

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**JOÃO CARLOS MARTINS MACHADO**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: GARANTIA OU INEFICÁCIA DO JUDICIÁRIO**

**CARANGOLA**

**2017**

**JOÃO CARLOS MARTINS MACHADO**

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: GARANTIA OU INEFICÁCIA DO JUDICIÁRIO**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade Doctum de Carangola, como  
requisito parcial à obtenção do título  
de Direito.**

**Área de Concentração: Direito  
Processual Penal**

**Orientador: Prof. Vinícius Bigonha  
Cancela Moraes de Melo**

**CARANGOLA**

**2017**

**FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de conclusão de Curso intitulado AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:GARANTIA OU INEFICÁCIA DO JUDICIÁRIO, elaborada pelo aluno **JOÃO CARLOS MARTINS MACHADO**, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola-MG, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Carangola, MG, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017

---

Prof. Orientador:

---

Prof. Examinador 1

---

Prof. Examinador 2

## RESUMO

A audiência de custódia realizada por juiz competente tem por escopo servir como um juízo de admissibilidade da prisão, possui caráter preliminar e busca aferir possíveis ilegalidades quando da realização da mesma, não devendo o magistrado adentrar ao mérito desta. Portanto, a autoridade judicial, deve analisar cuidadosamente cada caso concreto, verificando a necessidade ou não de aplicação de uma das modalidades de prisão cautelar.

O que não se deve, é se valer deste instituto com a intenção de esvaziar o sistema prisional arbitrariamente, pois se assim o for, se tem configurado, inevitável equívoco da iniciativa, com claro desvio de finalidade do ato, devendo a autoridade se sujeitar as consequências penais, civis e administrativas.

É sabido por todos, que o país se encontra em um verdadeiro colapso prisional, onde a regra é que a prisão no Brasil não ressocializa, não reintegra, pelo contrário devolve na maioria das vezes, o preso a sociedade com aspectos cada vez mais vis. No entanto, mesmo diante da falência do sistema penitenciário brasileiro, é certo que a política de soltura geral de presos estimula a prática de novos crimes, além de aflorar na sociedade o sentimento de impunibilidade.

**Palavras-Chave:** Audiência de custódia. Prisão Cautelar. Sistema Carcerário

## **ABSTRACT**

The custody hearing held by a competent judge is intended to serve as a preliminary jury admissibility judgment, seeking to establish with it the possibility of unlawful imprisonment, and the magistrate should not enter into the merits of the arrest. Therefore, the judicial authority must carefully analyze each specific case, verifying the real necessity or not of applying the precautionary prison.

What we can not do is to use the custody hearing with the intention of emptying the prison system, in an arbitrary way, because if it were, it would have been an inevitable misconception of the initiative, with a clear deviation from the purpose, and the authority subject to criminal, civil and administrative consequences.

It is known by all that the country is in a true prison breakdown, where the rule is that prison in Brazil does not resocialize, does not reintegrate, on the contrary most often returns the prisoner to society with increasingly vile aspects. However, even in the face of the bankruptcy of the Brazilian system, it is certain that the policy of general release of prisoners stimulates the practice of new crimes, and also the feeling of impunity in society.

**Key-words:** Custody hearing. Caution arrest. Prison system

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 - SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A PRISÃO PROVISÓRIA</b> .....	<b>9</b>
1.1 Fundamento e formalidade da prisão.....	9
1.2 Modalidades de prisão processual cautelar .....	12
1.3 Da banalização das prisões provisórias no Brasil .....	16
<b>2 - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA</b> .....	<b>19</b>
2.1 Definição, previsão normativa e propósito .....	21
2.2 Dinâmica procedimental da audiência de custódia.....	24
<b>3 – OS REAIS MOTIVOS POR TRÁS DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>27</b>
3.1 Do projeto idealizado pelo CNJ.....	27
3.2 Das causas de aumento da população carcerária .....	30
3.3 Garantia ou ineficácia do Judiciário .....	31
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>35</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>37</b>

## INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa tem por objetivo tratar das audiências de custódias cautelares, e as questões referentes à sua aplicabilidade, efetividade e as causas que levaram a sua implementação no procedimento dos processos penais, e, com isso, verificar se esta surge como uma garantia de direitos do preso ou simplesmente como um meio de desafogar o sistema carcerário brasileiro.

As audiências de custódia tratam-se de um instrumento processual que visa garantir aos presos em flagrantes seus direitos fundamentais enquanto pessoa humana, e, se apresentam na prática penal através da condução do preso, a presença de uma autoridade judicial, no prazo de 24 horas após a prisão em flagrante, exigindo-se o prévio contraditório com a oitiva do Ministério Público e da defesa, com intuito de se avaliar a legalidade e a real necessidade de manutenção da prisão.

A previsão legal das audiências de custódia se encontram em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto São José da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No entanto, até pouco tempo atrás, o sistema jurídico brasileiro não havia demonstrado esforços para a concretização deste direito. Somente em fevereiro de 2015, que o Conselho Nacional de Justiça, através da parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e Poder Executivo por meio do Provimento Conjunto nº. 03/2015, lançou um projeto visando garantir a realização da audiência de custódia, e após um ano do lançamento do mesmo, a Resolução 213/2015, entrou em vigor estipulando prazo para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais inserissem as audiências de custódia ao procedimento.

Quanto à forma que a audiência de custódia foi implantada no procedimento processual penal, críticas relevantes foram sendo lançadas, quanto a sua inconstitucionalidade processual, tendo em vista que cabe somente à União, privativamente, legislar sobre matéria processual, conforme exposto no artigo 22, I, da Constituição Federal. Não tendo, portanto, o Conselho Nacional de Justiça competência legislativa para o feito.

Não existe atualmente no Brasil, lei regulamentadora do tema, no entanto, vale ressaltar a existência de projeto em tramite no Congresso, (PLS nº 554/2011).

Relevante se faz, no entanto, o estudo de alguns pontos emblemáticos a respeito da aplicabilidade, efetividade e a real causa que levou a instituição da audiência de custódia no procedimento penal. Tem-se apresentado na doutrina, divergências quanto a pontos relevantes, sendo um dos principais deles o ponto chave do presente trabalho, qual seja o questionamento da real finalidade das audiências de custódia, apontando o desafogamento do sistema penitenciário brasileiro, com a diminuição de presos provisórios, como o seu verdadeiro objetivo, porém, sem levar em consideração os anseios da sociedade por justiça.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da audiência cautelar de custódia e com isso determinar se o momento e o modo como a mesma foi introduzida no Ordenamento Jurídico brasileiro é efetivo ou somente uma forma de aliviar o sistema carcerário brasileiro que se encontra em colapso e com isso maquiagem os números relativos a criminalidade no Brasil e reduzir gastos com o sistema.

A presente pesquisa justifica-se pela necessidade e relevância do estudo de um recente instituto do direito processual penal, qual seja, a audiência cautelar de custódia, e as questões referentes à sua aplicabilidade, efetividade e as causas que levaram a sua implementação no procedimento na persecução criminal, para a seara do Direito Penal, uma vez que a doutrina brasileira, ainda não possui muitas obras que tratem do assunto em questão.

A metodologia adotada tem natureza jurídico exploratória, e se dará através de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem e descrição qualitativa, tendo sido embasada em material obtido por meio de livros jurídicos, periódicos especializados, acórdãos publicados na internet, e ainda realizado pesquisa legislativa e jurisprudencial sobre o assunto.

Esta monografia será exposta em três capítulos, onde no primeiro foi tratado sobre alguns aspectos do Sistema Prisional Brasileiro e da prisão provisória. No capítulo seguinte o tema apresentado é a audiência de custódia e por fim e de extrema relevância será tratado o tema central do presente

trabalho, que é as audiências de custódia para o poder judiciário, como uma garantia legal ou modo mascarar a ineficiência do judiciário.

## 1. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A PRISÃO PROVISÓRIA

### 1.1 Fundamentos e formalidades da prisão

O art. 5º, LXI da Constituição Federal de 1988, preceitua, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Toda prisão processual deve ser fielmente fiscalizada pelo juiz quanto à sua legalidade. A esse respeito, assegura o art. 5º, inciso LXV da CF que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (BRASIL, 1988). Em virtude disso é que a regra no ordenamento jurídico é se fundar a prisão em decisão de magistrado competente, devendo esta ser devidamente fundamentada, motivada, e ainda reduzida a escrito, a não ser os casos de prisão em flagrante delito, o que ainda se exige que a mesma seja devidamente comunicada a autoridade judicial, para que o mesmo possa atestar sua legalidade e com isso reafirmá-la. No caso de prisões ilegais o magistrado tem o dever de relaxá-las automaticamente, sob pena de incorrer no crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 4º, “d”, da Lei de n. 898/65

Por conta disso, exige-se que toda prisão seja devidamente comunicada ao magistrado, para que este possa analisar a legalidade da mesma. Constatando que a prisão é legal, deverá o juiz homologá-la. De outro modo, se perceber que a prisão é ilegal, deverá o magistrado relaxá-la, sob pena de cometimento do crime de abuso de autoridade.

Vale ressaltar, que mesmo sendo a prisão decretada por juiz competente, esta deve também ser fiscalizada pelo judiciário, neste caso por meio de autoridade de patente superior, através dos instrumentos cabíveis, como Habeas Corpus ou os recursos.

Nesse sentido ensina Guilherme de Souza Nucci:

É impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. Estipula o art. 5.º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. No mesmo sentido, dispõe o art. 310, I, do CPP. Além disso, não se pode olvidar que, mesmo a prisão decretada por magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos

cabíveis, entre eles o habeas corpus: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, LXVIII, CF).

Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar – nesse caso válido apenas para o juiz – prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. Quando a prisão for indevidamente concretizada, por pessoa não considerada autoridade, trata-se de crime comum (constrangimento ilegal e/ou sequestro ou cárcere privado). (NUCCI, 2016, p. 343)

Toda prisão deve atender a regras gerais para sua concretização, a principal delas é a indispensabilidade de mandado de prisão que dever ser expedido por autoridade judiciária, sendo esta a mesma que proferiu a decisão escrita e fundamentada nos autos de inquérito ou de processo” conforme previsto no art. 283, *caput*, Código de Processo Penal. Nucci acrescenta ainda que “excepcionalmente, admite-se a formalização da prisão por ato administrativo, como ocorre no caso do flagrante, embora sempre submetida a constrição à avaliação judicial (NUCCI, 2016, p.344).

O Código de Processo Penal dispõe ainda que deve ser encaminhada cópia dos autos de prisão em flagrante para o juiz, devendo o mesmo analisar sua legalidade e ainda sua real necessidade, para se determinar ou não a manutenção da prisão cautelar, conforme prevê art. 306 do CPP. Ocorre que esse mandamento normativo não tem se mostrado de todo eficiente no controle judicial da legalidade e necessidade das prisões provisórias, bem como, para se detectar possíveis desrespeito a direitos individuais do preso. Normalmente o primeiro contato do preso com o juiz que determinou a prisão ocorria meses depois, geralmente na audiência de instrução e julgamento.

Essencial destacar que uma prisão sem a observância dos preceitos legais ou ainda dos princípios norteadores da prisão processual, pode resultar em graves danos a direitos fundamentais. Por este motivo, é que se faz tão importante analisar a real necessidade da prisão processual e da prisão cautelar, além de verificar a existência de possíveis danos a pessoa presa e a coletividade.

A Constituição assegura ainda ao acusado diversas garantias limitadoras do *ius puniendi* do Estado. Tais garantias servem de base para o procedimento das prisões processuais, veja-se:

Art. 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

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

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1988).

As garantias acima colocadas servem para especificar quais são os direitos do homem, além de limitar a margem de atuação do Estado e resguardar os direitos universais do ser humano. Neste sentido que a prisão é vista como *ultima ratio* pela Constituição, sendo esta uma medida de caráter excepcional, por privar o indivíduo de sua liberdade, sendo portanto, imperativo que os direitos e garantias individuais sejam observados quando da decretação da prisão.

Assim aduz Aury Lopes Jr (2016, p. 444):

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam

O problema é que as prisões cautelares no Brasil, estão cada vez mais banalizadas, ultimamente se prende primeiro, para posteriormente se buscar provas legitimadoras da medida. As prisões cautelares, infelizmente, tem se apresentado como forma de resposta a opinião pública, que clama por justiça instantânea, tem desta forma, sido utilizada para mascarar a realidade da justiça, passando a sociedade uma noção de “falsa” eficiência. Aury Lopes Jr (2016, p. 445), aduz que “com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.”

## 1.2 Modalidades de prisão cautelar

A prisão processual resulta geralmente do flagrante delito ou de determinação judicial. A Constituição Federal de 1988, prevê que toda prisão realizada antes da condenação definitiva deve ser efetivamente fundamentada e de forma escrita por juiz competente.

Nosso ordenamento jurídico prevê algumas modalidades de prisão cautelar, sendo por exemplo a Prisão preventiva, a prisão em flagrante delito, e a prisão temporária, exemplos de prisão processual cautelar, previstas na legislação brasileira.

O artigo 5º, inciso LXI, da Lei Maior dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988). Assim, verifica-se já na Constituição Federal a previsão da prisão em flagrante.

Flagrante, pode ser compreendido como o delito que está sendo cometido ou acabou de ser cometido. Assim a prisão em flagrante prevista no artigo 302 de CPP é aquela que resulta no momento e no local do crime. Nas palavras de Nestor Távora a prisão em flagrante "é uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inópino." (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 560)

A prisão ao ocorrer no momento do acontecimento do fato faz cessar a infração imediatamente, e ela se legitima em razão da aparente convicção visual dos fatos.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 350):

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).

Dessa forma, percebe-se que a prisão em flagrante possui natureza administrativa, uma vez que dispensa a necessidade de ordem judicial expressa e fundamentada para sua realização, conforme visto pela leitura do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. É assim autorizada por poder ser observada por qualquer pessoa e ainda de maneira manifesta a materialidade e autoria do delito, dispensando-se, portanto, que inicialmente o juiz necessite realizar uma análise para autorizar a prisão. No entanto, posteriormente a prisão, autoridade judicial competente deve examinar a prisão e assim verificar sua validade e legalidade.

Nucci (2016, p. 343), observa que:

Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar – esse caso válido apenas para o juiz – prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. Quando a prisão for indevidamente concretizada, por pessoa não considerada autoridade, trata-se de crime comum (constrangimento ilegal e/ou sequestro ou cárcere privado).

Para a realização da prisão em flagrante é exigido apenas a aparência da tipicidade, não necessitando de algum tipo de valoração sobre a mesma.

Nucci (2016, p.350), sobre o assunto dispõe que:

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade (art. 5.º, LXV, CF). Ressalte-se, no entanto, que, analisada e mantida pelo juiz, passa a ter conteúdo jurisdicional, tanto que a autoridade coatora é o magistrado que a sustentou, tão logo dela teve conhecimento

A realidade é que o flagrante não possui força para manter ninguém preso além das 24 horas estipuladas para sua elaboração. Necessitando, portanto, que para que o suposto autor do fato permaneça preso a prisão seja submetida a análise judicial. (LOPES JR., 2013, p. 823).

A prisão preventiva “trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os

requisitos estabelecidos em lei” (NUCCI, 2016, p. 362). Modalidade de prisão tipicamente cautelar. Diferentemente da prisão em flagrante, na prisão temporária se tem a clara necessidade de se explicar o motivo da prisão, para que só assim, possa se ferir o princípio da inocência. Dessa forma, é vedado a decretação de prisão temporária automaticamente, sem fundamentação que demonstre a real necessidade da medida.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 311, prevê que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, inclusive após a sentença condenatória recorrível por juiz competente, podendo ainda ser de ofício, se no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente de acusação, ou ainda, por representação da autoridade policial, em qualquer fase processual.

Essa modalidade de prisão é uma das mais usuais, no entanto, a doutrina tem dificuldades em se entenderem quanto ao termo “garantia da ordem pública” previsto no art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Nucci (2016, p.364), sobre o assunto destaca:

Em suma, extrai-se da jurisprudência o seguinte conjunto de causas viáveis para autorizar a prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública: a) gravidade concreta do crime; b) envolvimento com o crime organizado; c) reincidência ou maus antecedentes do agente e periculosidade; d) particular e anormal modo de execução do delito; e) repercussão efetiva em sociedade, gerando real clamor público. O ideal é associação de, pelo menos, dois desses fatores.

Verifica-se o abalo à ordem pública pela divulgação do delito nos meios de comunicação, isso sem contar, a influência que o clamor público pode ter sobre o judiciário, sendo, portanto, correto afirmar que o juiz enquanto pessoa que é acompanhada as notícias, necessitando assim que os magistrados tenham bom senso para saber diferenciar quando um caso noticiado não está sendo sensacionalizado, ou uma divulgação real à ordem pública.

Pode ser analisado, ainda, outro fator quando o assunto é a repercussão social, qual seja, quando a prática de um crime adquire a periculosidade, que é

a probabilidade de o acusado tornar a cometer novos crimes. A periculosidade, pode ser detectada através dos antecedentes e ainda pela maneira que o crime foi executado. Portanto, é permitido a decretação da prisão preventiva do acusado que possui registros de maus antecedentes, podendo este ser associado a crueldade usada na execução do delito.

A prisão preventiva, possui ainda a finalidade de assegurar o bom andamento do processo criminal, devendo este ter tempo determinado, pois para evitar que a prisão seja prolongada por culpa do magistrado ou ainda por atos procrastinatórios do Ministério Público. Caso tal fato aconteça, se tem a configuração do constrangimento ilegal. No entanto, se observada a razoabilidade e havendo necessidade poderá a prisão preventiva ser decretada sem determinação de prazo fixo para o término da instrução.

Por fim, a prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, é modalidade de prisão que visa “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave” (NUCCI, 2016, p. 348).

Tal procedimento só é permitido para uso em investigações policiais, dentro do inquérito policial, e para sua decretação é necessário representação do Ministério Público ou autoridade policial, nunca de ofício.

O artigo 1º da Lei 7960/89 aponta três hipóteses de cabimento da prisão temporária, veja-se:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (BRASIL, 1989)

O prazo para prisão temporária deve ser em regra de cinco dias, podendo conforme prevê o artigo 2º, caput, da Lei 7.960/89, ser prorrogado por mais cinco dias, mas somente em casos de extrema e comprovada necessidade. Quando se tratar em crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe de cinco para trinta dias.

Relevante ressaltar que uma vez expirado o prazo da prisão, e esta não tendo sido convertida em prisão preventiva, deve ser o acusado posto em liberdade imediatamente pela própria autoridade, não necessitando nem mesmo de expedição de alvará de soltura, pois se não tem-se configurado o constrangimento ilegal.

### **1.3 Da banalização das prisões provisórias no Brasil**

Segundo dados do último levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen<sup>1</sup>, publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015, apresenta um número totalmente alarmante, 607.731 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo que o sistema brasileiro está preparado para atender à 376.669 pessoas, tendo portanto um déficit de vagas de 231.062. Importante registrar também que o Brasil, segundo o mesmo levantamento, ocupa o quarto lugar no ranking dos países com maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade. Ressalta-se ainda que 41% dessas pessoas que se encontram presas, não foram condenadas ainda pelo sistema judiciário brasileiro, e mais da metade dos presos provisórios, permanecem presos a mais de 90 dias. O que demonstra que a prisão provisória tem sido usada de forma abusiva pelas autoridades.

---

<sup>1</sup> <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>

Diante dos elevados índices acima apresentados, e principalmente no tocante aos números referentes as prisões provisórias, percebe-se que as prisões cautelares tem sido usadas de forma desregrada e abusiva no sistema penal brasileiro. O país passa por um período de clara distorção da aplicabilidade das prisões cautelares, sendo claramente desrespeitados princípios básicos que regem tais modalidades de prisão, bem como, direitos e garantias fundamentais do homem. A Constituição determina que a prisão é *ultima ratio*, e só deve ser decretada em situações onde o risco é evidente.

Tem se usado as prisões cautelares como forma de transmitir a sociedade a impressão de que a justiça está sendo feita, sendo muitas das vezes fundamentadas no clamor público. Rosa (2014, p. 160) acrescenta que “a prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal.”

Acrescentam ainda Lopes Jr. e Rosa (2015, P. 56):

Pensamos que o processo “demora demais” e ninguém quer esperar até a sentença, afinal, qualquer demora é uma dilação insuportável para uma sociedade hiperacelerada. Por isso, quando somos sedados pela avalanche de imagens de uma megaoperação policial e ninguém sai preso, temos a molesta e incômoda sensação de que haverá impunidade

O desenvolvimento do procedimento pré-processual necessita de um trabalho conjunto entre a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, sendo, portanto, as três instituições responsáveis sobre o excesso de tempo da prisão. Verifica-se assim, diante dos números apresentados, que o aumento da população carcerária, está relacionada com o não cumprimento dos prazos das prisões cautelares, bem como, com a fundamentação judicial muitas das vezes insuficiente sobre a real necessidade da prisão, além de outros fatores como um baixo número de defensores públicos, uma vez que a maior parte dos presos são de baixa renda, ou ainda, a falta de regulamentação sobre os prazos máximos de validade da prisão provisória, tudo isso tem levado a prisões cautelares irrazoáveis.

O art. 5º, inc. LXXV da Constituição Federal de 1988, aduz que “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988), porém, tal norma

não se aplicaria a medidas cautelares, como a prisão provisória ou a temporária.

O superlotamento dos presídios em sua maioria é devido à demora dos julgamentos dos presos provisórios. Relevante ressaltar que a prisão tem se mostrado um ambiente hostil, que não tem alcançado um dos seus principais objetivos, que é a ressocialização.

Sobre a ressocialização ressalta Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação. (MIRABETE, 2002, p. 24)

A prisão, tem se convertido em meio de investigação. Primeiramente se deveria investigar, diligenciar, e só depois prender, após clara comprovação do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* as investigações ou somente após a sentença condenatória transitada em julgado. Mas como já mencionado prisões cautelares estão associadas ao clamor público de justiça instantânea, passando tais modalidades de prisão a serem instrumento de uso comum e ordinário, perdendo sua finalidade real.

## 2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Tema do processo penal que tem se destacado nas discussões doutrinárias, é a chamada audiência de custódia, que se revela direito do indivíduo preso em flagrante de ser conduzido a presença de uma autoridade judicial competente, no prazo máximo de 24 horas, a fim de ser averiguada a legalidade e manutenção da prisão, se verificando a ocorrência de possíveis atos de maus tratos ou de torturas, sendo garantido neste ato, o contraditório através de manifestação tanto da acusação como da defesa.

A audiência de custódia foi implementada a pouco no Ordenamento Jurídico Brasileiro, com a justificativa de se cumprir acordos internacionais firmados, que fazem previsão da realização das audiências de custódia, como é o caso, do Pacto São José da Costa Rica, que em seu art. 7º, item 5, dispõe:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.<sup>2</sup>

Após passados anos da ratificação do Pacto, se consolida de forma questionável, a realização das audiências cautelares de custódia no Brasil, justamente em um momento crítico para o sistema carcerário brasileiro, que vive uma crise gigantesca, onde o último levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen<sup>3</sup>, publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015, apresenta um número totalmente alarmante, 607.731 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo que o sistema brasileiro está preparado para atender à 376.669 pessoas, tendo portanto um déficit de vagas de 231.062. Importante registrar também que o Brasil, segundo o mesmo levantamento, ocupa o quarto lugar no ranking dos países com maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade. O que leva ao questionamento das intenções reais para somente agora ser instituída no procedimento processual penal.

Jeferson Botelho, ressalta que:

---

<sup>2</sup> [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

<sup>3</sup> <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>

É preciso mudar esse panorama atual. Audiência de custódia é atestado de ineficiência do estado diante de problemas estruturais longe de serem resolvidos.

Vê-se, claramente, que o pensamento da audiência de custódia é soltar presos e não acelerar o processo e julgamento das infrações penais. (BOTELHO, 2015)

Remetendo-se assim as palavras de Jeferson Botelho, as audiências de custódia no momento atual do Brasil, se apresenta como atestado de ineficiência do Estado, tendo em vista que a legislação penal brasileira adota a prisão como exceção, e se funda no princípio da necessidade da prisão, tendo na norma pátria diversos dispositivos que ampliam a liberdade e reduzem as prisões, ao preverem, por exemplo, que ao o autor que comete crime de menor potencial ofensivo, não lhe será imposta prisão, quando este assumir o compromisso de comparecer ao juízo criminal, ou ainda, nos casos de crimes cometidos com pena de até 04 anos de prisão, em abstrato, onde a Autoridade Policial deverá arbitrar um valor de fiança podendo assim o autor responder ao processo em liberdade, entre outras.

Assim se verifica, através de uma primeira análise que a finalidade da audiência de custódia foi deturpada, a fim de se alcançar números mais satisfatórios em relação a criminalidade no Brasil.

Não se pretende com o presente trabalho rechaçar a relevância da audiência de custódia, no entanto, a mesma ainda encontra diversos desafios para se concretizar de forma plena sem se pôr em risco toda uma sociedade. Sendo certo que ao ser utilizada como meio de se implantar a política de soltura no país, e com isso diminuir os gastos com o encarceramento, pode se pôr em cheque a segurança da sociedade e do processo criminal.

A audiência de custódia, como visto, tem por finalidade garantir um direito do preso, que indiretamente, já foi resguardado do Código de Processo Penal, não tendo, portanto, justificativa para diminuir drasticamente os número de encarceramento até então presentes. Após a implementação da audiência de custódia, cerca de oito mil pessoas que foram presas em flagrante em 2015, não foram mantidas presas, após a realização da referida audiência.<sup>4</sup>

As audiências de custódia devem ser tratadas com cautela, e somente por em liberdade os presos com esse direito, mantendo presos os que

---

<sup>4</sup> <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>

realmente são necessários. No entanto, o momento em que se destaca a audiência de custódia, deixa enraizado a sensação de que esta não passa de uma tentativa de diminuir a população carcerária se adotando medidas alternativas em prejuízo da sociedade.

## **2.1 Definição, previsão normativa e propósitos**

O conceito da palavra custódia significa “ato de guardar, proteger”. Para a prática penal, a audiência de custódia surge como mecanismo que coloca o preso em contato direto e sem demora com autoridade judicial competente, que deverá exercer um controle da legalidade e da necessidade da prisão, bem como, analisar as condições em que se apresenta a pessoa do preso, no que diz respeito a prática de maus tratos ou tortura, devendo ainda neste ato ser observado o contraditório entre acusação e defesa. (PAIVA, 2015, p. 31).

A audiência de custódia, ou audiência de apresentação como também é conhecida, trata-se de instrumento que tem por objetivo resguardar a liberdade pessoal do acusado e sua dignidade. Este instituto encontra previsão normativa em Tratados Internacionais no qual o Brasil é signatário, como já mencionado no tópico anterior.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) prevê em seu artigo 9.3 que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...) (PIDCP, 1966).

Vale ressaltar que a expressão ‘sem demora’ tem sido relacionada a um prazo de até 24 horas, que devem ser contadas a partir da prisão em flagrante, devendo, portanto, dentro deste prazo, ser o autuado apresentado a juiz competente. Atualmente, o Código de Processo Penal estabelece somente que os documentos do inquérito devem ser apresentados ao juiz nesse lapso temporal (artigo 306, § 1º), não existindo nesta norma nenhuma referência a apresentação do acusado a magistrado. Então normalmente, estando a autoridade judicial de posse do auto de prisão em flagrante (APF), ele avaliava

a legalidade da prisão, bem como, a necessidade de mantê-la ou não, convertendo-a em prisão preventiva, que é outra modalidade de prisão cautelar ou optando pela liberdade provisória, toda sua decisão baseada apenas nos documentos passados pela polícia. Somente sendo ouvidos o acusado e testemunhas em audiência de Instrução e Julgamento, que geralmente acontecem meses depois de efetuada a prisão.

Apesar de a previsão normativa desse instituto estar tratada somente em tratados o Supremo Tribunal Federal já reconhecia a suprallegalidade destas normas de tratados internacionais de direitos humanos. A discussão sobre a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro é recente, existindo projeto de lei em tramite no Congresso, trata-se do Projeto do Senado de nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que propõe a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, onde passaria a instituir a audiência de custódia, a ser realizada em 24 horas após a prisão em flagrante, de acordo com o texto abaixo:

Art. 306. [...]

§1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O conceito dado à audiência de custódia, está intimamente relacionado com as suas finalidades, quais sejam, de cumprir mandamento expresso em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, do qual o Brasil participa, e proteger o indiciado de vir a sofrer com tortura policial, assegurando assim o direito à integridade pessoal de pessoa presa evitando assim prisões ilegais, arbitrárias, ou, até mesmo desnecessárias (PAIVA, 2015, p. 34-39).

A realização da audiência de custódia busca ajustar o processo penal aos tratados internacionais, tendo em vista que apesar de ser signatário dos referidos tratados, os mesmos não eram efetivamente cumpridos pela legislação brasileira, uma vez que, a audiência de custódia ainda não possui previsão normativa na legislação brasileira. Contudo, somente recentemente a audiência de custódia passou a ser realizada na prática no Ordenamento Jurídico brasileiro em 24 de fevereiro de 2015, 23 anos depois em relação à

aderência do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), através de uma ação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu início à implementação do projeto “Audiência de Custódia”, capitaneado pelo CNJ. Atualmente implantado nos 27 Tribunais de Justiça do país. Assim, percebe-se que a realização da audiência de custódia não trata-se de uma inovação, mas sim, do descumprimento dos tratados.

Em revista, o Conselho Nacional de Justiça (2016)<sup>5</sup>, expõe que a audiência de custódia:

Trata-se de uma ação do Conselho Nacional de Justiça mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão.

Paiva menciona decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sobre o controle da prisão:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência (CIDH *apud* Paiva, 2015, p. 39).

Portanto, a audiência de custódia foi criada para assegurar o respeito aos direitos fundamentais do acusado mediante apresentação imediata do preso a presença de um juiz.

---

<sup>5</sup> <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fd eaf529f0dec09b.pdf>

## 2.2 Dinâmica procedimental da audiência de custódia

Uma vez analisado o conceito e as finalidades da audiência de custódia, relevante um estudo do procedimento deste instituto, bem como, o papel dos operadores do direito na sua realização.

Inicialmente, se faz necessário a leitura do art. 7.5 da CADH<sup>6</sup>, que diz que:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CADH, 1969)

A Corte Interamericana em interpretação do art. 7.5 da CADH, define a quem o preso deve ser apresentado para a realização da audiência de custódia:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

Percebe-se que foi usada acima a expressão 'presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei'. Diante de tal termo questiona-se sobre quem deveriam ser tais outras autoridades a presidirem a audiência de custódia. Diante das finalidades já apresentadas acima, que é a promoção do controle judicial da prisão de forma imediata, é que grande parte da doutrina tem entendido que deve ser somente um juiz.

Os membros do Ministério Público, da Polícia e da Defensoria, não se enquadram nas exigências do art. 7.5 da CADH que requer um juiz ou autoridade prevista em Lei, o que não é o caso. Assim, a polícia judiciária, a defensoria e o Ministério Público não são órgãos subordinados ao do Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal estabelecem que é função do delegado de polícia a lavratura do auto de prisão em flagrante. Não sendo autorizado à autoridade policial deferir liberdade

---

<sup>6</sup> [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)

provisória ou qualquer outra medida cautelar diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal (PAIVA, 2015, p. 47-48). O delegado possui função de extrema relevância na proteção dos direitos humanos, no entanto, não se trata de uma autoridade judicial.

Apesar do posicionamento acima exposto a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil), entrou com Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5240, questionando a implantação da audiência de custódia pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo em vista a ausência de legislação específica, fundamentando no princípio da reserva legal. No entanto, a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao Ministério Público, inviável seria a titularidade para a realização da audiência, uma vez que, ele na maioria das vezes é parte no processo, sendo totalmente parcial.

A audiência de custódia, portanto, deve ser presidida por juiz, até que tenha lei que indique novas autoridades, por ser o magistrado, autoridade competente capaz de controlar a legalidade da prisão. Além do mais, já nessa fase, o Ministério Público, bem como, defesa devem apresentar as razões pelas quais a prisão deve ou não ser mantida.

O acusado deve, portanto, ser apresentado ao juiz, no prazo de até 24 horas, até mesmo nos finais de semana, devendo ainda, estarem presentes no ato membro do Ministério Público e defensor. Tal prazo visa, como já mencionado, assegurar maior efetividade dos direitos humanos, bem como, garantias constitucionais como a do contraditório e da ampla defesa.

O Conselho Nacional de Justiça apresenta instrução para que a audiência de conciliação tenha duração aproximada de 10 (dez) minutos.

Vale ressaltar, por fim, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ainda é um dos instrumentos normativos que mais esclarecem sobre a apresentação do acusado a autoridade judicial.

Passa-se agora, a análise da relação existente entre a implantação da audiência de custódia e o poder judiciário, e as reais intenções do Conselho Nacional de Justiça ao criar projeto que coloca em prática o mandamento expresso nos tratados internacionais, qual seja, conduzir o acusado a

autoridades judicial competente para que se possa realizar o controle da legalidade e necessidade da prisão cautelar.

### **3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PODER JUDICIÁRIO: OS REAIS MOTIVOS POR TRÁS DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS PROCESSO PENAL.**

#### **3.1 Do Projeto idealizado pelo CNJ**

O projeto “Audiência de Custódia” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, conforme prevê o artigo 92, I,-A, da Constituição Federal de 1988, vai de encontro com os objetivos do Poder Judiciário que é “Realizar Justiça”.

O CNJ buscando alcançar os objetivos do Judiciário lançou projeto nacional, com intuito implantar o compromisso de realização de justiça, passando a ser realizada audiência de custódia, “com o escopo de assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado.” (BRASIL, 2016). O termo de abertura do referido projeto, apresenta nas suas justificativas, a população carcerária do país, que já alcançava o elevado número de 563.526 pessoas, das quais, 41% deste número, se compõe de pessoas presas provisoriamente, conforme já mencionado. Logo após, informa que o Brasil se encontra entre os quatro países com o maior índice de pessoas presas. Relata ainda que a população carcerária subiu de 148 mil pessoas para 361.402, segundo dados do Ministério da Justiça, o que significa dizer que houve um crescimento de 143% em entre os anos de 1995 e 2005. A justificativa ainda aduz que de forma anacrônica, a redemocratização do país levou também ao aumento dos índices de criminalidade resultando no superlotamento sistema prisional brasileiro, ferindo as garantias da Constituição Federal, na dignidade da pessoa humana um fundamento da República e a presunção da inocência como um princípio substancial.

Na justificativa alegam ainda:

O grande desafio, pois, é entender: como o Brasil alcançou essa realidade, malgrado o nosso amplo sistema de direitos e garantias? Por que o grande índice de presos provisórios, se as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 12.403/2011 conduziram, por lógica, à sua diminuição? Afinal, por que a prisão cautelar não é a

coadjuvante do sistema penal e, definitivamente, encarada como exceção? (BRASIL, 2016)

Em relatório da ONU apresentado sobre Detenção Arbitrária, o Brasil aparece com situação alarmante. Informam que “embora o sistema de justiça criminal brasileiro trabalhe sob matrizes garantistas, a decretação da prisão cautelar continua sendo amplamente assumida pelo Judiciário local sem maiores reflexões”<sup>7</sup>. Dessa forma um instituto que antes era visto como exceção, agora é tão corriqueiramente usado que resultou em um colapso do sistema prisional brasileiro, vivendo esse, tempos de crise intensa. Segundo o mesmo relatório, “a presunção de inocência consagrada na Constituição parece ser uma prática abandonada pelos juízes que recorrem em muitos momentos à prisão cautelar como primeira medida”<sup>8</sup>.

A justificativa, por fim, informa que 37% dos presos provisórios, geralmente não são condenados a penas diversas das privativas de liberdade. Dessa forma, após todo o exposto o Conselho Nacional de Justiça propõe:

percebendo a necessidade de provocar reflexões bem mais comprometidas sobre a utilidade e a adequada utilização das medidas cautelares em face do sistema de justiça criminal, a implantação e operacionalização da prática da denominada ‘audiência de custódia’, também chamada de ‘audiência de apresentação’, enquanto ato por meio do qual se dará a apresentação do autuado preso em flagrante delito perante um juiz, permitindo-lhes o contato pessoal como método de melhor pautar as providências previstas no art. 310 do Código de Processo Penal, assegurando-se, com isso, e mais concretamente, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, conforme prevê o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que se constituem em autênticas franquias legislativas, malgrado provindas de fonte externa. (BRASIL, 2016)

Ao se analisar criticamente as justificativas apresentadas pelo CNJ para a implantação do projeto, percebe-se que a justificativa aponta como um dos motivos fundamentais a implantação do projeto em escala nacional, o elevado aumento da população carcerária no Brasil, principalmente, no tocante aos números detectados em pesquisa do Ministério, que demonstra que a

---

<sup>7</sup> UNITED NATIONS. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Brazil (18 to 28 March 2013)*. Disponível em: <[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/27/48/Add.3](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/27/48/Add.3)>.

<sup>8</sup> Idem

aplicação da prisões cautelares tem se tornado banal no ordenamento jurídico do país, sendo revelado que os juízes têm se afastado dos preceitos garantistas.

Ricardo Lewandowski, ministro, à época presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, destaca a importância do projeto, ao afirmar que: “nós prendemos muito e prendemos mal. Temos cerca de 600 mil presos no Brasil e o pior de tudo é que 40% são presos provisórios, ou seja, são 240 mil pessoas encarceradas nesse nosso país em flagrante ofensa ao princípio da presunção de inocência” (LEWANDOWSKI, 2015).

Se observado, percebe-se que o Ministro alega que além de prender-se “muito”, também se prende “mal”, o que ajuda a corroborar o entendimento de que o projeto do CNJ surgiu para tentar resolver a crise vivenciada pelo sistema penitenciário brasileiro, e não especificamente para garantir os direitos fundamentais do acusado, principalmente o direito a presunção de inocência. Demonstra ainda que o judiciário tem sido relaxado no uso da prisões cautelares, mostrando ainda o desapego corrente garantistas, que resulta no aumento da população carcerária.

Vanderlei Deolindo sobre o desapego das teorias do garantismo por parte dos juízes expõe:

No Rio Grande do Sul, berço do garantismo penal, os dados são diferentes, pois o Estado gaúcho conta com uma população carcerária na casa dos 28.059 presos, sendo 35% deles ainda não julgados. Afora o exagero na atribuição de culpa ao rigor dos juízes brasileiros, não se pode deixar de considerar a importância do CNJ e do projeto desencadeado, pois existem muitos Poderes Judiciários pelo nosso Brasil, em cada um dos Estados, e nas vezes em que ocorre o dito desapego das matrizes garantistas, indica-se uma falta de cultura que precisa ser enfrentada, construída e disseminada nacionalmente no passar dos tempos. São múltiplos os casos de prisões provisórias por crimes afiançáveis que, mesmo em caso de condenação, originarão penas diversas da privativa de liberdade. Diversos os casos em que vários presos provisórios serão absolvidos. Muito mais são os casos nos quais as medidas cautelares alternativas previstas no CPP podem ser aplicadas, em substituição ao encarceramento imediato, privilegiando-se o princípio da inocência. E, nesse particular, o CNJ passou a gerir dados nacionais que justificam a instituição de projeto dessa natureza. (DEOLINDO, 2016, p. 208-209)

Como visto, interessante questionamentos são levantados quando da leitura das justificativas apresentadas para o projeto nacional de implantação da audiência de custódia, pois tudo remete ao elevado número de presos e a

superlotação do sistema carcerário, sendo a audiência de custódia mero instrumento de diminuição da população carcerária.

Obviamente que não se pode ignorar a relevância de tal projeto, uma vez que este tem por finalidade a defesa dos direitos individuais do acusado preso, que possuem conforme previsão em tratado internacional, o direito de serem conduzidos a juiz competente para que possa ser realizado o controle da legalidade e da real necessidade da sua prisão, não ficando somente à mercê do que transmite os policiais ao magistrado através do inquérito ou auto de prisão em flagrante.

De outro modo, não se pode deixar de lado, a finalidade do direito penal, qual seja, a manutenção da paz social, que é buscada através da punição e a retirada do convívio social de todos aqueles que deixam de agir em conformidade com a lei, praticando atos criminosos contra a sociedade, que em sua maioria é voltada aos bons costumes. No entanto, tal seleção só pode se dar após a oitiva da defesa e do Ministério Público, através da audiência de conciliação, devendo esta ser feita por juízes competentes para o ato.

### **3.2 Das causas de aumento da população carcerária**

Extremamente relevante demonstrar que a população carcerária do país vem aumentando vertiginosamente, assim como os números da criminalidade também vem sofrendo aumento circunstancial, e tal fato, não pode ser justificado apenas por causa do afastamento dos magistrados das premissas garantistas, ou ainda do exagerado rigor dos juízes na aplicação das leis brasileira, esse superlotamento do sistema penitenciário se deve por um conjunto de fatores, econômicos, sociais e jurídicos. Segundo a Secretaria de Segurança dos Estados, os dados carcerários do país, apesar de muitas das vezes estarem maquiados para atender a interesses políticos de uma minoria, indicam um aumento total da criminalidade a cada ano, dando destaque para os crimes de tráfico de entorpecentes, receptação de veículos, roubo de veículos e roubos a pedestres, além dos furtos.

Como bem lembra Vanderlei Deolindo:

É de se considerar, ainda, que um número expressivo sequer ingressa nas estatísticas, pois as vítimas não levam ao conhecimento da polícia, tamanho o descrédito em relação ao sistema. Mais preocupante ainda é o fato de que os números relativos às prisões em flagrante (e que servem aos estudos relativos às audiências de custódia e à relação do número de presos provisórios) somente expressam parte do contingente de crimes praticados no meio social todos os dias e noites, pois a grande maioria não resulta em auto de prisão em flagrante. Ou seja, são praticados muito mais crimes do que são objeto de autos de prisão em flagrante. Daí porque o sentimento de insegurança da população é ainda maior. (DEOLINDO, 2016, p. 210)

Dessa forma, necessita-se de atuações nas causas e nos efeitos das prisões. Não basta distorcer a finalidade de um instituto como a audiência de custódia para se solucionar toda uma crise no sistema carcerário, mas necessita-se de políticas públicas que atuem junto as populações carentes, auxiliando na educação familiar e escolar, na diminuição da pobreza e do desemprego, nas crises econômicas, na impunidade, entre outros diversos fatores. Lembrando sempre que a sociedade já totalmente insatisfeita com o alto nível de criminalidade no país tem exigido, cada vez mais, respostas efetivas sobre o assunto. Sendo por isso fundamental que as alternativas apresentadas a solução de problemas como o do superlotamento dos presídios, seja harmoniosas com o ordenamento jurídico, para que os direitos das pessoas de bem possam ser preservados.

### **3.3 Garantia ou Ineficácia do Judiciário**

Se viu a necessidade clara de se fazer algo que a reforma penal de 2011 não conseguiu, com as alterações referentes as cautelares no Código de Processo Penal, que é diminuir a população carcerária, principalmente a de presos provisórios.

Surgindo assim o projeto das audiências de custódia, como um meio de solucionar a problemática crise do sistema prisional brasileira. O referido órgão, já vinha acompanhando a situação da Lei 12.403/2011, a tempos, veja-se:

a situação das prisões brasileiras tornou-se tão grave que, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça colocou em ação um programa emergencial para revisar os processos das pessoas encarceradas. Os relatórios dos Mutirões Carcerários apresentam exemplos claros dos abusos cometidos, como estes citados por Santos (2010): “FLS foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a

instrução sequer havia sido iniciada. AA furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão no regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença AA foi liberado. LSM foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário. RS ficou preso mais de 2 anos sem sequer ser denunciado. (ZACKSESKI, 2010)

Juntamente se tem ainda os eventuais abusos policiais que ocorrem quando do ato da prisão, sendo verdadeiras técnicas de torturas, que era comumente usada na época de exceção do Estado de Direito, que tem permanecido firme em sobreviver a instituição da democracia no país. Os números sobre tais abusos, geralmente tendem a serem divulgados no exterior, e não internamente, uma vez que demonstra a ineficiência do poder estatal em manter segura a sociedade.

Por fim, um último argumento deve ser lembrado, e um dos mais influenciadores para criação de mecanismos que consigam reduzir o problema da população carcerária, qual seja, seus custos. Lewandowski, lembrou posteriormente sobre tal discussão que:

O preso custa hoje aqui no Brasil, em média para os cofres públicos estaduais ou federais, cerca de R\$ 3 mil. Se nós multiplicarmos 120 mil presos por 12, teremos a impressionante cifra de R\$ 4,3 bilhões em um ano. Evidentemente é um dinheiro que, ao invés de manter pessoas que não precisam ser presas, nós poderemos investir em áreas essenciais. (LEWANDOWSKI, 2015)

Dessa forma, começou uma caça ao resgate do ser humano no processo penal, como uma forma de diminuir gastos e apresentar ao povo uma resposta rápida ao problema do sistema carcerário, sendo claro, tal alternativa visualizada pela classe política de todos os poderes do Estado. O que aparenta é um acordo mútuo entre todas as instituições políticas do país que facilmente aceitaram o discurso otimista do projeto de audiência de custódia apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

A audiência ganhou sim críticas, daqueles que estavam diretamente ligados ao ato, tais como juízes, o Ministério Público, principalmente o do Estado de São Paulo, que foi o pioneiro no projeto, que diante de sua visão institucional, apresentou resistência desde o início, a audiência. Outro órgão que também demonstrou resistência foi a associação de classe do Ministério

Público de São Paulo, que chegou até mesmo a impetrar mandado de segurança contra a resolução paulista, no entanto, não lograram muito êxito, pois foi reconhecida a inépcia da inicial levando o mesmo ao fim sem julgamento do mérito. Por fim, delegados de polícia buscaram as portas do STF para açoiar a iniciativa legislativa.

No entanto, a maioria não significa todo mundo. Por exemplo a Associação de Juízes de Direito, se mostrou a favor da iniciativa, bem como, as instituições ligadas diretamente com o direito de defesa, tais como a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil.

O que problema é que diante do pouco tempo de implantação da audiência de custódia no processo penal, ainda não se tem dados suficientes que comprovem qualitativamente e quantitativamente o verdadeiro resultado das audiências de custódia. Inicialmente o assunto tem sido abordado nos meios de comunicação apresentando resultados magníficos para os que esperam uma aplicação harmoniosa entre as prisões cautelares e a real necessidade das prisões, quando analisadas na audiência de custódia.

Foi noticiado, logo após a implantação do projeto na cidade de São Paulo, que dos 24 casos onde foi realizada a audiência, em 17 foram concedidas liberdades provisórias<sup>9</sup>, número totalmente incomum quando a conferência da legalidade e necessidade da prisão eram realizadas somente como base nos termos do inquérito policial e do auto de prisão em flagrante. Logo, pouco mais de um mês do início do projeto, a proporção de prisões caiu pra 40%<sup>10</sup>, valores mais significantes são apresentados pra outras capitais onde o projeto já estava em funcionamento.

Certo é que a audiência de custódia é um instituo de extrema relevância para o processo penal, por garantir que este respeite efetivamente os mandamentos constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faz parte, no entanto, não será apenas sua simples implementação que irá resolver o problema do superlotamento do sistema carcerário.

Luciana de Souza Teixeira aduz que:

---

<sup>9</sup> <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,no-1-dia-de-audiencia-de-custodia-juizes-ju-igam-24-detidos-em-flagrante-na-capital,1638927#>

<sup>10</sup> <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-pris-oes,1655034>

Primeiramente, de nada adianta uma audiência que verifique a legalidade da prisão preventiva se os juízes, pressionados pela opinião pública e pela classe política, desnaturalizarem o instituto, usando justificativas que não respeitem a lógica cautelar, como a ampliação do fundamento de garantia da ordem pública, com o objetivo de demonstrar uma resposta imediata pela justiça. Como já foi explicitado no primeiro capítulo, prisão cautelar não é pena, deve ser usada só em casos excepcionais, o que demanda uma fundamentação concreta de sua necessidade. As alterações legislativas são importantes, representam um marco fundamental, mas sobre elas se faz necessária a reformulação de velhos valores e do comodismo das tradições cristalizadas. (TEIXEIRA, 2015, p. 41)

Assim verifica-se que a audiência de custódia surgiu como um instrumento de forte potencial para realizar um grande desencarceramento nos presídios, ao mesmo passo que demonstra a ineficácia do art. 306 do Código de Processo Penal, por demonstrar com isso que a análise da legalidade e necessidade da prisão realizada até hoje por magistrado, unicamente através do inquérito, era na maior parte das vezes errônea, não tendo assim o juiz o conhecimento da real situação do acusado preso, e somente através do contato direto é que o juiz poderá julgar o caso de forma mais justa, podendo assim, justificar tal ato publicamente.

Portanto, a audiência de custódia somente servirá aos seus propósitos, quando estiver acompanhada de outras medidas, que possam garantir uma melhor gestão e funcionamento do sistema carcerário, tendo o acusado preso a garantia efetiva de defesa, como através do fortalecimento das defensorias públicas, ou ainda do monitoramento periódico do cumprimento de medidas cautelares alternativas. Devendo ainda ser mudado o discurso valorativo da prisão, principalmente quando está mais que claro que esta não tem resolvido os problemas, para qual foi criada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se de todo o exposto no presente trabalho que o projeto “Audiências de Custódia” implantado nacionalmente pelo Conselho Nacional de Justiça, está apenas engatinhando, apesar do mandamento legal existir desde 1969, quando o Brasil assinou o Pacto San José da Costa Rica, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. No entanto, o Brasil veio ratificá-la somente em 1992. Apesar de não ter havido a implementação da referida audiência na legislação infralegal, não se pode deixar de lado as diversas alterações sofridas no sistema processual penal brasileiro, onde acusados presos em flagrante delito passaram a ter uma série de garantias originadas dos mandamentos constitucionais e legais.

A audiência cautelar de custódia surge então como um bálsamo, que veio para corrigir uma falha de um sistema precário e deficiente que é o Sistema Carcerário. O Estado busca corrigir uma deficiência que está escondida nos números de detentos provisórios aguardando julgamento. O cenário do sistema penitenciário brasileiro, que é caracterizado pelo superlotamento carcerário, requer inovações em relação aos conflitos, mas não pode, contudo, utilizar-se arbitrariamente de um instituto nobre como a Audiência de Custódia, para diminuir os índices de criminalidade do país, se atingindo dessa forma o princípio da supremacia do interesse público. Deve-se assim, buscar um equilíbrio na utilização do instituto, de forma a não banalizá-lo.

De outro modo, a audiência de custódia se torna instrumento especial para Poder Judiciário a favor da sociedade, uma vez que, é através da audiência de custódia que o juiz estará realizando uma análise formal da prisão, verificando assim sua legalidade e sua real necessidade de permanência. Servindo, ainda, como meio de controle para eventuais excessos que possam ser praticados pela autoridade policial ou terceiros. É dever do judiciário zelar pela integridade física dos presos, uma vez que os mesmo após cumprirem suas penas estarão retornando a sociedade, e no caso dos presos provisórios maior proteção lhes deve ser reservada, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988.

A audiência de custódia, assim, se revela importante na salvaguarda de direitos do preso, no entanto, exigirá dos operadores do direito uma maior responsabilidade ao analisarem cada caso concreto, respeitando assim os critérios da legalidade e da eficiência.

É de extrema relevância que o Brasil se adéque aos compromissos assumidos nos acordos internacionais, garantindo harmonia do sistema jurídico brasileiro, no entanto, não se pode desvirtuar a finalidade das audiências de custódia previstas nos tratados internacionais

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Mapa da Implementação da Audiência de Custódia no Brasil.** Brasília/DF: [s.n.], 2016. Online. Acesso em 18 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 10 nov. 2017

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Audiência de Custódia.** Brasília: CNJ, 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf> > Acesso em: 9 out. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.** Brasília: Senado Federal, - Diário Oficial da União. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)> Acesso em 10 nov. 2017

BRASIL. **Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Brasília: [s.n.], 1989. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2017

BRASIL. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.** 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. Brasília: [s.n.], 2011. Diário Oficial da União. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm) > Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário **Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN** - Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 25 mar. 2017

BOTELHO, Jeferson. **Audiência de Custódia Garantia de Direitos ou Política de Liberação de Presos Diante da Ineficiência do Estado.** Revista JurisWay. 2015. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id\\_dh=14939](https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=14939)> Acesso em: 22 de mar. 2017

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em 15 out.2017.

**CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 5 nov. 2017.

CONJUR. **MINISTRO Ricardo Lewandowski dá início às audiências de custódia no TRF-4.** Conjur, 30 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/ministro-lewandowski-inicio-audiencias-custodia-trf>>. Acesso em: 2 de nov. 2017.

DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica.** Porto Alegre: FMP, 2016

LOPES JR., Lopes. **Direito Processual Penal.** 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MIRABETE. Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de processo penal e execução penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** 1ª ed. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

STOCHERO, Tahiane. **Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios.** Revista eletrônica Globo.2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em: 12 nov.2017

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. Salvador, BA: JusPodivm. 2012

TEIXEIRA, Luciana de Sousa. **Audiência de Custódia: Eficaz para a redução da banalização da prisões cautelares?**. Brasília: Universidade de Brasília. 2015