte de muitos juízes, que não aplicam os benefícios previstos na lei no tempo certo e da forma correta.

Nesse viés, o fim ressocializador não se concretiza e a reincidência é uma consequência inexorável. Vale dizer assim que

o fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado esse terrível panorama. (CERVINI apud GRECO, 2017, p. 336)

Destarte, o fenômeno da socialização ao modo de vida das prisões é inevitável e contribui de forma significativa para a familiarização com o crime. O infrator passa a se adequar às condutas dos colegas de cela, à linguagem, às manobras e até mesmo a praticar delitos dentro dos presídios, incitá-los, ou até mesmo passar as coordenadas para a execução *extramuros*.

Os efeitos são ainda mais nocivos àqueles que tiveram o primeiro contato com o crime, que foram condenados ou estão presos cautelarmente. A contaminação é feita de imediato. “O primeiro desejo que nele nascerá será de aprender com os colegas hábeis como se escapa aos rigores da lei; a primeira lição será tirada dessa lógica cer-

rada dos ladrões que os leva a considerar a sociedade como inimiga.” (FOUCAULT, 2012, p. 253)

A função ressocializadora, a prevenção especial almejada como fim das prisões, acabam por se tornarem inócuas. Criminalidade acaba gerando mais criminalidade quando se enclausura pessoas sem perspectivas de vida e que irão passar a viver no ócio, revoltadas, maquinando e articulando suas vinganças. “Já que não tem mais nada a perder”. A subsistência passa a encontrar refúgio no crime. Nessa perspectiva, Alejandro Ayuso Vivancos, aponta pertinentemente fatores nocivos do cárcere:

O tempo da prisão não é somente um tempo cronológico, senão também um tempo psicológico, cuja determinação e indeterminação, cuja duração breve ou prolongada influi na personalidade dos internos, até fazer-lhes perder o hábito de viver em liberdade. Produz-se uma autêntica deformação da personalidade, conhecida com o nome de prisonização[...]

A prisão constitui um fator criminógeno. São conhecidos os ditados ‘aqui o bom se faz mau e o mau se faz pior’ ou ‘a prisão é a universidade do crime’. As tensões indicadas, o descanso forçado, o contato com delinquentes profissionais, os problemas de sexualidade reprimida determinam, lentamente, que o recluso se acostume a pensar que a única saída da sua vida está na delinquência, ou melhor dizendo, na ilegalidade; quer dizer, na oposição a um sistema social que condena as pessoas à despersonalização. A prisão constitui uma autêntica subcultura, com seu código, suas normas, suas linguagens, seu sistema de valores próprios. O jogo, o tráfico de drogas, a homossexualidade, a prostituição e a violência têm aqui uma significação particular. Os motins, as greves, as autolesões [...] são as armas que o interno utiliza para expressar seu protesto contra a sociedade e o sistema penitenciário. (AYUSO VIVANCOS apud GRECO, 2016, p. 196)

Some-se a isso a hegemonia das facções criminosas que estão dominando grande parcela dos presídios nacionais. O tráfico de drogas alimenta a engrenagem das mesmas. Possuem um poderio econômico capaz de angariarem mais “filiados” e exercer influência tanto *intra*, quanto *extramuros*. Preocupado com a realidade atual, bem falou

o ministro Luís Roberto Barroso no programa da Rede Globo Conversa com Bial exibido no dia 22/08/2017, referindo-se aos infratores que são presos com pequenas quantidade de drogas e que a eles são imputados o crime de tráfico de drogas, mas que são primários e de bons antecedentes:

No dia em que ele pisa lá dentro ele tem que se filiar a uma facção, nesse dia ele que não era perigoso, começou a ser perigoso, porque ele já deve a sua sobrevivência à facção que o domina lá dentro e vai cobrar a retribuição quando ele sair. Então ele já ficou mais perigoso. No dia seguinte que ele foi preso, o tráfico já o substituiu porque há um exército de reserva para colocar lá, e a vaga que ele ocupa na prisão custou quarente mil reais pra criar e dois mil reais por mês para mantê-lo. (BARROSO, 2017, informação verbal)

Depreende-se, portanto, a intensificação da desvirtuação dos indivíduos presos sob a égide das facções criminosas. O crime organizado mantém subordinado grande número de presos, que se veem obrigados a contribuir, a realmente trabalhar dentro dos presídios para que as facções alcancem seus objetivos. E como se não bastasse, suas famílias também são colocadas sob o seu julgo, auxiliando de fora, praticando crimes corriqueiramente, sob pena de sofrer represália, e até mesmo vê a morte do recluso, bem como de qualquer de seus parentes.

No Brasil, infelizmente, embora se diga que existam complexos penitenciários de segurança máxima, a corrupção dos servidores públicos que atuam no sistema carcerário permite que, de dentro das penitenciárias, se comande o crime organizado. Hoje, há muitos presos, considerados chefes de organizações criminosas, que atuam de dentro dos presídios a exemplo do que ocorre com a facção criminosa existente no Estado de São Paulo, conhecida como PCC (Primeiro Comando da Capital), ou com as já famosas facções do Rio de Janeiro, como o Comando Vermelho e o Terceiro Comando. (GRECO, 2016, p. 175)

As rebeliões ocorridas em 2017, conforme já mencionado, são amostras da operacionalização organizada e bem articulada das referidas facções. Seus componentes não medem esforços para conseguir

o que querem e manter o crescimento das mesmas e de seus negócios, exorbitantemente lucrativos, por sinal. A título de exemplo:

Em 2006, o líder do PCC no Estado de São Paulo, de dentro de uma penitenciária, comandou uma rebelião simultânea em 73 presídios paulistas, além de uma onda de atentados no Estado, fazendo com que 82 ônibus fossem incendiados, o comércio fechado, as pessoas ficassem temerosas de sair de casa, enfim, de dentro de uma penitenciária, um único preso, chamado Marcos Willians Herbas Camacho, o “Marcola” (ou Playboy, entre os presos), impôs o terror a 11 milhões de habitantes da cidade de São Paulo. Foram mais de 100 horas de pânico na maior cidade brasileira, culminando com a morte de 152 pessoas, entre cidadãos, policiais e criminosos. (GRECO, 2016, p. 175)

É estarrecedor como o sistema prisional brasileiro suporta toda essa sistemática criminosa. Configura-se como uma teia, e quem toca em um de seus fios, sentirá enorme dificuldade para se desgarrar sadiamente. Portanto, tudo o que foi elencado se sobressai como causas para os altos índices de reincidência. O estigma prisional, a falta de políticas públicas, a socialização e a habitualidade ao crime internalizado *intramuros*, a ligação com as facções criminosas, são fatores que não levam a outro caminho a não ser a permanência ou a continuidade no labor criminal.

Cezar Roberto Bittencourt também tem posicionamento contrário à concepção violadora de direitos que as prisões tomaram, deixando claro que seu papel principal atualmente não é outro senão a geração de mais criminosos.

Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações. Os exemplos que demonstram os efeitos criminógenos da prisão lembrados frequentemente. Hibber, por exemplo, cita um muito ilustrativo: “...Fui enviado a uma instituição para jovens com idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum. Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão... Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri

todas as características de um delinquente profissional, praticando desde então todo tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso. (BITTENCOURT, 2004, p. 158-159)

Encerra-se, por conseguinte, este capítulo, com mais um caso que elucida a formação no crime que a prisão proporciona. A ressocialização há muito tempo já deixou de ser vislumbrada e a reincidência a cada dia mais consubstancia-se em uma realidade que não desaparecerá enquanto não for superado ou minorado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

CAPÍTULO III

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 PREVISÃO NORMATIVA

A apresentação sem demora do preso em flagrante ao juiz ou à outra autoridade judicial é uma garantia de âmbito internacional, resultado da vontade uníssona de muitos países, entre eles o Brasil, em formalizar convencionalmente, através de tratados ou pactos, o resguardo dos direitos fundamentais da pessoa que vê a sua liberdade cerceada.

O momento ou o ato/procedimento pós-prisão em que há essa apresentação recebeu a denominação aqui no Brasil de audiência de custódia. Há quem não compactue com essa nomenclatura, a exemplo de Cleopas Isaías Santos, ao afirmar

que a expressão *audiência de custódia* não traduz, da melhor forma, a natureza desse ato. Acreditamos que a expressão *audiência de garantia* representa com maior fidelidade sua natureza, levando-se em conta suas finalidades e projetando com maior eficácia suas potencialidades. (SANTOS, 2015)

Conforme assevera Caio Paiva (2017), a expressão *audiência de custódia* não tem correlação no Direito Comparado, havendo, ainda, quem considere mais adequado denominá-la como *audiência de apresentação*.

Vários são os instrumentos normativos aos quais o Brasil se vinculou, que estabelecem a obrigatoriedade da realização dessa apresentação imediata do preso em flagrante. Ao serem ratificados, por serem tratados internacionais sobre direitos humanos, passam a ter caráter suprallegal, ou seja, estarão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis, e conseqüentemente terão aplicabilidade instantânea.

Em 1992, através do Decreto n. 592, o Brasil promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cívicos, apesar de ter ficado

aberto à adesão dos Estados desde 16 de dezembro de 1966. Em relação à audiência de custódia, em seu artigo 9.3, o PIDPC assim dispõe:

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. 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. (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS POLÍTICOS E SOCIAIS, 06/07/1992)

Ainda em 1992, por meio do Decreto n. 678, foi promulgada pelo Brasil outra importante sistemática normativa internacional de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. No tocante à apresentação do autuado em flagrante a Convenção assim assegura em seu artigo 7.5:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 06/11/1992)

Também foi promulgada pelo Brasil, mais recentemente, através do Decreto 8.766/2016, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a qual dispõe em seu art. XI que “toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente”.

Não obstante todo esse respaldo por meio de diferentes tratados, o que vincula o Brasil mais de perto e também pelo seu tempo de

vigência é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Valendo ressaltar que embora a obrigatoriedade da realização de audiências de custódia seja desde 1992, o ordenamento jurídico pátrio se manteve inerte, em descumprimento escancarado à norma convencional por mais de 20 anos, vindo, somente, a determinar sua operacionalização em 2015 por meio da Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça.

A partir de 2015, sob a orientação do Conselho Nacional de Justiça, através do Projeto Audiência de Custódia, alguns Tribunais Estaduais regulamentaram a implementação das audiências de apresentação. O Tribunal de Justiça de São Paulo passou à frente e editou o Provimento Conjunto n. 03/2015. Porém, em 15/12/2015, o próprio CNJ editou a Resolução 2013, de âmbito nacional, que unificou os procedimentos de realização das audiências de custódia. Isso também foi impulsionado pela decisão em caráter cautelar na ADPF 347 no STF, que determinou que todos os juízes realizassem no prazo de noventa dias audiências de custódia em todo território nacional, como meio de desaceleração do encarceramento, tendo em vista o estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro.

É pertinente mencionar que a Resolução n. 213 do CNJ teve sua constitucionalidade questionada administrativamente, o que foi julgado improcedente.

Ocorre que o Pacote Anticrime, consubstanciado na Lei n. 13.964/2019, com vigência a partir de 23/01/2020, alterou a redação do art. 310 do Código de Processo Penal, o qual passou a disciplinar legalmente a audiência de custódia, senão vejamos:

Art. 310. 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, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva

Nessa perspectiva, verifica-se que a audiência de custódia se consubstancia numa garantia inviolável ao autuado em flagrante, haja vista a vinculante previsão nos instrumentos internacionais supracitados e os esforços nacionais, principalmente do judiciário, em vê-la implementada.

1.2 CARACTERÍSTICAS

São peculiares as características, tanto procedimentais quanto finalísticas, dessa audiência pré-processual, pode-se assim dizer. Seu caráter humanístico aproximou o autuado em flagrante da autoridade judicial, sob a fiscalização do Ministério Público e guarnecido pela sua defesa, podendo ser exercida por advogado particular, como também pela Defensoria Pública.

Essa nova sistemática é preponderantemente garantista, haja vista que antes o juiz lidava com o “preso de papel”, quando de posse do auto de prisão em flagrante sozinho em seu gabinete e regido por sua imaginação a respeito do fato delituoso deliberava relaxando a prisão, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória com a incidência ou não das medidas cautelares alternativas à prisão, escutando o suposto infrator apenas em seu interrogatório na fase final da audiência de instrução e julgamento.

A realização da audiência de custódia não é uma faculdade conferida ao infrator preso em flagrante, trata-se de direito subjetivo seu, não podendo estar ao livre arbítrio do juiz realizá-la ou não, mesmo quando se tenha no auto de prisão em flagrante elementos suficientes que o convença pela conversão em prisão preventiva ou pela concessão de liberdade provisória, sob pena de ferir-se mandamentos convencionais.

Essa discussão foi objeto do HC 133.992/DF, na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, eis que foi impetrado o referido habeas corpus no STF em decorrência de decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça que denegou liberdade a um indivíduo que teve sua prisão preventiva decretada automaticamente, sem a realização da audiência de apresentação. Na oportunidade, o Juiz singular justificou a dispensa da audiência em razão da prévia convicção quanto

ao cabimento da medida gravosa, subtraindo do paciente o direito de influência. Por sua vez, a autoridade coatora, asseverou que em razão da conversão da prisão em preventiva fica superada a irregularidade decorrente da não realização de audiência de custódia. A liminar foi parcialmente deferida para o fim de determinar a realização, em 24 (vinte e quatro) horas, do respectivo ato pré-processual.

O relator Ministro Edson Fachin, assim se manifestou:

A interpretação da jurisprudência da Corte permite a conclusão de que a audiência de apresentação constitui direito subjetivo do preso e, nessa medida, sua realização não se submete ao livre convencimento do Juiz, sob pena de cerceamento convencional. Prova disso é que, ultrapassando a recomendação exarada na ADI 5240/SP, a Corte, na ADPF 347/DF, tendo como condicionamento único o implemento em prazo de 90 (noventa) dias, determinou que Juízes e Tribunais devem realizar o ato em apreço. Não é faculdade; é um dever, vero e próprio! Com efeito, compreender como satisfeitos os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, subtraindo a possibilidade de que o interessado participe de ato processual direcionado a esmiuçar referidas questões com a potencialidade efetiva de alterar o resultado processual, constitui inversão das fases de admissão, produção e valoração probatória e evidencia queima de etapas que, a toda evidência, a um só tempo, não se compatibiliza com o devido processo legal e esvazia o pronunciamento da Corte Suprema. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 133.992 DF. Relator Ministro Edson Fachin. 1ª T. 11 de outubro de 2016)

Destarte, sua imprescindibilidade na origem da fase investigativa (pré-processual) em decorrência da prisão em flagrante, está respaldada em normas convencionais, que não podem ser alvo de descumprimentos arbitrários. É oportuno, portanto, passar à análise de suas principais características:

1.2.1 Apresentação sem demora

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que a apresentação do preso à autoridade judicial deve ser *sem demora*.

Essa estipulação é lacunosa e deixa margem para várias interpretações e arbitrariedades.

No entanto, o art. 310 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, determina que a apresentação deve se dar no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, prazo também já previsto no art. 306, §1º do CPP para encaminhamento do auto de prisão em flagrante.

Em havendo o descumprimento de tal prazo, o Supremo Tribunal Federal entende que, por ser direito subjetivo do réu a participação na audiência, é de rigor o reconhecimento da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o conseqüente relaxamento da privação cautelar da liberdade. Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO CAUTELAR – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Artigo 7, n. 5) E PELO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (Artigo 9, n. 3) – RECONHECIMENTO JURISDICIONAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 347-MC/DF, REL. MIN. MARCO AURÉLIO), DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO EXPRESSÃO DO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO DE CUMPRIR, FIELMENTE, OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS NA ORDEM INTERNACIONAL – “PACTA SUNT SERVANDA”: CLÁUSULA GERAL DE OBSERVÂNCIA E EXECUÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, Artigo 26) – PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NO ORDENAMENTO POSITIVO DOMÉSTICO (LEI Nº 13.964/2019 E RESOLUÇÃO CNJ Nº 213/2015) – INADMISSIBILIDADE DA NÃO REALIZAÇÃO DESSE ATO, RESSALVADA MOTIVAÇÃO IDÔNEA, SOB PENA DE TRÍPLICE RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO QUE DEIXAR DE PROMOVÊ-LO (CPP, art. 310, § 3º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019) – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. – Toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se

trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado “sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão” e examinando, ainda, os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante, possa (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) conceder liberdade provisória, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (CPP, art. 310, III), ou, ainda, (c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (CPP, art. 310, II). – A audiência de custódia (ou de apresentação) – que deve ser obrigatoriamente realizada com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, se for o caso) e do representante do Ministério Público – constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3) e que já se acham incorporadas ao plano do direito positivo interno de nosso País (Decreto nº 678/92 e Decreto nº 592/92, respectivamente), não se revelando lícito ao Poder Público transgredir essa essencial prerrogativa instituída em favor daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual. – A imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF) e, também, do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015), não podendo deixar de realizar-se, ressalvada motivação idônea, sob pena de tríplice responsabilidade do magistrado que deixar de promovê-la (CPP, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019). Doutrina. Jurisprudência (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – A ausência da realização da audiência de custódia (ou de apresentação), tendo em vista a sua essencialidade e considerando os fins a que se destina, qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o conseqüente relaxamento da privação cautelar da liberdade individual da pessoa sob o poder do Estado. Magistério da doutrina: AURY LOPES JR. (“Direito Processual Penal”, p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), EUGÊNIO PACHELLI e DOUGLAS FISCHER (“Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência”, p. 792/793, item n. 310.1, 12ª ed., 2020, Forense), GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), RE-

NATO BRASILEIRO DE LIMA (“Manual de Processo Penal”, p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e RENATO MARCÃO (“Curso de Processo Penal”, p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva). [...] (HC 188888, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020)

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Audiência de custódia. Direito fundamental do preso a ser apresentado sem demora a uma autoridade judicial que possa controlar eventuais abusos e analisar a legitimidade da restrição à liberdade (art. 7.5, CADH). **A superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia. Necessidade em qualquer espécie de prisão. Ordem parcialmente concedida.** (HC 202579 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 17-02-2022 PUBLIC 18-02-2022) (g. n.)

Frise-se que, de acordo com o §4º do art. 310 do CPP, a autoridade que der causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no *caput* referido artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

1.2.2 Autoridade destinatária do preso

O preso deve ser encaminhado ao juiz ou a outra autoridade que exerça função judicial. Nessa esteira, muito se discute sobre qual outra autoridade judicial seria essa. É defendido que o delegado de polícia poderia ser competente para fazer a análise sobre a legalidade e necessidade da prisão sem a necessidade de uma audiência de custódia, haja vista que pode arbitrar fiança, apreender um bem relacionado ao crime ou quando promove o indiciamento, por exemplo. Todavia,

se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e de repressão arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, *poder* para

fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade. (PAIVA, 2017, p. 60)

Portanto, conforme observa Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014),

a Corte IDH já recusou considerar como “juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais” (a) a jurisdição militar, (b) o Agente Fiscal do Ministério Público, e (c) o Fiscal Naval. Fácil perceber, portanto, a partir da jurisprudência da Corte IDH, que juiz ou autoridade habilitada a exercer função judicial somente pode ser o funcionário público incumbido da jurisdição, que, na grande maioria dos países (a exemplo do Brasil), é o magistrado.

1.2.3 Audiência de custódia por videoconferência

É evidente que a audiência de custódia tem a finalidade de humanizar a deliberação acerca da prisão em flagrante. E o contato com o preso, sua presença, é imprescindível para o alcance desse fim, inclusive, e principalmente, para verificar se houve tortura ou maus-tratos. Assim, a realização da audiência por meio de videoconferência eiva de inocuidade os critérios elencados no art. 7, item 5, da CADH, quais sejam: *o preso deve ser conduzido à presença da autoridade judicial*, matando o caráter antropológico e humanista da audiência de custódia. Corroborando com esse entendimento, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, por meio da Observação Geral nº 35/2014, assim se posiciona:

A pessoa deverá comparecer fisicamente ante o juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais. A presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura e dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Nada obstante, vale ressaltar que no contexto da pandemia da Covid-19, momento em que os Poderes estabelecidos impuseram medidas de restrição, notadamente o *lockdown*, a fim de evitar o contágio

da doença, a audiência de custódia ficou inviabilizada de ser realizada presencialmente em todo o Brasil durante esse período excepcional de calamidade pública.

Sem outra alternativa para possibilitar aos presos a continuidade da apresentação perante a autoridade judiciária, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 357/2020 regulamentando a realização da audiência de custódia por videoconferência, permitindo que todos os atores da persecução penal participassem remotamente do ato.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal endossou o que fora regulamentando, entendendo que o momento atípico ensejava a adoção dos meios virtuais para possibilitar a realização da audiência. É de se colacionar, então, a ementa do julgado da Corte Suprema:

HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE LIMINAR EM TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. COVID-19. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PACTO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL PROIBITIVA. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTS. 5º, LIII, LV, LIX, 93, 129, I, E 133, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 282, § § 2º e 4º, 310, 311 E 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PODER GERAL DE CAUTELA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da superação da Súmula 691/STF nas hipóteses em que se evidencie a existência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão hostilizada. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347-MC, assentou, em provimento de eficácia geral e vinculante, a obrigatoriedade da realização da audiência de apresentação em caso de prisão em flagrante. Trata-se de direito subjetivo do preso decorrente dos

artigos 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 310 do Código de Processo Penal. 3. A pandemia causada pelo novo coronavírus não afasta a imprescindibilidade da audiência de custódia, que deve ser realizada, caso necessário, por meio de videoconferência, diante da ausência de lei em sentido formal que proíba o uso dessa tecnologia. A audiência por videoconferência, sob a presidência do Juiz, com a participação do autuado, de seu defensor constituído ou de Defensor Público, e de membro do Ministério Público, permite equacionar as medidas sanitárias de restrição decorrentes do contexto pandêmico com o direito subjetivo do preso de participar de ato processual vocacionado a controlar a legalidade da prisão. [...] (HC 186421, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-273 DIVULG 16-11-2020 PUBLIC 17-11-2020)

1.2.4 Os limites cognitivos do juiz na audiência

Ponto bastante relevante diz respeito aos limites da cognição judicial em sede de audiência de custódia. É plenamente viável e necessário para a operacionalização de uma audiência de custódia que alcance os fins pretendidos pelos instrumentos internacionais, a oitiva do autuado sobre as circunstâncias do fato, sobre seus antecedentes e outros aspectos pertinentes que a audiência exigir para elucidação do caso e da personalidade do infrator, como meio de possibilitar ao juiz subterfúgios suficientes para deliberar racionalmente.

Ao magistrado é permitido avaliar os aspectos formais e meritórios, ou seja, devem ser analisadas todas as questões de direito e de fato que digam respeito à necessidade ou não da prisão. Quando, por exemplo, se alega que a pessoa representa um risco para a coletividade caso permaneça em liberdade, deve-se discutir as nuances de direito e de fato em torno disso. Caso contrário, não deveria existir audiência de custódia, mas sim um carimbo padrão, pelos quais os juízes estariam bitolados em cruamente avaliar a ocorrência de tortura

ou maus-tratos, se a prisão foi legal ou ilegal, e relaxar ou homologar o flagrante e decretar a prisão preventiva.

O que não poderá ser realizado na audiência de custódia é um juízo de culpa. A absolvição ou condenação não deverá ser discutida, mas a análise sobre questões de direito e de fato que irá influenciar na liberdade ou na prisão deve ser enfrentada. É fundamental, portanto, cotejar as nuances fáticas com a periculosidade do preso, uma vez que são irreversíveis e devastadores os efeitos de uma prisão provisória, consubstanciando-se verdadeiramente em uma antecipação de pena.

A afirmação de que há uma antecipação do interrogatório do acusado, afrontando a nova sistemática trazida pela Lei 11.719/2008, não deve encontrar guarida, uma vez que o autuado poderá receber orientação de seu advogado ou Defensor Público, bem como será cientificado pelo juiz de seu direito ao silêncio.

Além disso, é inconcebível o repúdio pelos juristas brasileiros da atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, quando é aceitável, sem embargos, o aprofundamento no mérito do fato delituoso pelo indivíduo preso na oportunidade da ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou defensor público.

Assim, o contraditório na audiência de custódia é perfeitamente possível porque embora seja realizada na fase investigativa, ela não se reveste como ato ou instrumento da investigação, porquanto a partir do momento em que o auto de prisão é judicializado, a prisão adquire imediatamente o caráter de ato processual, tornando-se alvo de incidência das garantias da ampla defesa e do contraditório (PAIVA, 2017, p. 115).

Há quem defenda ainda que como um dos fins da audiência de custódia é fazer uma análise sobre a legalidade e a cautelaridade da prisão, o juiz não pode adentrar no mérito do caso concreto. Contudo, para que se decrete a prisão preventiva, ou prisão temporária é mister que se configure a justa causa, ou seja, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312, caput, e art. 1º, II, da Lei 7.960/1989). Vale ressaltar ainda que o CPP determina que o juiz deve conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato amparado por excludente de ilicitude (art. 310, parágrafo único, e art. 314, ambos do CPP). Diante do exposto, faz-se a seguinte indagação: como o julgador será influenciado no convencimento sobre essas questões sem adentrar em alguns aspectos fáticos do caso penal?

Nessa perspectiva, por conseguinte, analisam Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2015), que

na dimensão processual, fortalecemos a estrutura dialética, pela presença do Ministério Público (que pedirá ou não a prisão preventiva, acabando com a absurda ‘conversão do flagrante em preventiva sem pedido’), e também da defesa (permitindo o real contraditório neste ato tão importante). Tudo em contraditório (e salve Fazzalari), com oralidade e contato direto e pessoal com o juiz. Isso é democracia processual diria Bettiol.

1.2.5 Da (im)possibilidade do conteúdo da audiência ser aproveitado como prova em eventual ação penal

A confissão na audiência de custódia não pode ser levada em consideração como algo irreversível, haja vista poder o acusado retificar suas colocações a respeito da autoria do crime em seu interrogatório na ação penal. O juiz, portanto, deve ponderar a utilização dessa prova na ação penal, uma vez que deve atentar para o fato de que as manifestações do infrator na audiência de custódia são imaturas, além

da garantia da autodefesa, que permite moldar seu depoimento frente a todo conteúdo probatório produzido na ação penal.

No mais, quando por algum motivo a audiência de custódia se restringir apenas à análise da legalidade e necessidade da prisão, sem qualquer incursão no mérito do fato delituoso, nada obsta que seu conteúdo seja apensado aos autos da ação penal, “isso porque o devido processo legal e a garantia da publicidade dos atos processuais não devem conviver com *pronunciamentos ocultos*.” (PAIVA, 2017, p. 118, grifo do autor)

1.3 Finalidades

A implementação da audiência de custódia no Brasil representa um marco civilizatório e humanístico no sistema processual penal. Suas finalidades são norteadas por todo o arcabouço normativo internacional de defesa dos direitos fundamentais da pessoa privada de sua liberdade, conforme já exposto. Vale lembrar que tais normas por tratarem de direitos humanos possuem caráter supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

Elenca-se como primeira finalidade a apresentação do preso à autoridade judicial para verificar a ocorrência de tortura, maus-tratos ou abusos contra a incolumidade física e psíquica do infrator quando da prisão em flagrante por parte dos agentes de segurança pública. Essa garantia justifica-se em razão da facilidade que estes encontram nas primeiras horas após a flagrância em perpetrar arbitrariedades contra o agente delituoso movidos pelo sentimento de vingança e de retribuição ao mesmo, o que é inconcebível num Estado de Direito.

Assim, prevê a Convenção Americana de Direito Humanos, em seu art. 5º, item 2, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa

privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

Nessa toada, em um de seus precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se expressa dizendo que “estão em jogo tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal”.

Por esse motivo é que se faz necessária a apresentação, o contato direto com o magistrado, para que seja permitido uma maior percepção das condições físicas e também psíquicas através da manifestação oral do infrator, constatando-se, por conseguinte, a existência ou não dessas práticas abusivas. Faz-se mister, ainda, o encaminhamento junto ao auto de prisão em flagrante, por óbvio, do laudo do exame de corpo de delito, para que junto com as aferições na presença do preso, o juiz tome decisões mais acertadas e não deixe impune essa prática que se demonstra tão contumaz no meio policial. Valendo ressaltar que tais atos são tipificados como crime na Lei 9.455/97 (Lei Antitortura):

Art. 1º Constitui crime de tortura:

II - 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.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

Dessa forma, quando de posse de todos os contornos do ato flagrancial e verificada a ocorrência de tortura, ou maus-tratos, o juiz deve tomar as medidas cabíveis no sentido de fazer com que se apure as condutas dos agentes policiais, encaminhando ao órgão representativo e disciplinar as peças do auto de prisão em flagrante que comprovem tais atos, bem como o termo da audiência de custódia e os documentos necessários para tanto.

Nesse diapasão, a verificação de tortura ou maus-tratos em audiência de custódia traz significativa contribuição no sentido de reduzir essas ocorrências num dos momentos mais emblemáticos para a integridade física do cidadão, os quais correspondem às primeiras horas após a prisão, quando ele fica totalmente desprovido de proteção diante de potencial violência policial. (PAIVA, 2017, p. 49)

Outra finalidade da audiência de custódia é a análise da legalidade e da real necessidade de continuidade da prisão. Sua concretização no plano prático possibilitou a fulminação da imaginação *in malam partem*, quando da chegada do auto de prisão em flagrante o juiz deliberava preenchendo negativamente as lacunas que a descrição do fato delituoso deixava, dificultando uma possível e muitas vezes necessária liberdade ao agente. Nesse sentido, vale expor uma pertinente colocação exemplificativa e elucidativa de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2015):

Não raras vezes a notícia de um crime nos assusta e joga com o nosso imaginário. Se somos humanos, ao lermos um auto de prisão em flagrante ou uma denúncia descrevendo, por exemplo, a conduta de Paulo K., consistente em ter entrado numa casa, pela madrugada, para o fim de subtrair bens e, no seu percurso, ter sido flagrado pela moradora, senhora idosa, a qual desferiu dois tiros, sem que tivesse morrido, fugindo, na sequência do local do crime e, depois, preso pela polícia, teríamos que preencher as lacunas. Não lembraríamos de um rosto doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si os atributos do mal. Essa conduta humana (preencher os espaços desprovidos de informação) cria o que se denomina

de efeito priming, ou seja, o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido. Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação. (LOPES JR. e ROSA, 2015)

Nessa perspectiva, valendo-se da análise de fato e de direito, com as devidas restrições, como aludido anteriormente, incumbe ao juiz verificar a legalidade da prisão em flagrante, observando o preconizado nos art. 301 e ss. do CPP, e em caso de violação a alguma dessas disposições deverá imediatamente relaxar a prisão. Por outro lado, caso o flagrante tenha sido legal, cabe ao juiz homologar o auto de prisão em flagrante e convertê-la em prisão preventiva, respeitando os requisitos do art. 282 e 312 do CPP, além disso poderá conceder liberdade provisória, nos termos do art. 321 do CPP, com a aplicação ou não das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319 do mesmo diploma legal. É imperioso destacar, ainda, a total necessidade de liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, quando ficar evidente à análise do juiz a prática do crime nas condições previstas no art. 23, I ao III, do Código Penal.

Há, portanto, segundo Badaró apud Paiva (2017),

uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista 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. (BADARÓ apud PAIVA, 2017, p. 50)

E, não menos importante, destaque-se que a audiência de custódia será a oportunidade em que o representante do Ministério Público poderá fazer o requerimento da prisão preventiva, haja vista que ainda encontra-se na fase investigativa, na qual o juiz não pode decretá-la de ofício, prática corriqueira e que afrontava o art. 311 do CPP, bem como o sistema acusatório e a imparcialidade.

1.4 OS EFEITOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO DE UMA OPERACIONALIZAÇÃO COMPROMETIDA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A audiência de custódia é idônea para causar efeitos extremamente positivos no sistema prisional brasileiro e que refletirão diretamente na paz da sociedade. Oportunizar ao preso em flagrante a presença do juiz como garantidor dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado é imprescindível. Todo o aparato normativo deve ser instrumentalizado de forma a se tomar a melhor decisão e a mais comprometida com a ordem social e com o resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A imediatidade da apresentação, a presença do advogado ou do defensor público, do representante do Ministério Público e a possibilidade da análise de fato e de direito das circunstâncias da prisão, são elementos essenciais que tornam a audiência de custódia capaz de proporcionar aos juízes uma ampliação da perspectiva dos direitos já referidos. Isso permitirá identificar com segurança infratores de menor periculosidade, ou seja, aqueles que são ressocializáveis, recuperáveis ou reintegráveis, e evitará que os mesmos tenham o infeliz contato com o caótico sistema prisional brasileiro.

Urge salientar que não só infratores ressocializáveis poderão ser eficazmente identificados, mas também aqueles indivíduos que praticam crimes em legítima defesa, estado de necessidade, exercício

regular de direito e em estrito cumprimento de dever legal, que são as excludentes de ilicitude previstas no art. 23, I a III do Código Penal. É pertinente essa colocação porque com o contato apenas com o auto de prisão em flagrante os juízes possuíam a tendência de preencher os espaços desprovidos de informação, criando o efeito *priming*, conforme observado por Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2015), e não concediam liberdade provisória, configurando, portanto, extrema violação ao princípio da não antecipação da pena e ao princípio da presunção de inocência, ao encarcerar desnecessariamente pessoas amparadas por essas excludentes, causando-as, por óbvio, um caos irreversível em suas vidas.

Já ficou esclarecido que sem fazer juízo de culpa o juiz ao analisar as questões meritórias que envolveram a prisão, pode questionar o perfil de cada infrator: nível de escolaridade, profissão e local onde mora, por exemplo. Junte-se a isso a folha de antecedentes que deve ser acostada por serventuário atuante na audiência de custódia. Com esse aparato informacional a respeito do infrator e de sua vida o juiz será capaz de identificá-lo, em juízo perfunctório, como ressocializável ou não.

Nessa esteira, poderá ser feito um juízo de valor acerca da probabilidade da permanência sadia do infrator no meio social, vislumbrando sua ressocialização, ao levar-se em consideração se o mesmo é primário, sem registro policial, se possui residência fixa, se exerce, ao menos informalmente, alguma atividade laboral, e se o crime praticado configura-se como de baixa periculosidade, com ínfimo reflexo social e sem perturbação generalizada à ordem pública.

A título exemplificativo, pode-se elencar como crimes de menor ou baixa periculosidade os furtos de coisa móvel de baixo valor, os roubos sem a utilização de violência (crimes contra o patrimônio), os crimes classificados como tráfico de entorpecentes quando indivíduos

são encontrados com insignificante quantidade de drogas, com previsão na Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), praticados pelo maior número de presos definitivos e provisórios que abarrotam as penitenciárias, conforme dados do INFOPEN (2022, p. 13 e 14).

Apenas a título de debate, é importante dizer que a sociedade brasileira é atormentada por dois tipos de criminalidade, a criminalidade que implica violência e a criminalidade associada à corrupção *lato sensu*. Mas conforme fora observado, não são os crimes violentos, nem os crimes do colarinho branco que lotam os cárceres brasileiros. As prisões por drogas e por furto somam mais da metade da população carcerária. Apenas 1% representa as prisões dos que praticam os crimes do colarinho branco. Destarte, prende-se muito, mas prende-se mal. Os grandes vilões considerados pelos brasileiros estão em sua maioria soltos, porque menos de 10% dos homicídios – crime violento e de extrema gravidade – são investigados pelas polícias judiciárias, quantidade ínfima de pessoas condenadas por crimes verdadeiramente violentos (BARROSO, 2015, ADPF 347).

Ademais, é importante inserir no rol de concessão de liberdade provisória em sede de audiência de custódia, os crimes cometidos sem impacto social e que recebem a guarida do princípio da insignificância e da adequação social. A insignificância poderá excluir a tipicidade do delito, quando é desprovido de tipicidade material. Segundo o STF, pode-se considerar no âmbito de incidência do princípio da insignificância a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da ordem jurídica provocada. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 98.152 - MG, 2.^a T., rel. Celso de Mello, 19 de maio de 2009, v.u.)

Portanto, tudo isso deve ser ponderado pelo juiz, se este, consciente de que deve atuar racionalmente, operacionalizar eficazmente

a audiência de custódia e aplicar os institutos, normas, princípios e mecanismos inerentes a ela de forma comprometida com a sociedade. Dessa forma, não se está querendo gerar um quadro generalizado de impunidade, mas sim estancar a cultura suicida do encarceramento e o círculo vicioso que consiste em prender, gerar reincidência e prender novamente, pois o sistema prisional brasileiro em sua atual conjuntura é um fator criminógeno. Nas precisas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no julgamento da ADPF 347, “não estamos apenas cuidando de direitos fundamentais de uma minoria; estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira”.

Assim, lançando-se mão de todos os mecanismos garantistas em torno da audiência de custódia, ela será capaz de reverter esse quadro, não de forma repentina, é claro, mas paulatinamente, com expectativas promissoras a longo prazo. Prendendo-se, então, quando for estritamente necessário à proteção da ordem pública, e proporcionando ao infrator dito ressocializável a continuidade no seio social e familiar, que muitas vezes não vão colaborar para sua recuperação, mas certamente os efeitos do encarceramento em sua atual concepção são muito mais drásticos e o levarão a caminhos ainda mais marginalizados.

Os resultados são instigantes e conforme dados disponibilizados no site do CNJ, até fevereiro de 2023 foram realizadas 1.150.295 audiências de custódia em todo o Brasil, e forma concedidas 460.192 liberdades provisórias, além de 2.770 prisões domiciliares.

O CNJ também faz a estimativa de que a redução pela metade de pessoas presas antes de terem sido condenadas gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais. Além disso, ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que

representa uma economia de 9,6 bilhões de reais. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 15)

Diante disso, importa reconhecer os efeitos positivos já aparentes decorrentes da efetiva realização das audiências de custódia. Os impactos já reverberam tanto nos números do sistema prisional, quanto no orçamento público, pois as verbas dessa redução de gastos serão investidas em outras áreas sociais ou até mesmo para o melhoramento das precárias condições das prisões existentes.

CAPÍTULO IV

AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

1.1 PREVISÃO LEGAL E CARACTERÍSTICAS

A prisão, seja ela preventiva ou temporária, tem caráter cautelar, ou seja, são impostas para assegurar a *persecutio criminis* estatal. Por outro lado, existem as medidas cautelares *diversas da prisão*, que são aquelas que buscam alcançar os mesmos resultados que a privação de liberdade, mas mantendo o infrator livre sem o privar de seus fundamentais direitos ao não inseri-lo no falido sistema prisional brasileiro, ou seja, “são todas as medidas contempladas em um determinado ordenamento jurídico-penal, que, não deixando de observar os fins preventivos gerais e especiais, tentam evitar que o agente que praticou um fato típico, ilícito e culpável venha a ingressar no sistema prisional” (TÉLLEZ AGUILERA apud GRECO, 2016, p. 307).

As medidas cautelares alternativas à prisão surgem para atenuar o número de prisões provisórias desnecessárias, proporcionando ao juiz opções idôneas para substituir a prisão cautelar. Tais medidas foram incluídas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, a qual incorporou ao art. 319, do inciso I ao IV, alternativas ao cárcere que podem ser impostas ao investigado ou ao acusado, de forma cumulativa ou isolada, com o condão de assegurar os fins pretendidos pelo art. 282, I, do CPP.

Antes dessa legislação inovadora a medida cautelar por excelência era a prisão. Existia uma bipolaridade cautelar no sistema brasileiro, em que apenas existia a prisão e a liberdade provisória com ou sem fiança. Então, ou o investigado/acusado via-se investigar e processar preso cautelarmente, ou recebia a liberdade provisória com obrigação de comparecer a todos os atos do inquérito/processo, hipótese em que não havia fiança, bem como mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fos-

se intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 8 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado, no caso da liberdade provisória com fiança.

Nessa sistemática, sob a influência da cultura do encarceramento, certamente a quantidade de decisões judiciais determinando a prisão cautelar era farta, muitas vezes sem a devida fundamentação, o que contribuiu de forma significativa para a intensificação da superlotação carcerária.

Nesse turno, com a ampliação das possibilidades no âmbito da cautelaridade processual, reforçou-se a máxima de que a prisão deve ser a *extrema ratio* da *ultima ratio*. De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1108),

essa mudança reflete tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990. Esta Declaração refletiu a percepção de que as medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos – a liberdade –, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de *ultima ratio*, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia. (LIMA, 2016, p. 1108)

Quando da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão o juiz tem que avaliar se estão presentes os seus pressupostos, quais sejam, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, embora não estejam previstos expressamente para tais medidas no art. 282 do CPP. O primeiro consiste na plausibilidade do direto de punir, ou seja, deve existir lastro probatório suficiente da materialidade do crime e de indícios de autoria. Enquanto que o segundo representa a probabilidade da continuidade do cometimento de crimes pelo infrator, caso ele con-

tinue com sua liberdade plena. Resta configurado, portanto, o *periculum libertatis*, nas precisas palavras de Renato Brasileiro (2016, p. 1123), “como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social”.

Nessa esteira, ainda é de suma importância no momento de imposição dessas medidas a observância do que dispõe o art. 282, II, do CPP, o qual elenca os requisitos que devem ser levados em consideração pelo magistrado na aplicação das medidas, que são: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Além disso, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve nortear a atividade judicial quando da determinação das medidas cautelares diversas da prisão. Preconiza esse princípio que deve ser ponderado os benefícios acarretados pelo cumprimento das medidas, bem como o possível prejuízo em razão de afrontas aos direitos fundamentais do agente se aplicadas de forma equivocada e mais gravosa que uma futura condenação definitiva. Deve-se fazer uma análise, por conseguinte, do custo-benefício. Conforme leciona Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1118),

essa verificação supõe que se apresenta ao juiz uma situação concreta em que, já assentadas a adequação e a necessidade, seja necessário ainda analisar se o sacrifício a ser imposto ao direito fundamental guarda uma relação razoável e proporcional com a relevância do interesse estatal que se pretende assegurar. Para tanto, devem ser utilizadas as técnicas de contrapeso de bens e valores, de forma a escolher a medida mais justa nas circunstâncias do caso, o que, no terreno processual penal, implica resolver a tensão entre os interesses estatais relacionados à persecução e as garantias do acusado. Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção do acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso

porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente fosse pior do que a da pessoa já condenada.

A Lei 12.403/2011 inovou significativamente ao incorporar ao art. 319 nove incisos que elencam as medidas cautelares alternativas ao cárcere. Por tratarem-se de medidas constritivas da liberdade, há de se reconhecer que deve ser considerado como um rol taxativo, uma vez que o juiz não pode aplicar medida não prevista legalmente se valendo de seu poder geral de cautela, haja vista haver evidente prejuízo ao investigado/acusado se o magistrado se valer de critérios indefinidos legalmente para impor medida cerceadora de liberdade.

Passa-se, portanto, à exposição de cada uma das medidas dispostas no art. 319 do CPP:

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

Por meio dela o juiz verifica se o investigado/acusado permanece na Comarca para fim de acompanhamento de todos os atos do processo, bem como para averiguar a licitude de suas atividades laborais;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

Ao aplicar essa medida o magistrado não pode proibir o acesso e a frequência a um número indeterminado de lugares, devendo especificar quais são. “A expressão acesso deve ser compreendida como a simples ação de entrar ou ingressar em determinado local, não tendo qualquer conotação de reiteração ou repetição. A expressão frequência traduz a noção de repetição sistemática de um fato ou comportamento, in casu, a repetição habitual do investigado em comparecer a determinado lugar” (LIMA, 2016, p. 1353).

Contudo, é crucial que seja comunicado imediatamente à Polícia Judiciária e Militar sobre a determinação dessa medida para o devido acompanhamento, sob pena de a mesma se tornar inócua.

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Essa medida tem como finalidade proteger pessoas que se sintam intimidadas pelo comportamento incisivo do agente, seja ameaçando-as, seja injuriando ou difamando. Além disso é essencial para impedir que o investigado/acusado interfira e influencie no depoimento das testemunhas e ofendidos, acarretando prejuízo na apuração do fato.

O contato pessoal proibido não se limita ao âmbito físico, mas também por meio de redes sociais como Facebook, WhatsApp, Messenger, bem como por ligações telefônicas.

Ainda, ao determinar a proibição de contato com determinadas pessoas é imprescindível que o juiz defina a distância mínima (em metros ou quilômetros) entre o acusado e a vítima/testemunha, bem como de sua residência.

Nessa esteira, velando pela operacionalidade dessa medida, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1355) assim se posiciona:

A despeito do silêncio da lei, e de modo a assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, o ideal é que a vítima ou pessoa com quem o investigado ou acusado está proibido de manter contato seja informada acerca da adoção da referida medida, sendo advertidas de que, no caso de eventual violação à determinação judicial, poderão comunicar o fato imediatamente à autoridade policial, ao Ministério Público ou à autoridade judiciária. Para tanto, é possível a aplicação por analogia dos §§ 2º e 3º do art. 201 do CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.690/08.

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

A imposição dessa medida é de extrema importância para o êxito da investigação, bem como da fase instrutória na ação penal. E embora o legislador tenha especificado o fim dessa medida, não há restrição ao magistrado para sua aplicação quando ele adequá-la ao teor do art. 282, I do CPP.

Junte-se a isso a possibilidade da proibição de se ausentar do país sem prévia anuência judicial, dispondo o art. 320 que o juiz pode requerer a entrega do passaporte no prazo de 24 horas, bem como a comunicação da vedação às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional.

Renato Brasileiro (2016, p. 1356), se manifesta no sentido de que é salutar a disponibilização eletrônica do registro no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça da determinação dessa medida cautelar - e não só dela, mas de qualquer outra - para que haja mais eficácia e para auxiliar autoridades policiais e os juízos de outras Comarcas, inclusive de outras unidades federativas, a respeito da existência de medidas cautelares.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

Esta medida configura-se menos gravosa do que a prisão domiciliar. É norteadada pelo senso de responsabilidade e autodisciplina do investigado/acusado, pois de modo a não perder seu emprego e sua rotina de vida deve submeter-se ao recolhimento noturno e em dias de folga. Por isso deve ser aplicada a quem realmente tenha residência e trabalho fixos. Podendo ser aplicada também a quem apenas estude em vez de trabalhar.

E para que haja uma fiscalização efetiva e se opere resultados positivos de sua aplicação, é importante que junto a essa medida seja aplicada a monitoração eletrônica, com fulcro no art. 282, §1º do CPP.

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

Esta medida aplica-se tão somente a agentes que exercem função, emprego, ou cargo público e se aproveitam dessa qualidade para praticar crimes contra a administração pública (corrupção passiva, concussão, peculato, etc.), bem como para aqueles que exercem atividade econômica ou financeira e cometem crimes que afrontem a ordem econômico-financeira.

Portanto, deve existir esse nexo funcional entre a prática delituosa e a atividade funcional desenvolvida pelo agente. Dessa forma, configura-se o *periculum libertatis* para a aplicação dessa medida, quando não restar dúvidas de que caso seja permitido a continuidade do agente no exercício da função ou atividade existem grandes possibilidades de haver reiteração delituosa.

Todavia, o objetivo dessa medida não se restringe a isso, o juiz pode se valer da mesma para outras finalidades, desde que amparadas pelo art. 282, I, do CPP. “A medida também pode ser imposta para que o acusado não se utilize de suas funções para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a busca da verdade” (LIMA, 2016, p. 1360).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

Tal medida cautelar não pode ser aplicada em sede de audiência de custódia, conforme preconiza o § 3º do art. 9º da Resolução 213/2015 do CNJ, *in verbis*:

§ 3º O juiz deve buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares para tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, e no art. 319, inciso VII, do CPP.

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

Com o advento da Lei 12.403/2011 a fiança consubstanciou-se em medida cautelar autônoma, podendo ser aplicada cumulativa ou isoladamente, e as finalidades de sua aplicação estão estampadas no inciso disposto acima. A fiança deve ser aplicada observando as disposições do Capítulo VI do CPP.

IX - monitoração eletrônica;

Trata-se de medida cautelar autônoma, assim reconhecida após a Lei 12.403/2011, deixando de ser uma exclusividade da execução penal. Assim, o monitoramento eletrônico consiste no uso de dispositivo afixado no corpo do agente, para que seja levada a efeito a fiscalização a distância de sua localização geográfica, permitindo então o controle judicial de seus atos fora da prisão.

A Resolução 213/2015 do CNJ regulamenta em seu art. 10 a disciplina de aplicação dessa medida, qual seja:

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

O acompanhamento dessa medida pelo juiz pode ser utilizado com a estipulação/imposição de zonas de inclusão ou zonas de exclusão. As primeiras se caracterizam como os locais em que o monitorado pode/deve permanecer, e a segunda como sendo os lugares em que não pode comparecer ou frequentar. Dessa forma, o monitoramento eletrônico possui três finalidades: detenção, fazer com que o indivíduo permaneça em local predeterminado; restrição, o monitoramento é usado para que o investigado não frequente certos lugares, ou para que mantenha distância de certas pessoas, em regra vítimas, testemunhas e coautores; e vigilância, sendo a medida utilizada para manter a vigilância constante sobre o agente, sem restrição de sua locomoção. (LIMA, 2016, 1370).

Essas finalidades podem ser atingidas lançando-se mão dos sistemas passivos, ativos e sistemas de posicionamento global (GPS).

Ao monitoramento eletrônico é atribuída a utilidade como medida cautelar em si, isoladamente aplicada, além de medida caute-

lar como auxiliar de outra medida diversa da prisão, aplicada cumulativamente, conforme preconiza o art. 282, §1º, do CPP.

O agente delituoso pode recusar o uso do dispositivo de monitoramento eletrônico, no entanto, deve a ele ser esclarecido do benefício do mesmo face aos efeitos do ingresso no cárcere. Por isso, na própria audiência de custódia podem ser expostas essas nuances, bem como a instrução de como se deve proceder durante o monitoramento eletrônico, aplicando-se subsidiariamente o art. 146-C da LEP, o qual preconiza que é dever do monitorado: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

Diante disso, é vital que o juiz ao deliberar, avalie um conjunto de situações que o influencie a acreditar que o monitoramento será suficiente para que a medida possa cumprir suas funções repressivas e preventivas. Assim, os antecedentes penais, a conduta social, a personalidade do infrator, a gravidade da infração etc., deverão ser levados em consideração para que se possa averiguar a possibilidade de cumprimento de pena *extra muros*, via monitoramento eletrônico. (GRECO, 2016, p. 291)

A respeito das críticas ao monitoramento eletrônico, Luzón Peña assim assevera:

Às acusações de que o monitoramento eletrônico é por demais benigno ao condenado, além de possuir pouca ou nenhuma eficácia intimidante, tem-se rebatido com o correto argumento de que a ele são reservadas somente as infrações penais de pouca gravidade, a exemplo do que ocorre com os delitos de trânsito, subtrações patrimoniais não violentas, consumo de drogas etc. e só excepcionalmente para algum delito que preveja alguma forma de violência, como pode ocorrer com as lesões corporais. Além disso, o prognóstico que se faz do condenado lhe é favorável, ou seja, tudo leva a crer que o cumprimento da pena mo-

nitorada extra muros exercerá sobre ele os necessários efeitos, evitando a prática de futuras infrações penais. (LUZÓN PEÑA apud GRECO, 2016, p. 292)

Peña trata neste excerto, do monitoramento eletrônico já no cumprimento da pena, mas suas colocações são pertinentes para sua aplicação tanto na fase da investigação, quanto no trâmite da ação penal.

Nessa perspectiva, em sede de audiência de custódia a referida medida cautelar se mostra promissora, de sorte que a prisão preventiva deve ser a exceção, a *extrema ratio*, deixando o sistema prisional somente para aqueles reincidentes contumazes e que praticam crimes graves. “A vigilância eletrônica nem é a varinha mágica nem é a panaceia, nem cobre – e menos hoje em dia – todos os desejos, mas indubitavelmente é o princípio do fim de um sistema penitenciário baseado em um axioma absurdo: encerrar, dessocializar um indivíduo para fazer dele o homem apto para viver em sociedade” (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS apud GRECO, 2016, p. 302)

1.2 EFEITOS DA APLICAÇÃO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Diante do exposto acerca da definição de medida cautelar e das hipóteses previstas no art. 319 do CPP, fica evidente a sua idoneidade para ser aplicada em audiência de custódia. Quando da homologação do flagrante e percebendo o juiz que trata-se de infrator ressocializável, levando em consideração os fatores que assim o caracteriza, não pode se furtar de impor liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando não for possível concedê-la sem tais medidas.

Deve haver por parte do juiz o desprendimento em conscientizar e cientificar o agente das consequências de seus atos e dos efeitos

positivos do efetivo cumprimento da(s) medida(s) cautelar(es) imposta(s). Deixando claro que uma eventual prisão pode ser decretada se sua conduta se distanciar do intento cautelar, isso porque tais medidas são regidas pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, somente serão válidas se os fatos ensejadores da mesma permanecerem. Em outras palavras, as medidas cautelares alternativas à prisão serão mantidas se o infrator se mantiver no *status* de recuperável, não reincidir, e cumprir estritamente as imposições específicas da(s) medida(s) cautelar(es) aplicada(s). Portanto, há a incidência do princípio da eficácia concreta das medidas cautelares, que tem embasamento no art. 282, §5º do CPP, o qual dispõe da seguinte maneira: “§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Sabe-se que a maioria dos indivíduos que superlotam os cárceres brasileiros são os que praticaram crimes que não representam gravidade em potencial, como já foi supracitado, os crimes de furto, roubo com grave ameaça, e os crimes que envolvem entorpecentes. Destarte, é indubitável que os males acarretados a esses infratores de baixa periculosidade e por via reflexa à sociedade que vai recebê-los de volta, são imensuráveis. Nesses casos, deve-se, portanto, evitar o encarceramento. Embora se refira à pena na sua fase definitiva, vale expor o pensamento de Manoel Pedro Pimentel a respeito da substituição do aprisionamento por outras medidas nessas situações descritas:

O fracasso da prisão como agência terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização. Por outro lado, essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o sentenciado do convívio familiar e do trabalho, desorganizando,

sem nenhuma vantagem, a sua vida. (PIMENTEL apud GRECO, 2016, p. 304)

Conforme já ficou demonstrado, são extremamente nocivos os reflexos de um encarceramento inadequado e descomprometido com a paz social, e sem visão de um panorama sadio de usufruto da plenitude dos direitos constitucionalmente previstos para as futuras gerações.

Com efeito, o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir laços familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%. O uso excessivo do cárcere *ad custodiam* também contribui para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. [...] De mais a mais, levando-se em conta que é comum não haver qualquer separação entre presos provisórios e definitivos, nem tampouco entre presos que cometeram crimes com diferentes graus de violência, tais pessoas são expostas a um possível recrutamento por organizações criminosas, que vêm ganhando cada vez mais força em nosso sistema penitenciário. (LIMA, 2016, p. 1108-1109)

Vale ressaltar, ainda, a pesquisa publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015, 37-38), sobre a Aplicação de Penas e Medidas Alternativas, apontando que em 37% dos casos em que réus estiveram presos provisoriamente, não houve condenação à prisão ao final do processo, resultando em absolvição, condenação em penas alternativas ou a medidas alternativas, além dos casos de arquivamento, prescrição e medida de segurança. Percebe-se, então, a inocuidade da imposição da prisão cautelar, pois além de afrontar os direitos fundamentais da pessoa humana ao permitir que o infrator tenha sofra medidas mais severas durante a tramitação do processo ou da investigação do que após a sentença. Sem falar nos casos de prescrição da pretensão punitiva, que extingue a punibilidade por desídia estatal na persecução do seu *ius puniendi*, quando o acusado já tem cumprido meses ou anos de prisão cautelar.

A partir disso, depreende-se a necessidade de precaução na tomada de decisão pelo magistrado, o qual deve sempre avaliar detidamente cada situação delituosa e as especificidades do caso concreto, devendo se valer do leque de opções de medidas cautelares diversas do aprisionamento quando seus efeitos cautelares se equivalem ao da prisão.

O magistrado, portanto, deve se atentar para o fato de que tais medidas representam um benefício para o Estado no que diz respeito à redução de vultosos recursos humanos e materiais inerentes à manutenção de alguém no cárcere, bem como diminui os riscos e malefícios ligados a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc. (LIMA, 2016, p. 1108)

A cultura do encarceramento, por conseguinte, deve ser extirpada, possibilitando que as autoridades policiais, judiciais e a própria sociedade saibam lidar de forma racional com o criminoso, com a prática criminosa e com os efeitos da prisão. A superação dessa dualidade medíocre (prisão ou nada)

protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita como opção extrema e última. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão". (BOTTINI apud LIMA, 2016, p. 1109)

Nesse diapasão, ao se avaliar no momento da audiência de custódia as questões de fato e de direito com a oitiva do infrator, com a intervenção da defesa e da manifestação do *parquet*, o juiz terá subsídios satisfatórios para sopesar a possibilidade de liberdade provisória e a aplicabilidade ou não das medidas cautelares do art. 319 do CPP.

Os benefícios dessa aplicação são evidentes, trazendo à baila o que Rogério Greco leciona nesse sentido, não obstante se refira à substituição da *pena* privativa de liberdade, os benefícios citados são perfeitamente viáveis ou visíveis com a aplicação das medidas substitutivas do cárcere logo na audiência de custódia. Segue abaixo tais benefícios:

- a) evita o fenômeno da prisionalização, ou seja, evita que o condenado, assimilando o status de delinquente, passe a comportar-se como tal, dificultando ou mesmo impedindo o seu processo de ressocialização;
- b) o condenado continua mantendo seus vínculos familiares e de amizade, sendo tão somente impedido, como veremos adiante, de praticar determinados atos;
- c) como regra, o condenado mantém o seu emprego, uma vez que a pena alternativa não o impede de trabalhar, evitando a nefasta consequência da condenação a uma pena de privação de liberdade que, normalmente, estende-se a seus familiares, que passa a ter dificuldades financeiras em virtude da prisão do provedor da casa;
- d) facilita o processo de ressocialização, pois é uma contradição tentar ressocializar alguém retirando-o do convívio em sociedade; [...]
- f) o índice de reincidência é menor do que quando o agente cumpre uma pena de privação de liberdade. (GRECO, 2016, p. 306)

Em relação à reincidência, ficou comprovado por meio de uma pesquisa do Grupo Candango de Criminologia da Faculdade de Direito de Brasília, que os réus que cumprem pena alternativa, a exemplo da suspensão condicional da pena, apresentaram um índice de reincidência de 24,2%, enquanto os réus condenados ao regime semiaberto, 49,6%, e regime fechado, de 53,1%. Assim, verifica-se que o enclausuramento prisional acarreta de forma veemente altos índices de reincidência, e embora o alvo da pesquisa tenha sido a pena já em seu caráter definitivo, pode-se aplicar subsidiariamente esses resultados para que se enxergue que qualquer prisão, seja ela provisória ou definitiva, só traz efeitos nevrálgicos para o caráter humano e a

deturpação dos valores sociais, que encaminha as pessoas à reiteração delituosa sem se importar mais com o destino de sua própria vida.

Portanto, as medidas cautelares diversas da prisão devem ser vistas como instrumentos promissores de resguardo da ordem social e de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana ao serem aplicadas de forma inicial na audiência de custódia aos infratores ressocializáveis. A autoridade judicial, pois, deve estar sensível ao reconhecimento da operacionalidade efetiva dessas medidas se impostas de modo comprometido e organizado, observando, então, o que dispõe a Resolução 213/2015 do CNJ e seu Protocolo Facultativo I.

1.3 O Protocolo Facultativo I da Resolução 213/2015 do CNJ - Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia

A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão deverá ser norteadas, conforme já explicitado, pela verificação do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, com a clara estipulação de prazos para seu cumprimento e para a avaliação de sua manutenção, consoante preconizado pelo art. 9º da Resolução 213/2015 do CNJ.

Nesse cenário, surgem como importantes instrumentos de viabilização de cumprimento e acompanhamento dessas medidas, os serviços instituídos preferencialmente no âmbito do Poder Executivo estadual, denominados Centrais Integradas de Alternativas Penais, previstos ao teor do § 1º do art. 9º da Resolução, e das Centrais de Monitoração Eletrônica, em casos específicos:

§ 1º O acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão determinadas judicialmente ficará a cargo dos serviços de acompanhamento de alternativas penais, denominados Centrais Integradas de Alternativas Penais, estruturados preferencialmente no âmbito do Poder Executivo estadual, contando com

equipes multidisciplinares, responsáveis, ainda, pela realização dos encaminhamentos necessários à Rede de Atenção à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), bem como a outras políticas e programas ofertados pelo Poder Público, sendo os resultados do atendimento e do acompanhamento comunicados regularmente ao juízo ao qual for distribuído o auto de prisão em flagrante após a realização da audiência de custódia.

O Protocolo Facultativo I da referida Resolução serve, portanto, para estabelecer diretrizes e orientações para que seja levado a efeito o cumprimento das medidas cautelares, as quais devem perseguir as seguintes finalidades: I. A promoção da autonomia e da cidadania da pessoa submetida à medida; II. Incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução dos conflitos; III. A auto responsabilização e a manutenção do vínculo da pessoa submetida à medida com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais e sociais; e IV. A restauração das relações sociais.

O Protocolo apresenta várias diretrizes para que se enxergue a residualidade da prisão provisória e a potencialidade da efetividade das medidas cautelares diversas da prisão, que são as seguintes: **reserva da lei ou da legalidade**, que consiste na restrição ao juiz de observar apenas as hipóteses previstas em lei; **subsidiariedade e intervenção penal mínima**; **presunção de inocência**; **dignidade e liberdade**, que pressupõe a participação ativa das partes na construção das medidas, garantindo a individualização, a reparação, a restauração das relações e a justa medida para todos os envolvidos; individualização, respeito às trajetórias individuais e reconhecimento das potencialidades; **respeito e promoção das diversidades** (geracionais, sociais, étnico/raciais, de gênero/sexualidade, de origem e nacionalidade, renda e classe social, de religião, crença, entre outras); **responsabilização**; **provisoriedade**, que representa o cuidado com a razoabilidade e com o princípio do mínimo penal, pois a morosidade do processo penal poderá significar

um tempo de medida indeterminado ou injustificadamente prolongado, por isso tais medidas deverão ser aplicadas sempre com a determinação do término, além de se assegurar a reavaliação periódica das medidas restritivas aplicadas; **normalidade**, uma vez que tais medidas devem primar por não interferir ou fazê-lo de forma menos impactante nas rotinas e relações cotidianas das pessoas envolvidas; **não penalização da pobreza**, não permitindo que a situação de vulnerabilidade social das pessoas autuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Cabe ao juiz, ao aplicar as medidas cautelares obedecer os procedimentos do item 3.1 do Protocolo Facultativo I, vale expor aqui o inciso III:

III. Articular, em nível local, os procedimentos adequados ao encaminhamento das pessoas em cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão para as Centrais Integradas de Alternativas Penais ou órgãos similares, bem como os procedimentos de acolhimento dos cumpridores, acompanhamento das medidas aplicadas e encaminhamentos para políticas públicas de inclusão social;

i. Nas Comarcas onde não existam as Centrais mencionadas, a partir da equipe psicossocial da vara responsável pelas audiências de custódia buscar-se-á a integração do autuado em redes amplas junto aos governos do estado e município, buscando garantir-lhe a inclusão social de forma não obrigatória, a partir das especificidades de cada caso.

O inciso IV do item 3.1 do Protocolo também aduz que deve o juiz articular, em nível local, os procedimentos adequados ao encaminhamento das pessoas às quais foram impostas a monitoração eletrônica às Centrais de Monitoração Eletrônica. O inciso V elenca as diretrizes que devem ser seguidas pelo magistrado quando da aplicação da medida cautelar de monitoração eletrônica, quais sejam: efetiva alternativa à prisão provisória; necessidade e adequação; provisoriedade; menor dano; e normalidade.

Os infratores que receberem liberdade provisória com a imposição das medidas cautelares deverão ser encaminhados às Centrais Integradas de Alternativas Penais ou órgãos similares, os quais deverão obedecer entre outros os seguintes procedimentos:

I. Buscar integrar-se em redes amplas de atendimento e assistência social para a inclusão de forma não obrigatória dos autuados a partir das indicações do juiz, das especificidades de cada caso e das demandas sociais apresentadas diretamente pelos autuados, com destaque para as seguintes áreas ou outras que se mostrarem necessárias:

- a) demandas emergenciais como alimentação, vestuário, moradia, transporte, dentre outras;
- b) trabalho, renda e qualificação profissional;
- c) assistência judiciária;
- d) desenvolvimento, produção, formação e difusão cultural principalmente para o público jovem.

II. Realizar encaminhamentos necessários à Rede de Atenção à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), além de outras políticas e programas ofertadas pelo poder público, sendo os resultados do atendimento e do acompanhamento do autuado, assim indicados na decisão judicial, comunicados regularmente ao Juízo ao qual for distribuído o auto de prisão em flagrante após o encerramento da rotina da audiência de custódia;

Ante o exposto, ratifica-se o entendimento de que os contornos trazidos pela Lei 12.403/2011 vieram para quebrar o paradigma da tradição encarceradora, ficando o juiz responsável em escolher entre as várias medidas cautelares diversas da prisão, que poderão operacionalizar os mesmos efeitos que a privação de liberdade propriamente dita. A audiência de custódia, portanto, tornou-se o momento ideal ou o ponto de partida para uma mudança paulatina na forma como e por que se prende. Acreditando nisso, cabe aos magistrados internalizarem a importância de uma atuação comprometida com a interrupção do círculo vicioso da criminalidade, e sempre ter como respaldo de suas decisões os postulados maiores de defesa dos direi-

tos humanos internacionalmente reconhecidos, através do PIDCP e da CADH, bem como na órbita interna as disposições da Resolução 213/2015 e de seus Protocolos, que são frutos do esforço de órgãos públicos e da integração dos Poderes objetivando a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carlos. **Sistema Prisional Brasileiro: A busca de uma solução inovadora**. In: Migalhas. 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197374,81042-Sistema+Prisional+Brasileiro+A+busca+de+uma+solucao+inovadora>> Acesso em: 13 jun. 2022.

BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. **Pena de prisão: O mal necessário?** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9073>. Acesso em 13 jun 2017.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Entrevista concedida a Pedro Bial no programa da Rede Globo Conversa com Bial, exibido no dia 22 de agosto de 2017, extraída do YouTube**. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=F3vbQOtoz_g&t=2051s> Acesso em: 03 dez. 2022.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe-1626f25b>> Acesso em: 13 jun. 2022.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>> Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213. 15/12/2015**. Ministro Ricardo Lewandovsky. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição Federal**. 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 12 abr. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia - Dados estatísticos. 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 28 out. 2022.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 13 jun. 2022.

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANAS E DEGRADANTES. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm> Acesso em: 13 jun. 2022.

CORTE IDH. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y outros) vs. Guatemala**. Fondo. Sentença proferida em 19/11/1999, § 135.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 13 dez. 2022.

DIAS, Fábio Coelho. **A pena de prisão frente à ressocialização.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8455>. Acesso em: 13 dez. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer et ali. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões.** 40ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>> Acesso em: 12 abr. 2022.

G1, 2017, Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>> Acesso em: 19 nov. 2022.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

GRUPO CANDANGO DE CRIMINOLOGIA. **Condenados a penas alternativas reincidem menos.** Disponível em: <http://busca.etc.com.br/nodes?utf8=%E2%9C%93&q=grupo+candango+de+criminologia&site_id=agenciabrasil> Acesso em: 11 nov. 2022.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização - Junho de 2022.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2022. Disponível em: < <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2023.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Dezembro de 2015** / organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf> Acesso em: 08 dez. 2022.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A aplicação de penas e medidas alternativas**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatorio-pesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf> Acesso em: 22 out. 2022.

KHALED JR., Salah H. ROSA, Alexandre Moraes da. **Neopenalismo e constrangimentos democráticos**. 1ª ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito Editora, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades. n. 17, p. 11-23, set. 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209> Acesso em: 12 abr. 2022.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Moraes. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1)**. In: Consultor Jurídico, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>> Acesso em: 26 dez. 2022.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 2)**. In: Consultor Jurídico, 20 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>> Acesso em: 26 dez. 2022.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais. **Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva**. In: Consultor Jurídico, 06 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais. **“Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia”**. In: Consultor Jurídico, 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>> Acesso em: 26 dez. 2022.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais. **O difícil caminho da Audiência de Custódia**. In: Empório do Direito, 09 mai. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>> Acesso em: 26 dez. 2022.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Dos sistemas penitenciários**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12621>. Acesso em: 26 dez. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os mitos da audiência de custódia**. In: *GenJuridico*, 17. Jul. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 13 dez. 2022.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro.** 2ª ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

PAIVA, Uliana Lemos de. BICHARA, Hahyr-Philippe. **Violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade de responsabilização interna e internacional do Estado brasileiro.** Revista Constituição e Garantia de direitos. v. 4, n. 1, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicao-e-garantiadedireitos/article/view/4351>> Acesso em: 13 jan. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da Rosa, AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: a ostentação do horror.** 3ª ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Audiência de Garantia ou sobre o óbvio ululante.** In: Empório do Direito, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/audiencia-de-garantia-ou-sobre-o-obvio-ululante-por-cleopas-isaias-santos-2/>> Acesso em: 13 de jan. 2023.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade: As masmorras medievais e o Supremo.** 2015. Disponível em: <<http://www.sindarspen.org.br/noticias/845/constituicao-e-sociedade:-as-masmorras-medievais-e-o-supremo>> Acesso em: 15 jan. 2023.

ÍNDICE REMISSIVO

- A 106, 111
- Audiência 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- B
- Brasileiro 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- C
- Custódia 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- D
- Direitos 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- E
- Efeitos 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105,
- F
- Flagrante 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- H
- Henrique 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- L
- Lei 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- Liberdade 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 111
- M
- Medida 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83, 86, 88, 98, 101, 102, 104,

- 105, 106, 111
- Medidas 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27,
28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39,
40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50,
51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80,
83, 86, 88, 98, 101, 102, 104,
105, 106, 111
- P
- Pena 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51,
54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83,
86, 88, 98, 101, 102, 104, 105,
106, 111
- Penal 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51,
54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83,
86, 88, 98, 101, 102, 104, 105,
106, 111
- Pessoa 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51,
54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83,
86, 88, 98, 101, 102, 104, 105,
106, 111
- Presos 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51,
54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83,
86, 88, 98, 101, 102, 104, 105,
106, 111
- Prisão 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51,
54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83,
86, 88, 98, 101, 102, 104, 105,
106, 111
- Prisional 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27,
28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39,
40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50,
51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80,
83, 86, 88, 98, 101, 102, 104,
105, 106, 111
- Processo 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27,
28, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39,
40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50,
51, 54, 58, 62, 63, 69, 76, 80,
83, 86, 88, 98, 101, 102, 104,
105, 106, 111
- S
- Social 4, 13, 14, 15, 20, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51,
54, 58, 62, 63, 69, 76, 80, 83,
86, 88, 98, 101, 102, 104, 105,
106, 111

SOBRE O AUTOR

Graduado em Direito pela UNIFACOL com a obtenção da láurea. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIFACOL. Advogado entre 2018 e 2019. Aprovado no concurso para o cargo de Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco desde 2019.

Jorge Henrique da Silva Filho

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:

*os direitos fundamentais humanos face
aos efeitos nefastos do cárcere*

RFB Editora
Home Page: www.rfbeditora.com
Email: adm@rfbeditora.com
WhatsApp: 91 98885-7730
CNPJ: 39.242.488/0001-07
Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12,
Nazaré, Belém-PA, CEP 66035065

