

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A implementação da audiência de custódia perante a realidade brasileira: pequenos avanços e grandes desafios na garantia dos direitos fundamentais do “preso”

LUCAS FONSECA D’ÁVILA

Rio de Janeiro

2022

LUCAS FONSECA D'ÁVILA

A implementação da audiência de custódia perante a realidade brasileira: pequenos avanços e grandes desafios na garantia dos direitos fundamentais do “preso”

Trabalho de conclusão de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

Di D'Ávila, Lucas Fonseca
A implementação da audiência de custódia perante a realidade brasileira: pequenos avanços e grandes desafios na garantia dos direitos fundamentais do "preso" / Lucas Fonseca D'Ávila. -- Rio de Janeiro, 2022.
87 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Audiência de custódia. 2. Garantia fundamental. 3. Prisão provisória. 4. Realidade penitenciária. 5. Processo Penal. I. Santoro, Antonio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

LUCAS FONSECA D'ÁVILA

A implementação da audiência de custódia perante a realidade brasileira: pequenos avanços e grandes desafios na garantia dos direitos fundamentais do “preso”

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor e Salvador Jesus Cristo e meu Deus, por meio de quem todas as coisas foram criadas; sem Ele, nada do que existe teria sido criado. Àquele que é o Alfa e o Ômega, o Princípio e o Fim, Rei dos reis, Senhor dos Exércitos, e ao mesmo tempo meu Papai. *Aba* Pai, Paizinho, que me resgatou do império das trevas para o Reino de Sua maravilhosa Luz, me dando vida abundante e eterna com Ele ao me selar em Sua herança por meio do Espírito Santo.

À minha família, pelo suporte em meu processo de formação. Especialmente ao meu pai, que, mesmo em seu jeito peculiar de cuidar, sempre foi um paizão. Um homem que inspira pelo exemplo de determinação perante as batalhas. Um grande incentivador dos meus estudos e do meu crescimento acadêmico e profissional. À minha mãe e ao meu irmão, pela parceria e pela acolhida por muitos e muitos anos de crescimento mútuo comungando o mesmo lar. Às minhas avós Miracy, Marília e Judith, por todo o cuidado comigo não apenas neste tempo, mas sempre.

À minha Igreja local, minha segunda casa e Família de Deus, na qual tive o privilégio de ser acolhido: Igreja United. Aos meus pastores, apóstolos, homens fervorosos de Deus, que vivem para anunciar as boas novas a respeito de Cristo Jesus, o Salvador Soberano, e que tanto me inspiram. Nela tenho a honra e o privilégio de servir ao Corpo de Cristo, de crescer a cada dia um pouco mais no conhecimento do Senhor, de me fortalecer em Sua Graça e de perseverar no processo de santificação como Noiva de Cristo, que é preparada e adornada para o Grande Dia de Sua vinda. Aos meus irmãos de caminhada, especialmente ao meu irmão Muríce Lucas e à minha irmã Beatriz Galante, evidentemente tão fundamentais para a conclusão desta etapa.

Ao meu professor orientador Antonio Eduardo Ramires Santoro, por me acolher como seu orientando com grande paciência e com a elegância de sempre. De ministrar esta disciplina (Processo Penal) tão fundamental ao Direito com tanta maestria e me permitir aprender tanto. A mesma menção honrosa direciono aos grandes mestres Rodrigo Machado (também de Processo Penal), Carlos Bolonha (Direito Constitucional) e Allan Turano (Direito Empresarial). Estes foram os que marcaram solenemente a minha jornada na Faculdade Nacional de Direito.

EPÍGRAFE

Revelação de Jesus Cristo, que Deus lhe deu para mostrar aos seus servos o que em breve há de acontecer. Ele enviou o seu anjo para torná-la conhecida ao seu servo João, que dá testemunho de tudo o que viu, isto é, a palavra de Deus e o testemunho de Jesus Cristo.

Feliz aquele que lê as palavras desta profecia e felizes aqueles que ouvem e guardam o que nela está escrito, porque o tempo está próximo.

João às sete igrejas da província da Ásia: A vocês, graça e paz da parte daquele que é, que era e que há de vir, dos sete espíritos que estão diante do seu trono, e de Jesus Cristo, que é a testemunha fiel, o primogênito dentre os mortos e o soberano dos reis da terra. Ele que nos ama e nos libertou dos nossos pecados por meio do seu sangue, e nos constituiu reino e sacerdotes para servir a seu Deus e Pai. A ele sejam glória e poder para todo o sempre! Amém.

Eis que ele vem com as nuvens, e todo olho o verá, até mesmo aqueles que o traspassaram; e todos os povos da terra se lamentarão por causa dele. Assim será! Amém.

Apocalipse 1:1-7

RESUMO

A presente monografia se propõe a analisar o processo de implementação do instituto processual da audiência de custódia frente à realidade penitenciária brasileira. Trata-se de um ato judicial pré-processual, que consiste no direito de que todo cidadão preso deve ter, em face do Estado, de ser apresentado pessoalmente e sem demora à autoridade judiciária competente para a devida análise da legalidade de sua prisão, primando pelos seus direitos fundamentais à dignidade e à liberdade. O estudo se dedica a observar o contexto sociojurídico-legal no qual se insere, compreendendo a lógica da prisão no Brasil e a sua complexa celeuma quanto à superlotação do sistema prisional, notadamente no que concerne à massiva e inadequada composição dada por “presos” provisórios. Identifica-se o caráter garantidor fundamental e, nesse ínterim, o extenso processo de normatização da audiência de custódia, partindo de sua previsão internacional em tratados de direitos humanos, perpassando a (in)convencional (in)ação legislativa e a importante movimentação do Poder Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), até chegar à recente positivação dada pela Lei nº 13.964/19. Busca-se, portanto, compreender o estado da arte de tal instituto no Brasil, especialmente na dinâmica atual, e mensurar sua capacidade de impacto na garantia de direitos fundamentais dos indivíduos “presos”. Verifica-se que, mesmo em meio a notados avanços normativos, persistem desafios de ordem estrutural: normativos, institucionais, socioculturais e políticos, que vão de encontro ao estabelecimento e ao respeito de tal desiderato fundamental humano.

Palavras-chave: Audiência de custódia; Garantia fundamental; Prisão provisória; Realidade penitenciária; Processo Penal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the implementation process of the procedural institute of the custody hearing against the Brazilian prison reality. It is a pre-procedural judicial act, which consists in the right that every arrested citizen should have, against the State, to be presented in person and without delay to the competent judicial authority for a due analysis of the legality of his arrest, prioritizing his fundamental rights to dignity and freedom. The study is dedicated to observing the socio-legal context in which it is inserted, understanding the logic of imprisonment in Brazil and its complex kerfuffle regarding the overcrowding of the prison system, notably in what concerns the massive and inadequate composition given by provisional "prisoners". It identifies the fundamental guaranteeing character and, in the meantime, the extensive process of standardization of the custody hearing, starting from its international provision in human rights treaties, going through the (un)conventional legislation (in)action, and the important movement of the Judiciary and the National Justice Council (CNJ), until the recent legal provision given by Law No. 13.964/19. Therefore, we seek to understand the state of the art of this institute in Brazil, especially in the current dynamics, and measure its ability to impact the guarantee of fundamental rights of "incarcerated" individuals. It is verified that, even amid noted normative advances, structural challenges persist: normative, institutional, socio-cultural, and political, which go against the establishment and respect of this fundamental human desideratum.

Keywords: Custody Hearing; Fundamental guarantee; Provisional prison; Penitentiary reality; Criminal Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas

BNMP – Banco Nacional de Monitoramento de Prisões

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

DMF – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EC – Emenda Constitucional

FND – Faculdade Nacional de Direito

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

INFOPEN – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

ONU – Organização das Nações Unidas

PLS – Projeto de Lei do Senado

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A PRISÃO NO BRASIL E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	16
2.1. Prisão como pena e prisão como medida cautelar	16
2.1.1. Prisão como pena	16
2.1.2. Prisão como medida cautelar	20
2.1.2.1. Princiologia como força capacitadora	22
2.2. A realidade do sistema penitenciário brasileiro	31
2.2.1. Quantos presos provisórios?	35
2.3. Audiência de custódia/ apresentação como garantia constitucional	38
3. PROCESSO NORMATIVO DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO	43
3.1. Tratados internacionais originários	43
3.1.1. Internalização <i>versus</i> (in)convencionalidade tardia	45
3.2. Importante papel do Poder Judiciário e do CNJ.....	48
3.2.1. Do Provimento aos marcos jurisprudenciais	50
3.2.2. Atuação normativa do CNJ	53
3.3. Advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime)	59
4. PEQUENOS AVANÇOS E GRANDES DESAFIOS	64
4.1. Dos pequenos avanços experimentados	64
4.2. Desafios humanos persistentes	68
4.2.1. Empecilhos normativos	69
4.2.2. Cultura desumanamente inquisitória	72
4.2.2.1. Exaltação ao encarceramento	74
4.2.2.2. Desumanidade estrutural	76
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a crise no sistema penitenciário brasileiro é grande. Trata-se de 907.606 pessoas privadas da liberdade, segundo divulgação recente do CNJ em seu Banco Nacional de Monitoramento de Prisões¹. Atualmente, o Brasil é o terceiro país que mais prende no mundo, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos.

Nesse contexto, torna-se importante compreender a composição dada por uma massiva participação de presos provisórios nesse quantitativo, isto é, por aqueles indivíduos que ainda não foram julgados de acordo com o *due process of law*. Isso porque o citado banco de dados do CNJ, o BNMP, informa que cerca de 44% dessas pessoas estão presas provisoriamente. É alarmante tal situação - o número exato atual é de 403.099 presos provisórios.

Urge a necessidade de salientar o completo desequilíbrio na garantia dos direitos fundamentais destes cidadãos privados de sua liberdade. De posse disso e de escassos avanços nessa área, uma das medidas que buscam refrear tais violações, mesmo que de forma limitada, como se verá, é o instituto da audiência de custódia, sobre o qual recai este estudo, no que se propõe a analisar o processo de sua implementação, desde a sua normativa internacional até a mensuração de sua efetividade quanto aos objetivos traçados.

Nesse sentido, a presente monografia buscará analisar o contexto sociojurídico-legal em que surge e se desenvolve a audiência de garantia², tal como o papel assumido pelo referido instituto perante a face inconstitucional do sistema prisional brasileiro no que tange à garantia de direitos fundamentais dos indivíduos presos. Essa análise tem o condão de demonstrar os fundamentos constitucionais, convencionais e humanos, formando sua base principiológica, estabelecida com o viés de compreender o alcance contextual do instituto.

¹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Portal do BNMP 2.0 [Banco Nacional de Monitoramento de Prisões]**. Versão 2.2.1 [recurso on-line], Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: < <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

² SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de garantia: ou sobre o óbvio ululante. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. n. 91. vol. 16. p. 76-93. Porto Alegre: Síntese, abr.-mai. 2015

O ato judicial pré-processual conhecido como audiência de custódia, garantia ou apresentação representa o direito de que todo cidadão preso deva ser apresentado pessoalmente e sem demora à autoridade judiciária competente para a análise da legalidade de sua prisão. Dessa forma, deve ocorrer neste momento a avaliação quanto ao respeito de direitos individuais, tais como a integridade – física e moral – e a dignidade humana, valores-chave de uma República constituída em Estado Democrático de Direito.

Diante disso, pretende-se responder à seguinte pergunta “como se dá o processo de implementação da audiência de custódia e qual a sua capacidade de impacto na garantia dos direitos fundamentais da pessoa presa perante a realidade do sistema penitenciário brasileiro?”

A pesquisa tem como objetivo institucional a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutro modo, como objetivo geral, dispõe-se a analisar o contexto de implementação do instituto da audiência de apresentação, em meio ao cenário de violações perpetradas pelo Estado no tratamento oferecido aos indivíduos privados de liberdade, seja provisória e processualmente, seja penalmente. Como objetivos específicos, busca-se mensurar seu impacto na garantia dos direitos fundamentais dos “presos”, reconhecendo 1) os avanços experimentados e 2) os desafios humanos ainda persistentes. Quanto à estruturação, esmiuça-se a seguir.

Em primeiro lugar, o estudo trará uma contextualização acerca da prisão no Brasil, diferenciando a prisão imposta como pena, que se dá por meio de uma sentença condenatória transitada em julgado, após o trâmite do devido processo legal, e a prisão admitida como medida cautelar provisória, devendo esta obediência, dentre outros, aos princípios equalizadores da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Conjuntamente, serão correlacionadas a triste realidade do sistema penitenciário brasileiro, a cultura do encarceramento³, especialmente no que concerne às prisões provisórias, e o papel do instituto da audiência de apresentação como uma garantia constitucional à luz da perspectiva garantista. Ao analisar a finalidade do ato jurídico pré-processual em questão, buscar-se-á ressaltar o necessário alinhamento e asseguramento dos direitos e garantias individuais pelo Direito Processual Penal brasileiro em consonância à CRFB/88, cotejando sempre atenção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, serão estudadas as extensas fases do processo de normatização e de implementação do instituto da audiência de custódia/ apresentação no país, desde a sua origem convencional anciã em tratados internacionais dos quais o Brasil se tornou signatário até o reconhecimento da necessidade de aplicação do instituto estudado com os primeiros movimentos legislativos um tanto infrutíferos cerca de 20 (vinte) anos após sua internalização.

Nesse íterim, serão analisados os importantes papéis do STF e do CNJ: daquele, sobremaneira em algumas decisões judiciais exaradas; deste, por meio de resoluções, atos normativos e estudos empreendidos, em especial a Resolução nº 213 de 2015, que regulamentou o instituto em âmbito nacional pela primeira vez. Assim também será analisada a positivação trazida pelo advento da Lei nº 13.964 de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, que finalmente consolidou o instituto na legislação ordinária pátria.

Por fim, com o objetivo de refletir acerca das implicações da implementação do instituto em estudo, mensura-se sua capacidade de impacto na realidade brasileira, tanto com relação ao seu alcance na garantia de direitos fundamentais quanto no cumprimento dos objetivos específicos traçados na origem nacional de implantação.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

Buscar-se-á observar o que se tem como avanços experimentados e o que se detém como barreiras estruturais à garantia dos direitos da pessoa presa, sejam elas normativas, socioculturais ou políticas, quais sejam verdadeiros desafios humanos persistentes em nossos ordenamentos jurídico, social e institucional, que claramente vão de encontro ao estabelecimento e ao respeito de tal desiderato fundamental humano.

A metodologia desempenhada para a elaboração da presente monografia consiste majoritariamente no método dedutivo, numa análise jurídico-exploratória⁴, dialogando com a análise de materiais bibliográficos, a exemplo de livros, artigos científicos, manuais, revistas e sítios da internet sobre o tema discutido. Complementa-se, outrossim, pela análise documental, a exemplo de documentos normativos, jurisprudenciais, estatísticos etc. Dessa forma, vale-se da concatenação das pesquisas legal, doutrinária, bibliográfica e documental.

⁴ GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 27–28

2 A PRISÃO NO BRASIL E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Com o objetivo de tornar clara a exposição acerca do assunto no qual está inserida a audiência de apresentação, cumpre mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro admite 3 gêneros de prisão distintos, quais sejam a prisão extrapenal – que engloba a prisão civil por dívida alimentícia e a prisão militar –, a prisão penal e a prisão processual cautelar.

No contexto que se pretende elucidar, iremos tratar destes dois últimos gêneros, a fim de diferenciá-los, dando especial atenção à prisão processual cautelar, uma vez que ela se apresenta como alvo de inúmeros debates. Isso devido à sua natureza temporária e à sua implicação direta na realidade do sistema prisional brasileiro, no que concerne aos objetivos humanos traçados junto à implementação do instituto da audiência de custódia no Brasil.

2.1. Prisão como pena e prisão como medida cautelar

2.1.1. Prisão como pena

Para uma melhor compreensão da origem das penas e do propósito essencial da criação do homem, antes mesmo de analisarmos o histórico a respeito da prisão como pena, o professor Rogério Greco⁵ expõe brilhantemente:

Definitivamente, **o homem não nasceu para ficar preso. A liberdade é uma característica fundamental do ser humano.** A história da civilização demonstra, no entanto, que, logo no início da criação, o homem se tornou perigoso para seus semelhantes.

Segundo o livro de Gênesis, capítulo 3, versículo 8, Deus se encontrava com o homem sempre no final da tarde, ou seja, na virada do dia. Seu contato era permanente com Ele. Contudo, após sua fatal desobediência, Deus se afastou do homem. Começava, ali, a **história das penas.** *A expulsão do primeiro casal do paraíso foi, com certeza, a maior de todas as punições.* Logo após provar do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal, *o homem deixou de lado sua pureza original, passando a cultivar sentimentos que até então lhe eram desconhecidos* (destaques meus).

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 46

Tendo sido experimentada a *maior de todas as punições*, como afirma o eminente professor Rogério Greco, a pureza do homem e o domínio sobre a criação foram corrompidos, restringindo a expectativa eterna vinculada à natureza original do homem. No entanto, tão logo Deus enviaria Seu Filho unigênito, o Senhor Jesus, a fim de que nEle fosse feita justiça a nós, herdeiros da desobediência adâmica, nos tornando justos tão somente por Sua imensurável Graça, através de Seu Corpo *crucificado numa cruz*, após o que fora ressurreto ao terceiro dia pelo Poder de Deus. NEle somos redimidos, perdoados e plenamente curados.

Não é mera coincidência a pena sofrida por Jesus ao ser pendurado vivo numa cruz. Este era o sistema penal vigente, que perdurou por muitos séculos. Vale mencionar que, de fato, há íntima relação de semelhança entre a realidade do Criador e a do sistema criado, com a ressalva disruptiva decorrente do pecado. Nesse sentido, pode-se observar que o sistema acusatório de justiça, inclusive, assemelha-se ao sistema de Justiça celestial, compreendendo um ente acusador, um órgão defensor e um magistrado competente para julgar.

A prisão como pena privativa de liberdade é relativamente recente, tendo sua origem num processo de evolução humanitária e social, em contraposição às formas de punição brutais e aflitivas do período Absolutista. Tais punições a práticas e condutas delitivas se davam, em sua maioria, no corpo e na mente, quando não se pagava com a própria vida.

Ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Os olhos eram arrancados, os membros mutilados, o corpo esticado até se destronar, sua vida esvaía-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso.⁶ A realidade assombrosa torna justa e racional a afirmação de Hegel em que diz que “a história humana é um imenso matadouro”.⁷

No caminho deste processo de evolução, é imprescindível citar a grande contribuição de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que, por meio da obra denominada *Dos delitos e das*

⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 54

⁷ BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais**. 1 ed. São Paulo: UNESP, 2002.

penas, revolucionária a seu tempo, foi um crítico tenaz dos abusos cometidos pelo regime monárquico-absolutista de sua época e, brilhantemente, observou que o objetivo da prevenção geral da pena não precisava ser obtido através do terror, como tradicionalmente se fazia, mas com eficácia e certeza da punição.⁸

Importa ressaltar a clara e estarrecedora atualidade desta obra escrita há mais de dois séculos de distância temporal, quanto à perspectiva sobre um tema exaustiva e historicamente debatido, como nos ensina o professor Rogério Greco⁹:

Enfim, o caos reinou até que surgiram os pensadores iluministas, que se colocaram contra todo esse sistema, e Beccaria se transformou em um dos principais mentores de uma reforma que já se fazia tardia. As lições e os princípios propostos por Beccaria **modificaram completamente a maneira de tratar o ser humano**, que tem em seu favor, como **direito inato**, sua **dignidade**. (...) Não resta dúvida de que o livro de Beccaria poderia ter sido escrito para o nosso século. (...) ainda pode ser considerado uma **semente que já brotou** e que **necessita ser regada para que cresça, floresça e dê frutos. Há esperança** (destaques meus).

A partir do século XVIII, principalmente após a eclosão da Revolução Francesa, ocorrida em 1789, a pena de privação de liberdade começou a ganhar lugar de destaque, em atenção ao princípio, ainda embrionário, da dignidade da pessoa humana.

As penas extremamente desproporcionais aos fatos praticados passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento, exigindo-se que a lei que importasse na proibição ou determinação de alguma conduta, além de clara e precisa, estivesse em vigor antes da sua prática. Era a adoção do exigível princípio da anterioridade da lei.¹⁰

Nesse diapasão, entre alguns avanços e grandes retrocessos com as atrocidades cometidas no século XX, durante a 1ª e especialmente a 2ª Guerra Mundial, finalmente chegamos à contemporânea consolidação do que podemos chamar de internacionalização dos direitos

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Saraiva Educação SA, 2011. p. 32.

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 58-63.

¹⁰ *Ibid.*, p. 55-56.

humanos. O que, mais tarde, viria influenciar a redemocratização do nosso país e apontá-lo na direção certa com base nos princípios internacionalmente consolidados. Isso se dá, mais especificamente, com a chegada fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a nossa Constituição Cidadã, imprimindo este processo de redemocratização. Nesse sentido, aduz Marques¹¹, citando a professora Flávia Piovesan¹²:

No século XX, após a passagem das duas grandes Guerras Mundiais em que foram registrados e documentados os mais dramáticos casos de desrespeitos à dignidade da pessoa humana, começam a surgir diplomas legais internacionais que defendem de forma concreta e direta os direitos humanos. (...) Após a democratização, em 1985, tivemos a promulgação da bem-vinda Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Constituição Cidadã. Um **texto fabuloso** que abarca uma **longa lista de direitos fundamentais** e empresta aos direitos e **garantias** ênfase extraordinária, destacando-se como o **documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria** na história do país (destaques meus).

O Brasil começa a provar, então, com a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e, posteriormente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no que tange à matéria penal e processual penal, da instituição de diversas garantias fundamentais asseguradas à pessoa que supostamente transgrida à Lei.

Dentre outros princípios e garantias, sob a regência do princípio da dignidade da pessoa humana, compreendem-se e ramificam-se os princípios da anterioridade da lei penal, da intervenção mínima, da culpabilidade, da lesividade, da adequação social, da humanidade da pena, da inocência, da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório, da necessidade da identificação dos responsáveis pela prisão, da vedação à tortura, a tratamento desumano ou degradante e a penas cruéis, da liberdade como regra, do direito ao silêncio, à assistência da família e de um advogado, à integridade física e psicológica.

A prisão como pena (*carcer ad poenam*) é prevista pelo Código Penal (CP), sendo aplicada aos condenados pela prática de algum delito, nos casos em que já houve trânsito em

¹¹ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 240-241, 2020.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 474

julgado da sentença penal condenatória, tendo sido proferida pelo juiz competente. Sendo assim, o preso inicia o cumprimento da pena somente ao final de todo o devido processo legal, no qual devem ser respeitados seus direitos individuais, constitucionais e processuais penais, a exemplo, notadamente, dos princípios da ampla defesa e do contraditório pleno. Vemos aqui, portanto, a privação de liberdade do indivíduo como imposição do poder punitivo do Estado, reconhecido pela expressão latina *jus puniendi*.

2.1.2. Prisão como medida cautelar

Por outro lado, a prisão processual cautelar (*carcer ad custodiam*) está dentro do rol de medidas cautelares de natureza pessoal, representando a mais gravosa delas, ao consistir na “privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual.”, como ministra o professor Guilherme de Souza Nucci¹³.

Diferencia-se, portanto, essencial e brutalmente – ou assim deveria – da prisão imposta como pena em ato conclusivo condenatório após todo o devido processo criminal. Introdutoriamente, Nucci instrui: “O Código de Processo Penal (CPP) cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.”.

Como prevê o CPP, recentemente alterado pela Lei nº 13.964/2019, em seu artigo 312¹⁴, a prisão processual se fundamenta, em regra, na demonstração de uma “necessidade cautelar”, isto é, do *periculum in libertatis* – perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, quando

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 937

¹⁴ Código de Processo Penal: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver **prova da existência do crime e indício suficiente de autoria** e de **perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado**. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

há prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria – conhecido por *fumus comissi delicti*, que significaria fumaça da prática de um fato punível. Tal dispositivo legal estabelece que a necessidade da cautela é determinada com a finalidade de se ver garantida a “ordem pública” ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal.

A demonstração da “necessidade cautelar” e os princípios que sustentam a possibilidade da prisão processual cautelar são sistematicamente essenciais, uma vez que equilibram a coexistência entre a prisão cautelar e o princípio de inocência (também chamado de princípio da não culpabilidade ou de presunção de inocência), sendo este previsto no inciso LVII do artigo 5º da CRFB/88, constando no rol dos direitos individuais fundamentais, que são protegidos como cláusulas pétreas de nossa Constituição. Nesse sentido, apoiamo-nos no ensino do professor Aury Lopes Jr.¹⁵:

No Brasil, a **presunção de inocência** está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o **princípio reitor do processo penal** e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). É fruto da **evolução civilizatória** do processo penal. Parafraseando GOLDSCHMIDT, se o **processo penal** é o **termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição**, a **presunção de inocência** é o ponto de maior **tensão** entre eles. (...) No entanto, a **Presunção de Inocência** não é absoluta e pode ser relativizada pelo uso das **prisões cautelares**. O que permite a **coexistência**, além do **requisito** e **fundamento cautelar**, são os **princípios que regem as medidas cautelares** (destaques meus).

No mesmo sentido, o professor Renato Brasileiro de Lima¹⁶ argumenta:

É a **boa aplicação** (ou não) **desses direitos e garantias** que permite, assim, avaliar a **real observância dos elementos materiais do Estado de Direito** e distinguir a civilização da barbárie. Afinal, **a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária** (destaques meus).

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 898-899.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1001.

Dessa forma, diante da observação do professor Aury Lopes Jr., com o fito de compreender a principiologia como força capacitadora da coexistência entre o princípio de inocência e a manutenção do legítimo Estado Democrático de Direito, de um lado, com a necessidade cautelar ora ventilada, de outro, nos dedicaremos a uma breve exposição dos princípios centrais da equação envolvendo as prisões cautelares, quais sejam o da proporcionalidade, da excepcionalidade, da jurisdicionalidade e motivação, da provisionalidade, do contraditório e da provisoriedade.

2.1.2.1. Principiologia como força capacitadora

O princípio da proporcionalidade é definido pelo professor Aury Lopes Jr.¹⁷ como o **princípio dos princípios**, ressaltando sua definição à concordância do consagrado constitucionalista J. J. Gomes Canotilho¹⁸ e do professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira. Confere-lhe o posto de *principal sustentáculo* das prisões cautelares.

No mesmo sentido, o professor Renato Brasileiro de Lima¹⁹ aponta que em “sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da proporcionalidade (...), que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.”.

Quanto à relação entre proporcionalidade e razoabilidade, leciona Aury Lopes Jr.²⁰, citando o professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira, na seguinte linha:

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 928.

¹⁸ “Dada sua relevância, o princípio da proporcionalidade exigiria um amplo estudo, que ultrapassa os limites do presente trabalho. Até mesmo a questão terminológica (proporcionalidade ou razoabilidade) já seria motivo de debate. Assim, para o leitor interessado, sugerimos que a leitura inicie pelos constitucionalistas (que muito têm se dedicado ao tema), especialmente de J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição), e também de monografias específicas, como as obras Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade, de Fábio Corrêa Souza de Oliveira, e O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, de Suzana de Toledo Barros.”. In: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1878.

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 935.

²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 929.

Ainda que tenham origens diferentes, razoabilidade (Estados Unidos) e proporcionalidade (Alemanha) guardam entre si uma relação de fungibilidade, como explica SOUZA DE OLIVEIRA, para quem o princípio pode ser classificado em **razoabilidade interna e externa**. A primeira diz respeito à **lógica do ato em si mesmo**, enquanto a segunda exige **consonância com a Constituição**. Divide o autor, ainda, em **três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade** em sentido estrito (destaques meus).

Prossegue o professor Aury Lopes Jr.²¹ em sua explicação ao definir a aplicação do princípio da adequação e da necessidade ao regimento das medidas cautelares pessoais:

A **adequação** informa que a medida cautelar deve ser **apta aos seus motivos e fins**. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e **menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada**, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema. A adequação vem ainda prevista expressamente no art. 282, II, do CPP²².

Assim, deve o juiz atentar para a **necessidade** do caso concreto, ponderando sempre, gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, **em cotejo com as diversas medidas cautelares que estão a seu dispor** no art. 319 do CPP. Assim, **deverá optar por aquela, ou aquelas, que melhor acautelem a situação**, reservando sempre a prisão preventiva para situações extremas.

É uma típica **regra para o julgamento do juiz** (destaques meus).

Adverte, ainda, quanto à (im)possibilidade de uma perigosa interpretação do dispositivo legal supracitado na análise das condições pessoais do indiciado ou acusado, pelo desvalor de “antecedentes” para adotar medidas mais graves, como a prisão preventiva, uma vez que isso representaria um claro e preocupante retrocesso ao direito penal do autor. Lopes Jr.²³ conclui: “ainda que o juiz não deva desconsiderar as condições do caso concreto, há que se ter muito cuidado (especialmente pela via do controle da legalidade/necessidade da prisão, por parte dos tribunais) para não fazer um giro discursivo rumo ao superado direito penal do autor.”.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 929.

²² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - **adequação** da medida à **gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado**.

²³ LOPES JR., op. cit., p. 930.

Ressaltando a advertência supramencionada e guardando coerência com o tema da principiologia que rege a legitimidade da aplicação das prisões cautelares, em especial com o princípio da proporcionalidade, o professor Renato Brasileiro de Lima²⁴ elucida:

Referindo-se especificamente à prisão cautelar, Roxin adverte que **o princípio constitucional da proporcionalidade** demanda a **restrição da medida** e dos limites da prisão preventiva **ao estritamente necessário**, revelando a **verdadeira existência de um Estado de Direito, devendo** todos os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução penal, estarem **cientes dos males que qualquer encarceramento, e em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida** (destaques meus).

Urge a necessidade de verificação se de fato há legítima imprescindibilidade da medida cautelar para a realização do resultado almejado, como também do sopesamento dos bens jurídicos em jogo, como se clama na devida aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, para que, então, decida-se pelo uso – ou não – da prisão preventiva. Leciona o professor Aury Lopes Jr.²⁵:

Ainda, **atento à (tradicional falta de) proporcionalidade no uso da prisão preventiva**, o art. 283, § 1º: “As medidas cautelares previstas neste Título **não se aplicam** à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”. (...) É **inadmissível** submeter alguém a uma **prisão cautelar quando a sanção penal aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade**.

E mais, **deve ainda o juiz estar atento para evitar uma prisão cautelar em crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, em que a eventual pena aplicada terá de ser, necessariamente, substituída por pena restritiva de direitos** (destaques meus).

Nesse sentido, o professor Renato Brasileiro de Lima observa²⁶ a postura necessária do magistrado com respeito à ponderação de direitos fundamentais, compreendendo a fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo sempre em vista as reais consequências do encarceramento:

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 935.

²⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 930.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 937.

(...) por ocasião da decretação de uma prisão cautelar, **impõe-se ao magistrado uma ponderada avaliação dos malefícios gerados pelo ambiente carcerário, agravados pelas más condições e superlotação do sistema carcerário**, sem prejuízo, todavia, da **proteção dos legítimos interesses da sociedade e da eficácia da persecução penal** (destaques meus).

Menciona, dessa forma, a existência de um duplo espectro²⁷ do princípio da proporcionalidade, qual seja de um garantismo negativo e também de um positivo, que devem, juntos, acompanhar cautelosamente a aplicação de medidas cautelares pessoais:

Afinal, não se pode perder de vista que o princípio da proporcionalidade possui um **duplo espectro**, representado por um âmbito **negativo** – de **proteção contra o excesso** – e por um âmbito **positivo** – de **proibição de ineficiência**, também chamado de vedação da proteção deficiente. (...) É nesta **ponderação** de valores que reside a busca pela legitimação da prisão cautelar, que **deve ser usada como** medida de **ultima ratio** na busca da eficácia da persecução penal. **Caso sua decretação tenha o condão de acarretar consequências mais danosas** que o provimento buscado pelo processo penal, **a prisão cautelar perde sua razão de ser**, transformando-se em medida de **caráter exclusivamente punitivo** (destaques meus).

Complementarmente, quanto ao princípio da excepcionalidade, que ainda será debatido, bem retrata o professor Antonio Henrique Graciano Suxberger²⁸:

A imposição da prisão processual, ainda, reclama a conclusão de que medidas diversas da prisão (...) não se mostrem adequadas ou suficientes, a depender da consideração da “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (inciso II do art. 282 do CPP). O CPP delinea mais uma premissa à prisão processual: ainda que a prisão cautelar se mostre necessária no caso concreto, para que ela se imponha como lúdima no curso da persecução penal, **é preciso que se respeitem os prazos da persecução penal**. Caso contrário, conquanto necessária, a prisão será relaxada porque ilegal (destaques meus).

Analisa assertivamente o professor Renato Brasileiro de Lima ao citar o expoente Luigi Ferrajoli²⁹: “Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 938.

²⁸ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Quantos presos provisórios? A relação entre prisão processual e congestionamento judiciário. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 2, p. 122, 2021.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tradução de Fauzi Hassan Choukr. 2002, p. 446 e 449.

seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”.

O contrapeso, entretanto, segundo ele, vem com a citação do professor Antônio Scarance Fernandes: “são providências urgentes, através das quais se tenta evitar que a decisão da causa, ao ser proferida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.”.³⁰

Mais à frente, Lima³¹ conclui com um importante esclarecimento do vínculo fundamental entre a instrumentalidade do processo criminal e a ponderação do juízo de excepcionalidade a ser realizado na decretação da prisão cautelar:

A prisão cautelar deve estar **obrigatoriamente comprometida** com a **instrumentalização do processo criminal**. Trata-se de medida de natureza **excepcional**, que **não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena**, na medida em que o **juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade** (destaques meus).

Cita-se também o professor Aury Lopes Jr.³², especialmente na sua compreensão garantista a respeito da fundamentação humana e efetiva da excepcionalidade da prisão cautelar:

(...) a **excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência**, constituindo um **princípio fundamental de civilidade**, fazendo com que as **prisões cautelares sejam (efetivamente) a ultima ratio do sistema, reservadas para os casos mais graves**, tendo em vista o **elevadíssimo custo** que representam. O **grande problema é a massificação das cautelares**, levando ao que FERRAJOLI denomina “**crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso**” (destaques meus).

³⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 297. Na mesma linha, como bem observa Pedro Aragonese (**Instituciones de derecho procesal penal**. Madri: Rubi, 1981. p. 258), “o grande problema das medidas cautelares consiste em que, se não adotada, corre-se o risco da impunidade; se adotada, corre-se o perigo da injustiça”. In: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 974.

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 975.

³² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 927.

Numa sóbria análise da realidade brasileira, citado também pelo professor Renato Brasileiro de Lima, desponta Aury Lopes Jr.³³:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o **absurdo primado das hipóteses sobre os fatos**, pois **se prende para investigar**, quando, na verdade, **primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender**, uma vez **suficientemente demonstrados** o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (destaques meus).

Como será visto mais a frente, conclui o professor Lopes Jr.³⁴: “É preciso romper com a cultura inquisitória e a banalização da prisão preventiva.”

Quanto ao princípio da jurisdicionalidade e da motivação, há que se mencionar a obrigatoriedade de que “a decretação de toda e qualquer medida de natureza cautelar pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário”³⁵, necessariamente prolatada por magistrado competente, mediante comunicação devidamente acompanhada de requerimento do órgão acusador ou da autoridade policial.

Pela perspectiva do sistema acusatório, é vedado ao juiz decretar de ofício tais medidas cautelares, como se corrobora diante das recentes alterações promulgadas pela Lei nº 13.964/19 na redação dos artigos 282³⁶, §2º e 311³⁷ *caput*, ambos do CPP. Vale ressaltar a clareza e a ênfase com as quais a Constituição rege o princípio em tela, como afirma Lima³⁸:

Se a Constituição Federal enfatiza que ‘ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIV), que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária**

³³ Ibid., p. 927.

³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 928.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 933.

³⁶ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz **a requerimento das partes** ou, quando no curso da investigação criminal, **por representação** da autoridade policial ou **mediante requerimento** do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

³⁷ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **a requerimento** do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou **por representação** da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

³⁸ LIMA, op. cit., p. 933.

competente’ (art. 5º, LXI), que ‘a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão **comunicados imediatamente ao juízo competente**’ (art. 5º, LXII), que ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária’ (art. 5º, LXV) e que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (art. 5º, LXVI), **fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal à apreciação do Poder Judiciário** (destaques meus).

Fundamental é a determinação contida no art. 315 do CPP³⁹. Tanto para a compreensão da vinculação à devida motivação da decretação da prisão preventiva junto à existência de fatos novos ou contemporâneos e a fundamentação sobriamente específica quanto para introduzirmos o princípio da provisionalidade. “É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter uma fundamentação de qualidade e adequada ao caráter cautelar.”⁴⁰.

Portanto, quanto ao princípio da provisionalidade, intimamente ligado ao princípio da atualidade do perigo, há que se ressaltar o caráter **situacional** das medidas cautelares pessoais, pois que tutelam uma situação fática, como bem ensina o professor Aury Lopes Jr.⁴¹:

Uma vez **desaparecido o suporte fático legitimador da medida** e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, **deve cessar a prisão**. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” **impõe a imediata soltura do imputado**, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão (destaques meus).

³⁹ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva **será sempre motivada e fundamentada**. § 1º Na **motivação** da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá **indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos** que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º **Não se considera fundamentada** qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 920.

⁴¹ *Ibid.* p. 918.

O art. 316⁴² do CPP corrobora o caráter situacional da prisão preventiva, que poderá ser revogada, decretada, convalidada e até mesmo voltar a ser decretada, de acordo com a (não) existência da atual necessidade cautelar.

Quanto ao princípio do contraditório no âmbito das medidas cautelares pessoais, ainda é possível que seja recebido com estranheza por alguns juristas, no entanto, é sim uma medida de avanço, uma vez que, como sugere o professor Aury Lopes Jr.⁴³, faz-se fundamental sua incidência, quando plausível e possível:

Nossa sugestão sempre foi **de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão** (a chamada **audiência de custódia**), para que, **após ouvi-lo, decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar**. Através de um ato simples como esse, **o contraditório realmente tem sua eficácia** de “direito à audiência” e, **provavelmente, se levado a sério, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias**. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um **mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido**, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo juiz”. Não sem razão, o art. 8º.1 da CADH determina que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...)” (destaques meus).

Recentemente, a inovação legislativa trazida pelo Pacote Anticrime confirma a necessária inclusão do contraditório como regra no campo das medidas cautelares, como se vê da redação do §3º do artigo 282⁴⁴ do CPP, determinando ao juiz que intime a defesa para que se manifeste no prazo de 5 dias. Isso ocorre a fim de que não haja um agravamento das medidas cautelares sem a devida oportunidade do contraditório, ressalvados os casos de urgência e de perigo de ineficácia da medida, devendo ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos concretos que justifiquem a medida excepcional.

⁴² Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 915.

⁴⁴ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: § 3º **Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar** no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ainda nestes últimos casos excepcionais, sustenta o professor Aury Lopes Jr.⁴⁵:

Obviamente, poderá o juiz deixar de intimar o imputado quando a prisão preventiva estiver fundada, por exemplo, em risco de fuga, sob pena de ineficácia da medida. Mas **o ideal é que o contraditório se dê no próximo momento**, ou seja, que o juiz das garantias que decretou a prisão preventiva **imediatamente realize a audiência de custódia** (sustentamos sempre que a **audiência de custódia serve para qualquer prisão cautelar e não apenas para o flagrante**) **para avaliação – em contraditório judicial – se estão presentes efetivamente** o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Não vemos qualquer óbice a que isso ocorra no novel sistema vigente (destaques meus).

Quanto ao princípio da provisoriedade, há íntimo vínculo com o princípio da provisionalidade, sob os quais “a eficácia da medida cautelar é provisória. Tem justificativa na situação de emergência, deixando de vigorar quando sobrevém o resultado do processo principal ou qualquer outro motivo que a torne desnecessária”⁴⁶.

Há que ser salientada a lacuna, ainda presente no ordenamento processual penal brasileiro, da indeterminação quanto ao prazo da medida cautelar pessoal. Citando o professor Aury Lopes Jr.⁴⁷, é necessária uma resolução para a lacuna normativa com vistas a pôr fim à “falta de definição em lei da duração máxima da prisão cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso (imediate liberação do detido). O limite aos excessos somente ocorrerá quando houver prazo com sanção. Do contrário, os abusos continuarão.”.

Logo após, o professor Aury Lopes Jr.⁴⁸ convida à comemoração pela inovação normativa do § único do artigo 316 do CPP⁴⁹ quanto ao estabelecimento do prazo para a revisão jurisdicional periódica obrigatória trazida pela Lei nº 13.964/19, senão vejamos:

⁴⁵ LOPES JR., op. cit., p. 916-917.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 945.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 924.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 924-925.

⁴⁹ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Por fim, há que se **comemorar** a inserção do **dever de revisar, no máximo a cada 90 dias, as prisões preventivas decretadas** (...). Grande evolução que **evita que o juiz simplesmente “esqueça” do preso cautelar, bem como impõem o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva ou já desapareceram**. Tal agir deverá ser de ofício, independente de pedido, até porque se trata de **controle da legalidade do ato, um dever de ofício do juiz**. Por fim, chamamos a atenção de que finalmente temos o dever de revisar periodicamente a medida e, também, de que esse é um **prazo com sanção** (não cumprido o prazo e o reexame, a prisão será considerada ilegal) (destaques meus).

Comemora-se com pouco, pois certamente fará diferença na vida de alguns dos “esquecidos” pelo sistema judiciário criminal, no entanto, vislumbra-se a verdadeira e efetiva dignidade da pessoa humana, uma vez que este é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

2.2. A realidade do sistema penitenciário brasileiro

Aqui julgou-se importante ventilar alguns recortes fundamentais e bastante atuais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, que provocou o Poder Judiciário brasileiro acerca da caótica situação prisional, tendo sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2015 sob relatoria do Min. Marco Aurélio.

O professor constitucionalista Daniel Sarmiento, advogado da parte requerente, respaldado na pesquisa realizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), aderida pela decisão do Ministro relator com base no cruzamento de dados com o que fora veiculado pelo CNJ e pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Câmara de Deputados acerca do tema, constata a realidade àquela época, e ainda bem presente, do sistema penitenciário brasileiro, *in verbis* o relatório do Min. Marco Aurélio⁵⁰:

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

Em relação ao mérito, discorre sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. Argumenta serem as prisões “verdadeiros **infernos dantescos**”. Destaca as seguintes situações: **celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos**, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, **ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho**. Enfatiza estarem as instituições prisionais **dominadas por facções criminosas**. Salienta ser **comum encontrar**, em mutirões carcerários, **presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos** (destaques meus).

No mesmo sentido, ao citar o ex-ministro Raul Jungmann, complementa o agente federal Erlon José da Silva Marques⁵¹:

O Ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, numa sinceridade constrangedora a qualquer governo, **reconheceu recentemente que as facções criminosas dominam o sistema prisional e que o país perdeu o controle dos presídios** (MADEIRO, 2018), ou seja, **além de tratamento desumano e degradante**, o preso ainda fica **sujeito aos ditames de organizações criminosas**. (...) Nossos presídios tornaram-se **depósitos humanos insalubres**, um local de **fornecimento de mão-de-obra de fácil acesso para as diversas facções criminosas que dominam as cadeias brasileiras** (destaques meus).

Dessa forma, além da constatação do estado tristemente desumano no qual se encontra o sistema prisional brasileiro, é importante atentar para algumas motivações estruturais do encarceramento em massa e as consequências dessa situação, como bem argumenta o Min. Marco Aurélio em sua decisão proferida nos autos da ADPF nº 347/DF, tendo sido citado mais à frente pelo agente federal Marques⁵²:

Não se pode negar que **a prisão, hoje, no Brasil, tem como função primordial retirar o criminoso de circulação**, ou como bem pontua Marcos Rolim, ocorre uma “**neutralização**” do criminoso, pois este preso, que **na maioria das vezes não teve acesso a um mínimo necessário de serviços sociais, também não terá disponíveis os meios necessários à sua ressocialização**, pelo contrário, ao invés disso terá no **promíscuo ambiente carcerário uma “especialização” em suas práticas criminosas durante a sua longa pena sob a “coordenação” de alguma das muitas facções criminosas que dominam as prisões brasileiras**. (...). Da forma como se apresenta o nosso sistema prisional, **não podemos negar que “os cárceres**

⁵¹ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 238, 2020.

⁵² MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 242, 2020.

brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o **aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em monstros do crime**” (STF, 2015) (destaques meus).

Vê-se elucidada a “falha estatal estrutural”, de forma concisa e sintética, no voto do Min. Marco Aurélio⁵³, tendo como uma de suas principais vertentes a “cultura do encarceramento”:

A responsabilidade do Poder Público é **sistêmica**, revelado **amplo espectro de deficiência nas ações estatais**. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, **deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos**. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam.

O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, **agravou** a superlotação carcerária e **não diminuiu a insegurança social** nas cidades e zonas rurais.

Em síntese, assiste-se ao **mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal**, considerados os três Poderes – como **fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade** (destaques meus).

Quanto aos repetitivos relatos de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, faz-se necessário arrolar a exemplificação da realidade absurda, que se tenta retratar por meio de palavras, em um caso emblemático e chocante, qual seja o da injusta e vitalícia condenação experimentada por Heberson Lima de Oliveira⁵⁴, após uma observação importante.

Interessante destacar que sempre nos referimos aos direitos dos presos como os relacionados a criminosos, ou seja, pessoas que praticaram os mais diversos crimes em nossa sociedade, mas não podemos nos esquecer dos **inúmeros casos de erros policiais e/ou judiciários cometidos contra inocentes que transformam a vida de um cidadão para sempre**.

Um caso emblemático que beira qualquer margem do absurdo, do inacreditável, e demonstra as **cicatrices na alma que o cárcere pode provocar**, refere-se à Heberson Lima de Oliveira: no dia 05 de novembro de 2003, Heberson, casado e pai de dois filhos, enquanto bebia num bar, foi **apontado por uma criança de 09 anos**, que dois meses antes havia sido estuprada durante a madrugada, *no escuro*, por dois homens, como o **possível autor do crime**. A criança ao apontar Heberson estava na companhia de policiais numa viatura que circulava tentando identificar os possíveis autores. Após

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

⁵⁴ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 246-247, 2020.

ter sido levado para a Delegacia, *foi feita identificação “formal”, sem qualquer rigor científico, em que a criança apontou novamente o seu algoz.* Ele então naquele dia foi **preso ilegalmente** pois sua prisão preventiva só foi decretada no dia seguinte. Inclusive, **durante seu longo período de recolhimento na Delegacia, Heberson chegou a tentar o suicídio.** Após ter sido transferido para o presídio, teve a “condenação” *informal* imposta aos *criminosos que praticam estupros*: **foi estuprado por mais de 60 detentos.** Algum tempo depois **descobriu que fora infectado com o vírus HIV.** Apenas em 2006, **três anos após à sua prisão,** é que as autoridades competentes, **após terem sido verificadas as circunstâncias do crime e da prisão de Heberson, enfim reconheceram os erros estatais e o declararam inocente.** Após todo este martírio, todo este sofrimento, **será que algum pedido de desculpas ou indenização,** mesmo que milionária, por parte do Estado apaga o **terror sofrido** por este homem? Certamente não. E **não se enganem, Heberson não é um caso isolado no Brasil** (destaques meus).

Sem muito a adicionar, ressalta-se, mais uma vez, a importância e a relevância do prevalecimento do princípio da inocência perante os anseios animalescos de uma sociedade que busca a retribuição do mal pelo mal. Não é plausível que, sem se importar com o respeito ao *due process of law* ou mesmo com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, vidas sejam ceifadas e marcadas dessa maneira enquanto República constituída em Estado de Direito que somos. Nas palavras do professor Aury Lopes Jr.⁵⁵:

É um **princípio fundamental de civilidade**, fruto de uma opção **protetora do indivíduo**, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida **o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.** Essa opção ideológica (pois **eleição de valor**), tratando-se de prisões cautelares, é da **maior relevância**, pois decorre da **consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente** (pois ainda não existe sentença definitiva) é **altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro** (destaques meus).

Diante da clara e necessária eleição de valor apontada pelo professor Aury Lopes Jr., notadamente no *medieval sistema carcerário brasileiro*, conclui-se chamando a atenção para a expressão usada por ele, ao ressaltar a sua relação com a realidade retratada pelo professor Renato Brasileiro de Lima⁵⁶, reafirmando a inconstitucionalidade enfrentada na situação prisional brasileira, que certamente é protagonizada (também) pelas prisões provisórias:

Com efeito, o **uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria**, porquanto contribui para **diluir lações familiares e profissionais, além de submeter**

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 898.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 931-932.

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 **crecente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras.** Basta ver os episódios recentes envolvendo presídios em Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre. 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 (destaques meus).

2.2.1. Quantos presos provisórios?

Nesse contexto, além da representação qualitativa – ou, ainda, extremamente pejorativa – da inobservância de preceitos fundamentais do “preso”, é importante também compreender a representação quantitativa da banalização da prisão cautelar evidenciada na proporção de presos provisórios dentre os indivíduos privados de liberdade no sistema penitenciário brasileiro.

Conforme divulgação do banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Banco Nacional do Monitoramento de Prisões (BNMP)⁵⁷, o número de pessoas privadas de sua liberdade atualmente no Brasil é de 907.603, sendo 905.424 presos e 2.179 internados, compostos por 403.099 presos provisórios (cerca de 44% do total de presos) e por 760 internos provisórios (cerca de 34% do total).

Tal número ainda não abarca pessoas que estiverem no cumprimento de medida cautelar diversa da prisão, sem recolhimento, ou em prisão domiciliar nem os adolescentes apreendidos em razão do cometimento de ato infracional, como bem esclarece o professor Renato Brasileiro de Lima⁵⁸:

Esse Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) criado pela Lei nº 12.403/11 encontra-se disciplinado pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 251, de 4 de setembro de 2018. Consoante disposto em seu art. 3º, o BNMP **abrangerá todas as pessoas privadas de liberdade por ordem judicial proferida em procedimentos de natureza criminal e civil.** Para tanto, considera-se pessoa

⁵⁷ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Portal do BNMP 2.0 [Banco Nacional de Monitoramento de Prisões]**. Versão 2.2.1 [recurso on-line], Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 990.

privada de liberdade o preso e o internado provisório, o condenado que esteja cumprindo pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, **desde que haja recolhimento em unidade penal do sistema penitenciário**, assim como o cumpridor de medida de segurança na modalidade internação. Por outro lado, **o Banco não alcança pessoas que estiverem no cumprimento de medida cautelar diversa da prisão**, os condenados que, no cumprimento de pena, estiverem submetidos ao sistema de monitoramento eletrônico, sem recolhimento, **ou prisão domiciliar e os adolescentes apreendidos em razão de ato infracional** (destaques meus).

Quanto à composição percentual de presos provisórios com relação aos “presos” efetivamente recolhidos a estabelecimentos penais, o professor Antonio Henrique Graciano Suxberger⁵⁹ alerta que o número poderia ser ainda mais elevado, pois muitos dos presos em regime semiaberto não estão recolhidos a estabelecimentos penitenciários.

(...) “**preso**” não é sinônimo, hoje, de pessoa recolhida em estabelecimento penal. Aliás, **não há hoje base de dados, em regime de publicidade ativa, que assegure, com precisão e certeza**, o número de pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais no Brasil. Assim, **o percentual de presos provisórios** (ao tomar como o todo o número total de pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade somado ao número de presos provisórios), se cotejado com o número de pessoas efetivamente recolhidas a estabelecimentos penais **pode alcançar patamar muito mais elevado** (destaques meus).

Nesse sentido, o professor Antonio Suxberger⁶⁰ segue alertando a imprecisão dos números divulgados e ainda aponta a incongruência entre os bancos de dados em regime de publicidade ativa⁶¹, quais sejam os do SISDEPEN, mantido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e os do BNMP, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, devido a uma flagrante ilegalidade na manutenção de presos provisoriamente em carceragens policiais. *In verbis*:

Os dados do CNJ são bem discrepantes quando cotejados com os números do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). (...) **a dissonância mais relevante encontra-se na diferença entre os números de presos provisórios: 165.029 pessoas**. Essa diferença – muitíssimo alargada – dá-se por conta de um **flagrante quadro de ilegalidade que perdura há muitos anos no Brasil: o número de**

⁵⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Quantos presos provisórios? A relação entre prisão processual e congestionamento judiciário. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 2, p. 125, 2021.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 126-128.

⁶¹ Isto é, cuja divulgação de informações de interesse coletivo ou geral sejam de responsabilidade de órgãos e entidades públicas, nos termos do § 1º do art. 8º Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

pessoas presas em delegacias de polícia. (...) Como o DEPEN só computa os números de estabelecimentos penais, as pessoas alocadas em carceragens policiais (Delegacias e/ou Superintendências) – em quadro, repita-se, de ilegalidade flagrante – não aparecem nos dados do DEPEN. Já o CNJ realiza seu cômputo por dados hauridos de processos em trâmite. Tem-se aí a **razão de diferença** no número de presos provisórios. (destaques meus)

Em tom analítico da situação desastrosa evidenciada nos números veiculados, cumpre verificar o que o professor Aury Lopes Jr.⁶² leciona ao citar o expoente professor Luigi Ferrajoli, o qual chega a afirmar que a prisão cautelar representa um tipo de “pena processual”. Segundo o autor, “já se castiga e apenas depois se processa, com caráter de prevenção geral e especialmente de retribuição”. Nesse sentido, o autor sustenta que se não tivessem esta natureza punitiva, tais medidas cautelares deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades e não como se vê atualmente.

Por fim, coaduna-se tal ensinamento com o que os professores Nilton Carlos de Almeida Coutinho e Néfi Cordeiro, também ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aduzem⁶³ com respeito à preocupante composição de presos provisórios como uma clara inversão de presunções:

O mais preocupante na superpopulação carcerária é a **quantidade de presos provisórios**, (...) que em alguns estados, como Sergipe, **representa 82% dos presos**. É a **clara inversão da regra acusatória da prisão excepcional**. Ao contrário, o que se passa então a perceber é que **a pena definitiva tende a ser menos gravosa do que a pena processual**, em **clara inversão de presunções** (de não culpabilidade, para culpa antecipada), **desarrazoadamente** protegendo a sociedade com a prisão do não culpado para soltar ao reconhecidamente culpado (destaques meus).

Um pouco mais à frente, os professores Néfi Cordeiro e Nilton Coutinho argumentam⁶⁴ acerca da importância da implementação da audiência de custódia como um reforço para o enfrentamento desta realidade prisional dramática:

⁶² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 927

⁶³ CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, p. 79, 2018.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 79-80.

(...) a audiência de custódia é importante reforço ao enfrentamento do drama prisional. Isso porque, determina que **todo aquele que for preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas**, para que esta **avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão**. *Estimativas iniciais apontaram redução de cerca de 20% nas prisões quando realizadas as audiências de custódia*. Considerado o custo médio de três mil reais por preso, isto **representa 120.000 presos a menos por ano no Brasil, com economia de 4,3 bilhões de reais em um ano**. É *economia* e, mais importante, é **dignidade ao processado, que merece o tratamento da prisão efetivamente como excepcional** (destaques meus).

2.3. Audiência de custódia/ apresentação como garantia constitucional

No âmbito penal observa-se que **diversos são os direitos consagrados pela Constituição Federal** a fim de **proteger aqueles que venham a ter sua liberdade tolhida**. Do mesmo modo, **a presença do processado perante seu juiz, mais que direito processual, constitui-se como um direito imprescindível para a manutenção da dignidade da pessoa humana** (destaques meus).

No excerto acima, os professores Néfi Cordeiro e Nilton Coutinho abordam⁶⁵ o contexto no qual se insere o instituto da audiência de apresentação, qual seja o da diversidade de direitos consagrados pela CRFB/88, a denominada Constituição Cidadã, como proteção àqueles que enfrentem o tolhimento de sua liberdade. Elevam, dessarte, o direito do “preso” à audiência de apresentação à imprescindibilidade para a manutenção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, transcendendo, assim, um simples e evidente direito processual.

A fim de compreender melhor tal contexto e a natureza instrumental do ato jurídico pré-processual, pois em situação de meio, encontra-se nas palavras⁶⁶ do professor Carlo Velho Masi tanto as suas razões constitucionais de ser quanto a sua aplicabilidade, senão vejamos:

A audiência de custódia é o **meio mais eficiente de possibilitar** que o **juiz (I) analise os requisitos formais do auto de prisão** em flagrante, relaxando eventual prisão ilegal; (II) **verifique pessoalmente** se o preso foi vítima de **maus tratos, tortura ou práticas extorsivas** durante a abordagem policial ou logo após a prisão por agentes estatais (...); e (III) **promova um breve contraditório** (um “espaço democrático de discussão”) **acerca** (a) da **possibilidade de concessão da liberdade provisória**, com ou sem fiança, (b) da **aplicação de medidas cautelares diversas** e, em último caso,

⁶⁵ CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, p. 77, 2018.

⁶⁶ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 78, 2015.

(c) da **necessidade ou não da conversão do flagrante** (medida pré-cautelar) em **prisão preventiva**.

É, portanto, uma **forma de resguardo da dignidade e dos direitos fundamentais do imputado**, especificamente – no que diz com o direito interno – daqueles **positivados**⁶⁷ no art. 5.º, III, XXXV, XLIX, LV, LXII, LXIII, LXV, LXVI e LXXVIII da CF/1988. Outrossim, é **medida apta a dar concretude** ao “contraditório prévio”, instituído após a reforma do sistema de cautelaridade no processo penal brasileiro pela Lei 12.403/2011 (destaques meus).

Esclarecedor ensino concernente à potencial instrumentalidade do instituto em estudo, junto à possibilidade de efetivar direitos e garantias fundamentais, corrobora-se o mesmo entendimento nas palavras do professor Bruno Amaral Machado⁶⁸, junto ao agente de polícia federal André Pereira Crespo:

Um dos **objetivos** (...) é a **prevenção e repressão à prática de tortura no momento da prisão**. Por meio da **apresentação imediata** do preso busca-se assegurar o **direito à integridade física e psicológica** das pessoas submetidas à custódia estatal. As pesquisas analisadas indicam que as audiências de custódia são **instrumento jurídico potencialmente relevantes para este fim**. Elas proporcionam aproximação dos presos em flagrante delito aos operadores do sistema de justiça criminal e **ampliam a possibilidade de efetivar direitos e garantias fundamentais** (destaques meus).

Ainda nesse sentido, a professora Artenira Silva, junto a Cristian Gamba, argumentam⁶⁹ a respeito da centralidade dos direitos fundamentais na organização estatal brasileira:

⁶⁷ Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

⁶⁸ CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 30, 2021.

⁶⁹ SILVA, Artenira; GAMBA, Cristian de Oliveira. Audiências de custódia e sua eficácia como mecanismo de redução do encarceramento provisório: um estudo de caso sobre a atuação da Central de Inquéritos de São Luís-MA. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 02, p. 618, 2021.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, §4º, IV, seguiu esta tendência, conferindo posição de **centralidade aos direitos fundamentais** dentro da organização estatal brasileira ao defini-los como **cláusulas pétreas** (...). Considerando-se que todos os ramos da ciência jurídica **devem ser interpretados e aplicados à luz dos princípios e regras constitucionais, não restam dúvidas que as diretrizes de um direito processual penal constitucional perpassam, necessariamente, o respeito aos direitos e garantias fundamentais** elencados **tanto na Constituição Federal como também nos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro** (destaques meus).

Na mesma linha, os professores Rodrigo Machado Gonçalves e Antonio Eduardo Ramires Santoro lecionam⁷⁰ magistralmente a respeito do fundamental alinhamento do Direito Processual Penal no cumprimento aos direitos fundamentais elencados na CRFB/88, sob a ótica garantista, em prol da concretização da justiça:

Conforme a Carta Política de 1988, pela análise de seus preceitos, **o processo penal é, antes de qualquer coisa, o direito das liberdades e garantias individuais, o freio e contrapeso ao poder de punir estatal**. Para tal desiderato, o seu art. 5º estabelece um **extenso rol de previsões pétreas e de demonstração do sistema de controles próprio da democracia**, sobretudo pela **qualitativa posição do indivíduo na relação penal com o Estado** (destaques meus).

Nesse diapasão, compreende-se que o princípio da instrumentalidade das formas certamente dialoga junto à pressuposição da tutela constitucional aos direitos e garantias individuais em observância ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Com as palavras do professor Rodrigo Machado, ministradas no âmbito da disciplina Processo Penal I, no curso de graduação em Direito pela FND/UFRJ: “a instrumentalidade das formas do processo penal brasileiro é uma *instrumentalidade de tutela primeira e máxima dos direitos e garantias individuais*. (...) *é assecuratória da concreção da proteção do indivíduo diante do Estado, na tutela da liberdade*.”.

⁷⁰ GONÇALVES, R. M.; SANTORO, A. E. R. A criação de “zonas de interseção normativa” pelo Ministério Público: um instrumento de lawfare político para legitimar a sua investigação preliminar direta e a transigência sobre pena nos acordos de colaboração premiada. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 92, 2020. p. 3. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3604>. Acesso em: 7 janeiro. 2022.

De forma a sintetizar o que se busca construir com relação à aplicação do instituto da audiência de custódia/ apresentação sob a perspectiva garantista do Direito Processual Penal, citando Augusto Tarradt Vilela, aduz o professor Carlo Velho Masi⁷¹;

(...) a **audiência de custódia** é “um *instituto perfectibilizador de valores predominantes em nossa Constituição Federal, em tratados internacionais* (...), além de ser um *elemento extremamente necessário para o melhor desempenho da justiça humanitária*”. O **contato físico** entre o cidadão preso e o julgador **possibilitaria** um aprofundamento “nas subjetividades do caso” e, assim, “uma **análise mais crítica e humana** da situação.”. **Deve-se ter em conta que a manutenção da prisão representa o risco de propiciar o contato do preso com facções criminosas dentro dos presídios, além da ruptura precoce de laços familiares e sociais**, o que, sem dúvida, contribui para a **marginalização e retroalimenta a massa carcerária** (destaques meus).

Mais à frente, o professor Masi complementa⁷², em direção à humanização necessária do poder decisório, no que tange à contraposição de uma vida marcada pelas mazelas do cárcere e uma caneta escrevendo sobre uma folha fria de papel: “**deverá decidir levando em conta não só a letra fria da lei**, mas também os **impactos sociais e antropológicos da manutenção do encarceramento**. Isso resgata o **caráter humanitário do processo penal** (destaques meus).”.

No mesmo sentido, os professores Néfi Cordeiro e Nilton Coutinho argumentam⁷³:

Na **análise da prisão e da justa causa**, bem como especialmente da **necessidade e proporcionalidade** da cautelar, **exige-se a valoração do homem**. (...) Se o ‘**papel**’ bem pode registrar os fatos narrados, **pouco contém do homem e da real necessidade de mantê-lo afastado da sociedade desde já, enquanto presumidamente inocente** (destaques meus).

Dessarte, Bruno Machado e André Crespo, também aduzem⁷⁴ a respeito do papel fundamental para o qual a audiência de apresentação fora designada: “As audiências de custódia

⁷¹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 78, 2015.

⁷² MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 90, 2015.

⁷³ CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, p. 77, 2018.

⁷⁴ CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 21, 2021.

podem ser interpretadas como **garantias constitucionais** para o autuado, e impõem ao Estado a responsabilidade de prover meios, materiais e humanos (destaque meu).”.

Na composição de elemento fundamental de ordem constitucional objetiva e de subjetividade, que se alia à possibilidade de imposição perante o Estado – mas não apenas a ele, manifesta-se um direito fundamental, como bem lecionam os professores Néfi Cordeiro e Nilton Coutinho⁷⁵:

Trata-se, assim, de um instrumento processual imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos atribuídos universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, entendendo-se como direito subjetivo toda expectativa positiva (de prestações) ou negativa (e não causar danos) adstrita a um sujeito por meio de uma norma jurídica (Ferrajoli, 2001). Nesta linha, é possível afirmar-se que os direitos fundamentais são direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e por meio dos quais outorga-se aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face do Poder Público e dos demais indivíduos. São, nos dizeres de Mendes (2004), a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (destaques meus).

À vista da caracterização do ato judicial pré-processual da audiência de apresentação e da sua função proposta como uma garantia constitucional, a fim de que haja atenção devida aos direitos fundamentais do “preso”, compreende-se a necessária comunhão de um Direito Processual Penal Constitucional em busca da concreta dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, passa-se ao exame do processo de normatização do instituto em estudo, desde os seus trâmites internacionais até a sua recente positivação e ainda progressiva regulamentação perante o ordenamento jurídico brasileiro.

⁷⁵ CORDEIRO; COUTINHO, op. cit., p. 77.

3 PROCESSO NORMATIVO DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO

Conhecer o processo normativo do instituto da audiência de custódia é relevante para que o quadro geral seja bem compreendido, desde a sua origem nas tratativas internacionais de Direitos Humanos, perpassando pelo longo período em que esteve na prateleira refrigerada, até que, pela importante atuação do Poder Judiciário, notadamente do TJSP e do STF, conhecendo alguns de seus movimentos e de seus marcos jurisprudenciais, como também pela atuação do CNJ, em seus estudos e resoluções normativas, notadamente a Resolução nº 213/2015; quando, enfim, chega-se à atual e recente legislação regulamentadora, qual seja a Lei de nº 13.964/2019.

3.1. Tratados internacionais originários

Fato é que “diversos diplomas internacionais reconhecem, de longa data, a garantia da pronta apresentação do preso ao juiz”⁷⁶.

Revela-se, primariamente, um arcabouço normativo do instituto em estudo em âmbito mundial e regional, formado, de forma respectiva, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Ambas as normas internacionais foram ratificadas pelo Brasil, como se vê a seguir.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) aprovou o PIDCP em sua XXI sessão, tendo sido aprovado pelo Congresso Nacional e entrado em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992. A previsão pertinente ao instituto da audiência de custódia se dá em seu artigo 9.3. da seguinte forma: “*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*” (destaque meu), e segue-se para a garantia da duração razoável da investigação – já fixada internamente – e do processo, tendo a liberdade como regra e como resposta ao indevido descumprimento.

⁷⁶ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 80, 2015.

O mesmo dispositivo trata da possibilidade de condicionar a soltura a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa à audiência, aos atos do processo e, em caso de necessidade, para a execução da sentença.

Já nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, destaca-se o tratado internacional entre países-membros das Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre os quais se inclui o Brasil, denominado de Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou, ainda, Pacto de São José da Costa Rica. Subscrita em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992, e institui a audiência de apresentação, em seu artigo 7.5., da seguinte maneira:

“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.” (destaque meu), enquanto também possibilita o condicionamento de sua liberdade a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

De outro modo, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela AGNU em 10 de dezembro de 1984, tendo entrado em vigor no Brasil em 28 de outubro de 1989, dispõe, no seu artigo 2.1., que *“Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.”* (destaque meu). Dessa forma, vê-se aqui a audiência de custódia como uma das medidas concretas de combate à tortura, na sua identificação prévia, oportunizando uma investigação e posterior punição de maneira mais assertiva.

Resta clara a normatização internacional do instituto da audiência de apresentação, tendo sido devidamente incorporada pelo Brasil, portanto, de eficácia plena e imediata, pois Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como bem leciona o professor Carlo Velho Masi⁷⁷:

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem eficácia plena e imediata, isto é, não precisam de regulamentação normativa alguma para operarem seus efeitos e devem ser cumpridos de acordo com o princípio *pacta sunt servanda* internacional. Nos termos do art. 5.º, §1.º, da CF/1988, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ademais, dispõe o §2.º do mesmo art. 5.º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. As normas internacionais que preveem a apresentação física do preso não estão em contradição com nenhuma norma interna. A relação entre elas é de complementariedade, uma vez que a Constituição admite a ampliação do rol de garantias fundamentais nela previsto por meio dos tratados internacionais de Direitos Humanos (destaques meus).

3.1.1. Internalização *versus* (in)convencionalidade tardia

Cabe, ainda, salientar que, embora tais tratados não tenham sido submetidos ao rito que lhes conferiria o *status* de emenda constitucional, ou seja, de constitucionalidade formal, são clara e materialmente constitucionais, pela normativa cristalina do §2º do artigo 5º de nossa CRFB/88. Quanto à sua formalidade, assumem o *status* de normas “supralegais”, ou seja, normas inferiores à Constituição e superiores às demais normas do ordenamento jurídico, também pois foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio antes da EC nº 45/04, segundo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF).

Vejamos senão é o que mencionam Tiago Arantes Franco e Marcelo Geraldo Oliveira⁷⁸: “cumpre citar que a partir de 2008, o Pleno do STF passou a reconhecer majoritariamente que

⁷⁷ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 83, 2015.

⁷⁸ FRANCO, Tiago Arantes; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Audiência de custódia como defesa dos Direitos Humanos, uma (in) Convencionalidade tardia. **Revista Aporia Jurídica**. Ponta Grossa, v. 1, n. 1, p. 224-225, jan./jul. 2017.

tratados e convenções internacionais possuem um *status supralegal*, já que se situam acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição da República.”.

No mesmo sentido, leciona o professor Carlo Velho Masi⁷⁹, aduzindo, inclusive, a respeito do importante – e por vezes esquecido – vínculo normativo, legislativo e prático denominado como Controle de Convencionalidade, que é assumido pelos referenciais tratados internacionais supramencionados:

Importante destacar que **a Constituição deixou de ser o único referencial de controle das leis ordinárias**, dando espaço ao **“controle de convencionalidade”** (compatibilidade material), **o qual**, segundo *Ingo Sarlet*, **não faz distinção** entre os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 (que equivalem a emendas constitucionais) e aqueles **aprovados por maioria simples pelo Congresso Nacional (que são normas supralegais)**, devendo ser observados até mesmo **preventivamente pelo Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei** (destaques meus).

Tiago Franco e Marcelo Oliveira asseveram a criticidade que a inobservância de tais disposições normativas estaria a caracterizar, tal como uma ideia de evidente inconvencionalidade: “a questão torna-se **mais crítica por se tratar da defesa de um direito fundamental**, o ato de **não reconhecer** a norma externa está ligado a ideia de uma **inconvencionalidade**, pela **não aplicação da norma (...)**”; aqui, então, fazendo referência ao professor Valerio Mazzuoli⁸⁰ em sua definição de controle de convencionalidade, aduzem: “(...) já que o **controle de convencionalidade** prevê que os países signatários **se adequem internamente** tanto em sua **estrutura legislativa** quanto em seus **atos**, pois assim existirá um **reflexo interno nos casos concretos** daquilo que impõe a lei externa.” (destaques meus).

⁷⁹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 83, 2015.

⁸⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**. v. 46, n. 181, p. 113–133, jan./mar., 2009. Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 de novembro de 2022.

Há que se ressaltar aqui que, infelizmente, o atraso para uma movimentação institucional tendente à regulamentação ou à aplicação do instituto em estudo é de praticamente 20 anos⁸¹. Discorrem os professores Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen⁸² que se vê uma abismal inércia do Poder Legislativo, mesmo com a ratificação da CADH implicando clara normativa concernente à audiência de apresentação.

Importa observar a redação do artigo 2º da CADH:

Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, **os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades** (destaque meu).

No mesmo sentido, aponta Bruno Bicca Haushahn⁸³: “(...) somente 20 anos depois iniciaram as movimentações para efetivar no ordenamento brasileiro a audiência de custódia, instituto destinado à preservação de garantias fundamentais do indivíduo (...)”. Citando, portanto, Bernardo de Azevedo e Souza⁸⁴: “Segundo Souza, tal atraso **revelava um verdadeiro comodismo** por parte dos atores responsáveis pela implementação dos novos mecanismos jurídicos que visam ao progresso do sistema jurídico brasileiro. (destaque meu)”.

Encerra-se tal inércia, então, somente no ano de 2011, junto à proposição do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554, de 2011, quando se vê uma iniciativa legislativa, em que pese esta não seja necessária para o reconhecimento do direito ao instituto em análise, como bem leciona

⁸¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 58.

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 70.

⁸³ HAUSHAHN, Bruno Bicca. **Audiência de custódia no código de processo penal: trajetória, avanços e lacunas**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 26-27. 2020.

⁸⁴ SOUZA, Bernardo de Azevedo e. A Audiência de Custódia e o Preço do Comodismo. *In: Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial – Doutrina, Audiência de Custódia*. Ano XVI, nº 93, Agosto – Setembro de 2015, p. 32, 33. *In: HAUSHAHN, op. cit., p. 27.*

Carlo Masi⁸⁵: “Embora, como já frisado, o direito reconhecido por tratados internacionais de direitos humanos não necessite de regulamentação, a edição de norma interna é salutar para promovê-lo e estabelecer diretrizes que não estão detalhadas nos tratados.”.

Com trâmite embaraçado, o PLS nº 554/2011 encontrou aprovação no Senado Federal apenas em 2016, após variadas discussões e alterações, passando à discussão no âmbito da Câmara dos Deputados, momento em que, segundo Rafael Bordin Schuch⁸⁶, detinha-se um esclarecido objetivo: “(...) o que verdadeiramente se quer com a aprovação Projeto PLS nº 554, de 2011, é não somente o acréscimo da audiência de custódia na lei presente no CPP, mas também a *real efetivação* de um *instituto vigente no ordenamento jurídico pátrio desde 1992*. (destaques meus)”. No entanto, quase uma década se passou até a aprovação da legislação que viria a regulamentar ordinariamente o instituto na Câmara dos Deputados.

3.2. Importante papel do Poder Judiciário e do CNJ

Ao analisar o histórico de mobilização necessária à regulamentação do referido instituto no Brasil, questiona-se sua legitimidade, no entanto, urge a necessidade primordial de observância do princípio e fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana. Assim, compreender-se-á o importante papel assumido pelo Poder Judiciário, primária e notadamente representado pelos órgãos do TJSP e do STF, e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nesse sentido, os professores Nilton Coutinho e Néfi Cordeiro constata⁸⁷: “Grande foi a movimentação para concretização no país da audiência de custódia. A partir de estímulos

⁸⁵ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 87, 2015.

⁸⁶ SCHUCH, Rafael Bordin. **Uma análise acerca da implementação do instituto da audiência de custódia no direito brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 46. 2016.

⁸⁷ CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, p. 85, 2018.

peçoais e normativos, oriundos do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, vieram tribunais de todo o país a formalizarem convênios a fim de instalarem juízos para audiências de custódia.”.

Embora sobrevenham críticas concernentes à “atuação ativa” do Poder Judiciário, resta clara a necessidade de uma ótica garantista e humanizada dos direitos fundamentais, inclusive para que seja dado **efetivo cumprimento** aos tratados internacionais pertinentes, por meio do controle de convencionalidade, que inicial e institucionalmente se viu tão somente na inquietude dos “agentes” mencionados. Seja o Poder Judiciário atuando ativamente, seja o CNJ atuando na promoção do diálogo⁸⁸. Vejamos o que aduz Erlon Marques⁸⁹:

A par disso, **temos, além de nossa Constituição Federal, uma farta legislação nacional e internacional já pactuada pelo Brasil que deveria garantir a dignidade da pessoa humana**, mas, *ao invés disso, vemos muito discurso político, muitas promessas de nossos governantes e poucas ações efetivas que garantam os direitos fundamentais da pessoa presa no Brasil* (destaques meus).

Ressalta-se de que isso ocorre num contexto de superpopulação carcerária, faltando vagas e sobrando violações de direitos fundamentais, com grande participação de presos provisórios, como reconhece o STF a formação de um cenário de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF⁹⁰.

Posto o fato de que a atuação do Poder Judiciário e da atuação dialógica do CNJ se dão num cenário de inconstitucionalidades, perante o qual faz-se necessária uma atuação mais

⁸⁸ “O Conselho Nacional de Justiça é um órgão que vem atuando como um verdadeiro provocador da atuação dos demais poderes, especialmente do Poder Executivo, de modo a **contribuir com a reestruturação do sistema carcerário**, e a fim de **dar cumprimento à Constituição e aos acordos internacionais que o Brasil se comprometeu a cumprir**. (...) O estudo permitiu **identificar que sua atuação pode promover o diálogo entre os poderes**, na medida em que o Poder Judiciário pode reconhecer uma inconstitucionalidade e determinar que medidas sejam adotadas pelo Executivo, ao passo que **o CNJ seria o promotor do diálogo e da fiscalização do cumprimento das decisões**. Desse modo, pode ser um importante órgão na promoção do diálogo, o qual confere legitimidade às decisões ativistas (destaques meus)”. KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 10, n. 1 p.192. 2020.

⁸⁹ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 238-239, 2020.

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015.

eficiente dos órgãos garantidores dos direitos humanos fundamentais, o agente federal Marques conclui⁹¹:

O Poder Judiciário, com base em nossa legislação, **atua num limite tênue** entre *exercer seu papel constitucional de aplicar o Direito ao caso concreto* e de **tentar garantir uma fração mínima de direitos fundamentais da pessoa presa**. E dessa atuação judiciária, *buscando humanizar a prisão e tentando resguardar um mínimo de direitos fundamentais da pessoa presa, surgiu a audiência de custódia implementada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015* (destaques meus).

No mesmo sentido, aduzem Tiago Franco e Marcelo Oliveira⁹²:

(...) deve-se reconhecer a **importância que órgãos da própria justiça, como o CNJ, abram os olhos para questões de Direito que não são observadas**, como os recentes projetos e resoluções adotadas com o **intuito de difundir a Audiência de Custódia** como uma **defesa a possíveis erros e abusos**, assim como a **garantia de um devido processo, que se inicia respeitando o indivíduo como pessoa**, independentemente de suas condutas, pois estas devem ser provadas no processo e não previamente.

Dessa forma, insta salientar o âmbito e a forma de atuação dos órgãos pertinentes à matéria em estudo, delineando o histórico de implementação do instituto da audiência de apresentação, para que se compreenda a relevância assumida pelos órgãos supramencionados.

3.2.1. Do Provimento aos marcos jurisprudenciais

No dia 22 de janeiro de 2015, a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e a Corregedoria Geral de Justiça publicaram o Provimento Conjunto N° 03/2015 estabelecendo a determinação da realização gradativa da audiência de custódia, em cumprimento ao disposto no artigo 7.5. CADH, acompanhando a “busca pelo equacionamento dos problemas sob os quais

⁹¹ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 238-239, 2020.

⁹² FRANCO, Tiago Arantes; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Audiência de custódia como defesa dos Direitos Humanos, uma (in) Convencionalidade tardia. **Revista Aporia Jurídica**. Ponta Grossa, v. 1, n. 1, p. 229, jan./jul. 2017.

opera o sistema penitenciário do Estado”. Nesse sentido, citando Claudio do Prado Amaral, aduz Carlo Masi⁹³:

Claudio do Prado Amaral reconhece que, **com 23 anos de atraso**, este é o **primeiro passo para dar efetividade ao disposto no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos**, ainda que por norma de nível hierárquico inferior.

“O advento formal da audiência de custódia revela verdadeiro e louvável esforço institucional do TJSP para dar efetividade a um processo penal orientado por princípios constitucionais. O fato de se criar um momento no qual a pessoa recém detida e o juiz colocam-se frente a frente dá ensejo a um ato processual que permite o aguçamento dos sentidos e da humanidade do julgador (...).” (destaques meus).

Portanto, o advento formal do Provimento Conjunto N° 03/2015 ocorre com o objetivo de dar efetividade ao Pacto de San Jose da Costa Rica, atribuindo, inclusive, o prazo de 24 horas ao significado da expressão “sem demora”, *in verbis*:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

Art. 2º A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes (destaques meus).

Entretanto, tal movimentação não deixou de ser alvo de críticas, como se vê do fato de que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil), em “fevereiro de 2015, ingressou no STF com ADIn, sustentando que o provimento conjunto do TJSP não poderia ter criado a audiência de custódia, já que o poder para legislar sobre a matéria compete ao Congresso Nacional, através de lei federal.”⁹⁴.

Argumentou-se, no âmbito da ADI n° 5240, pela inconstitucionalidade do Provimento Conjunto ora referido. No entanto, no mês de agosto de 2015, o STF, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, decidiu-se majoritariamente pela constitucionalidade do ato normativo, como se vê

⁹³ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 88, 2015.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 88.

nos seguintes termos no Relatório do CNJ (entre outros) “Audiência de Custódia: 6 anos”⁹⁵, que aponta tal decisão como o primeiro dos “dois grandes marcos jurídicos” contribuintes para a consolidação do instituto da audiência de custódia:

Dois grandes marcos jurídicos contribuíram para a consolidação do instituto.

O primeiro foi a **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240**, na qual foi arguida a inconstitucionalidade do **Provimento Conjunto nº 03/2015** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que **disciplinava as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal**. Sob a relatoria do ministro Luiz Fux, em agosto de 2015, o **Supremo Tribunal Federal (STF)**, decidiu, por maioria, pela **constitucionalidade do ato normativo “indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país”** (destaques meus).

Dessarte, vê-se que não apenas foi declarado constitucional tal ato normativo, como também fora indicada a necessidade da adoção da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. O “segundo marco jurisprudencial”⁹⁶, portanto, trata-se da discutida e tão importante ADPF nº 347, vejamos:

Em setembro do mesmo ano, deu-se o **segundo marco jurisprudencial**. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, sob relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, **foi deferida cautelar, por maioria, “para determinar aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”**. Foi no bojo dessa ação que *se reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a audiência de custódia como política crucial para o enfrentamento dessa situação* (destaques meus).

No mesmo sentido, ao citar o esperado cumprimento às determinações internacionais às quais o Brasil já havia há muito se comprometido a efetivar, perante um sistema penitenciário “falido” e caótico, como visto, complementa em tom conclusivo Erlon Marques⁹⁷:

O Relator, Ministro Marco Aurélio, declarou que **deveria ser “reconhecida a falência do sistema” (penitenciário)** e ainda determinou que juízes e tribunais

⁹⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Relatório **Audiência de Custódia: 6 anos**. Relatórios do programa Fazendo Justiça, Brasília, p. 9, 30 set. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-6-anos-audiencia-custodia200121.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2022.

⁹⁶ Ibid., p. 9.

⁹⁷ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 251-252, 2020

passassem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, **com o comparecimento do preso perante autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão**. E assim, temos o **embrião das audiências de custódia, cumprindo assim determinações internacionais das quais o Brasil já havia tempos se filiado**, especificamente ao art. 9º, item 3, do Pacto Internacional e Político das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também **na tentativa de minorar as condições precaríssimas do cárcere no Brasil** (destaques meus).

Dessa forma, concluem os professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker⁹⁸ acerca do impacto vinculante gerado pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações ADI 5240 e ADPF 347:

Veja-se que a previsão constante do art. 9º, “3”, do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político das Nações Unidas e art. 7º, “5”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, **ganhou caráter obrigatório e vinculante após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (Adin 5240 e ADPF 347), nas quais se reconheceu a eficácia normativa da determinação em território brasileiro** (destaques meus).

3.2.1. Atuação normativa do CNJ

Após esta movimentação institucional e jurisprudencial, que descreveu mais um marco no avanço normativo do instituto da audiência de apresentação, o Conselho Nacional de Justiça interviria no mês de dezembro de 2015 com a regulamentação administrativa por meio da Resolução N° 213, que lhe atribuiu a identidade de política pública com caráter nacional, como argumentam os professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker⁹⁹:

(...) mediante **regulamentação** do Conselho Nacional de Justiça, **finalmente, a audiência de custódia transformou-se em política pública**. Trata-se da Resolução CNJ 213, de 15 de dezembro de 2015, que **dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Os **fundamentos** da normativa se encontram em **diversos documentos** (destaques meus).

⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. BECKER, Fernanda E. Nöthen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. **Audiência de Custódia**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Placido. p. 20.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

Na apresentação das considerações¹⁰⁰ da edição da Resolução normativa Nº 213/2015 do CNJ, são declarados os objetivos pretendidos com o lançamento da política pública de implantação das audiências de custódia, quais sejam os principais: adequar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos¹⁰¹; cumprir a decisão exarada no âmbito da ADPF 347¹⁰² quanto à obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; isso porque apresenta-se como meio mais eficaz¹⁰³ para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal.

Respalda-se também, dessarte, na disposição do artigo 96, I, *a*, da CRFB/88¹⁰⁴, concernente à possibilidade de que tribunais tratem da competência e do funcionamento de seus serviços e órgãos jurisdicionais e no teor da decisão prolatada nos autos da ADI 5240¹⁰⁵ declarando a constitucionalidade da disciplina pelos tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

Compõe-se, outrossim, o potencial que as audiências de custódia, como política pública, teriam para reduzir o contingente desproporcional¹⁰⁶ de pessoas presas provisoriamente no

¹⁰⁰ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 213 de 2015**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

¹⁰¹ “CONSIDERANDO o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);”.

¹⁰² “CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;”.

¹⁰³ “CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;”.

¹⁰⁴ “CONSIDERANDO o que dispõe a letra “a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, que defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos;”.

¹⁰⁵ “CONSIDERANDO a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;”.

¹⁰⁶ “CONSIDERANDO o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente; CONSIDERANDO que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas;”.

Brasil, considerando a necessária observância aos princípios da excepcionalidade, da proporcionalidade, da necessidade e da jurisdicionalidade no juízo da prisão cautelar, além de reduzir os gastos com a custódia cautelar, como afirma o Min. Marco Aurélio na ADPF 347¹⁰⁷:

audiência de custódia, instrumento ao qual o ministro Ricardo Lewandowski, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vem dando atenção especial, buscando torna-lo realidade concreta, no Judiciário, em diferentes unidades federativas e **combatendo a cultura do encarceramento**. A imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder Judiciário do país. *A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal. A providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária*, além de implicar **diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar** – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00 (destaques meus).

Apontam os professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker à louvável iniciativa do CNJ perante a regulamentação de uma previsão (supra)legal já existente nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, sendo estes capitaneados pelas disposições constantes no PIDCP e na CADH. *In verbis*¹⁰⁸:

A **louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça** apenas **regulamentou a previsão legal já existente** no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), reforçada diante do **reconhecido status supralegal** desses documentos. (...)

A Resolução citada, portanto, dispõe acerca da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente, no prazo de 24 horas, em seu artigo 1º, *ipsis litteris*¹⁰⁹:

Art. 1º **Determinar** que **toda pessoa presa** em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja **obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas** da comunicação do flagrante, **à autoridade judicial competente**, e **ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão**.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22/09/22.

¹⁰⁸ ROSA, Alexandre Morais da. BECKER, Fernanda E. Nöthen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. **Audiência de Custódia**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. p. 11, 20.

¹⁰⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 213 de 2015**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf>. Acesso em: 23/09/22.

§ 1º **A comunicação** da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do **encaminhamento do auto de prisão em flagrante**, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, **não supre a apresentação pessoal determinada no caput**.

§ 2º Entende-se por **autoridade judicial competente** aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista. (...)

§ 4º Estando a **pessoa presa acometida de grave enfermidade**, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, **deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre** e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação (destaques meus).

Nesse sentido, analisa acertadamente Rafael Schuch ao dizer que “(...) **a Resolução nº 213 foi**, em termos gerais, **eficiente por padronizar a execução da audiência de custódia em âmbito nacional** e por **trazer à baila vários temas que não eram incluídos nas regulamentações editadas pelos Estados** (destaques meus).”¹¹⁰.

Dentre os temas citados, destaca-se a ampliação dos indivíduos beneficiados pela audiência de custódia, pois que contemplou em seu artigo 13 quaisquer das pessoas presas em cumprimento a mandados de prisão cautelar ou definitiva fossem apresentadas perante a autoridade judicial competente. *In verbis*¹¹¹: “Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.”.

Outro tema de notada regulamentação foi com relação à determinação, em seu artigo 4º, da presença do Ministério Público e da defesa do indivíduo preso para a realização da audiência de custódia, vedando-se a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão durante a

¹¹⁰ SCHUCH, Rafael Bordin. **Uma análise acerca da implementação do instituto da audiência de custódia no direito brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 50. 2016.

¹¹¹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 213 de 2015**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf>. Acesso em: 23/09/22.

audiência, a fim de que não haja constrangimento no juízo de prevenção e repressão à prática de tortura, *ipsis litteris*:

Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

Parágrafo único. É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

Ainda, importa mencionar a disposição compreendida no §4º do artigo 1º da Resolução, que determina o direito pessoa presa acometida de grave enfermidade tenha contato com o juiz competente, de forma que este venha a se deslocar até o local onde aquela esteja hospitalizada ou acamada; e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, a condução para a audiência de custódia deve ser providenciada imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

Dessa forma, sintetizam os professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker¹¹² a respeito da importância da normativa complementar editada pelo CNJ no sentido de tornar homogênea a prática das audiências de custódia em nível nacional:

O Juiz precisa assumir seu **lugar de garante** e responder por sua atuação. O CNJ ao dar **efetividade à normativa internacional**, no fundo, **promove a transparência e accountability do Poder Judiciário** em face de qualquer pessoa segregada do seu direito de ir, vir e ficar. A **qualidade** da prisão e da decisão judicial restam **potencializadas**. Daí a **importância da normativa complementar editada pelo Conselho Nacional de Justiça** que **torna homogênea a prática das audiências de custódia** (destaques meus).

Junto a isso, o CNJ apresentou aos magistrados dois Protocolos, que tratam I) dos casos que pedem a concessão de medidas cautelares diversas da prisão, orientando-lhes na observação devida a fim de que haja uma contenção no uso exaustivo de prisões cautelares e II) dos casos em que se verifique a ocorrência de tortura sofrida pelo indivíduo preso, no qual orientações

¹¹² ROSA, Alexandre Morais da. BECKER, Fernanda E. Nöthen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. **Audiência de Custódia**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Placido. p. 22.

acerca dos procedimentos que devem ser realizados para a denúncia. Nas palavras dos professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker¹¹³: “Os Protocolos I e II, anunciados pelo CNJ auxiliam na orientação das perguntas e formas de atuação do Juiz Garante.”.

O Conselho Nacional de Justiça menciona também em seu documento¹¹⁴ comemorativo de 6 anos desde a implementação da audiência de custódia, produzido no âmbito do projeto “Fazendo Justiça”¹¹⁵ - desenvolvido em parceria com o PNUD e o UNODC, órgãos internacionais da ONU - o pioneirismo da normativa nacional assumido pela Resolução em análise e a importância dos dois protocolos: “É o *primeiro ato normativo nacional sobre o instituto*, trazendo inclusive *dois importantes Protocolos que concorrem para o aperfeiçoamento da atuação jurídica na oitiva da pessoa custodiada* e, principalmente, na *forma de condução do ato solene* (destaques meus)”.

Quanto à sua implementação, os professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker¹¹⁶ lecionam acerca da previsão de *formas de concretização e de monitoramento da aplicação da audiência de custódia* pelos Tribunais de Justiça dos Estados, do DF e, ainda, os federais, *constantes na Resolução N° 214*, também de 2015:

(...) a fim de concretizar a monitorar a aplicação da audiência de custódia, bem como da prisão de adultos e adolescentes, a Resolução CNJ 214, de 15 de dezembro de 2015 criou o Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e nos Tribunais Regionais Federais.

¹¹³ ROSA, Alexandre Morais da. BECKER, Fernanda E. Nöthen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. **Audiência de Custódia**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D’Placido, p. 21.

¹¹⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Relatório **Audiência de Custódia: 6 anos**. Relatórios do programa Fazendo Justiça, Brasília, p. 12, 30 set. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-6-anos-audiencia-custodia200121.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2022.

¹¹⁵ “Desde a implantação da audiência de custódia, o CNJ vem trabalhando junto a tribunais e outros parceiros para **qualificar a prestação do serviço**, o que inclui aprimoramento de rotinas e fluxos e fomento à interiorização. Esses esforços ganharam novo impulso a partir de 2019 com o início da **parceria** com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), com apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, na figura do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Na primeira fase, foi denominado programa “Justiça Presente” e no novo ciclo, a partir de 2020, programa “Fazendo Justiça” (destaques meus).”

¹¹⁶ ROSA; BECKER, op. cit., p. 22.

O mesmo autor cita, outrossim, a *importante previsão de estruturas necessárias ao acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão*, além do *estabelecimento de formas de prestação de serviços de assistência social e de mediação penal*, a fim de *mitigar o encarceramento provisório*. *In verbis*¹¹⁷: “O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.”.

De forma a sintetizar a progressão, analisam¹¹⁸ o processo normativo da audiência de custódia, sob os olhares da bibliografia mapeada, André Pereira Crespo e Bruno Amaral Machado, apontando para o advento da Lei nº 13.964/19, que será abordado na sequência:

As pesquisas mapeadas indicaram que *a implantação das audiências de custódia no Brasil* teve como *finalidade adequar a legislação brasileira aos diplomas internacionais de direitos humanos*. ***Apenas em 2019 com o advento da lei n. 13.964 o instituto foi previsto no código de processo penal brasileiro***. A medida indica que o Brasil *procurou atender os tratados de direitos humanos dos quais é signatário* (destaques meus).

3.3. Advento da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime)

Proposto pelo ex-ministro da Justiça e da Segurança Pública e ex-juiz federal Sergio Moro em fevereiro de 2019, o projeto da Lei 13.964/19, que ficou conhecido pela atribuição do nome estratégica e eminentemente político “Pacote Anticrime”, teve como foco um enrijecimento das cominações penais e diversas alterações nas legislações penais e processuais penais, desde a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Execução Penal aos códigos Penal e Processual Penal.

Recheado de alterações encarcerantes promovidas pela Lei, o projeto foi aprovado nas duas casas legislativas em menos de um ano, mesmo sem os necessários estudos, debates e reflexões democráticas acerca da matéria e dos impactos reais da aplicação daquela. No entanto,

¹¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. BECKER, Fernanda E. Nöthen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. **Audiência de Custódia**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D’Placido, p. 22.

¹¹⁸ CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 30, 2021.

neste curto intervalo de tempo de tramitação, modificações importantes foram empenhadas no sentido de elencar garantias fundamentais, a exemplo do instituto da audiência de custódia. Nas palavras¹¹⁹ da professora Laura Albuquerque e da advogada Júlia Fusinato:

Apesar do caráter eminentemente punitivista do Projeto de Lei Anticrime, a proposta acabou sofrendo diversas modificações na Câmara dos Deputados, e o resultado final da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, apresentou-se como uma panaceia de alterações legislativas que ora contrariam diretamente garantias fundamentais, ora vão ao encontro de importantes avanços, principalmente na legislação processual penal. Um dos aspectos positivos da “Lei Anticrime” foi a inclusão definitiva da audiência de custódia no Código de Processo Penal (destaques meus).

Como trabalhado ordenadamente, o processo normativo da audiência de custódia não se inicia aqui com a sua previsão no CPP, mas é importante ressaltar que “a sua inclusão *como procedimento obrigatório* previsto pela *nova redação do artigo 310* do Código de Processo Penal *representa um grande avanço no sentido de efetivação e consolidação dessa garantia no sistema justiça criminal brasileiro* (destaques meus)”.¹²⁰

No mesmo sentido, Haushahn¹²¹ escreve acerca do contraste entre a positivação garantidora da efetiva normatização ordinária do instituto em meio a um pacote de normas controversas perante a busca pela humanização pretendida pela audiência de custódia:

Ideologicamente controversa nos meios jurídico e político, a Lei Anticrime, como também é conhecida, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente ao processo penal, uma relevante vitória: a tardia, mas ainda importante, inserção da obrigatoriedade da audiência de custódia ao Código de Processo Penal, conquista essa que atende ao disposto nos já anteriormente examinados principais tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (destaque meu).

Pouco mais adiante, apontam Albuquerque e Fusinato à necessária e disruptiva resposta que a positivação definitiva da audiência de custódia no Código de Processo Penal promoveu

¹¹⁹ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 571–572, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 572.

¹²¹ HAUSHAHN, Bruno Bicca. **Audiência de custódia no código de processo penal: trajetória, avanços e lacunas**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 26. 2020.

em face de uma cultura “legalista” ao prever sua obrigatoriedade e o seu procedimento, em que pese haja algumas lacunas a serem vistas posteriormente e também a ampla normativa internacional já existente neste sentido, vale dizer, já vigente no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, em suas palavras¹²²: “(...) mesmo com a sua previsão em diplomas normativos de caráter supralegal, a audiência de custódia enfrentou ampla resistência em sua implementação, pois os operadores do direito ainda limitam as suas práticas à literalidade da “lei”¹²³”. E como efetiva resposta¹²⁴: “Assim, *a consolidação do instituto na legislação processual penal fortalece ainda mais a incorporação de direitos fundamentais e a tentativa de tornar o processo um instrumento de garantias, e não de violações de direitos* (destaque meu).”.

Dessa forma, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 disciplinou, no artigo 310 do CPP e parágrafos, a audiência de custódia obrigatória, em até 24 horas, e estabeleceu procedimentos a serem observados em sua realização. *In verbis*¹²⁵:

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

¹²² ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 582, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

¹²³ “Para um aprofundamento sobre a cultura legalista do nosso sistema de justiça criminal, ver Nereu Giacomolli, que assim leciona: “As práticas criminais brasileiras, salvo raras exceções, estão enclausuradas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias”. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 13.” *In*: ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T., op. cit., p. 582.

¹²⁴ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T., op. cit., p. 582.

¹²⁵ Presidência da República. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

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.

De pronto, pode-se observar disposições assertivas, por um lado, enquanto que, por outro, observam-se lacunas normativas e até mesmo disposições inconstitucionais, como a do §2º, como é introduzido por Albuquerque e Fusinato¹²⁶: “Embora tenha como base as normativas estabelecidas na Resolução nº 213/2015 do CNJ, alguns pontos não foram observados e merecem considerações, como é o caso da necessidade da audiência de custódia para todos os tipos de prisão e da (in)constitucionalidade do § 2º”.

Além disso, passaremos a observar os (pequenos) avanços experimentados pela implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro ordinário e, ainda, a avaliar a realidade sociojurídica e institucional enfrentada, compreendendo a necessidade existente de uma ruptura real com determinadas estruturas de pensamento. Estas, ao serem expostas, precisam ser ponderadas a partir de uma perspectiva garantista, com a finalidade de

¹²⁶ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 582, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

progredir efetivamente na humanização e na constitucionalização do processo penal pátrio, para que se alcance, enfim, o respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

4 PEQUENOS AVANÇOS E GRANDES DESAFIOS

Embora não represente algo extraordinariamente inédito, a introdução de normas regulamentadoras do instituto da audiência de custódia/ apresentação pela Lei nº 13.964/19 no Código de Processo Penal consolida a normatização da audiência no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque tal instituto está previsto há mais de duas décadas em tratados internacionais de direitos humanos, como visto, notadamente no PIDCP e na CADH. No entanto, junto a pequenos avanços experimentados a serem mencionados, apresenta-se, enfim, a importante disposição acerca da realização obrigatória da audiência de custódia na legislação ordinária.

Nesse ínterim, diferentes barreiras vão de encontro à eficácia da implementação do instituto no país, desde empecilhos normativos e institucionais até mesmo uma cultura desumanamente punitivista de encarceramento em massa que permeia a interlocução decisória. Dificulta-se, nesse sentido, o cumprimento dos objetivos propostos, representando grandes desafios à garantia dos direitos fundamentais da pessoa presa. Detém-se, com isso, um conjunto de entraves de ordem estrutural: normativos, institucionais, socioculturais e políticos.

Tal análise se dá com o anseio de que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tão caro à República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, e aos Direitos Humanos, possa vir a ser, de fato, devidamente estabelecido e garantido, não apenas, mas também aos indivíduos privados de sua liberdade, notadamente em face da realidade desumana vista nos cárceres brasileiros.

4.1. Dos pequenos avanços experimentados

Não se quer dizer que tais avanços, embora pequenos, não têm importância. Para que se compreenda tamanha importância, basta observar a pacificação de extensos e controversos debates acerca do tema da obrigatoriedade das audiências de custódia, muitas vezes decorrentes da ausência de sua regulamentação em legislação ordinária. Mesmo diante do potencial humano proposto pela sua correta aplicação, esta era uma realidade bem presente, como aponta

Haushahn¹²⁷: “em razão da inexistência de previsão do instituto em lei ordinária (...), a realização das audiências de custódia pelos tribunais brasileiros jamais deixou de ser tema controverso e apto a gerar infindáveis debates e discordâncias. (destaque meu)”. Complementa, portanto, ao apontar seu caráter relevantemente pacificador ao citar Albuquerque e Fusinato¹²⁸:

E é **justamente neste cenário** que a **inserção do instituto no Código de Processo Penal**, através do Pacote Anticrime, surge como **uma enorme conquista**, de **extrema relevância para a plena efetivação desse instrumento tão importante para a manutenção do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal** (destaques meus).

No mesmo sentido, apontam as autoras Laura Albuquerque e Júlia Fusinato¹²⁹:

Em que pese tardia, a **disposição da obrigatoriedade** da realização da audiência de custódia no Código de Processo Penal foi de **extrema importância** para a **uniformização do procedimento** a ser observado, **uma vez que** até então, *mesmo com a Resolução nº 213/2015 do CNJ, cada Estado da federação emitiu suas próprias normativas e procedimentalização das audiências à sua maneira* (destaques meus).

Haushahn¹³⁰ entende que tal inserção não apenas torna “pacífica” a sua obrigatoriedade, mas também aponta para o fato de que a sua padronização impulsiona o processo de constitucionalização do Direito Processual Penal brasileiro, pois que fortalece as garantias fundamentais e a humanização dele, como se vê:

O constante **aperfeiçoamento das normas de processo penal**, adequando-o às **matrizes garantistas** da Constituição Federal e das convenções internacionais, diferentemente do que se possa pensar num primeiro momento, em verdade vem ao encontro dos interesses da sociedade. E embora a Lei nº 13.964/2019 tenha sido anunciada por seus idealizadores como medida voltada a endurecer o sistema penal brasileiro, fato é que ela trouxe ao Código de Processo Penal **importantes novidades**

¹²⁷ HAUSHAHN, Bruno Bicca. **Audiência de custódia no código de processo penal: trajetória, avanços e lacunas**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 31. 2020.

¹²⁸ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos, 2020. *In*: HAUSHAHN, op. cit., p. 31.

¹²⁹ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 589, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

¹³⁰ HAUSHAHN, op. cit., p. 34-35.

que se mostraram de extrema valia para que o Direito Processual Penal brasileiro caminhe em **direção à sua constitucionalização**. (...)

Igualmente, a **inédita disposição expressa da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal**, por sua vez, também surge como uma **ferramenta jurídica apta a aproximar o Direito Processual Penal brasileiro de sua constitucionalização**. Isto porque a **realização padronizada e obrigatória** da solenidade pelos tribunais pátrios está diretamente ligada ao **fortalecimento das garantias fundamentais** e à **consolidação de um processo penal mais humanizado** (destaques meus).

Quanto às novas disposições relativas à prisão preventiva, aponta o professor Aury Lopes Jr.¹³¹ para o fato de que “há que se comemorar a inserção do dever de revisar, no máximo a cada 90 dias, as prisões preventivas decretadas, como determina o art. 316, parágrafo único do CPP¹³² (inserido pela Lei n. 13.964/2019)”.

Nesse sentido, o professor Guilherme de Souza Nucci¹³³ exemplifica outra importante reforma promovida pela Lei nº 13.964/19 acerca da **exigência de justificação** e de **fundamentação concreta** na eventualidade da *decretação de uma prisão preventiva*:

A reforma trazida pela Lei 13.964/2019 passou a **exigir justificação e fundamentação**. A **primeira** é a **demonstração do raciocínio lógico do juiz** para chegar à prisão preventiva. A **segunda** é a **relação** estabelecida entre a **necessidade da prisão** e as **provas concretas extraídas dos autos** (art. 312, § 2.º, CPP). *A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível*, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há “prova da materialidade”, “indício suficiente de ser o réu o autor” e para “garantir a ordem pública”, *sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão*. (...) Na prática, *muitos juízes decretavam prisões preventivas em despachos padronizados, sem esclarecer muita coisa e sem apontar as provas concretas existentes nos autos*. Por isso, a nova redação ao art. 315 mudou isso. **Não adianta decretar a preventiva alegando**: “tendo em vista que o autor praticou um crime de roubo, que é grave, decreto a preventiva”. **Não diz nada; é uma abstração** (destaques meus).

¹³¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 924.

¹³² Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão **revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias**, mediante **decisão fundamentada**, de ofício, *sob pena de tornar a prisão ilegal* (destaques meus).

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1002-1004

Retornando, portanto, à relevância da realização das audiências de custódia para a humanização do processo penal, o professor Aury Lopes Jr.¹³⁴ afirma:

Essencialmente, **a audiência de custódia humaniza o ato da prisão**, permite um **melhor controle da legalidade** do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz **avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar** (inclusive temporária ou preventiva). Também **evita que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses** (às vezes anos) **depois de preso** (na medida em que o interrogatório judicial é o último ato do procedimento).

Acerca do indispensável papel assumido pela implementação da audiência de custódia na aproximação constitucional e humana da prisão, complementa Haushahn¹³⁵:

(...) ao analisarmos o Processo Penal sob um **viés constitucional e atento à necessidade de proteção dos direitos humanos**, é certo que o instituto da audiência de custódia surge como **procedimento indispensável**, uma vez que estão inseridos nele **diversos princípios processuais fundamentais**, isto é, **de natureza constitucional**, como o *princípio da presunção de inocência*, a *excepcionalidade da prisões cautelares*, a *necessidade de fundamentação das decisões judiciais* e o *princípio do contraditório e da ampla defesa* (destaques meus).

Ao reconhecer o grande potencial humanizante da aplicação do instituto da audiência de custódia, como mecanismo de combate às mazelas do sistema penal brasileiro, quais sejam a superlotação carcerária e o abuso policial, Crespo e Machado¹³⁶, no entanto, fazem uma séria advertência acerca da preocupante possibilidade de uma atuação “meramente protocolar” quanto ao procedimento dos atores jurídicos envolvidos:

Nesse sentido, **a implementação das audiências de custódia pressupõe uma mudança cultural dos atores jurídicos**, com a conseqüente “interiorização da relevância de efetivamente **não tolerar espaços de arbitrariedade dentro do sistema penal**, por meio do concurso de todos os sujeitos processuais no ato mais intrusivo do processo penal. Conclui que **as audiências de custódia são importante mecanismo de “combate às mazelas” do sistema penal brasileiro**: a *superlotação carcerária* e a *violência/arbitrariedade policial*. Mas, **adverte** que **eventual atuação meramente protocolar do instituto contribuiria para a perpetuação da tortura e dos maus-tratos** no Sistema de Justiça Criminal (destaques meus).

¹³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 968.

¹³⁵ HAUSHAHN, Bruno Bicca. **Audiência de custódia no código de processo penal: trajetória, avanços e lacunas**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 35. 2020.

¹³⁶ CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 22, 2021.

Cumpra, dessarte, compreender os fatores que podem contribuir – e de fato o fazem – para que tal advertência seja tão factível. Trata-se, aqui, de *verdadeiros desafios humanos* que persistem, sendo capazes de gerar um verdadeiro impedimento ao avanço civilizatório proposto.

4.2. Desafios humanos persistentes

A fim de compreender as barreiras enfrentadas pelo avanço fundamental pretendido, qual seja a efetiva garantia dos direitos fundamentais dos “presos”, especialmente dos provisórios – aqueles que ainda não foram julgados de acordo com o *due process of law*, tampouco condenados – é importante observar a profundidade estrutural delas.

Arraigado em nossos sistemas normativo, institucional, sociocultural e político, compreende-se um profundo entrave a ser explorado nas próximas páginas, que inclusive impede o atingimento do potencial da audiência de apresentação como garantia constitucional.

Quanto à celeuma carcerária, que representa a consequência de uma cultura de encarceramento em massa e a causa do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, demandam-se respostas alternativas de caráter corretivo e garantista, como discorre o relator da ADPF 347 em seu voto, o Min. Marco Aurélio¹³⁷:

Trata-se do que a doutrina vem designando de “**litígio estrutural**”, no qual são **necessárias outras políticas públicas** ou **correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados**, alocação de recursos orçamentários, **ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições**, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de **mudanças estruturais**, envolvida uma **pluralidade de autoridades públicas**.

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: **intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas** (Judiciário). A solução requer **ações orquestradas, a passagem do**

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22/09/22.

concerto (com C) institucional para o concerto (com S) do quadro inconstitucional (destaques meus).

Dessa forma, iniciaremos a análise exploratória mencionando questões normativas que necessitam ser observadas com maior atenção e tão logo superadas ou melhor coordenadas.

4.2.1. Empecilhos normativos

A primeira observação normativa que necessita ser feita é a (não) previsibilidade legal da audiência de custódia para todos os tipos de prisão, tendo em vista a redação confusa do novo artigo 287 do CPP e aberta a interpretações equivocadas quanto à necessidade da audiência para todos os tipos de prisão, especialmente nas prisões decorrentes de mandados. *In verbis*: “Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de *exibição do mandado* não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, *será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia* (destaques meus).”.

Sua realização não é novamente citada de forma direta na legislação analisada, senão no artigo 310, que tem redação voltada à prisão em flagrante. Nesse sentido, o professor Aury Lopes Jr.¹³⁸ discorre acerca da (ausência de) limite à aplicação da audiência à situação de flagrância, com base no tratado de direitos humanos originário: “a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que **terá aplicação em toda e qualquer prisão**, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva.”. Complementam Albuquerque e Fusinato¹³⁹, demonstrando a sua necessidade: “a apresentação da pessoa presa independe do tipo de prisão, uma vez que é o ato da prisão que gera a vulnerabilidade que a audiência de custódia tem como objetivo fiscalizar e combater”. O tema, inclusive, fora objeto de decisão do STF, como se vê¹⁴⁰:

¹³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 966-967.

¹³⁹ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 590, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR. Rcl. 29.303 RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão: 10/12/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345242589&ext=.pdf>>. Acesso em: 20/11/2022

Não há, nesse contexto, dúvidas da **imprescindibilidade da audiência de custódia**, quer em razão de prisão em flagrante (como determinado expressamente no julgamento da ADPF 347), quer **também nas demais modalidades de prisão** por conta de previsão expressa na legislação processual penal (art. 287 do CPP). Tal implementação legislativa vem ao encontro do **cerne da manifestação do Plenário na APDF 347, que reside na sistemática e persistente implementação de garantias e direitos essenciais da população carcerária.**

Essa realidade da **audiência de custódia**, como se vê, **não se cinge à ambiência das pessoas presas em razão de flagrância**, alcançando, como agora disposto no Código de Processo Penal, também os presos em decorrência de mandados de prisão temporária e preventiva.

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

Em segundo lugar, observa-se a problemática da flagrante inconstitucionalidade do §2º do artigo 310 do CPP¹⁴¹, no qual denega-se compulsoriamente a liberdade provisória ao indivíduo reincidente ou que supostamente integre organização criminosa armada ou milícia ou, ainda, que porte arma de fogo de uso restrito. Tem-se aqui um manifesto confronto com as disposições constitucionais da presunção de inocência contida no art. 5º, LVII¹⁴²; da excepcionalidade da prisão contida no inciso LXVI¹⁴³ do mesmo artigo 5º; e da necessidade de fundamentação das decisões contida no art. 93, IX¹⁴⁴.

O artigo 310 trata de prisões pré-cautelares, isto é, prisões em flagrante, situação em que muito provavelmente ainda não se tem condições de obter provas suficientes para analisar, por

¹⁴¹ 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 (...): § 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 (destaque meu).

¹⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória** (destaque meu).

¹⁴³ LXVI - **ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória**, com ou sem fiança (destaque meu).

¹⁴⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade** (...) (destaque meu).

exemplo, a integração do indivíduo em uma organização criminosa. Mas a consequência arbitrada é ainda mais preocupante, como aponta o professor Aury Lopes Jr.¹⁴⁵:

(...) o **ponto nevrálgico do problema está na vedação de concessão de liberdade provisória**, com ou sem medidas cautelares, pelos seguintes fundamentos:

- **cria uma prisão em flagrante que se prolonga no tempo**, violando a natureza pré-cautelar do flagrante;
- **estabelece uma prisão (pré)cautelar obrigatória, sem necessidade cautelar e sem que se demonstre o *periculum libertatis***;
- **viola toda principiologia cautelar**, já analisada; (destaques meus)

Conclui o professor ao indicar o consistente posicionamento do STF quanto à inconstitucionalidade de regras de denegação compulsória da liberdade provisória, como se vê¹⁴⁶: “O STF já afirmou e reafirmou que é inconstitucional as regras (como a constante na lei de drogas, mas também já o fez em relação a lei dos crimes hediondos e outras) que vedam a concessão de liberdade provisória, inclusive em decisão que teve repercussão geral (...)”.

Albuquerque e Fusinato¹⁴⁷ demonstram, inclusive, sua preocupação com relação a uma constante tentativa do legislador de retroceder à ideia de um direito penal do autor. *In verbis*:

Ao vedar a concessão de liberdade provisória para determinados casos, o legislador contrariou não apenas disposições legais, como constitucionais, **violando frontalmente garantias individuais e retomando a ideia de um direito penal do autor**. Merece destaque a **insistência** do legislador em **tentar limitar a liberdade provisória para alguns presos**, sendo que o tema já foi debatido e declarado **inconstitucional** em outras oportunidades.

Destarte, embora se comemore a tardia posituação da obrigatoriedade da prática da audiência de custódia na legislação ordinária pela Lei nº 13.964/19, identificam-se empecilhos tanto pelas disposições equivocadas quanto pela ausência de disposições importantes, a

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 964.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 964.

¹⁴⁷ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 590, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

exemplo do silenciamento quanto à necessidade do contato do magistrado para com o indivíduo custodiado hospitalizado, que fora previsto pelo § 4º do art. 1º da Resolução nº 213/15 do CNJ, como aponta Bruno Haushahn, quando “(...) *determinou ser direito do preso ferido que o magistrado competente desloque-se até o local onde o indivíduo estiver hospitalizado* (destaque meu).”¹⁴⁸ Complementa¹⁴⁹ ao dizer que “A previsão, que prezou pela *imprescindibilidade do contato do detido com o magistrado, não foi adotada na reforma promovida pelo Pacote Anticrime em 2019* (destaque meu).”.

Percebe-se, portanto, a necessidade de uma atenção maior à disciplina legal da matéria, a fim de evitar interpretações equivocadas, corrigir determinadas disposições inquisitórias e, ainda, respeitar o princípio da competência na reserva legal, como adverte Aury Lopes Jr.¹⁵⁰: (...) **precisamos de uma Lei que discipline a matéria**. Atualmente estamos vendo os Estados legislarem (violando a reserva da União para legislar em matéria processual penal) *à la carte*, ou seja, sem uniformidade. Trata-se de respeitar a reserva de lei (destaque meu).”.

Dessa forma, passamos à análise do caráter sociocultural envolvido na aplicação do instituto que necessita também ser enfrentado, pois que, como bem retrata Masi¹⁵¹: “*de nada adianta toda esta movimentação, sem que os operadores jurídicos saibam manejar adequadamente este novo recurso, a fim de extrair dele o que de melhor pode oferecer ao sistema acusatório* (destaques meus).”.

4.2.2. Cultura desumanamente inquisitória

Entende-se, dessarte, alcançar aqui o ponto nevrálgico da questão do (pouco) impacto da implementação das audiências de custódia no sistema de justiça penal brasileiro quanto à garantia de direitos fundamentais das pessoas encarceradas, como bem apontam André Crespo

¹⁴⁸ HAUSHAHN, Bruno Bicca. **Audiência de custódia no código de processo penal: trajetória, avanços e lacunas**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 51. 2020.

¹⁴⁹ Ibid., p. 51.

¹⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 975.

¹⁵¹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 90, 2015.

e Bruno Machado¹⁵², que embora sejam inspiradas por razões garantistas, “(...) **precisam superar os desafios impostos pelo olhar conservador de alguns dos seus operadores**, além de **transpor os obstáculos estruturais e se tornarem capazes de cumprir os objetivos delineados por seus propositores** (destaques meus).”.

Revelam também que, se tal iniciativa “não for capaz de enfrentar os **principais obstáculos** que impedem o **implemento efetivo dos direitos individuais das pessoas encarceradas** criando mecanismos para **induzir nos atores do sistema de justiça uma visão mais democrática e afinada com os ideais dos direitos humanos (...)**”, sob o risco de cair o instituto no **simbolismo inócuo**, como discorrem: “(...) **corre-se o risco de as audiências de custódia se converterem em uma legislação meramente simbólica, uma resposta política emergencial, oferecida em um momento de profunda crise institucional** (destaques meus).”.

No mesmo sentido, Erlon José da Silva Marques¹⁵³ complementa, considerando o crescimento exponencial de pessoas encarceradas no Brasil ano após ano, aponta para a **profundidade da questão político-social** que envolve as mazelas do cárcere. Ao ventilar a *necessidade de um enfrentamento multidisciplinar com investimento maciço em questões sociais*, que surtirão efeito a longo prazo, argumenta que de fato corremos o risco do reconhecimento da *ineficácia do instituto caso não haja uma mudança substancial no curto prazo. In verbis:*

Considerando todos os objetivos envolvidos na implementação da audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, considerando ainda o **crescimento exponencial do número de presos no Brasil ano a ano**, bem como analisando os números da pesquisa de campo, chega-se à conclusão de que **corremos o risco de ver num futuro próximo uma situação de ineficácia do instituto caso não haja uma mudança substancial no curto prazo** no trato dos governantes com a **questão penitenciária**, bem como no **investimento maciço em questões sociais visando resultados de longo prazo** (destaques meus).

¹⁵² CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 29-30, 2021.

¹⁵³ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 259, 2020.

4.2.2.1. Exaltação ao encarceramento

Propositamente partindo do efeito para a causa, é importante compreender a construção cultural que forma os obstáculos estruturais a que se referem os autores, elucidando junto aos atores do sistema de justiça envolvidos, notadamente os magistrados. O professor Carlo Velho Masi¹⁵⁴ identifica o contexto cultural brasileiro de exaltação do encarceramento, em obra de sua autoria produzida no ano de 2015:

Não pode o juiz permanecer alheio, como hoje ocorre frequentemente, às **condições pessoais do preso que revelem a desnecessidade concreta de sua segregação**. Reiteradas vezes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou que **a prisão preventiva é a medida mais severa** que se pode aplicar **ao imputado** de um delito, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um **caráter excepcional**, em virtude do que se encontra **limitada por princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática**. Afinal, *a prisão preventiva é uma medida cautelar não punitiva, cuja prolongação arbitrária, sem que se haja demonstrado a responsabilidade penal da pessoa a que se aplica esta medida, a converte em um castigo*.

Toda espécie de prisão provisória, como medida cautelar, deve observar, dentre outros, os princípios da necessidade e da proporcionalidade, **sem descuidar da dignidade da pessoa humana, valor supremo a ser preservado num Estado Democrático de Direito**. A audiência de custódia serve justamente para assegurar a observância dessas balizas, merecendo incentivo num *contexto cultural como o brasileiro, que ainda hoje exalta o encarceramento processual sem apoio em critérios normativos razoáveis* (destaques meus).

Quanto à prolongação arbitrária da prisão preventiva, citada no final do primeiro parágrafo, o professor Aury Lopes Jr.¹⁵⁵ adverte à importante e recente tipificação do crime de abuso de autoridade diante da conduta arbitrariamente omissiva de deixar de conceder liberdade provisória quando manifestamente cabível: “(...) sublinhamos que constitui crime de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/2019, art. 9º)”, quando, então, transcreve o artigo *ipsis litteris*¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 90, 2015.

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 975-976.

¹⁵⁶ Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. **Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I – relaxar a prisão manifestamente ilegal; II – substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III – deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.**

A **cultura de exaltação ao encarceramento processual** citada por Carlo Masi também é bem analisada pelas autoras Albuquerque e Fusinato¹⁵⁷, ao caracterizá-la como uma lógica encarcerante equivocadamente compreendida por “solução” para o problema da criminalidade no país. Advertem, inclusive, quanto à necessidade de um olhar atento e crítico ao processo de consolidação e de aplicação da audiência de custódia, de forma a evitar retrocessos e garantir sua correta aplicação e o alcance de seu potencial humano na observância da dignidade e da integridade da pessoa presa. *In verbis*:

A **persistência na centralidade da prisão como resposta** revela a **manutenção da lógica encarcerante** como solução do **problema da criminalidade no país**, embora a **infinidade de debates e trabalhos revelando a sua ineficácia**. Nesse sentido, compreende-se que é **essencial a manutenção de um olhar atento e crítico para a consolidação da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico**, sobretudo para **evitar retrocessos em relação às práticas** que vêm sendo instituídas desde a sua implementação, em 2015, como forma de **garantir a correta aplicação deste importante instituto que visa à promoção de direitos básicos como a dignidade e a integridade da pessoa presa** (destaques meus).

No mesmo sentido, o professor Aury Lopes Jr.¹⁵⁸ esclarece o fato de que tal compreensão viciosa de insistir na centralidade da prisão como “solução” para a criminalidade constitui uma *banalização da prisão preventiva* aliada a uma *cultura inquisitória*, incorrendo na construção de uma falsa noção de eficiência do sistema penal brasileiro, inserida na *dinâmica da urgência*, como um *efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea*. Aduz nestes termos:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na **dinâmica da urgência**, desempenhado um relevantíssimo **efeito sedante da opinião pública** pela **ilusão de justiça instantânea**. A **dimensão simbólica de uma prisão imediata** – que a cautelar proporciona – **acaba sendo utilizada para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça**. Com isso, o que foi concebido para ser “**excepcional**” torna-se um **instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente**. (...) Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. (...) **Conclui-se, portanto, que o**

¹⁵⁷ ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 590-591, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 927-928.

problema não é legislativo, mas cultural. É preciso romper com a cultura inquisitória e a banalização da prisão preventiva (destaques meus).

4.2.2.2. Desumanidade estrutural

Nesse diapasão, compreende-se a complexidade das questões concernentes à implementação da audiência de custódia no Brasil, com suas mais variadas nuances, especialmente quanto à (in)eficaz garantia de direitos fundamentais das pessoas presas, seja pela concepção viciosa de atores do sistema de justiça penal, seja pela negligência egoísta de políticos, ou mesmo seja pela própria opinião pública. O denominador comum de todos esses atores mencionados compreende-se ser a expressão de uma desumanidade estrutural, como observa Marques¹⁵⁹ acerca da dessensibilização político-social, que forma um ciclo vicioso:

(...) Governos desorientados e sem rumo como os verificados em nosso país há décadas. A falta de um mínimo de políticas sociais eficientes, seja em relação às vítimas de crimes, seja em relação às pessoas presas, fazem com que em nosso cotidiano os horrores do cárcere deixem de causar qualquer espanto em grande parte da população brasileira que acaba vendo com bons olhos e desprezo o fato de um preso estar amontoado com outros detentos num ambiente completamente degradado. Como podemos pensar em ressocializar um criminoso se damos a ele um tratamento desumano e violento?

A (in)eficácia quanto ao cumprimento dos objetivos traçados pela implementação da audiência de custódia no Brasil, notadamente em relação à resolução do problema da superpopulação carcerária provisória brasileira, é evidenciada por Crespo e Machado¹⁶⁰:

Extensa pesquisa financiada pelo CNJ (BRASIL, 2018. p. 293), realizada em 6 unidades da federação (Distrito Federal, Paraíba, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins) constatou que, **mesmo com audiências de custódia, o número de presos provisórios no país cresceu**. A indicação é a de que **as audiências de custódia** estão sendo **insuficientes** para resolver o **problema da superpopulação carcerária provisória brasileira**. A pesquisa analisou a estrutura de implementação, observou a realização das audiências de custódia, bem como analisou acórdãos judiciais. Destaca-se o fato de que **apesar de a lei das cautelares ter criado**

¹⁵⁹ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 257, 2020.

¹⁶⁰ CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 30-31, 2021.

alternativas à prisão provisória, ainda há resistência ideológica por parte do Judiciário em aplicá-las (destaques meus).

Ainda com relação à desumanidade demonstrada através de uma resistência ideológica do Judiciário, como aponta o estudo de Crespo e Machado, outra evidência bastante relevante é a constante tentativa de obtenção do distanciamento do caráter humano proposto pela audiência, por meio da sua virtualização, isto é, da sua realização por meio de videoconferência.

Embora a discussão tenha tomado novos contornos diante da grave situação de calamidade pública enfrentada no período de pandemia, ela já era discutida muito antes e sua discussão promete perdurar. Senão vejamos o que escrevem os professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker¹⁶¹, no ano de 2017, compreendendo ser esta uma clara e desumana desnaturação do instituto em análise pela dessensibilização que se busca instaurar com a *aspepsia* do distanciamento entre o magistrado e a pessoa privada de liberdade:

(...) para **movimentação pela desnaturação da audiência de custódia em suas premissas**. Atos coletivos, **videoconferência** dentre outras posturas revelam a **aspepsia que se quer instaurar, a fim de que não possa haver contato sensível entre magistrado e conduzido. Quer-se cada vez mais distância, sem sentir nem o cheiro daquela pessoa que se está destinando à morte social, na prática. É mais fácil virtualizar, distanciar, dessensibilizar**. Quando os acusados se tornam meras presenças no cotidiano de trabalho do juiz, existe algo muito errado. *Esse deslocamento, a retirada do caráter humano e da realidade da vida (injustiça, azares, estar no lugar errado na hora errada) do espectro de decisão do juiz pode ser uma forma de defesa diante do sofrimento e diante da possibilidade de erro – como uma linha de montagem de um abatedouro, feita para que o trabalhador isolado não entre em contato com a realidade da morte. Se erro, não importa, é mais um nome, como muitos tão parecidos, que figuram nos autos de condução* (destaques meus).

No mesmo sentido, aduz Carlo Velho Masi¹⁶², em 2015, ao citar os professores Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, quando demonstra ser esta uma forma de assassinato do caráter humanitário do instituto, tão importante para uma análise mais assertiva pois de pessoa humana:

¹⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da. BECKER, Fernanda E. Nöthen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. **Audiência de Custódia**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. p. 24.

¹⁶² MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 84-85, 2015.

Na visão de Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, esse substitutivo “**mata o caráter antropológico, humanitário até, da audiência de custódia**”, ferindo a garantia da jurisdição e contraditório, no que se refere ao direito à audiência. “**O contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado**”. Desse modo, a virtualização do processo somente contribuiria para a assunção de uma “*postura burocrática e de assepsia da jurisdição*”.

“Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que está prendendo. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma *absurda desumanização do processo penal*. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. *É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real...)* (destaques meus).

Dessarte, percebe-se que a desumanidade ainda se faz bem presente inclusive nas canetas de autoridades competentes para assumir um papel muitas vezes contra majoritário, sendo estes *responsáveis por garantir a dignidade da pessoa humana* que se encontra por trás das supostas condutas delituosas praticadas, mesmo diante do cenário caótico que costumeiramente se forma com a manifestação de uma *celeuma sociocultural inquisitória*.

Nesse sentido, vale o que aduzem Ana Paula Kosak e Estefânia Maria de Queiroz Barboza¹⁶³, ao comentarem o importante papel assumido pelo CNJ, especialmente porque ressaltam a crucial responsabilidade do Judiciário ao demonstrar o claro baixo interesse político. Isso se dá em grande medida por conta da já ventilada estrutura sociocultural negligente quanto à desprezada humanidade dos indivíduos envolvidos, como se vê:

Ainda, seria o Judiciário legítimo ator na redução do quadro de inconstitucionalidade, pois o tema da garantia de direitos aos presos não entra no debate político. Isso porque, a população tem a falsa ideia de que os condenados perdem ou devem perder a condição de pessoa humana com direitos. Assim, a dignidade dos presos não é uma bandeira que seja defendida no meio político, até porque poderia implicar um custo político alto e perda de votos em novas eleições.

¹⁶³ KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1 p.175-194. 2020.

Aqui claramente não se busca o atendimento à demagogia, uma vez que se compreende a dicotomia existente entre interesses individuais e interesses coletivos, no entanto, acredita-se na possibilidade de uma síntese de caráter garantista, pois eleição de valor, perante um *sistema penitenciário cruel e nada eficiente com relação à ressocialização*. Aquele, já demonstrado no capítulo de análise do próprio sistema carcerário, tendo sido exemplificado pelo caso emblemático de Heberson trazido; essa, vê-se pelo índice de reincidência que chega a atingir o percentual de 50%, conforme divulgação feita pelo DEPEN¹⁶⁴. Naquele sentido, portanto, pondera o professor Carlo Velho Masi¹⁶⁵:

Em um **Estado Democrático de Direito**, a *conciliação* entre a *liberdade individual* e as *exigências de justiça social ou segurança* não é um problema de tese ou antítese, mas sim de **conseguir a adequada síntese** entre ambas as funções. *Uma solução perfeita desta situação conflituosa não foi ainda encontrada em nenhuma parte, e, embora seja difícil de obter, deve ser procurada através do melhor equilíbrio possível, entre os interesses coletivos e os interesses individuais, diametralmente opostos, na lei e também na praxe, e que deverá orientar-se segundo a concepção liberal in dubio pro libertate* (destaques nossos).

Conclui-se, portanto, a necessária digressão, com o apontamento feito por Erlon José Marques¹⁶⁶: **“O respeito à dignidade humana no interior de unidades prisionais deveria ser regra básica de conduta de um Estado que se diz democrático. Em vez disso temos um rol extenso de direitos desrespeitados dos presos e poucos direitos assegurados** (destaque meu).” Culmina-se, então, no levantamento de uma questão intrigante: *“como garantir os direitos fundamentais das pessoas presas se o investimento governamental é pífio e o crescimento da população prisional é exponencial?* (destaque meu)”. Isso porque também aponta o autor: “verificamos claramente que a falta de investimento e a omissão estatal na questão social, praticamente se materializam ano a ano em números de pessoas presas.”.

¹⁶⁴ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <[¹⁶⁵ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 89, 2015.](https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil#:~:text=Conforme%20o%20gr%C3%A1fico%2C%20a%20m%C3%A9dia,significativo%20ao%20longo%20do%20tempo.>”. Acesso em: 09/12/2022</p></div><div data-bbox=)

¹⁶⁶ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 250, 2020.

Retornando ao campo de análise mais estrito representado pela implementação das audiências de custódia, e já caminhando para as palavras finais, valemo-nos da paráfrase de Crespo e Machado à Giovane Matheus Camargo¹⁶⁷, ao passo que argumenta quanto à representação de tais audiências como campo de compreensão dos elementos socioculturais enraizados no sistema de justiça criminal, como se vê:

Na sua visão, **as audiências de custódia apresentam-se como locus para compreender os elementos socioculturais que dão sentido às práticas do Sistema de Justiça Criminal, mais especificamente em relação ao encarceramento provisório e à violência policial.** (...) foi possível compreender que as audiências de custódia surgem como mais uma reforma. Trata-se de **medida adaptativa** para se controlar *ilegalismo custoso para o estado que é a superlotação carcerária*. Concluiu que **se os operadores jurídicos se permitirem a empatia durante as audiências, de modo a romperem com os preconceitos que perpassam as fronteiras morais, as audiências de custódia têm grande potencial para romper com a lógica autoritária e burocrática do sistema penal, mas até o momento, as audiências de custódia não alcançaram seus objetivos declarados pelo fato de que não é o direito que possibilita o desencarceramento e a diminuição da violência policial, mas sim o sistema sociocultural que dá sentido às práticas** (destaques meus).

Compreende-se aqui, portanto, a complexidade estrutural dos entraves a serem superados sociocultural, política e institucionalmente para que o objetivo fundamental humano seja, de fato, estabelecido e respeitado, oferecendo a devida dignidade às pessoas (humanas) encarceradas. Trata-se de um “litígio estrutural”, conforme designa o Min. Marco Aurélio¹⁶⁸, na ADPF 347, ao apontar para a caracterização doutrinária.

¹⁶⁷ CAMARGO, Giovane Matheus. **Audiências de custódia: ilegalismos e rituais de interação face a face**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. *In*: CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 29, 2021.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22/09/22.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusivamente, percebe-se que a introdução da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se como um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso¹⁶⁹. Isso porque, trata-se de um instrumento importante para aferir a legalidade das prisões e dar eficácia ao art. 319 do CPP e às medidas cautelares diversas¹⁷⁰, dispositivo este que trata das medidas cautelares diversas da prisão. O atraso demasiado fora evidenciado diante do fato de que foram necessárias quase três décadas para que movimentações frutíferas à positivação ordinária da obrigatoriedade de sua realização, mas, ainda assim, estas foram concluídas com inúmeras lacunas e vícios.

Pode-se considerar, outrossim, de que tais vícios e lacunas não se limitam ao campo normativo, mas sim formam estes meros exemplos, ou mesmo evidências, de uma cultura desumanamente inquisitória, pautada em uma estrutura de pensamento punitivista que se insurge como uma resistência ideológica não apenas no poder legiferante, mas também na interlocução decisória política, social e jurídica.

Isso se reflete na realidade penitenciária brasileira. É, de fato, preocupante que, mesmo com a implementação do instituto da audiência de apresentação, a população carcerária continue a crescer exponencialmente, com boa parte de sua representação dada por pessoas presas provisoriamente, sem terem sido julgadas conforme o devido processo legal.

Comemora-se com a previsão legal de sua (limitada) implementação obrigatória, pois que pacíficas discussões ainda mais regressivas, e também porque se trata de um instituto juridicamente relevante, no sentido de que “proporcionam aproximação dos presos em flagrante delito aos operadores do sistema de justiça criminal e ampliam a possibilidade de efetivar direitos e garantias fundamentais.”¹⁷¹.

¹⁶⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 975.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 975.

¹⁷¹ CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 32, 2021.

Não se nega sua utilidade, pois as audiências de custódia oportunizam ao cidadão a defesa de eventuais ilegalidades, assim como a garantia de um devido processo, que se inicia respeitando o indivíduo como pessoa, independentemente dos erros que tenham cometido.¹⁷². Contudo, a literatura estudada, complementam os autores, aponta tanto para os entraves para implantação quanto as dificuldades decorrentes da *cultura jurídica compartilhada entre os atores do sistema de justiça criminal*. (...) *A alteração das práticas impõe a mudança cultural dos atores envolvidos*(...) (destaques meus).. Atenta-se para o iminente risco de que, com(sem) efeito, acabe se tornando apenas uma legislação simbólica.

Dessa forma, como apontam Darlan Leitão e Milena Fischer, ainda não será a audiência de custódia responsável pelo ‘concerto’ do sistema punitivo e prisional estabelecido no Brasil, mas sim por uma revisão da política criminal, que passa, necessariamente, por mudanças no Código Penal e no Código de Processo Penal.¹⁷³.

Vislumbra-se, portanto, o enfrentamento destes grandes desafios supramencionados, na forma de um concerto institucional e multidisciplinar: político, social, normativo e jurídico. Veja-se como uma necessidade primordial, a fim de que os pequenos avanços conquistados não se tornem inócuos, tampouco simbólicos, enquanto busca-se o cumprimento dos necessários concertos propostos pela implementação do instituto da audiência de custódia no Brasil. Poder-se-á, assim, anelar pelo real estabelecimento e garantia de direitos individuais, inclusive às pessoas encarceradas, observando ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Por fim, faz-se necessária uma sincera mudança de valores e de prioridades, pois o que se adverte hoje, embora tenha contornos atuais, não é novidade, como aponta Erlon José da

¹⁷² CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. As audiências de custódia no Brasil: desafios para a implantação. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 9, n. 1, p. 32, 2021.

¹⁷³ LEITÃO, Darlan Lima; FISCHER, Milena. Audiência de Custódia: um estudo sobre o projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça. *In: Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-BookAUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2022, p. 256.

Silva Marques¹⁷⁴, ao mencionar o antropólogo Darcy Ribeiro, em uma fala sua de cerca de três décadas predecessoras:

Em 1982, o antropólogo Darcy Ribeiro (1922-1997), numa visão de futuro surpreendente, declarou: “**se os governantes não construírem escolas, em 20 anos faltará dinheiro para construir presídios**” (DAMASCENO, 2017). Apesar de toda a **seriedade** e **convicção** contidas nesta declaração, *o Estado Brasileiro manteve-se inerte. Essa inércia estatal, aliada à corrupção governamental endêmica que vivemos*, fez com que **questões de primeira ordem como a garantia dos Direitos Fundamentais** fossem *relegados a um segundo plano, ou simplesmente desprezadas* (destaques meus).

¹⁷⁴ MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 242, 2020.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ALBUQUERQUE, L. G.; FUSINATO, J. T. A audiência de custódia na lei anticrime (Lei nº 13.964/2019): entre avanços e retrocessos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 570–594, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/53>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais**. 1a ed. UNESP, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Brasília: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia: 6 anos**. Relatórios do programa Fazendo Justiça, Brasília, 30 set. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-6-anos-audiencia-custodia200121.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2022.

_____, Conselho Nacional de Justiça. **Portal do BNMP 2.0 [Banco Nacional de Monitoramento de Prisões]**. Versão 2.2.1 [recurso on-line], Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 213 de 2015**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

_____. Presidência da República. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton C. de A. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 2018.

COSTA, Anderson Silva da. **Audiências de custódia no âmbito da crise do sistema penal: garantismo ou simbolismo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos) - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017.

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

DA SILVA, Artenira; GAMBA, Cristian de Oliveira. Audiências de custódia e sua eficácia como mecanismo de redução do encarceramento provisório: um estudo de caso sobre a atuação da Central de Inquiridos de São Luís-MA. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 02, p. 614-640, 2021.

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

FRANCO, Tiago Arantes; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Audiência de custódia como defesa dos Direitos Humanos, uma (in) Convencionalidade tardia. **Revista Aporia Jurídica**. Ponta Grossa, v. 1, n. 1, p. 215-232, jan./jul. 2017.

GONÇALVES, Rodrigo Machado; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A criação de “zonas de interseção normativa” pelo Ministério Público: um instrumento de lawfare político para legitimar a sua investigação preliminar direta e a transigência sobre pena nos acordos de colaboração premiada. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 92, 2020. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3604>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017.

HAUSHAHN, Bruno Bicca. **Audiência de custódia no código de processo penal: trajetória, avanços e lacunas**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 74. 2020.

KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1 p.175-194. 2020.

LEITÃO, Darlan Lima; FISCHER, Milena. Audiência de Custódia: um estudo sobre o projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça. *In: Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-BookAUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista das Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.7, 2014.

_____, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARQUES, Erlon José da Silva. A Audiência de Custódia e seu Papel Essencial na Garantia dos Direitos Fundamentais na Região Metropolitana de Vitória/ES. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 11, n. 2, p. 237-268, 2020.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 77-120, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**. v. 46, n. 181, p. 113–133, jan./mar., 2009. Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 de novembro de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

ROSA, Alexandre Moraes da. BECKER, Fernanda E. Nöthen. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. **Audiência de Custódia**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. p. 11-27.

_____, Alexandre Morais da. Quando o juiz manipula a audiência de custódia. **Consultor Jurídico**. Julho/2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>>. Acesso em: 30 de novembro de 2022.

SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de garantia: ou sobre o óbvio ululante. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. n. 91. vol. 16. p. 76-93. Porto Alegre: Síntese, abr.-mai. 2015.

SCHUCH, Rafael Bordin. **Uma análise acerca da implementação do instituto da audiência de custódia no direito brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 90. 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Quantos presos provisórios? A relação entre prisão processual e congestionamento judiciário. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 2, 2021.

TOLEDO, Fabio Lopes; JESUS, Maria Gorete Marques de. Olhos da justiça: o contato entre juízes e custodiados nas audiências de custódia em São Paulo. **Revista Direito GV**, v. 17, 2021.