



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS SANTA RITA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

MARIA EDUARDA CAVALCANTI DE ARAUJO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA ERA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

SANTA RITA, PB

2020

MARIA EDUARDA CAVALCANTI DE ARAUJO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA ERA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas.
Orientador:

Prof. Me. Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti.

SANTA RITA, PB

2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A663a Araujo, Maria Eduarda Cavalcanti de.

Audiência de custódia na era do encarceramento em massa
/ Maria Eduarda Cavalcanti de Araujo. - Santa Rita, 2020.
57 f.

Orientação: Me. Gênesis Jacomé Vieira Cavalcanti
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Audiência de Custódia. 2. Encarceramento em massa. 3. Sistema penitenciário. 4. Superlotação. I. Cavalcanti, Gênesis Jacomé Vieira. II. Título.

UFPB/BS/DCJ

CDU 34

MARIA EDUARDA CAVALCANTI DE ARAUJO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA ERA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Data de Aprovação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti – UFPB
(Orientador)

(Examinadora)

(Examinadora)

*À minha família e a mim que
nunca desisti de tentar. Dedico.*

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, por toda força e persistência concedida. Minha trajetória universitária foi por vezes exaustiva e desafiadora, mas nunca me senti desamparada, pois sempre acreditei em seus planos para minha vida. Desde o início quando sonhei essa graduação na UFPB ele sussurrava baixinho “Não se apavore nem desanime, pois o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar.” e ele esteve e está. Obrigada, Deus.

Aos meus maiores incentivadores, meus pais, Eduardo e Lourdes, por todo amor e dedicação ao longo da minha vida, agradeço pelos ensinamentos, por sempre colocarem minha educação como prioridade e ter me ensinado o valor do caráter e da honestidade. Palavras nunca serão suficientes para agradecer tudo que fazem e fizeram por mim. Ao meu pai, que mesmo sem ter possuído oportunidade de estudo, mesmo na vida tendo sido mais um “Severino de Maria”, tornou-se mais um lutador dessa “vida severina”, foi a custa de muito esforço e trabalho, que chegou até aqui e me deu tudo que tenho e não só falo de oportunidades que envolvem dinheiro. Obrigada, pai. À minha mãe, que sempre confiou e investiu em mim, sem nunca duvidar dos meus sonhos e dificuldades. Sempre prestativa, presente e compreensiva. Seu amor e seu acalento foram essenciais para eu conseguir encerrar esse ciclo em minha vida. Obrigada, mãe.

Às minhas irmãs, Lici e Suênnia, por todo apoio, por serem inspirações para mim e incentivadoras dos meus planos. Sou grata por ter vocês em minha vida e desfrutar desse amor de irmã. Aos meus sobrinhos, Miguel e Ana Lis, por serem luzes na minha vida, motivos dos meus sorrisos e melhores descontrações. Por ser um amor tão único que carrego comigo. A vocês sempre toda e qualquer vitória minha.

Ao Pedro, por ser meu amor, ponto de paz, apoio, persistência. A você que acreditou em mim quando eu mesma duvidei, que sempre me incentivou, aconselhou e amparou. Por todas as vezes que me viu sorrir e chorar, estando sempre ao meu lado. A você que cedeu seu tempo, espaço e faria tudo ao seu alcance para que eu chegasse até aqui. Desejou a conclusão dessa etapa tanto quanto ou mais que eu. Obrigada por tanto amor e dedicação.

Às minhas amigas Mirella, Walquiria, Tainara, Cássia, Rayanne, Isabelle,

Thainá, Vanessa e Matheus, por toda irmandade, mesmo quando longe, fazendo-se presentes, por toda preocupação, carinho e companheirismo. Por ter oferecido ajuda, ombro amigo e tudo que fosse possível para me auxiliar em vida e nessa etapa prestes a se encerrar.

À minha psicóloga Laís Loureiro e ao meu psiquiatra Roberto Mendes, por todo acompanhamento profissional. A Laís que, com muita sutileza aos poucos me preparou e direcionou até esse momento, fez-me enxergar o mundo com outros olhos, aceitar mudar conceitos enraizados e me orgulhar de cada passo dado. Hoje eu já não sou mais a mesma e sem esse auxílio eu não conseguiria chegar até aqui. O acompanhamento de ambos foi essencial para que eu conseguisse finalizar o meu trabalho de conclusão e me entender enquanto ser humano, por isso sou muito grata a esses profissionais que me acompanham.

Agradeço a todos os professores e profissionais que fizeram parte da minha graduação e contribuíram de algum modo para que eu me torne uma bacharela em Direito. Em especial ao meu orientador, professor Me. Gênesis Jácome, por todo apoio na elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso.

“Se a liberdade significa alguma coisa, será, sobretudo, o direito de dizer às outras pessoas o que elas não querem ouvir”.

(George Orwell)

RESUMO

O presente trabalho propõe uma discussão acerca da importância da audiência de custódia no ordenamento pátrio, sob a ótica da ressocialização e das garantias individuais no contexto do encarceramento em massa da população. Sendo a liberdade um direito garantido na Constituição Federal de 1988, torna-se relevante a observância desse direito no que constitui o sistema de condenação atual. A justificativa da realização desta pesquisa remete ao cenário nefasto das unidades prisionais, em virtude da superlotação e das condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro, representando o Estado de Coisas Inconstitucionais, ou seja, uma realidade vivida que é incompatível com os preceitos da Carta Cidadã de 1988. Para efeito de pesquisa, este estudo tem o objetivo geral de analisar as implicações da inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento normativo em face ao cenário de violação massiva e persistente de direitos fundamentais da população carcerária que resultam em um encarceramento em massa e na superlotação das unidades prisionais. Quanto à metodologia do estudo, trata-se de uma pesquisa documental e bibliográfica, caracterizada por uma abordagem qualitativa, ocorrendo por meio do método hipotético-dedutivo. Os resultados apontam que, ao analisar o atual contexto do encarceramento brasileiro, demonstrando a influência da instrumentalização da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e sua eficácia da aplicabilidade prática para o enfrentamento da precariedade do sistema prisional brasileiro, os encarcerados possuem direitos intrínsecos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Podendo inferir que a inserção da audiência de custódia, no ordenamento jurídico brasileiro, é eficiente para o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, bem como para o processo de desencarceramento das unidades prisionais.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Encarceramento em massa. Sistema Penitenciário. Superlotação.

ABSTRACT

The present work proposes a discussion about the importance of the custody hearing in the national order, from the perspective of resocialization and individual guarantees in the context of the mass incarceration of the population. Since freedom is a right guaranteed in the Federal Constitution of 1988, it is relevant to observe this right in what constitutes the current condemnation system. The justification for conducting this research refers to the disastrous scenario of prison units, due to the overcrowding and degrading conditions of the Brazilian prison system, representing the Unconstitutional State of Things, that is, a lived reality that is incompatible with the precepts of the Citizen Charter of 1988. For the purposes of research, this study has the general objective of analyzing the implications of the insertion of the custody hearing institute in the normative order in the face of the massive and persistent violation of fundamental rights of the prison population that result in a mass incarceration and the overcrowding of prison units. As for the methodology of the study, it is a documentary and bibliographic research, characterized by a qualitative approach, occurring through the hypothetical-deductive method. The results show that, when analyzing the current context of Brazilian incarceration, demonstrating the influence of the instrumentalization of the custody hearing in the Brazilian legal system and its effectiveness of practical applicability to face the precariousness of the Brazilian prison system, prisoners have intrinsic rights guaranteed by 1988 Federal Constitution and international human rights treaties ratified by Brazil. It can be inferred that the insertion of the custody hearing, in the Brazilian legal system, is efficient for the improvement of the penal and penal procedural legislation, as well as for the process of detention of the prison units.

Keywords: Custody hearing. Mass incarceration. Penitentiary system. Overcrowded.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONTEXTUALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL	13
2.1	O NEOLIBERALISMO E O CONTROLE DOS MISERÁVEIS	14
2.2	A ERA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA	20
2.3	A POLÍTICA BRASILEIRA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS E O GRANDE ENCARCERAMENTO	23
3	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	28
3.1	O SURGIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	28
3.2	INSERÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..	37
3.2.1	Audiência de custódia à luz da Lei n. 13.964 de 2019	38
4	APLICABILIDADE PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	40
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

No mundo pós-revolução industrial, cuja era é marcada pelo advento da tecnologia digital e pela mediação por meio de dispositivos telemidiáticos, conectados na rede mundial de computadores - a internet -, a humanidade vivencia a reconfiguração do pensamento contemporâneo em face à economia globalizada, a polarização política e ao processo de midiaticização da vida social. Por mais que a sociedade ocidentalizada e tecnologicamente estruturada esteja em constante aperfeiçoamento das relações de poder e do modo de vida coletiva, observa-se que há uma estagnação endêmica no âmbito do Direito Penal, principalmente no que tange ao sistema prisional e a aplicabilidade das sanções penais de privação da liberdade.

Dentre os múltiplos aspectos relativos ao Direito Penal e aos princípios constitucionais, este estudo preconiza a perspectiva histórica da crise do sistema prisional brasileiro e a conseqüente arbitrariedade no poder punitivo, com foco nos desafios no âmbito processual penal para assegurar o cumprimento de preceito fundamental da dignidade da pessoa humana à população encarcerada e, assim, mitigar os atuais gargalos das unidades carcerárias, tais como: superlotação, tratamento desumano, ineficiência à ressocialização e o descumprimento de preceito fundamental expresso no ordenamento normativo brasileiro e em conformidade aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho propõe uma discussão acerca da importância da audiência de custódia no ordenamento pátrio, sob a ótica da ressocialização e das garantias individuais no contexto do encarceramento em massa da população. Sendo a liberdade um direito garantido na Constituição Federal de 1988, torna-se relevante a observância desse direito no que constitui o sistema de condenação atual. Nesse viés apresentado do esforço normativo brasileiro para o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, este estudo busca responder à seguinte questão de pesquisa: Em que medida a inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro é eficiente para o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, bem como para o processo de desencarceramento das unidades prisionais?

A justificativa da realização desta pesquisa remete ao cenário nefasto das

unidades prisionais, em virtude da superlotação e das condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro, representando o Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), ou seja, uma realidade vivida que é incompatível com os preceitos da Constituição Federal (CF) de 1988. O Estado Democrático de Direito veda a violação de vários preceitos fundamentais e constitucionais, cujo princípio basilar é a dignidade da pessoa humana. O sistema penitenciário brasileiro tem que assegurar a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos apenados que estejam encarcerados e sob a custódia do Estado.

Nesse sentido, o ECI é inserido no entendimento jurídico brasileiro por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, de 09 de setembro de 2015, protocolada no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em decorrência da grave crise do sistema penitenciário brasileiro e com o intento de combater demasiadas violações a direitos fundamentais pelos poderes públicos. Onde se reivindicava providências sobre a realidade inconstitucional no tratamento dispensado ao preso em todo território nacional.

Em consideração à decisão nos autos da ADPF 347 do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) resolve publicar a Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, cuja Resolução 268, de 21 de novembro de 2018, dá nova redação ao § 2º do art. 1º. De modo categórico, quatro anos após o CNJ resolver publicar a Resolução 268, o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, para aperfeiçoar a legislação penal e processual penal brasileira, na qual o art. 287 caracteriza a aplicabilidade da audiência de custódia envolvendo casos cuja infração seja inafiançável e o art. 310 normatiza o respectivo instituto em relação ao auto de prisão em flagrante.

Para efeito de pesquisa, este estudo tem o objetivo geral de analisar as implicações da inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento normativo em face ao cenário de violação massiva e persistente de direitos fundamentais da população carcerária que resultam em um encarceramento em massa e na superlotação das unidades prisionais. Tendo os seguintes objetivos

específicos: Analisar o atual contexto do encarceramento em massa no Brasil; Contextualizar a inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro em conformidade ao aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal; Analisar a aplicabilidade prática da audiência de custódia.

Quanto à metodologia do estudo, trata-se de uma pesquisa documental de (leis e entendimentos jurídicos) e bibliográfica (doutrinas, livros de teor jurídico, histórico e sociológico, artigos e outros meios de informação – revistas, boletins e periódicos). No tocante aos objetivos, se caracteriza por uma abordagem qualitativa para a análise da doutrina, teorias e dos textos normativos. Para a concretização da pesquisa, o método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, em função de realizar o reconhecimento dos fatos com maior importância no que diz respeito às implicações do instituto da audiência de custódia no sistema normativo brasileiro, buscando analisar a problemática pesquisada por meio de lacunas ou incoerências no saber existente e, cuja formulação do problema objetiva a inserção de uma questão que seja passível de confirmação e solução através do conhecimento disponível na literatura especializada.

Para uma melhor visualização do leitor, esse Trabalho de Conclusão de Curso está distribuído em cinco partes. O primeiro capítulo trata dos aspectos introdutórios. O segundo capítulo analisa a perspectiva histórica do sistema prisional brasileiro em face ao atual encarceramento em massa. O terceiro capítulo contextualiza a inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento pátrio. O quarto capítulo analisa a eficácia da aplicabilidade prática da audiência de custódia para o enfrentamento da precariedade do sistema prisional brasileiro. A quinta e última parte é relativa às considerações finais do trabalho.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL

No decorrer dos séculos, a humanidade busca delinear e estruturar a vida coletiva por meio de uma construção social fundamentada em princípios normativos, ou seja, desde a Antiguidade e Idade Média, até a época Moderna ou contemporânea que a vida coletiva possui valores, morais e regras. Contudo, a história evidencia a eclosão das guerras, conflitos, disputas e a instauração de facções criminosas (HOBBS, 1979).

No tocante aos múltiplos fatores relativos ao caráter destrutivo do estado de natureza humana, de acordo com o pensamento filosófico de Hobbes, ao homem compete todas as coisas e, conseqüentemente, utilizam de todos os meios para conseguir alcançar os fins. Ou seja, “os homens são maus por natureza (o homem é o lobo do próprio homem), pois possuem um poder de violência ilimitado” (HOBBS, 1979, p. 132).

Segundo Sartori (1982, p. 90), até o século XVII, a facção designava um agrupamento de “indivíduos que lutavam pelo poder político e compartilhavam os mesmos interesses e paixões. Nas facções, os interesses nacionais devem ser subordinados aos interesses pessoais dos sujeitos”. Desse modo, a disparidade entre os conceitos de facção e partidos emerge com o início do século XVIII.

De fato, constata-se que os homens sentiram a necessidade de se unirem para fundamentar e validar o surgimento do Estado, bem como para pleitear a conquista de outras nações e, quando necessário, materializar a destruição. Para tanto, cabe ao Estado o papel de ser eficiente e de cumprir seu dever, isto é, assumindo a função de mitigar o retorno da sociedade ao estado de natureza, representado pela guerra entre os súditos. Isto porque, a ineficiência do Estado favorece a eclosão da guerra civil e alimenta “o descumprimento de seus dois deveres maiores deveres: o de proteção da segurança de seus súditos e o de árbitro de suas discórdias” (HOBBS, 1979, p. 136).

Cabe ao Estado a preservação da justiça e a manutenção da soberania que, para Hobbes (1979), se o Estado negligenciar sua responsabilidade e passar a ser permissivo em relação à impunidade, aos olhos dos súditos o soberano assume a figura de injusto. A injustiça contribui para o delineamento de um cenário de desconfiança e autotutela, favorecendo o colapso da justiça e, inclusive, do Estado,

consequentemente a autopreservação assume o destaque de ser a única regra.

Na doutrina da Filosofia do Direito, a dimensão da segurança pública e a defesa social é fundamental para a composição do Estado, “assegurando-lhe a paz e a defesa comum” (HOBBS, 1979, p. 615). No tocante ao processo de formação das sociedades civilizadas, de acordo com Rousseau (1973), torna-se essencial compreender a noção conceitual de Contrato Social, cujo desencadeamento dos conflitos relativos aos desejos particulares não deve sobrepor à soberania do Estado nem mesmo da vontade geral e o bem comum.

Na Filosofia do Direito, da formação do Estado à concepção de constitucionalismo, torna-se plausível evidenciar que faz referência basilar às Constituições, em cuja linha do tempo é originado nos Estados Unidos da América (EUA), em 1787, em virtude da Independência das 13 Colônias e da proclamação da Carta Maior. Na trajetória histórica, em 1791, na França, por meio da Revolução Francesa e da respectiva formação do Estado Democrático de Direito e poder estatal, isto é, com direitos e preceitos fundamentais.

Ao final da primeira metade do século XX, no mundo pós-guerra, a sociedade vigente vislumbra novos paradigmas, no qual a raça humana fosse preservada e seus direitos assegurados. Com a formação institucional da Organização das Nações Unidas (ONU), a instituição e seus Estados signatários, inclusive o Brasil, aprovaram por unanimidade a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948), na qual estão especificados os princípios dos direitos humanos, principalmente no que versa sobre a dignidade humana, em cujo texto expressa que. “Todos os seres humanos [...] têm plena capacidade para gozar dos seus direitos, bem como devem estar em igualdades de direitos” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948), inclusive no tocante ao direito do indivíduo perante a lei, os tribunais e a audiência. Isto porque, um sujeito será considerado inocente até que, em juízo, comprove-se sua imputabilidade.

2.1 O NEOLIBERALISMO E O CONTROLE DOS MISERÁVEIS

A estrutura de poder formada a partir do modo de produção capitalista requer a incidência de suas situações relevantes como, por exemplo, que dois tipos distintos de possuidores de mercadorias tenham contato: sujeitos que possuam

recursos (detentores de dinheiro, meios de produção e de subsistência) para adquirir a força de trabalho alheio como sendo uma mercadoria passível de pagamento; além de indivíduos que disponham da sua força de trabalho como a única moeda de troca a ser comercializada, caso precise para viver (NETTO; BRAZ, 2006).

A relação capitalista pressupõe a separação entre os trabalhadores e a propriedade das condições da realização do trabalho. Tão logo a produção capitalista esteja de pé, ela não apenas conserva essa separação, mas a reproduz em escala cada vez maior. O processo que cria a relação capitalista não pode ser senão o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das condições de realização do seu trabalho, processo que, por um lado, transforma em capital os meios sociais de subsistência e de produção e, por outro, converte os produtores diretos em trabalhadores assalariados. A assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como primitiva porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde (MARX, 2013, p. 786).

De modo categórico, considera-se que a viabilização da apropriação do corpo, do tempo e da força de trabalho do outro é essencial para exercer um domínio sobre a vida alheia, cujo propósito perpassa pelo fato de alguns sujeitos apropriarem-se “dos corpos e dos tempos dos outros, estabelecendo uma conflitividade social crescente – a luta de classes. Várias formas de controle social se constituem para dar conta dessa captura: da educação ao sistema penal” (BATISTA, 2011, p. 79).

O disciplinamento das massas, na concepção de Foucault (2014), remete ao paralelo entre a acumulação primitiva e acumulação humana, cuja forma de punição pretérita, o suplício, baseava-se em um ritual violento sobre o corpo, sendo substituída por uma concepção detalhada e planejada na sujeição, isto é, por meio da acumulação dos homens.

Nesse contexto delineado da luta de classes em virtude do modo de produção capitalista, a burguesia dominante e hegemônica, donas das propriedades de meios de produção e compradora da força de trabalho do proletariado, viu-se pressionada para exigir do Estado a implementação de medidas para proteger seus interesses de acúmulo do capital, por meio “da redução de salários e produtividade do capital” (CAVALCANTI, 2019).

Desde então, a sociedade capitalista passou a vivenciar os efeitos nocivos do elevado número de ociosos, pedintes e miseráveis, trabalhando em condições

precárias, sendo explorados em nome do acúmulo de capital, cuja ajuda do Estado aos mais pobres e vulneráveis é vista como sendo um perigo à sociedade. Destarte, a busca desenfreada pelo lucro inflama os ânimos ambiciosos, assumindo um papel valoroso, deixando de ser algo negativo, tornando-se algo bom aos olhos de Deus (WEBER, 2004).

A burguesia encontrou no calvinismo a fundamentação teórica para sua atitude ascética e sua concepção de poupança, uma medida necessária, diante de seus problemas econômicos. Com uma pequena reserva de capital, a luxúria e uma despesa alta as levariam à ruína. Devia-se trabalhar e poupar caso se pretendesse crescer ou mesmo manter um patamar mínimo de subsistência (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 62).

Diante desse cenário capitalista, observa-se a existência de dois pólos opostos, sendo “uma direcionada para o nascente proletariado – que deveria trabalhar mais e mais pela glória de Deus – e outra para aqueles que deveriam acumular os lucros – guardando de forma ascética o produto do trabalho alheio” (GUIMARÃES, 2006, p. 119).

Na concepção capitalista da burguesia dominante, os miseráveis (desocupados e pedintes) eram tratados com o mesmo rigor condenatório dos criminosos, pois infligiam os “ditames da ética calvinista” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 97). Sendo assim, “a sociabilidade proto-capitalista, ao deteriorar as condições de vida da maior parte da população, causando o crescimento do número de mendigos e ociosos nas cidades” exigirá o delineamento de legislações direcionadas ao controle e à punição desses sujeitos (CAVALCANTI, 2019, p. 30).

Portanto, apreende-se dessa lógica estrutural do capitalismo que as regras são moldadas objetivando o enfrentamento à vadiagem, criminalizando a pobreza. “Essa nova legislação visava impedir que os trabalhadores recusassem os trabalhos oferecidos, mesmo que em condições precárias, e punia os que se recusassem a trabalhar” (GIORGI, 2006 apud CAVALCANTI, 2019, p. 30).

Torna-se oportuno evidenciar que a natureza estrutural do capital, em função das sucessivas crises econômicas em torno da trajetória histórica do modo de produção capitalista, cujos contextos de desenvolvimento são transpassados por depressões e retrações. Desse modo, a crise no capitalismo não é um acidente, mas sim um “efeito ou uma anomalia excepcional que pode ser corrigida dentro desse modo de produção. Ao revés, a crise é constitutiva do capitalismo: não existiu, não

existe e não existirá capitalismo sem crise” (NETTO; BRAZ, 2006, p. 157).

Segundo Cavalcanti (2019, p. 52), “a crise é funcional ao capitalismo. É esse o momento em que se constituem os dispositivos mediante, os quais o modo de produção capitalista recompõe, sempre em níveis mais complexos e instáveis”. Sendo assim, é certo afirmar que, em relação à crise estrutural do capital:

Essa atual crise estrutural exigiu, dentre outras questões, a implementação de uma profunda reestruturação do capital, visando à recuperação do ciclo de reprodução do capital, o que, como veremos mais adiante, afetou fortemente o mundo do trabalho e a forma de punir os excluídos desse sistema produtivo (CAVALCANTI, 2019, p. 52)

Dentre os efeitos resultantes da crise estrutural do capital, torna-se relevante apreciar os efeitos da política neoliberal, cujo neoliberalismo adotado pela burguesia dominante é fundamental para a atuação do Estado a partir da década de 1970. Pois, após o mundo atravessar os infortúnios de duas grandes guerras mundiais e uma avassaladora crise da bolsa de valores de Nova Iorque, caberia ao Estado o papel de angariar investimentos e subsídios suficientemente capazes de bancar os custos em prol da “recuperação econômica e social do sistema capitalista” (CAVALCANTI, 2019, p. 55).

Porém, em decorrência do conflito de classes entre os “detentores dos meios de produção e os trabalhadores, originou-se uma série de disfunções no sistema, e o Estado teve que abandonar seu papel de guardião do mercado, para intervir precisamente na sua regulamentação” (RAMIRÉZ, 2015, p. 23).

O Estado passa a atender aos objetivos da manutenção do capitalismo, cuja burguesia hegemônica continuaria sendo a classe dominante, mas com a consciência da necessidade de legitimar um acordo com os proletariados, viabilizando a distribuição de renda para amenizar as desigualdades econômicas entre a classe dominante e os proletários, a classe explorada.

Por isso, Dardot e Laval (2016, p. 57) denominam de novo liberalismo, no intuito de dar “uma resposta à crise do governo liberal, buscando apaziguar os conflitos sociais. Portanto, a ideia principal era reformar para salvar o capitalismo, por meio de uma ilusória e insustentável conciliação de classes”.

O Estado deveria concentrar-se no pleno emprego, no crescimento econômico e no bem-estar de seus cidadãos, e de que o poder do Estado deveria ser livremente distribuído ao lado dos processos de mercado — ou, se necessário, intervindo ou mesmo substituindo tais processos — para alcançar esses fins, e políticas fiscais e monetárias em geral caracterizadas como "keynesianas" foram implantadas extensamente para suavizar os ciclos de negócio e assegurar um nível de emprego razoavelmente pleno (HARVEY, 2005, p.20).

A criminologia crítica atuante nos anos 70 do século XX não teria como prever todas as consequências que o sistema capitalista viria a introduzir na vida em sociedade, o que viria a se intitular “neoliberalismo”. Esse neoliberalismo trouxe um novo olhar ao sistema penal e o envolveu em uma nova realidade de conjugação, onde passam a existir “novas tecnologias de controle, de vigilância, de constituição dos bairros pobres do mundo em campos de concentração.” (MALAGUTI, 2011, p. 99).

Desse modo, em razão da grave crise estrutural do capital, decorrente da acumulação na década de 1970, ter atingido seu cume e a maioria da população em função do elevado índice de desemprego e inflação, o ideal político-econômico neoliberal emerge e passa a ser “adotado ou imposto, em maior ou menor intensidade, em inúmeros países. A desregulação, a privatização e a retirada do Estado de muitas áreas de bem-estar social tornam-se práticas constantes” (CAVALCANTI, 2019, p. 60). Em suma, o neoliberalismo assumiu o papel hegemônico, enquanto discurso e prática adotadas, além de impactar, diretamente, nos modos de pensamento da população que foi incorporado ao senso comum.

O rótulo "neoliberal" faz referência a adesão aos princípios de livre mercado da economia neoclássica que emergira na segunda metade do século XIX (graças aos trabalhos de Alfred Marshall, William Stanley Jevons e Leon Walras) para substituir as teorias clássicas de Adam Smith (em parte, já que também são adeptos a ideia de que a mão invisível do mercado constituía o melhor recurso de mobilização de mesmo os mais vis instintos humanos), David Ricardo e Karl Marx (HARVEY, 2005 apud CAVALCANTI, 2019, p. 61).

Na argumentação de Hayek (2010, p. 21, 57), toda forma de “economia planificada – classificada genericamente como coletivismo, seja qual for a finalidade do planejamento – teria como consequência inevitável o predomínio das forças totalitárias, lançando a sociedade no caminho para a servidão”. Pois, a intervenção do Estado na economia impediria que o próprio mercado configurasse o seu

equilíbrio mercadológico.

Em regra, de acordo com as concepções conceituais de Friedman (1988, p. 12), no neoliberalismo, a “atuação do governo deve ser limitada, cuja principal função deve ser de proteger a liberdade contra os inimigos [...]; preservar a lei e a ordem; reforçar os contratos privados; promover mercados competitivos”.

Para os doutrinadores neoliberais, as intervenções governamentais, as taxações e as regulamentações representam fatores responsáveis pela crise nos anos de 1970, ou seja, a intervenção estatal na economia representaria um traço de regime totalitário.

A atuação estatal, sob a perspectiva neoliberal, deveria focar no direito à propriedade privada e no livre funcionamento do comércio. Nesse sentido, as garantias individuais estariam mais próximas de serem asseguradas. Por isso, deveria o Estado utilizar de todos os meios para garantir o exercício pleno desses direitos, inclusive da violência. Percebe-se, desde já, que a ideia de “Estado mínimo” não é defendida em todas as áreas de atuação estatal, já que o mesmo deve agir para assegurar a sobrevivência da exploração do capital (CAVALCANTI, 2019, p. 64).

Nesse aspecto do neoliberalismo, a responsabilidade individual representa um princípio basilar, no qual cada sujeito deve ser responsável por suas respectivas ações e, bem como, torna-se garantidor do seu próprio bem-estar, além de ser totalmente responsabilizado pelas consequências de tais atos. “Essa lógica é aplicada nos âmbitos do bem-estar social, da educação, da assistência à saúde e até aos regimes previdenciários” (HARVEY, 2005, p. 134).

À medida que reduz os recursos dedicados ao bem-estar social e reduz o seu papel em áreas como a assistência à saúde, o ensino público e a assistência social, que um dia foram tão fundamentais para o liberalismo embutido, o Estado vai deixando segmentos sempre crescentes da população expostos ao empobrecimento. A rede de seguridade social é reduzida ao mínimo indispensável em favor de um sistema que acentua a responsabilidade individual. Em geral se atribuem os fracassos pessoais a falhas individuais, e com demasiada frequência a vítima é quem leva a culpa. (HARVEY, 2005, p. 86).

Na concepção da classe dominante e exploradora, ao diminuir o orçamento público inerente às políticas sociais, objetivava-se a imposição aos desempregados para aceitarem quaisquer empregos oferecidos pelos donos de propriedade de meios de produção, sem levar em consideração o salário acordado e as condições de trabalho. De fato, para o neoliberalismo, na atuação do Estado é de suma

importância a intervenção coercitiva, pois os direitos retirados da classe trabalhadora exigirão que o Estado neoliberal faça uso da violência para implementar suas políticas públicas. “De legislações penais mais duras, passando pelo policiamento e monitoramento intensivo das ruas e desembocando no encarceramento de milhões de pessoas” (CAVALCANTI, 2019, p. 70).

2.2 A ERA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Na época atual vivencia-se a enorme dificuldade de um aprofundamento das discussões relacionadas a crimes e prisões, pois são tópicos completamente midiáticos e discutidos erroneamente pelos meios de comunicação, todo esse contexto social errôneo acaba em uma criminalização da pobreza, e traz consigo um cenário prejudicial aos que são detentores de uma menor condição social.

Como bem citado por Vera Malaguti em seu livro da Criminologia crítica, um bom exemplo dessa criminalização da pobreza consta no controle exercido do Estado nas comunidades do Rio de Janeiro em nome de uma então pacificação, e desse modo, passam a deter o poder sobre os eventos sociais e demais atividades que os residentes das periferias cariocas possam vir a intentar fazer. Com isso, o pobre passa a viver aprisionado em sua própria realidade de moradia através do poder de polícia do Estado. Ainda, existe a enorme problemática da população ver a punição e o encarceramento como única esperança de resolução dos problemas sociais relacionados a violência, não se atentando ao todo dessa construção política social em torno de uma sistemática de resolução falha e ineficaz que lota presídios e não resolve o real problema.

Para a melhor compreensão da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, convém apreciar que, seguindo esse rumo traçado pelos direitos humanos no contexto internacional, o Código Penal (CP) brasileiro, por meio da aprovação do Decreto-Lei n. 2.848, em 07 de dezembro de 1940, expressa que é vedada a hipótese de considerar o cidadão culpado por um ato que não esteja tipificado em lei como sendo uma conduta criminosa ou delituosa. De fato, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana é um preceito basilar na CF (1988) e, desse modo, o direito à segurança pública assume um papel de destaque, sendo de suma relevância para fortalecer o Estado, ao assumir o protagonismo na

promoção das condições precípua para atender às demandas recorrentes no Estado Democrático de Direito.

É certo afirmar que é dever do Estado propiciar o bem-estar da população, na coletividade e individualidade para, assim, dar conta de materializar a construção de uma sociedade mais justa e igualitária e, tudo isso, aliado aos pressupostos do desenvolvimento nacional. Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana perpassa por um conjunto de princípios éticos, assegurados na CF de 1988.

Contudo, no art. 3º, inciso IV, da CF (1988), expressa-se que tal princípio deve ser aplicado indistintamente, abrangendo inclusive a população inserida no sistema. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Destarte, compete ao Estado desempenhar o papel de soberano e garantidor dos direitos do cidadão, inclusive quanto à segurança pública. Mas, em razão da ascensão da desigualdade social, a preservação do pleno exercício dos direitos constitucionais representa um desafio ao Estado e à sociedade em geral. Sendo necessário reconhecer que há sérios problemas estruturais e endêmicos na pacificação social e, conseqüentemente, resultando no aumento estarrecedor dos índices de criminalidade, da falência do sistema carcerário brasileiro, além da sensação de insegurança social (BALESTRERI, 1998).

Nesse sentido apresentado, a ascensão nos índices de violência nas cidades, em conjunto com o aumento dos crimes, resulta em um relevante acréscimo na quantidade de cidadãos que se deparam com sanções penais. Nota-se com isso, que com as mudanças negativas nos dados de violência na sociedade tem como consequência uma população carcerária superlotada. Consta em dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, que em 2019, o Sistema Penitenciário nacional contava com mais de 748 mil egressos enquanto há disponibilidade apenas de cerca de 442 mil vagas (INFOPEN, 2020).

Considerando que o sistema carcerário ainda necessita suprir a demanda proveniente dos acusados que esperam por um julgamento, vê-se que o Brasil carece de presídios com boa estrutura, que arquem também com a exponencial ocupação dos já condenados na estrutura carcerária do país. Destarte, vale pontuar que 29,75% da lotação dos presídios ficam a cargo dos que aguardam um

juízo, o que infere em 222 mil apenados na situação de cárcere possivelmente provisório (INFOPEN, 2020). A superlotação dos presídios, que resulta no encarceramento em massa é um dos maiores problemas atuais do cárcere, ainda que as deficiências e limitações do cárcere brasileiro sejam a problemática de conhecimento geral da população. Resta claro e notório, que o problema espacial cujos apenados estão expostos é reflexo do excesso de encarceramento, onde os mesmos ocupam em conjunto um espaço que não comporta exacerbada quantidade de indivíduos.

A ociosidade, onde apenas 8% da população carcerária possuem algum tipo de ocupação. - Irrisória remuneração, com o mínimo de $\frac{3}{4}$ determinada pela LEP. - A superlotação. Há uma necessidade de mais de 248 mil vagas. Não sendo contabilizados os mais de 250 mil mandatos de prisão não cumpridos. - A promiscuidade. Como consequência da superlotação, reúnem-se numa mesma cela várias pessoas de diferentes origens e diferentes pensamentos. - A formação de facções criminosas. Essas são lideradas por presidiários que comandam os demais presos, com objetivo de obter armas, promoverem jogos de azar, cobrar por proteção, além de alimentar o tráfico de drogas, tabaco e álcool. Chegando por vezes a violentar sexualmente outros presos. - Fugas e rebeliões. Além dos privilégios adquiridos por certos presos e discriminação de outros. - Corrupção dos funcionários, falta de capacidade administrativa para gerenciar o estabelecimento prisional, falta de verbas, entre outros (FARIA JÚNIOR, 1996, p. 87).

Ao apreciar a tais constatações, pode-se vislumbrar o principal motivo para esta problemática, resultante da superpopulação carcerária e do encarceramento em massa, isto é, inflama uma atmosfera violenta entre a população encarcerada, tratamento não humano, abusos físicos e psicológicos, além da violação à legislação vigente e aos princípios constitucionais, principalmente em relação à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a doutrina destaca uma possível redução do grande encarceramento brasileiro, desafogando o sistema prisional. Contudo, a LEP (1984) especifica disposições de sentença ou decisão criminal, mas, também, preconiza a reintegração social apenado, por meio da ressocialização, objetivando mitigar a reincidência de crimes.

[...] (c) na última etapa, da execução, prepondera (formalmente) a finalidade de prevenção especial positiva (proporcionar condições para a ressocialização ou para a realização de um processo de diálogo - Dotti -), porém, na prática, o que se cumpre é a função preventiva negativa da inocuidade (mero enclausuramento, sem nenhum tipo de assistência ao recluso, sem a oferta das condições propícias à sua reinserção social) (GOMES, 2006, s.p.).

O encarceramento em massa brasileiro configura uma nítida precariedade do sistema prisional, cuja política de guerra às drogas pode ser considerada um fator potencializador para a configuração atual do grande encarceramento brasileiro.

2.3 A POLÍTICA BRASILEIRA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS E O GRANDE ENCARCERAMENTO

No cenário internacional, a maioria dos países preconiza a repressão às drogas, tanto em relação à venda e quanto ao consumo de determinados entorpecentes, resultante de uma problemática de natureza política e cultural, objetivando o controle dos corpos (BENITEZ, 2018). No Brasil, segundo Góes (2016), a inserção da proibição do uso da maconha ocorreu em 1932, posteriormente, em 1959, por meio de um documento oficial, o Ministério das Relações Exteriores associava a parcela populacional negra à maconha, inferindo que os escravos são responsáveis pelo ingresso inicial da droga em solo brasileiro, ao transportarem sementes da planta escondidas nos navios negreiros.

Na travessia do Atlântico, as escravas, para amenizar o sofrimento das crianças, tentando seu acalento, rasgavam tiras de pano de suas saias e faziam bonecas para elas brincarem. A palavra *abayomi* tem origem ioruba e significa àquele que traz felicidade (GÓES, 2016, p. 183):

A criminalização da maconha tem sua origem associada ao policiamento da população negra e, portanto, não objetiva à Saúde Pública ou Segurança Social, cujo proibicionismo, na formulação doutrinária de Benitez (2018), possui um caráter político, em função do desinteresse mercadológico da burguesia hegemônica brasileira proprietária dos meios de produção, ou seja, a classe dominante.

A hipocrisia ideológica escamoteia interesses políticos e econômicos: criar bodes expiatórios a legitimar o expansionismo dos braços repressivos e de controle do Estado; criar vantagens econômicas na proibição da venda de certas substâncias, tais como ausência de fiscalização, de tributação, de controle de qualidade e ter no controle artificial de oferta/demanda, via proibição, um fácil instrumento de expansão dos lucros – retidos nas mãos daqueles que não estão sob risco de criminalização (BENITEZ, 2018, p. 266).

Cabe destacar que a internacionalização da política de repressão às drogas, originalmente dos Estados Unidos da América, resultou na transnacionalização das

políticas criminais proibicionistas contra as drogas, sendo inserida formalmente no ordenamento normativo brasileiro nos anos de 1970, durante a Ditadura Militar, por meio da Lei n. 6.368, de 21 de outubro 1976, ao dispor das medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, sendo revogada pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad); caracterizando medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; além de normatizar dispositivos penais à repressão e à produção não autorizada, como também, ao tráfico ilícito de drogas, definindo como crimes.

Tal norma já apontava a ideia do traficante como inimigo interno a ser eliminado pelas agências punitivas. Assim, com a lei 6.368/76 o discurso jurídico-político belicista toma a dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro (CARVALHO, 2016, p. 61).

A Lei n. 11.343/2006 ao alterar o art. 281 do Código Penal, ampliou a caracterização do crime de tráfico de drogas, além de elevar, expressava a sanção penal aos condenados como traficantes, com pena de reclusão de 3 a 15 anos no regime fechado, ou seja, três vezes maior que a pena pretérita à Lei n. 6.368/1976, que era de 1 a 5 anos (BOITEUX; PÁDUA, 2013).

Essa lógica bélica que coloca os traficantes como inimigos internos (para além dos opositores ao governo ditatorial) que devem ser extirpados, serve como fundamento do sistema repressivo durante o regime militar e se mantém até os dias atuais. A constante readequação da lógica bélica aos discursos contingenciais permite inclusive afirmar que sua estrutura ideal e ideológica permanece inabalada, pautando, ainda hoje, as ações punitivas de intervenção legal, judicial e executiva (CARVALHO, 2016, p. 63).

Inclusive, a partir de 2006, no tocante à condenação conjunta por associação para o tráfico de drogas, o art. 35 expressar que:

Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

De fato, a referida lei de repressão às drogas estipula as mesmas penas referidas no art. 35 àqueles que se associam para prática reiterada do crime, tal como expressa o art. 36. "Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes

previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos” (BRASIL, 2006). Isto implica dizer que, nesses casos, a sanção penal pode chegar a 25 anos de reclusão.

Por outro lado, a Lei n. 11.343/2006 revogou a sanção penal para o consumo de drogas; isto é, não é cabível a hipótese de sentença condenatória com pena de reclusão para o usuário, mesmo que tal conduta continue criminalizada pelo art. 28 da respectiva lei, ao caracterizar que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

A distinção penal entre tráfico e consumo é qualificada pelo art. 28, § 2º, porte de drogas para consumo, e tráfico pelo art. 33 da Lei n. 11.343/2006:

Art. 28, § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2006):

Ainda em relação à caracterização de consumo ou qualificação de tráfico de drogas, de acordo com Azevedo e Cifali (2017, p. 71-72), a “principal consequência da nova lei de drogas foi o aumento da incriminação de pessoas pelo comércio de drogas pela polícia” e a diminuição proporcional ao número de incriminações por consumo. Sendo assim, torna-se oportuno compreender a relação de causa e efeito entre a Lei n. 11.343/2006 e o grande encarceramento brasileiro.

Apesar da diferenciação penal entre consumo e tráfico na Lei de repressão às drogas, no art. 28, parágrafo 2º expressa que:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2006).

Nesse aspecto expresso no texto normativo, o cenário da apreensão de drogas é decisivo para diferenciação entre consumidor e traficante, resultando na aplicabilidade de sanção penal com pena de reclusão.

Uma das justificativas utilizadas pelos juízes para condenar os acusados pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico é a presunção de que o réu integra associação criminosa, em razão do local da prisão. Basta o policial confirmar que o local é dominado por alguma facção que o acusado é considerado traficante e integrante do grupo criminoso (CAVALCANTI, 2019, p. 135).

Na prática, eleva-se a pena mínima de 3 para 5 anos, em virtude do local da apreensão caracterizar tráfico, mesmo que seja apreendida uma pequena porção de drogas, tal como para o consumo. As penas privativas de liberdade são tratadas na Seção I, Capítulo I, Título V do Código Penal de 1940, sendo divididas entre penas de reclusão e penas de detenção.

A pena de reclusão é aplicada em casos de condenações mais severas, sendo admitido o regime fechado inicial. Podendo ser também admitido o semiaberto e o aberto. Por sua vez, em relação às penas restritivas de direitos, segundo o art. 43 da LEP (1984), pode ocorrer em seis tipificações: (i) prestação pecuniária; (ii) perda de bens e valores; (iii) limitação de fim de semana; (iv) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (v) interdição temporária de direitos; (vi) limitação de fim de semana.

Inclusive, a Lei de repressão às drogas, de 2006, caracterizou a sanção penal com maior severidade aos condenados pelo crime de tráfico, qualificando aos crimes hediondos. E, em 2007, por meio da Lei nº 11.464/2007, as frações da progressão para os crimes hediondos foram alteradas de 1/6 para 2/5 para os réus primários (não reincidente), e 3/5 caso seja reincidente. Convém relatar que o Código Penal, em seu art. 44, expressa que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso (BRASIL, 1940).

A política brasileira de guerra às drogas, por meio da moldura penal repressiva e criminalizadora, resultou no encarceramento em massa da população

brasileira, em sua maioria negra, pobre e com baixa escolaridade.

Em 2017, a quantidade total de pessoas presas incriminadas pelo crime de tráfico de drogas no Brasil é de 176.691, representando quase 30% da população carcerária. Com base nos números levantados pelas pesquisas do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o número total de presos aumentou 96% desde o início da vigência da lei 11.343/2006. Já a proporção de encarcerados relacionados a este tipo penal aumentou de 15% para 28% (IBCCRIM, 2017, p. 16).

Portanto, à luz do proibicionismo repressor da lei de combate às drogas, constata-se que a “guerra às drogas assumiu centralidade no tocante ao encarceramento em massa brasileiro, sendo a principal responsável pelo aumento exponencial da nossa população carcerária”. (BENITEZ, 2018, 264).

Em 1990, a população carcerária brasileira era de 380 mil pessoas, passando para mais de 720 mil pessoas em 2017, o que nos coloca na terceira posição no ranking dos países que mais encarceram no mundo. É provável que, caso continuemos nesse ritmo de aprisionamento, esse número ultrapasse, em 2021, a marca de um milhão de detentos (CAVALCANTI, 2019, p. 135).

O grande encarceramento brasileiro advém, em grande parte, da política de guerra às drogas, que além de não reduzir o consumo de drogas, cujo fenômeno é de natureza da Saúde Pública, resulta em aprisionamento de jovens, negros e das periferias, ou seja, os pobres miseráveis. Isto porque, a guerra estatal às drogas tem contornos de seletividade penal, tal como ocorre com a qualificação do tráfico de drogas, independentemente da quantidade apreendida, em razão do local da apreensão, geralmente as comunidades periféricas, denominadas de favelas.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na perspectiva histórica, a inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro pode ser delineada pela linha do tempo traçada de 1941 a 2019. Desde a aprovação do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, que instituí o CPP, em cujo art. 306 caracterizava o prazo máximo de 24h após a auto de prisão, até a efetiva inserção do instituto da audiência de custódia na moldura processual penal brasileira, por meio da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, ao aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, mais precisamente em virtude da alteração do art. 310 do CPP, caracterizando o instituto da audiência de custódia nos termos da Lei.

Mas, do CPP de 1941 à Lei n. 13.964/2019, torna-se plausível destacar a Resolução n. 213 de 2015, na qual o CNJ dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, atualizada nos termos da Resolução 268, de 21 de novembro de 2018, alterando o § 2º do art. 1º, ao incluir o Tribunal de Justiça Militar, Tribunal Regional Eleitoral e o Superior Tribunal Militar no rol de autoridade judicial.

Nesse sentido, este capítulo da pesquisa apresenta o surgimento da audiência de custódia, evidenciando a finalidade do instituto e sua respectiva previsão normativa, culminando com a inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 O SURGIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

No cenário internacional, no tocante à pessoa presa, os tratados formalizados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, comumente denominada de Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, bem como a XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, expressam o direito de ser levada, sem demora, à autoridade judicial competente.

No Brasil, a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foi efetivada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, em cujo art. expressa que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”. E, por sua vez, a ratificação do Pacto Internacional de Direitos

Civis e Políticos ocorreu por meio da aprovação do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992.

Influenciado pelos tratados e acordos humanitários dos quais é signatário, o Brasil reconhece a importância das normas humanitárias e suas influências para com o ordenamento jurídico brasileiro, já explícito na CF (1988).

Art. 5º [...]

§ 2º 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Desta forma, vale destacar que a audiência de custódia já possuía âmbito dentro do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo Penal (CPP), anteriormente à Resolução n. 213/2015, conforme exposto no art. 306 do CPP:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (BRASIL, 1941).

O instrumento da audiência de custódia foi introduzido no Brasil por iniciativa do CNJ, através da Resolução n. 213/2015, como forma de tentar amenizar as condições subumanas vividas pela população carcerária. Nela, o indivíduo, ao ser preso em flagrante delito, deverá ser encaminhado à presença de autoridade judicial, no prazo máximo de 24 horas.

O dispositivo objetiva identificar eventuais abusos que possam ter sido cometidos contra o suspeito no ato de sua prisão. Além disso, busca evitar prisões realizadas de forma ilegal, de forma que um eventual processo penal não seja instaurado e o suspeito permaneça encarcerado de forma indevida. Dessa forma, o suspeito que é privado de sua liberdade tem direito a ser ouvido em audiência, onde

a devida autoridade judicial possa verificar que a prisão tenha ocorrido de forma legal e o direito e a dignidade do indivíduo tenha sido respeitada. A audiência ocorre com a presença do acusado e advogado constituído, caso não o possua, terá direito a representação através de membro da Defensoria Pública, onde nessa audiência também estará presente um membro do Ministério Público atuando na acusação.

De acordo com Lopes Jr. (2020), a implementação da audiência de custódia serviu para humanizar o ato da prisão. Não só viabilizando melhor controle da legalidade da prisão, como também outorgando à autoridade judicial uma forma mais razoável de avaliar a situação e decidir por uma eventual concessão de liberdade provisória.

Destarte, o dispositivo da audiência de custódia é visto como instrumento de auxílio no combate à superpopulação carcerária, pois procura minimizar os números apresentados anteriormente acerca da quantidade populacional carcerária que ainda aguardam julgamento. Devido à crise do sistema penitenciário brasileiro atual, onde se observa um descaso governamental com os apenados e suas condições sub-humanas de vida, aliados com uma superlotação das unidades prisionais, as audiências de custódia foram implementadas.

Tal instituto é materializado pelo CNJ na Resolução 231 de 2015, como sendo uma forma de auxílio para mitigar tais fatos, buscando uma melhoria da repugnante condição de vida dos apenados no Brasil e evitando que ainda mais seres humanos passem pela privação de liberdade, onde, em muitos dos casos, esses apenados esperam em tempo indeterminado por um julgamento, e posteriormente ainda que inocentados, já terão perdido muito de sua liberdade tendo estado ela sobre tutela do Estado.

Com isso, o CNJ trouxe ao CPP uma luz relativa aos direitos e garantias fundamentais da dignidade humana conforme previsto nos diversos tratados e acordos humanitários dos quais o Brasil faz parte. Buscando, de tal maneira, melhorar as condições humanas dentro do sistema penal brasileiro, além de buscar a redução de seu excedente populacional. Contudo, sendo o Brasil signatário de diversos tratados, acordos e pactos internacionais pela luta constitucional da busca e defesa da dignidade da pessoa humana, por muitos anos, tal dispositivo foi desprezado normativamente, apesar de ser uma demanda pontual em tais acordos.

A resolução n. 213 de 2015 do CNJ representa o surgimento da instituição

das audiências de custódia, antecedendo a inserção no ordenamento jurídico brasileiro nos termos da Lei n. 13.964, de 2019.

No entanto, de acordo com Nucci (2018), não é um recurso recente dentro do sistema normativo brasileiro. O autor cita como exemplo o Art. 235 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, onde há a explicitude da obrigatoriedade da apresentação de um indivíduo ao ser preso em flagrante delito a um juiz durante o período compreendido entre desde cinco dias antes e dois dias após o encerramento de eleições: “Art. 236 [...] § 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator” (BRASIL, 1965).

Nucci (2018) exemplifica ainda a hipótese prevista no art. 66, parágrafo único, da Lei 5.010, de 30 de maio de 1966, que organiza a Justiça Federal de primeira instância e dá outras providências, em que, quando a autoridade policial requerer prorrogação do prazo para conclusão do inquérito policial, em casos em que o indiciado se encontrar preso, a autoridade policial deverá apresentar o indivíduo à presença do Juiz. Apesar de tais dispositivos estarem delineados dentro da moldura normativa brasileira, são apenas casos em que se denota a impreterível apresentação do indivíduo preso perante uma autoridade judicial.

De fato, na moldura processual penal brasileira não se caracterizava como uma audiência de custódia, pois suas finalidades e procedimentos diferem, além de não ser exigida a presença do defensor nem do Ministério Público (NUCCI, 2018).

Pacelli (2017) especifica que em período anterior à instituição normativa da audiência de custódia, o Brasil seguia no sentido antagônico à evolução do direito penal enveredada concomitantemente aos direitos humanos. Colocando obstáculos para a implementação do dispositivo de audiência de custódia, alegando que a expressão “sem demora” utilizada no art. 7.5 da CADH (1969) teria sentido bastante amplo, de forma que era suficiente enviar o auto de prisão em flagrante no prazo de 24h para a devida autoridade judicial.

Dessa forma, cumpria-se o previsto no art. 306, §1º do CPP, tornando-se desnecessária a realização da audiência. Considerava-se, ainda, que o delegado de polícia encarregado do auto de prisão teria autoridade legal para o exercício de funções judiciais em consonância com o previsto no art. 7.5 do CADH.

Dessa forma, Lopes Jr (2020) explica que, anteriormente ao surgimento da audiência de custódia, em 2015, na Resolução 213 do CNJ, bem como da inserção no ordenamento jurídico em 2019, quando preso em flagrante, o autuado deveria ser conduzido à autoridade policial onde se formalizava o auto de prisão em flagrante, posteriormente encaminhado a um juiz, que era encarregado de decidir pela homologação ou não da prisão em flagrante, e acerca de eventual pedido de prisão preventiva ou qualquer outro tipo de medida cautelar cabível, nos termos do CPP.

Contudo, em maio de 2015, a Corregedoria Geral de Justiça juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) iniciaram a instauração da audiência de custódia no Estado de São Paulo, com a edição do Provimento Conjunto n. 03/2015. Estabelecendo, de acordo com seu art. 2º, que “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”. Posteriormente, as demais unidades federativas iniciaram a adesão gradativa ao instrumento da audiência de custódia (PACELLI, 2017).

O provimento serviu para pontuar certos aspectos dúbios, como o estabelecimento que o prazo a que se referia a expressão “sem demora” deveria ser de no máximo 24 horas, além do estabelecimento da compulsoriedade da presença do Ministério Público e do advogado ou defensor público do acusado. Ademais, estabeleceu a proibição da atuação de Delegado de Polícia como autoridade judicial, ficando a cargo exclusivo de um magistrado.

Destarte, o provimento causou descontentamento entre as entidades de classe policiais, o que levou a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil a impetrar no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5240/SP, em que arguia a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015.

Contudo, a ação foi julgada improcedente, pois foi de entendimento do benemérito tribunal que a resolução seria compatível com o definido na CADH. Por isso entendeu não ter havido inovação jurídica, apenas especificação de conteúdo legal pré-existente e mandatário, por se tratar de conteúdo normativo relativo a uma Convenção internacional.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240

PROCED. : SÃO PAULO RELATOR : MIN. LUIZ FUX REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS INTDO.(A/S) : CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S) AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado. (STF, 2015).

Dessa maneira, antes da Lei n. 13.964 de 2019, a audiência de custódia foi instituída para casos de prisão em flagrante, por se tratar de caso em que se há o dever de analisar as condições em que a fragrância ocorreu e a necessidade da convenção da prisão em flagrante em prisão preventiva. Lopes Jr. (2020) pontua que a CADH (1969), não restringe a audiência de custódia em casos de prisão em flagrante, devendo ocorrer para “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” (p. 968).

Da mesma forma, Távora e Alencar (2017), explicitam que, a audiência de custódia deveria, de forma análoga, ser garantida a indivíduos que tenham sido presos para cumprimento de prisão temporária ou prisão preventiva, pois a CADH não a limita às pessoas presas em flagrante, sendo direito do acusado como uma autodefesa, independentemente do tipo de prisão. O que realça a aplicação do princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana em hipóteses aonde a audiência de custódia não se limite aos casos de prisão em flagrante.

Na ocorrência de fato, em que se concede qualquer tipo de medida cautelar diversa de prisão, antes de decorrido o prazo estabelecido de 24 horas pré-audiência de custódia, objetivando evitar sua realização, representa uma afronta à CADH, sendo considerado, portanto, inconstitucional em face do art. 5º, § 2º, da Carta Magna brasileira (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Contudo, o CPP (1941) possui dispositivo alternativo em que ocorre a possibilidade de averiguação de prisão por autoridade judiciária. A exemplo, o art.

656, que discorre: “Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Verifica-se a busca por uma face humanitária na aplicabilidade das normas penais, uma vez que o dispositivo é uma alternativa para que o designado magistrado tenha a possibilidade de averiguar as condições em que a prisão tenha ocorrido, e, caso julgue pertinente, poderá conceder o relaxamento da prisão.

Lima (2018) considera esse preceito importante não somente para que se possa constatar eventuais constrangimentos ilegais no tocante às prisões realizadas, como também são uma maneira de verificação de eventuais maus tratos ocorridos durante a mesma. Tanto que Tourinho Filho (2013), ao discorrer sobre o tema, salienta que a expressão habeas corpus é interpretada no sentido de apresentação ou exibição do corpo, no caso, o corpo seria literalmente a materialidade da pessoa.

Porém Pacelli e Fischer (2017) destacam que o recurso do art. 656 está em desuso, na prática, pois se trata de uma faculdade do juiz que pode, alternativamente, requisitar informações à autoridade e analisar as informações pedidas juntamente com os elementos da impetração, para a concessão ou não do *habeas corpus*. Porém, pontuam que, “mesmo que não existisse o dispositivo em voga, não haveria óbice algum para, em situações excepcionais e justificadas, o magistrado determinar a presença do preso para apurar diretamente as questões que tenham por relevantes” (PACELLI; FISCHER, 2017, p. 1503).

Dessa forma, observa-se em tais dispositivos normativos a tentativa de restringir as penas aos limites da sentença penal condenatória, em concordância com os princípios constitucionais da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV da CF (1988); da legalidade, regidos pelos art. 5º, XXXIX, da CF (1988) e art. 1º do Código Penal Brasileiro; da inderrogabilidade, no qual, uma vez constatada a prática do crime, a pena não poderá deixar de ser aplicada por liberalidade do juiz ou de qualquer outra autoridade; da proporcionalidade, respaldado constitucionalmente pelo art. 5º, XLVI, da CF (1988); da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, da CF (1988), destacando três fases da individualização da pena em três fases: no âmbito legislativo, na criação do tipo penal; no âmbito judicial, onde a sentença condenatória é fixada a partir dos parâmetros

estabelecidos na legislação; e no âmbito executório, a pena é definida ao acusado, podendo a autoridade judicial conceder ou negar benefícios específicos; e, por fim, o princípio da humanidade, previsto no art. 5º, XLVII e XLIX, da CF (1988), visando resguardar a dignidade da pessoa humana.

Assim, salienta-se que, de forma pretérita à Lei n.º 13.964 de 2019, as diretrizes respaldadas e resultantes de Tratados e Acordo internacionais firmados pelo governo brasileiro delineiam a moldura normativa brasileira. Destarte, ainda que a previsão legal da audiência de custódia estivesse presente na CADH, ratificado em 1992 pelo Brasil, sendo, portanto, de acordo com a CF (1988), de aplicação obrigatória, o CNJ resolveu, em 2015, formalizar tal instituto e, através da Resolução n.º 213/2015, implementar formalmente esse recurso dentro do sistema penal brasileiro.

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério da Justiça, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e o Tribunal de Justiça de São Paulo, em cooperação técnica e conjugação de esforços, lançaram o “Projeto Audiência de Custódia”, que busca implementar em todo país a rápida apresentação do preso ao juiz para primeira análise da prisão ou da adoção de medidas alternativas e criar Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e Câmaras de Mediação Penal. [...] o CNJ decidiu uniformizar e aprimorar as rotinas procedimentais de audiências de custódia que vinham sendo adotadas pelos diversos Tribunais de Justiça estaduais em cooperação com os poderes executivos locais. [...] A partir de 1º de fevereiro de 2016, data em que a resolução entrou em vigor, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais teriam o prazo de 90 dias para implantar as disposições em todo território nacional. Dentro deste mesmo prazo, é assegurada a apresentação daqueles que tenham sido presos em flagrante antes da implantação da audiência de custódia (MASI, 2016, p. 1).

O art. 306, § 1º, do CPP prevê que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado à autoridade judicial, em até 24 horas após a realização da prisão para que a legalidade seja analisada e se transforme a prisão em prisão preventiva ou que se conceda o relaxamento da prisão. Assim, serão analisados os autos da prisão, de forma a verificar a legalidade e a necessidade de prisão preventiva ou medidas cautelares diversas da prisão, baseado meramente nos documentos entregues pela polícia.

Isto posto, segundo Canineu (2019), esse instrumento normativo demonstrou sua hipossuficiência tanto no tocante ao efetivo controle judicial da legalidade quanto para verificação da manutenção dos direitos e integridade do detido, pois a possibilidade real de tais verificações e constatações somente ocorreria no dia da

audiência de instrução e julgamento, onde haveria contato direto do juiz com o indiciado, mas essa audiência poderia levar meses, e até anos, para ocorrer. Pois apesar da previsão do art. 400 do CPP de que a primeira audiência judicial do autuado deverá ocorrer no prazo máximo de 60 dias, o dispositivo legislativo não especifica o período em que a contagem de dias se inicia. O que, na prática segundo Canineu (2019), denota que as pessoas podem permanecer presas, com autorização judicial, por grandes períodos de tempo até que possam ter algum contato com uma autoridade judicial.

De fato, antes da aprovação da Lei n. 13.964, de 2019, ao inserir a audiência de custódia na moldura processual penal brasileira, a única previsão legal no CPP (1941) em que um indivíduo seja levado à presença de um magistrado de imediato, está descrita no 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”.

De forma contrária, o indiciado terá de esperar por demasiado tempo até que tenha a possibilidade de se encontrar com a autoridade judicial. À vista disso, é impreterível a ocorrência da audiência de custódia em período subsequente à prisão, possibilitando o contato entre o juiz e o indivíduo detido, de forma a atuar como instrumento de prevenção e combate à tortura, além de funcionar como fundamental para um controle judicial eficaz. Nesse viés, em relação ao prazo para a pessoa presa ser apresentada à autoridade judicial competente, por meio da Lei n. 12.403, de 2011, altera a art. 306 do CPP.

Art. 306 - A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (BRASIL, 2011).

Wermuth (2019) destaca que, antes de estar formalizada dentro do sistema legislativo processual penal formal brasileiro em 2019, a lacuna legislativa do dispositivo da audiência de custódia, a sua realização já era prevista pela Resolução

n. 213/2015 do CNJ, além de imposto através do controle de convencionalidade das leis, por consonância com a CADH (1969).

Portanto, ao ratificar sua participação na Convenção, o Brasil se comprometeu a cumprir tudo que foi pactuado por tal, de forma que, em caso de violação dos dispositivos nela determinados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá ser acionada e o país, portanto, responsabilizado.

Seguindo a diátese legislativa causada pela CADH, além do Brasil, por meio da Lei n. 13.964/2019, diversos países americanos, de forma similar, introduziram a audiência de custódia em suas legislações, entre eles a Argentina, o Chile, a Colômbia e o México (CANINEU, 2019).

3.2 INSERÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na comunidade internacional, quanto à audiência de custódia, uma relevante vitória dos Direitos Humanos foi o Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, ratificada no Brasil 23 anos depois, com o Decreto Legislativo n. 27, de 28 de maio de 1992, e, 28 anos depois de ser ratificada, apesar das últimas alterações do CPP vigente, em razão da Lei n. 13.964/2019, ainda carece de ser amplamente apreciada pelos mais diversos dispositivos legais nacionais, principalmente em relação aos seus conceitos básicos de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana;

As audiências de custódia dizem respeito a um ato processual componente, inserindo-se na fase inicial da investigação criminal, cuja pessoa presa em flagrante tem o direito de se apresentar a uma autoridade judicial competente para se validar e legitimar a regularidade da prisão, sentenciando o relaxamento ou sua homologação. Referindo-se à obrigatoriedade da autoridade judicial, competente apreciar a legalidade da própria prisão, seus requisitos legais, decidindo pela concessão da liberdade provisória, com ou sem adoção de outras medidas cautelares ou finalmente a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

De modo categórico, o instituto da audiência de custódia remete à apreciação processual das condições da prisão, visando o questionamento sobre a existência de abuso policial, principalmente de ordem física, tal como a tortura, bem como

relacionada a qualquer outro aspecto fato passível de investigação, referente à condução do preso pelos agentes policiais.

A audiência de custódia objetiva o estreito respeito à garantia dos direitos da pessoa presa, com foco na correção das distorções existentes entre o CPP e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, na aplicabilidade da legislação processual penal para pessoas privadas de liberdade. Desse modo, torna-se oportuno apreciar a inserção de fato do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, em função da alteração do CPP de 1941, com a redação dada pelos arts. 287 e 310 da Lei nº 13.964, de 2019.

3.2.1 Audiência de custódia à luz da Lei n. 13.964 de 2019

Na moldura legislativa brasileira, a Lei n, 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada de Lei Anticrime, materializou no CPP de 1941 e, categoricamente, caracteriza o instituto da audiência de custódia nos termos da Lei, cuja regulamentação continua sendo moldurada pelo pacto de São José da Costa Rica e pela Resolução 213 do CNJ, de 2015, bem como na respectiva atualização dada pela Resolução 268, de 21 de novembro de 2018, ao alterar o § 2º do art. 1º.

Nos termos da Lei Anticrime, ao alterar o art. 287 do CPP, caracteriza a hipótese cabível do instituto da audiência de custódia para infrações inafiançáveis, ao expressar claramente que, “se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia” (BRASIL, 2019). De modo complementar, em seu art. 310, a Lei n. 13.964, de 2019, expressa que:

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 (BRASIL, 2019).

Portanto, na Lei Anticrime, diferentemente do que ocorreu no art. 287, ao expressar o tempo máximo para efetiva hipótese cabível da audiência de custódia se a infração for inafiançável, ao elaborar o art. 310 do CPP, o legislador categoriza o

prazo de 24 horas para a pessoa presa ser apresentada à autoridade judicial competente, sendo cabível para a prisão em flagrante.

Cabe apreciar que a inserção do instituto da audiência de custódia no CPP não é restrita apenas aos casos de prisão em flagrante, mas, apesar da aprovação da Lei Anticrime, que regulamentou a moldura processual penal da audiência de custódia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, “houve uma lacuna por parte do legislador, pois não especificou qual modalidade de prisão seria cabível, deixando assim o poder para o juiz fazer a análise no caso concreto” (ZANOTELLA, 2020, p. 78). De acordo com Lopes Jr (2020, p. 24), o instituto de audiência de custódia “não deve se limitar apenas a prisão em flagrante, pois nos termos do art. 7.5 do CAD, a audiência de custódia deverá ser realizada para todas as modalidades de prisões”.

Desse modo, é certo afirmar que os Poderes Judiciário e Legislativo têm a prerrogativa institucional para romper desses entraves, focando na atualização do CPP, alinhando-se ao processo penal constitucional e humanitário, obrigatoriamente em conformidade ao Pacto de São José da Costa Rica. Isto é, a audiência de custódia é inserida no controle de convencionalidade, em virtude da hierarquia estabelecida entre o CPP, enquanto lei ordinária, estando um nível abaixo da CADH, pois, no entendimento da jurisprudencial do STF, possui o status de norma supralegal.

4 APLICABILIDADE PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é regulamentada pela Resolução 213 do CNJ, bem como pelas respectivas atualizações, além da alteração do CPP no ano de 2011, pela Lei n. 12.403/2011 e, principalmente, pela redação dada com a aprovação da Lei n. 13.964, de 2019, objetivando a impor à autoridade judicial competente, a obrigação de conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva somente quando não houver possibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória.

Verifica-se, portanto, que o dispositivo de apresentação, em até 24 horas, da pessoa que tenha sido presa perante juiz competente, como sendo o meio mais efetivo de coibir ações repressivas e de maus tratos no momento da prisão. De forma a manter a integridade do indivíduo preso e sua dignidade, como previsto em acordos internacionais, do qual o Brasil é signatário (CNJ, 2015).

Mas, de fato, a inserção no ordenamento jurídico se deu por meio da Lei Anticrime, em 2019, ao expressar o instituto no art. 310, determina que o indivíduo preso em flagrante ou por mandado de prisão seja apresentado perante autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas.

Tendo entrado em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais tiveram prazo de 90 dias corridos para que as disposições apresentadas no dispositivo fossem implantadas. Sendo garantido, de acordo com o princípio da retroatividade, aos autuados que se encontrassem presos por ocasião anterior à Resolução, a apresentação imediata ao juiz, por meio da audiência de custódia (MASI, 2016).

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. § 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. (CNJ, 2015)

Assim, ficou estabelecida a relevância, não somente da apresentação do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, nos termos do art. 306 do CPP (1941),

como também a apresentação do indivíduo preso, para que as devidas averiguações no tocante ao respeito à dignidade do preso seja analisada pelo magistrado.

A Resolução foi elaborada visando o superpovoamento que ocorre atualmente no sistema carcerário brasileiro, tendo como base de informações dos relatórios elaborados pelo CNJ e pelo INFOPEN, dos anos de 2014 e 2015. Além disso, segundo prescrição constitucional, art. 5º, LXV e LXVI, o ato de prisão é considerado uma medida extrema. Devendo, assim, ser aplicada exclusivamente em casos devidamente expressos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como onde não haja conjectura de aplicação de medidas cautelares alternativas.

A Resolução n. 213/2015 do CNJ estabeleceu em seu dispositivo normativo a definição do que seria a autoridade judicial competente. Anteriormente, as lacunas legislativas permitiam que o delegado de polícia fosse considerado como tal. Porém, agora, segundo a resolução, a autoridade judicial competente deve ser compreendida como aquela deliberada pelas leis de organização judiciária local. Caso haja omissão dessa determinação na referida lei, será considerado magistrado definido através de ato normativo do Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça Militar, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar para instituição das audiências de custódias.

Fica sendo de responsabilidade do órgão local encarregado da administração penitenciária, Secretaria de Administração Penitenciária ou Secretaria de Segurança Pública, o deslocamento do indivíduo preso em flagrante delito até a audiência de custódia, assim como o deslocamento para uma unidade prisional caso seja determinada a prisão preventiva.

Dessa maneira, permite-se a celebração de convênios para possibilitar realização de audiências de custódias em locais exteriores à unidade judiciária correspondente. Vale ressaltar que “estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz” (CNJ, 2015), a audiência deverá ocorrer no local em que o indivíduo se encontre. Contudo, caso não haja a possibilidade de fato de ocorrência da audiência, esta será conduzida para data imediatamente após o restabelecimento da saúde do indiciado, ou caso que tenha impossibilitado a apresentação.

Em casos que a comarca não disponha autoridade judicial competente para presidir a audiência dentro do prazo de 24 horas após a prisão em flagrante, o indivíduo deverá ser levado imediatamente a um substituto legal, em acato ao referido no art. 1º, § 5º, da Resolução n. 213/2015. Demonstrando, de tal maneira, a imperatividade da apresentação do indivíduo ao ser preso a uma autoridade judicial competente.

Para assegurar que os direitos dos indivíduos preso seja garantido durante a audiência de custódia, de forma a verificar violação de direitos e maus tratos cometidos durante o ato de prisão e período posterior, “é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia” de acordo com o art. 4º, parágrafo único, da Resolução n. 213/2015 do CNJ.

Destarte, é impreterível a presença de membro integrante do Ministério Público e do advogado constituído do preso. Caso não o possua, será designado e obrigatoriamente participará da audiência junto ao preso, membro da Defensoria Pública local. Masi (2016) destaca que caso o indivíduo constitua advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, esse deverá ser notificado acerca da audiência de custódia para que possa comparecer e acompanhar seu cliente.

Daquela maneira, à pessoa presa é proporcionada a garantia de atendimento prévio, privado, pelo advogado constituído ou defensor designado, em local apropriado de forma a garantir a confidencialidade advogado-cliente. Oportunizando-se, em tal momento, que um funcionário credenciado informe devidamente todos os motivos, fundamentos e ritos relativos à audiência de custódia (CNJ, 2015).

Previamente à apresentação do autuado à autoridade judicial, aquele deverá ser cadastrado no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC):

Art. 7 [...]

§ 1º O SISTAC, sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da audiência de custódia, é destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz (CNJ, 2015).

O auto de prisão em flagrante contém os informes pertinentes ao registro no SISTAC, que concomitantemente com as informações apresentadas pelo indivíduo

preso em flagrante. Esses dados são coletados e disponibilizados para consulta em sítio eletrônico do CNJ, conforme previsto no art. 7º da Resolução n. 21/2015.

Iniciada a audiência de custódia, a autoridade judicial tem por obrigação esclarecer ao indivíduo preso a finalidade do ato, questionando-o acerca da conjuntura circunstâncias de sua prisão ou apreensão, além de inquirir acerca do tratamento que lhe foi dado em todos os locais onde esteve entre a sua prisão e sua apresentação à audiência, de forma a demandar informações sobre eventual tortura e maus tratos. Caso verifique tal ocorrência, caberá ao juiz tomar as providências cabíveis, devendo agir da mesma forma em constatações de possíveis irregularidades.

Para tanto, a autoridade judicial deverá verificar o exame de corpo de delito foi realizado no sujeito autuado. Caso o mesmo não tenha sido realizado; os registros apresentados forem hipossuficientes; o preso alegar ocorrência de tortura ou maus tratos posteriormente ao referido exame; ou caso o exame tenha sido feito na presença de agente policial, caberá ao juiz a determinação de realização de novo exame, conforme exposto no art. 8º da Resolução n. 213/2015.

Além disso, cabe ao juiz inquirir o indivíduo preso acerca da garantia do exercício dos direitos constitucionais particulares à condição em que se encontra, em especial, no tocante aos direitos de: se reunir previamente com seu advogado ou defensor público; ser cuidado por médico, caso necessário; e se comunicar com seus familiares.

Ainda acerca da audiência de custódia, a autoridade judicial competente deverá assegurar que o autuado não esteja algemado, exceto em casos de resistência, fundado risco de fuga ou perigo à integridade física do próprio ou de outrem. Ainda, deverá esclarecer ao preso que ele tem o direito de permanecer em silêncio. Fica expressamente vedado à autoridade judicial competente, durante a audiência de custódia, formular perguntas visando produzir provas concernentes aos fatos do objeto do auto de prisão em flagrante.

No caso do autuado ser do gênero feminino, o juiz deverá apurar através de arguição e visualmente a existência de gravidez, filhos ou dependentes sob cuidado da pessoa presa em flagrante delito, além de histórico de doença grave, englobando nesse âmbito os transtornos mentais e a dependência química, para que dessa forma, possa ponderar a necessidade de encaminhamento assistencial ou

concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição de medida cautelar diversa da prisão.

Após proceder à oitiva do autuado, o juiz passará a palavra ao Ministério Público para que possa arguir o mesmo acerca de questões relativas à natureza do ato, cabendo à pessoa do juiz indeferir interpelações relativas ao mérito dos fatos que possam levar a uma eventual culpabilidade.

Em seguida, a defesa do autuado terá direito a fazer o mesmo. Nessas interpelações feitas por ambos, é permitido o requerimento de: relaxamento da prisão em flagrante; concessão da liberdade provisória; decretação da prisão preventiva; e a adoção de quaisquer outras medidas cabíveis para que os direitos do preso sejam mantidos (CNJ, 2015).

Art. 8º [...]

§ 3º A ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos (CNJ, 2015).

Findada a audiência, de acordo com o art. 12 da Resolução n. 213/2015, o termo da audiência deverá ser apensado ao inquérito policial, ou à eventual ação penal decorrente. Ademais, o art. 8º, § 5º, explicita que caso a decisão proferida determine o imediato arquivamento do inquérito, ou seja, concedida a liberdade provisória, com ou sem imposição de medida cautelar, ou, ainda, derive no relaxamento da prisão em flagrante, o autuado será posto em liberdade imediatamente, através de expedição de alvará de soltura, exceto em casos que deva permanecer preso por outro motivo que não seja o da atuação averiguada pontualmente na audiência de custódia.

Em casos de prisão por violência doméstica ou familiar, ao ser posto em liberdade, a vítima do autuado, caso não esteja presente na audiência, deverá ser notificada da decisão. De acordo com o art. 10, a determinação de medida cautelar diversa da prisão, dispositivo instituído através do art. 319, IX, do CPP brasileiro, deverá ser concedida apenas em caráter excepcional, em casos onde não haja possibilidade de concessão de liberdade provisória ou aplicação de outra medida cautelar menos gravosa.

Destarte, o indivíduo ao qual seja imputada a medida, estará sujeito à reavaliação periódica para avaliação de continuidade e/ou readequação. Essa medida se destina apenas a:

 pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa (CNJ, 2015, art. 10).

Posto tudo isso, a iniciativa do CNJ leva a um progresso significativo acerca de como a audiência de custódia deve ser conduzida, na medida em que clarifica a forma que o juiz deverá analisar e considerar a transformação da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou eventual soltura, além da postura a ser tomada durante a realização da audiência de custódia.

A Resolução do CNJ fortaleceu o debate legislativo em torno a necessidade de inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019. Ademais, as medidas cautelares expostas no art. 319 do CPP (1941), somente deverão ser aplicadas em consonância direta com a necessidade prevista no caso individual. O acompanhamento de tais medidas ficará a cargo das Centrais Integradas de Alternativas Penais, que devem ser, de preferência, estruturadas na esfera do Executivo Estadual.

Em casos onde a autoridade judicial competente entenda ter havido a prática de tortura ou maus tratos, ou havendo sido dessa maneira declarada pelo autuado, acabe ao juiz registrar as informações pertinentes ao ato, tomando as medidas cabíveis para que a denúncia seja averiguada. Ademais, deverá tomar as providências pertinentes para preservação da integridade física e psicológica da pessoa, a encaminhando para receber atendimento médico e psicológico.

Art. 11 [...]

§ 1º Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que

permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura.

§ 2º O funcionário responsável pela coleta de dados da pessoa presa em flagrante delito deve cuidar para que sejam coletadas as seguintes informações, respeitando a vontade da vítima:

I - identificação dos agressores, indicando sua instituição e sua unidade de atuação;

II - locais, datas e horários aproximados dos fatos;

III - descrição dos fatos, inclusive dos métodos adotados pelo agressor e a indicação das lesões sofridas;

IV - identificação de testemunhas que possam colaborar para a averiguação dos fatos;

V - verificação de registros das lesões sofridas pela vítima;

VI - existência de registro que indique prática de tortura ou maus tratos no laudo elaborado pelos peritos do Instituto Médico Legal;

VII - registro dos encaminhamentos dados pela autoridade judicial para requisitar investigação dos relatos;

VIII - registro da aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas.

§ 3º Os registros das lesões poderão ser feitos em modo fotográfico ou audiovisual, respeitando a intimidade e consignando o consentimento da vítima.

§ 4º Averiguada pela autoridade judicial a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações.

§ 5º Os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações deles resultantes deverão ser comunicadas ao juiz responsável pela instrução do processo (CNJ, 2015).

O que demonstra a consonância da Resolução n. 213/2015 do CNJ com o apregoado nos Tratados internacionais relativo aos direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, em especial, a CADH (1969), cuja a Lei n. 13.964, de 2019, é inserida no ordenamento jurídico brasileiro incumbida de ser um dispositivo garantidor da dignidade da pessoa humana, preceito basilar da Carta Magna brasileira e, principalmente, pressuposto fundamental norteador do sistema processual penal.

Com isso, é importante salientar que o art. 13 da referida Resolução, de 2015 e o art. 310 da Lei Anticrime, de 2019, garantem, igualmente, a apresentação para audiência de custódia, dentro do prazo máximo de 24 horas, para pessoas presas resultante de cumprimento de mandado de prisão.

Tais mandados devem, impreterivelmente, conter, de forma expressa instrumento que determine que, assim que seja cumprido, o indivíduo sob custódia seja prontamente levado à presença da autoridade judicial que determinou a

expedição do mandado. Em casos aonde os mandados sejam cumpridos fora da comarca do juiz processante, o autuado deverá ser levado à presença de autoridade judicial competente determinada pela lei de organização judiciária local (CNJ, 2019).

De acordo com Canineu (2019), o cumprimento e prática da audiência de custódia, é instrumento fomentador do desenvolvimento do sistema processual penal brasileiro, na medida em que promove uma ampliação nos deveres e responsabilidade dos magistrados, membros do Ministério Públicos e defensores, sejam eles advogados constituídos ou membros da Defensoria Pública. Com vistas a aprimorar a forma como é realizado todo o processo penal, objetivando atingir padrões de excelência relativos à legalidade e eficiência, considerados pela autora imprescindível para que melhor aplicação das normas judiciárias brasileiras.

Lemgruber *et al.* (2016) especificam que o contato direto com os custodiados imediatamente após o flagrante possibilita à autoridade judicial avaliação mais sensata, pragmática e objetiva da situação de vulnerabilidade e carência vividas pela a maior das pessoas presas diariamente.

Dessa forma, os autores acreditam que a audiência sirva como instrumento de sensibilização, humanização e individualização, de forma a fazer com que o magistrado mantenha contato com o autuado de forma a conhecer melhor as condições em que o delito ocorreu e tome decisões processuais baseadas num todo e não somente decisões burocráticas baseadas em fatos descritos em uma folha de papel.

Lopes Jr. e Paiva (2014) tomam o dispositivo como o início de uma mudança cultural fundamental, no sentido de ajustar o sistema normativo penal brasileiro para corresponder às premissas do art. 7.5 e 8.1 da CADH (1969) e art. 5º da CF (1988), cuja materialização da audiência de custódia na moldura processual penal brasileira ocorreu cinco anos após essa formulação doutrinária, com a Lei n. 13.964, de 2019.

A obrigatoriedade da presença de advogado constituído pelo preso ou de Defensor Público e no direito garantido de reunião com o custodiado antes da audiência de custódia, tem o condão de restaurar, teoricamente, o direito de defesa, além da existência formal do contraditório, instrumentos essenciais no tocante à legalidade e constitucionalidade do ato. Mas que , segundo Lemgruber *et al.* (2016), não são comumente observados nos trâmites normais do processo penal brasileiro, especialmente no período precedente à audiência de instrução do indiciado.

Importante ponto ressaltado por Lemgruber et al. (2016) diz respeito à possibilidade de liberação imediata dos presos em flagrante durante a audiência de custódia, quando a prisão não é convertida em prisão preventiva. De modo que esse instrumento auxilia a desafogar o tão populoso sistema carcerário brasileiro, visto que o indivíduo não necessita permanecer detido aguardando a tramitação dos papéis de soltura.

Dessa forma, Lopes Jr. e Paiva (2014) destacam diversas vantagens da implantação das audiências de custódia, sendo a principal o ajuste da moldura normativa do processo penal brasileiro ao acordado nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

De forma não somente a garantir a integridade e a dignidade da pessoa humana, tomada como princípio basilar constitucional, como também auxiliando a reduzir o volume exacerbado de encarcerados no Brasil, o que auxiliará na melhoria das condições da população que permanece nas unidades prisionais brasileiras.

Assim, Lemgruber *et al.* (2016) destaca que, sem a realização da audiência de custódia, uma decisão acerca da transformação da prisão em flagrante em prisão preventiva do autuado, um eventual relaxamento da prisão, ou, ainda, imposição de medida cautelar alternativa da prisão, pode levar dias ou até semanas para ocorrerem, o que agrava o problema de superlotação dos já decadentes dos presídios brasileiros.

Lemgruber *et al.* (2016) pontuam um aspecto fundamental que é corrigido com a aplicação da audiência de custódia que diz respeito à defesa do autuado. Sendo assegurada a presença do réu e de seu defensor na audiência, garante que não haja um excesso de acusação em cima do preso. Pois, caso não materialize a defesa, o juiz terá somente a narrativa dos policiais que efetuaram a prisão. De maneira em que poderá haver ilegalidades e abusos na prisão que serão encobertos. Além de não haver a possibilidade de verificação de ocorrências de tortura e maus tratos aos custodiados.

Contudo, Moura (2018) destaca que, apesar de na teoria, a audiência de custódia conter dispositivo que possibilite o uso de medida cautelar alternativa à prisão, pontuando que a prisão preventiva deverá ser utilizada somente em casos de extrema necessidade, na prática, a prisão preventiva é utilizada de forma excessiva, demonstrando o perfil punitivista do sistema processual penal no Brasil.

Todavia, norteado pelo princípio da presunção da inocência e dos princípios humanitários buscados pelo sistema penal brasileiro, faz-se mister a utilização do instrumento da prisão como última alternativa punitiva, sustentando a manutenção da liberdade como regra. Dessa forma, a manutenção da prisão e transformação da prisão em flagrante em prisão preventiva só deverá ocorrer em casos de extrema necessidade ou perigo para o andamento do processo.

Ainda que não existam dados informativos massivos a cerca dos números relacionados a audiência de custódia, sabe-se que, entre fevereiro de 2015 e junho de 2017, 258.485 audiências de custódia foram realizadas no Brasil.

As audiências de custódia têm a prerrogativa de diminuir os índices de superlotação do sistema penitenciário brasileiro, de forma a buscar uma humanização do cárcere, evitando violação dos direitos tanto dos apenados que já cumprem medidas de sentenças transitadas em julgado, quanto de autuados que não necessitam de terem sua liberdade restringida antes da audiência de julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou a inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações frente ao cenário de violações constantes dos direitos fundamentais no sistema prisional, que gera uma superlotação das unidades prisionais na medida em que se observa um encarceramento em massa.

Nos últimos anos a população carcerária do Brasil teve um aumento muito significativo, principalmente após a instituição da política de guerra às drogas, que além de não reduzir o consumo de drogas, afeta prioritariamente os jovens negros e das periferias, os pobres. Como resultado, constata-se um aumento do aprisionamento dessa população, salientando uma seletividade penal.

O aumento da população carcerária elevou a crise vivida pelo sistema prisional brasileiro, que não possui requisito para estabelecer condições dignas de vida para os apenados. Gerando uma degradação e efetiva violação aos direitos dos que se encontram nessa situação, pois a superlotação carcerária leva os presos a viverem em condições desumanas, com acesso à saúde quase nulo e alimentação hipossuficiente. O que, conseqüentemente leva ao problema da reincidência penal, pois sob tais condições torna-se impossível que a ressocialização ocorra.

Ao analisar o atual contexto do encarceramento brasileiro, demonstrando a influência da instrumentalização da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e sua eficácia da aplicabilidade prática para o enfrentamento da precariedade do sistema prisional brasileiro, evidenciou-se que os encarcerados possuem direitos intrínsecos garantidos pela CF (1988) e por tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Porém, a presente pesquisa pontuou diversas vezes que tais direitos são constantemente afrontados.

Contudo, observou-se que as audiências de custódia surgiram como tentativa instrumental de propiciar uma melhoria nas condições vividas pelos aprisionados do sistema penal brasileiro. Buscando não somente elevar a qualidade de vida dos encarcerados, como também buscando coibir prisões ilegais e abusos e maus tratos no ato da prisão. Pois as audiências de custódia têm o condão de reduzir a superlotação do sistema carcerário brasileiro, buscando quebrar a defluência do encarceramento em massa dos jovens, negros, pobres e miseráveis das periferias.

Por último pode-se afirmar que a presente pesquisa respondeu à pergunta de pesquisa demonstrando que a inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro é eficiente para o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, bem como para o processo de desencarceramento das unidades prisionais.

Como perspectiva para a realização de pesquisas futuras, ao final deste estudo monográfico, destaca-se a importância de aprofundamento nos dispositivos relativos à audiência de custódia e seus impactos nos encarcerados no sistema prisional, principalmente no tocante à superlotação das unidades penitenciárias.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, R. G. de; CIFALI, A. C. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: SOZZO, Máximo (Org.). **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017, p.27-97.
- BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Passo fundo: Paster Editora, 1998
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BENITEZ, Carla Martins. **Distribuir e punir? Capitalismo dependente brasileiro, racismo estrutural e encarceramento em massa nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016)**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2018. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8995/5/Tese%20-%20Carla%20Benitez%20Martins%20-%202018.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- BERGALI, R.; RAMÍREZ, J. B. **O pensamento Criminológico II: estado e controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. La desproporción de la Ley de Drogas: los costes humanos y económicos de la actual política en Brasil. In: CORREA, P.C. (Org.). **Consumo, Consumidores de drogas y las respuestas estatales en América Latina**. 1ed. Ciudad de Mexico: Fontamara, v. 1, p. 117-148, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.
- _____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo Penal (CPP). **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.
- _____. Lei de Execuções Penais n. 7.210, de 11 de Julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.
- _____. Lei n. 4.737, de 15 de Julho de 1965, que institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.737%2C%20DE%2015%20DE%20JULHO%20DE%201965.&text=Institui

%20o%20C%C3%B3digo%20Eleitoral.,9%20de%20abril%20de%201964.&text=O%20Tribunal%20Superior%20Eleitoral%20expedir%C3%A1%20Instru%C3%A7%C3%B5es%20para%20sua%20fiel%20execu%C3%A7%C3%A3o.. Acesso em: 18 nov. 2020.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

_____. Lei nº 11.464, de 28 de Março de 2007, que dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

_____. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil**. Período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ltNDU2ZmlyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDlwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 120 nov 2020.

_____. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, p. 1, Brasília, 24 dez 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 nov 2020.

_____. CNJ. **Resolução n. 213/2015** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_23112018141721.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização – Dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

_____. STF. **ADI n. 5.420/SP**- São Paulo 8621360-86.2015.1.00.0000, Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 20/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 01-02-2016). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 19 nov. 2020.

_____. _____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF.**

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerida: União. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CANINEU, Maria Laura. Audiência de custódia: o que é e porque é necessária. **Informativo Rede Justiça Criminal**. Edição 05, ano 03, 2013. Disponível em: <http://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTI, G.J.V. **A crise estrutural do capital e o encarceramento em massa**: o caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal da Paraíba, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/16711?locale=pt_BR. Acesso em: 20 nov 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção americana sobre direitos humanos. **Assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos**, San José, Costa Rica, em 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. 2.ed., 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GÓES, Luciano. **A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena e da culpabilidade no direito penal brasileiro**. 03/2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 18 nov. 2020.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no**

sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara. 381 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/88528#:~:text=Gradua%C3%A7%C3%A3o%20em%20Direito-,Fun%C3%A7%C3%B5es%20da%20pena%20privativa%20de%20liberdade%20no%20sistema%20penal%20capitalista,va\)%20ao%20que%20se%20declara&text=Esta%20tese%20tem%20por%20objeto,do%20sistema%20de%20produ%C3%A7%C3%A3o%20capitalista](https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/88528#:~:text=Gradua%C3%A7%C3%A3o%20em%20Direito-,Fun%C3%A7%C3%B5es%20da%20pena%20privativa%20de%20liberdade%20no%20sistema%20penal%20capitalista,va)%20ao%20que%20se%20declara&text=Esta%20tese%20tem%20por%20objeto,do%20sistema%20de%20produ%C3%A7%C3%A3o%20capitalista). Acesso em: 18 nov. 2020.

HARVEY, David. **Neoliberalismo:** história e implicações. São Paulo: Loyola, 2005. (apud Cavalcanti, 2019)

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. IBCCRIM. **16 medidas** legislativas contra o encarceramento em massa. 2017. Disponível em: https://wp.ibccrim.org.br/wp-content/uploads/2019/08/16MEDIDAS_Caderno.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

IDDD. O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. **Relatório Nacional.** 2019. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=O+fim+da+liberdade:+a+urg%C3%Aancia+de+recuperar+o+sentido+e+a+efetividade+das+audi%C3%Aancias+de+cust%C3%B3dia&ie=UTF-8&oe=UTF-8> . Acesso em 20 nov 2020.

LEMGRUBER et al. **Liberdade mais que tardia:** As audiências de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC/ISER, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado.** 3ª edição. Salvador. Juspodivm, 2018. P. 1578.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, A.; PAIVA, C. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. **Revista. Consultor Jurídico,** 21 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aur-ly-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 21 out 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 16 nov 2020.

MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política: Livro I: o processo de reprodução do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia conforme a resolução nº 213/2015 do CNJ. **Canal Ciências Criminais**. 4 de maio de 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

MOURA, Raísa Bakker de. Audiências de custódia: um caminho para a humanização do processo penal. **Conteúdo Jurídico**. 24 ago. 2018. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencias-de-custodia-um-caminho-para-a-humanizacao-do-processo-penal,591191.html#_ftn5 Acesso em: 18 nov. 2020.

NETTO, J. P.; BRAZ, M. **Economia política**: uma introdução crítica. São Paulo: Cortez, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas. 2017.

PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. 2017

RUSCHE G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Raven, 2004.

SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Rio de Janeiro/Brasília: Zahar Editores/ Editora Unb, 1982.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Provimento Conjunto n. 3/ 2015**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito capitalista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>. Acesso em: 18 nov. 2020.