

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Luiza Vieira Rahman

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A BANALIZAÇÃO DAS  
PRISÕES CAUTELARES**

Carazinho

2017

Luiza Vieira Rahman

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A BANALIZAÇÃO DAS  
PRISÕES CAUTELARES**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Rodrigo Graeff.

Carazinho

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à Deus, pela minha vida, pela minha saúde e pela minha família.

Aos meus pais, Sílvia e Ahmad, por serem meu amparo, minha base e meu refúgio nas horas difíceis. Serei eternamente grata pelo apoio, pelo incentivo, pela compreensão, pelo amor incondicional e pelos ensinamentos que me conduziram ao caminho do bem.

Aos meus avós Osmar, Marlene e Marina, meus alicerces, agradeço o apoio, amor, carinho e compreensão que sempre tiveram comigo.

Ao meu namorado Pedro Trevisan Carmanin agradeço pelo amor, pela compreensão e paciência que sempre teve, especialmente no discorrer deste trabalho.

Por fim, ao meu orientador Rodrigo Graeff pela atenção e ensinamentos que dispensou a mim.

Hoje eu vi um sorriso,  
De liberdade,  
Era de um homem  
Preso, algemado  
Recém libertado...  
Andava em círculos,  
Não conseguia falar...  
Apenas balbuciar,  
Que ia para casa,  
E na cadeia,  
Nunca mais ia parar...  
Sorriso tímido,  
Pobre de dentes...  
Pobre de quase tudo,  
Menos de esperança,  
Sorriso mudo...  
Quase confuso,  
Não faz esquecer a pena,  
Mas para quem sente,  
Do fundo do coração,  
Faz um pouco, que seja,  
A vida valer a pena!  
(Luis Carlos Valois)

## RESUMO

O presente estudo teve como ótica as prisões cautelares no atual sistema processual brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais são primados pela Constituição da República Federativa do Brasil, os quais devem ser assegurados pelo Poder Judiciário na sistemática das prisões cautelares. Abordaram-se os princípios inerentes à prisão cautelar e também foram expostas as características da prisão em flagrante e da prisão preventiva. Constatou-se através da exposição de jurisprudências, que a aplicação dos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, mostra-se deficiente, haja vista a não observância destes por parte dos tribunais brasileiros. A realização deste trabalho objetivou demonstrar a importância da Audiência de Custódia na justiça criminal, como um instrumento o qual poderá ser utilizado no controle das prisões cautelares, em especial quanto a sua banalização, bem como meio de minimizar a superlotação carcerária em razão da alternativa de imposição de medida cautelar diversa da prisão, tendo em vista o grande número de presos provisórios encarcerados no Brasil.

**Palavras-chave:** Audiência de Custódia. Banalização das Prisões Cautelares. Medidas Cautelares Diversas da Prisão. Prisões cautelares. Superlotação carcerária.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 PRISÃO CAUTELAR E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Princípios Inerentes a Prisão Cautelar .....</b>	<b>8</b>
<b>2.2 Aspectos Processuais da Prisão Cautelar .....</b>	<b>14</b>
<b>3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS DESDOBRAMENTOS .....</b>	<b>21</b>
<b>3.1 O Conceito de Audiência de Custódia .....</b>	<b>21</b>
<b>3.2 Finalidades e Procedimento da Audiência de Custódia .....</b>	<b>23</b>
<b>4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES     CAUTELARES .....</b>	<b>33</b>
<b>4.1 Limites a Imposição da Prisão Cautelar .....</b>	<b>33</b>
<b>4.2 A Audiência de Custódia Frente ao Sistema Carcerário Brasileiro .....</b>	<b>41</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>46</b>
<b>6 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>48</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A prisão cautelar é um tema bastante polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a pessoa pode ter sua liberdade restringida antes mesmo do trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Estudos apontam para um possível desenvolvimento exagerado da população carcerária, que pode gerar efeitos danosos à sociedade. O uso demasiado das prisões cautelares é um ponto que ainda não foi superado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É necessário um estudo acerca das prisões cautelares, tendo em vista que elas carregam um caráter de excepcionalidade, segundo emana a própria legislação brasileira. Entretanto, existem algumas teorias no sentido de que as prisões cautelares podem estar sendo banalizadas, haja vista o grande número de pessoas encarceradas no Brasil.

Nesse contexto, será analisada a eficácia da Audiência de Custódia como um meio para que todas as garantias e direitos constitucionais inerentes ao cidadão sejam preservados no ato da imposição da prisão, seja ela em flagrante, seja preventiva, servindo o Estado, como protetor destes direitos, os quais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário.

A escolha do tema deu-se em razão do conhecimento a respeito da não observância dos tratados internacionais pelo Poder Judiciário, os quais estabelecem diversas garantias ao preso em flagrante. Uma das exigências previstas nos referidos tratados, é a apresentação do detido a presença de uma autoridade judicial competente, em um prazo sem demora, todavia, a conduta do Poder Judiciário é totalmente contrária a esta disposição legal.

A presente pesquisa tem como objetivo abordar a importância da Audiência de Custódia no ordenamento jurídico brasileiro, bem como expor seu procedimento, verificar os seus benefícios, especialmente no que tange a banalização das prisões cautelares e demonstrar que ela serve como um mecanismo de repressão de prisões cautelares arbitrárias, além de ser um meio de coibir a prática de tortura no ato da prisão.

Com a finalidade de atingir os intentos acima propostos, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro versará sobre os princípios inerentes as prisões cautelares, abordando-se a sua importância na persecução criminal, tendo em vista que eles devem reger a atividade jurisdicional. Ademais, será exposto duas espécies de prisão cautelar, quais sejam: prisão em flagrante e prisão preventiva, bem como suas características.

No segundo capítulo, tratar-se-á sobre o instituto da Audiência de Custódia, sua sistemática, onde ela encontra respaldo, sua aplicabilidade no sistema processual penal, bem como

sua importância no ordenamento jurídico.

Por fim, quanto ao último capítulo, irá ser tratada a questão da banalização das prisões cautelares, bem como seu demasiado uso, colacionando a este trabalho dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Ministério da Justiça, Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ademais, tratar-se-á dos eventuais danos que podem ser causados ao sistema prisional com a banalização das prisões, bem como, verificar-se-á se a imposição da Audiência de Custódia pode gerar efeitos práticos nos danos eventualmente causados pela banalização.

## 2 PRISÃO CAUTELAR E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A prisão é a mais dura e mais gravosa sanção imposta pelo Estado ao cidadão, uma vez que a restrição da liberdade pode trazer muitos prejuízos à pessoa do preso, pois, é uma sanção delicada e por isso deve-se ter tanta cautela e precaução, tendo em vista que a liberdade é um direito fundamental inerente a todo o cidadão.

Neste aspecto, importante analisar os princípios que devem reger a atividade estatal no momento do cerceamento da liberdade, posto que a segregação cautelar deve ser encarada com uma medida excepcional, pois ela ocorrerá antes mesmo de haver uma sentença transitada em julgado. Sendo assim, imperioso que o Estado atente-se a princípios e garantias que devem ser observados no momento da prisão cautelar.

### 2.1 Princípios Inerentes a Prisão Cautelar

Tratar dos princípios constitucionais relativos à prisão é um assunto muito importante, tendo em vista que no momento em que é realizado o ato da prisão, devem-se levar em conta todos os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Contudo, necessário se faz conceituar prisão, que pode ser analisada da seguinte forma:

A palavra prisão do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), tanto significa o ato de prender com um ato de agarrar uma coisa ou pessoa. Na terminologia jurídica, o vocábulo é tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado. É o tolhimento da liberdade física da pessoa nas condições estabelecidas pela Constituição Federal e pelas leis ordinárias (MOSSIN, 2010, p. 392, grifo do autor).

Dessa forma, todo sujeito que cometer um delito, ficará submetido a uma sanção, devendo ser aplicada pelo Poder Estatal. Ao aplicar a pena ao cidadão, o Estado deverá ater-se ao previsto no artigo 5º da Constituição Federal<sup>1</sup>, inciso XLVI, bem como ao disposto no

---

<sup>1</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso XLVI- a lei regulará a individualização das penas e adotará, entre outras as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação social e alternativa; e d) suspensão ou interdição de direitos.

artigo 32 do Código Penal Brasileiro<sup>2</sup>. Observa-se que, dentre as penas, tem-se as que restringem a liberdade do indivíduo, que serão aplicadas em casos em que estas couberem, com a exceção da medida de segurança ou nos casos em que a restrição da liberdade não seja necessária, podendo ser suprida por outras medidas previstas em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, as medidas cautelares diversas da prisão, as quais estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro, conforme será tratado adiante.

De acordo com Paiva a pena de prisão até os dias atuais vem sendo uma “solução”, para todo e qualquer indivíduo que venha a cometer um delito, muito embora seja falha, amarga e sem resultados positivos (2015, p. 19).

Entretanto, como já citado, o artigo 32 do Código Penal Brasileiro ainda evidencia que sendo caso de aplicação de pena de cunho restritivo de liberdade, deverá esta estar revestida de legalidade, o que vem de encontro com o artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal Brasileira<sup>3</sup>. Assim, conseqüentemente, todo indivíduo que for preso e não verificada a legalidade da prisão, ou se verificada, mostrar-se ilegal, este deverá imediatamente ser colocado em liberdade.

Nesta linha, toda vez que o indivíduo tiver sua liberdade restringida, alguns princípios deverão reger a atividade estatal no momento da decretação da prisão cautelar. Nesse ínterim, importante diferenciar a pena de prisão pena e prisão cautelar. A primeira é oriunda de uma sentença com o trânsito em julgado. Porém, é possível que o indivíduo tenha sua liberdade restringida, mesmo antes do início do processo criminal a qual se chama de prisão sem pena, “se deve a uma necessidade urgente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei [...] também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que militam no âmbito da excepcionalidade”. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 817).

O Julgador ao restringir a liberdade do indivíduo deverá atentar-se a duas dimensões: excepcionalidade e proporcionalidade. O Código de Processo Penal Brasileiro reconhece que para prisão a decretação da prisão preventiva, antes deve-se analisar se não é o caso de alguma outra alternativa, que não seja a prisão (LOPES JR, 2013, p. 42).

Dessa forma, no tocante ao princípio da excepcionalidade, a segregação cautelar deve possuir por óbvio caráter excepcional, uma vez que retirada a liberdade de outrem é muito gravoso, vejamos:

---

<sup>2</sup> Código Penal. Art. 32 - As penas são: I) privativa de liberdade; II) restritivas de direito; III) multa.

<sup>3</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso LXV- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

A excepcionalidade deve ser lida como um 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 (LOPES JR, 2012, p. 792, grifo do autor).

Já no que tange ao princípio da proporcionalidade, este princípio não pode passar despercebido no momento da decretação da prisão, uma vez que ele é o suporte das prisões cautelares, dado que ele estabelece a dimensão entre prisão cautelar e a medida cautelar, sendo ele, fundado em dois valores: necessidade e adequação. Neste contexto:

[...] deve ser visto, também na sua faceta da proibição do excesso, limitando os árbitros da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 72).

Desta forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade, em suma, é a ponderação que se faz em razão da medida a ser imposta e a conduta do agente, devendo o Magistrado estabelecer o que for mais equilibrado ao caso concreto, de modo que “o princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz diante do caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida” (LOPES JR, 2013, p. 45).

Nesta perspectiva, mesmo que o sujeito cometa um delito, o Estado não poderá limitar/ferir suas garantias e direitos fundamentais, nem mesmo ofender a sua dignidade como pessoa, reconhecendo sempre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual deve orientar e pautar todos os seus atos.

O princípio ora em comento, para Rizzatto Nunes “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e último arcabouço da guarida dos direitos individuais” (2010, p. 59). Este princípio deve sempre nortear e guiar a atividade estatal, tendo em vista que restringir a liberdade de outrem é uma medida muito gravosa. Conforme as palavras de Hulsman “a prisão representa muito mais do que a privação de liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão também é principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo” (1993, p. 62-63 *apud*, PAIVA, 2015, p. 21).

Em relação ao princípio suprarreferido o mesmo está elencado no artigo 1º, inciso III

da Constituição Federal Brasileira<sup>4</sup>, considerado como base do Estado Democrático de Direito. Ainda, para Rizzatto Nunes mesmo um criminoso deve ter a sua dignidade resguardada, “independente de sua posição e conduta social” (2010, p. 64).

É inerente a todo cidadão e tem como objetivo proteger o sujeito de qualquer desprezo ou desabono. De acordo com o doutrinador, este princípio possui dois vértices: objetivo e subjetivo, vejamos:

Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência (NUCCI, 2014, p. 33)

Sendo assim, verifica-se que princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio balizar da Constituição da República Federativa do Brasil, ao passo que ele deve ser sempre analisado conjuntamente com os demais.

No tocante as decisões, as mesmas são regidas pelo princípio da motivação, o qual dispõe que qualquer ato decisório praticado pela autoridade judicial, deverá ser motivado. Este princípio decorre do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal Brasileira<sup>5</sup> e também está regulamento no artigo XI, n° 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>6</sup>.

Importante trazer os ensinamentos de Távora e Alencar, no sentido de que o princípio da motivação serve de suporte para os casos que são submetidos ao judiciário:

Do principio da fundamentação das decisões judiciais decorrem outras garantias, tal como a da cláusula do devido processo legal que, por sua vez, também alberga outros direitos fundamentais incidentes tanto no âmbito procedimental quanto na esfera material. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 60).

<sup>4</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º, inciso III- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Direito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana.

<sup>5</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 93, inciso IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentados todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

<sup>6</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem. Art. XI, n°1- todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual não tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O princípio em questão preconiza que segundo o doutrinador Aury Lopes Jr “toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada”, a decisão tomada pelo Juiz deverá conter de forma explícita as razões que o levaram a tomar determinada decisão, sendo assim, o Juiz não poderá utilizar como fundamentação meras circunstâncias, e sim em razões robustas (2012, p. 32).

Outro princípio de extrema valia, é o princípio do devido processo legal, assegurado pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal Brasileira<sup>7</sup>. De acordo com as palavras de Távora e Alencar: “o devido processo legal é o estabelecimento em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais” (2015, p. 66).

Este princípio está intimamente ligado com a perfectibilização da defesa, uma vez que por meio dele pode se assegurar todas as garantias da persecução penal, conforme ensina:

O devido processo legal configura ampla dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) (MORAES, 2007, p. 264).

Assim sendo, este princípio deve ser utilizado pelo Magistrado como uma ferramenta que assegure os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de modo que o processo deve ser visto como um mecanismo que garanta que não haja excessos por parte do Estado.

Nessa perspectiva, ressalta-se o princípio da ampla defesa e do contraditório, os quais estão consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa Brasileira<sup>8</sup>. No que tange ao princípio do contraditório, este possui previsão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º.

Para Távora e Alencar “o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera jurídica do agente, independente do polo da relação em que se encontre” (2015, p. 54). Ou seja, o princípio ora em comento refere-se a uma participação do

<sup>7</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>8</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

sujeito na persecução criminal, a fim de que esteja ciente de todos os atos que ocorrerão no processo.

Desta maneira, o princípio do contraditório segundo Aury Lopes Jr a efetividade do contraditório estaria superada se todos os indivíduos que ao serem presos fossem levados a autoridade judicial “ por meio de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia [...] e provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias (2012, p. 33).

Por outro lado, o princípio da ampla defesa, segundo as lições de Távora e Alencar seria uma “garantia com destinatário certo: o acusado” (2015, p. 55). O acusado por meios lícitos irá utilizar todos os instrumentos necessários a fim de que sejam garantidos todos os seus direitos.

Por fim quanto aos princípios, ressalta-se o princípio da presunção de inocência, o qual possui fulcro no artigo 5º, LVII da Constituição Federal Brasileira<sup>9</sup>. Este princípio também conhecido como o da não-culpabilidade e do estado de inocência, depreende que toda pessoa que cometer um crime, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é considerada inocente, devendo o Ministério Público demonstrar as provas em desfavor do acusado, para que o Juiz então, convencido, profira sua sentença condenatória, condenando o acusado pela prática do crime.

Neste sentido, importante mencionar:

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse dos suspeitos para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal (NUCCI, 2014, p. 35).

Todavia, embora a regra seja a presunção de inocência, não retira a constitucionalidade das prisões cautelares, uma vez que há a possibilidade de restrição da liberdade do acusado antes mesmo da sentença condenatória (MORAES, 2005, p. 103).

Contudo, pode-se afirmar que houve uma relativização deste princípio, o qual é claro no enunciado normativo da Constituição Federal Brasileira, tendo em vista o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus nº 126.292, ocasião em que a Suprema

---

<sup>9</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Corte permitiu a execução provisória da pena antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, garantindo que este novo entendimento firmado não ferirá o Princípio da Presunção de Inocência.

Neste sentido, afirmou o Ministro relator Teori Zavascki, em seu voto no Habeas Corpus nº 126.292:

[...] no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penal secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.) (Supremo Tribunal Federal, HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016).

Desta forma, segundo as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), a decretação da prisão de natureza cautelar não fere o princípio da presunção de inocência, uma vez que o referido princípio não pode ser analisado de forma isolada, como também deve ser analisado em conjunto com os demais princípios que regem o processo penal.

Todavia, como referido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello o enunciado normativo contido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é claro, sem margem para interpretação diversa que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

Portanto, mesmo na mais alta Corte do nosso país há inúmeras divergências no tocante a relativização do princípio da presunção de inocência (o da não-culpabilidade), contudo esta mudança de entendimento acarretará reflexos no sistema prisional, o qual já está passando por uma crise institucional, em virtude da superlotação.

## **2.2 Aspectos Processuais da Prisão Cautelar**

A questão da prisão cautelar no processo penal é um tema de grande polêmica e discussão, tendo em vista que o indivíduo pode ter sua liberdade restringida de forma antecipada na persecução criminal. É de entendimento pacífico no ordenamento jurídico

brasileiro, que a regra é a liberdade, devendo a prisão ser tratada como uma exceção.

A imposição de medidas cautelares possui uma finalidade de “garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo” (LOPES JR, 2015, p. 599).

É necessário que o Magistrado faça uma reflexão acerca da necessidade da decretação de uma medida cautelar, especialmente quando se tratar de segregação cautelar, haja vista que se deve levar em conta a gravidade do delito, as circunstâncias em que ele ocorreu, bem como a personalidade do réu, servindo a prisão cautelar como uma excepcional (LOPES JR, 2012, p. 793-794).

No que se refere a prisão em flagrante possui previsão legal no artigo 301 ao artigo 310 do Código de Processo Penal Brasileiro e na Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente em seu artigo 5º, inciso LXI. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do Juiz, tendo em vista que o fato ocorre de forma inesperada.

Segundo as lições de Tópor e Nunes “o flagrante é uma situação, prevista em lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independente de ordem judicial” (2015, p. 11). Sendo assim, essa modalidade de prisão possui uma peculiaridade, a qual se refere à dispensabilidade de expedição de mandado de prisão, uma vez que qualquer pessoa do povo poderá deter o agente que estiver em estado de flagrância, conforme reza a primeira parte do artigo 301 do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>10</sup>.

O flagrante pode ser compreendido da seguinte forma:

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) (NUCCI, 2014, p. 553).

A prisão em flagrante segundo as palavras de Lopes Jr “é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo [...]”(2012, p. 50). Desta forma, o Juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá considerar as disposições

---

<sup>10</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 301- Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer seja encontrado em flagrante delito.

previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>11</sup>.

O artigo 302<sup>12</sup> do Código de Processo Penal Brasileiro especifica as espécies de prisão em flagrante. No tocante ao inciso I, o flagrante ocorre quando o indivíduo acaba de cometer a infração, ou seja, este inciso possui como característica uma imediatidade, tendo em vista que o lapso de tempo que decorre entre a prática delituosa e a prisão é muito curto (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 832).

Esta espécie de flagrante, segundo a doutrina é denominada de flagrante próprio, justamente pelo fato de o agente ser surpreendido no momento da conduta criminosa (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 832).

A propósito, veja-se o que diz o ilustre doutrinador:

A prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quanto o agente é surpreendido durante o *inter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal, sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente. É o caso em que o agente é preso enquanto “subtrai” a coisa alheia móvel (artigo 155 do CP), ou ainda, no crime de homicídio, está agredindo a vítima com a intenção de matá-la (ou seja, está praticando o verbo nuclear do art. 121 do CP) etc (LOPES JR, 2012, p. 801, grifo do autor).

No que se refere ao inciso II, o agente acaba de cometer o delito, o qual a doutrina também considera como uma espécie de flagrante próprio, pois o agente interrompeu recentemente a conduta delituosa (LOPES JR, 2012, p. 801). Assim sendo, o agente é surpreendido minutos após a ocorrência do delito, o que faz presumir-se que ele é o autor.

No tocante ao inciso I e II, a doutrina entende em se tratar de flagrante próprio, veja-se:

---

<sup>11</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 310- ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I) relaxar a prisão ilegal; ou II) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou III) conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

<sup>12</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 302- considera-se em flagrante delito quem: I) está cometendo a infração penal; II) acaba de cometê-la; III) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração e IV) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Temos duas situações contempladas nesta modalidade: a) daquele que é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução delituosa; b) de quem é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculam ao fato quando vem a ser preso (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 832).

No que tange ao inciso III remete-se a espécie de flagrante impróprio, tendo em vista haver uma presunção de que o agente é o autor do delito. Segundo as palavras de Távora e Alencar “logo após abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher provas do delito e iniciar a perseguição do autor” (2015, p. 832).

Por fim, quanto ao inciso IV é considerado flagrante presumido, observa-se que ele não determina a perseguição, somente que o agente seja encontrado com os instrumentos que façam presumir ser ele o autor do delito. Aqui, denota-se que o lapso temporal é maior entre a prática do crime e o encontro com o agente (LOPES JR, 2012, p. 804).

Oportuno frisar que a hipótese de presunção de que o agente é autor do delito, fere veementemente o princípio da presunção da inocência, tendo em vista que para ser considerado autor de um delito, devem-se ter provas robustas e cabais.

Pertinente, as lições de Aury Lopes Jr:

A rigor a disposição é substancialmente inconstitucional, pois à luz da presunção de inocência não se pode “presumir autoria”, senão que ela deve ser demonstrada e provada. Infelizmente, o controle de constitucionalidade das leis processuais penais é incipiente, muito aquém do necessário para um Código da década de 40. Assim, a nefasta presunção de autoria é extraída de elementos, como estar na posse dos objetos subtraídos, com a arma do crime, mediante reconhecimento da vítima etc (LOPES JR, 2012, p. 803).

Após a apresentação do preso, será realizada a oitiva do condutor, ou seja, a pessoa que conduziu o preso até a delegacia, além da realização de oitiva de testemunhas e por último irá realizar o interrogatório do acusado, conforme dispõe artigo 304<sup>13</sup> e artigo 306, §1<sup>o14</sup>, ambos do Código Processo Penal Brasileiro.

<sup>13</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 304- Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanham e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando a autoridade, afinal, o auto.

<sup>14</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 306, §1º- em até 24 horas (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.

Para Luiz Flávio Gomes “a prisão em flagrante conta com quatro momentos distintos: a) captura do agente; b) sua condução coercitiva até à presença da autoridade policial (ou judicial); c) lavratura do auto de prisão em flagrante; e d) recolhimento ao cárcere” (2006 p. 214-215 *apud* TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 843).

Após a realização de todos os procedimentos na seara policial, estando o Delegado de Polícia convencido de que o indivíduo praticou o delito, determinará a lavratura do auto de prisão em flagrante, e então será remetido em até 24 horas ao Juiz para que ele analise o referido auto.

O Magistrado deverá atentar-se a necessidade de manter o acusado preso. Antes de tudo, o Juiz deverá analisar se a prisão em flagrante está revestida de alguma ilegalidade, sendo o caso, de acordo com o artigo 310 do Código de Processo Penal Brasileiro já mencionado, deverá relaxar a prisão conforme reza o inciso I do referido artigo. Estando revestida de legalidade, o Magistrado irá analisar se é o caso de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, (fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro)<sup>15</sup> ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança (inciso III).

Neste sentido, oportuno menciona os ensinamentos de Tópor e Nunes:

Primeiramente, o juiz analisará o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do próprio flagrante, analisando os requisitos do art. 302 do CPP. Daí partirá para um decreto de homologação ou não do auto de prisão em flagrante ( 2015, p. 24)

De encontro com o artigo 310, têm-se a Resolução n° 66 do Conselho Nacional de Justiça<sup>16</sup> (CNJ) a qual também dispõe as medidas cabíveis e necessárias no momento em que o Juiz recebe o auto de prisão em flagrante.

O Juiz após analisar o auto de prisão em flagrante, deverá:

---

<sup>15</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 312- a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>16</sup> Resolução n° 66. Conselho Nacional de Justiça. Art. 1°- ao receber o auto de prisão em flagrante , o juiz deverá imediatamente ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre: I) a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir; II) a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou III) relaxamento da prisão.

Verificando estarem presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 CPP), sem que possa aplicar qualquer outra medida cautelar alternativa (art. 319), o juiz converte a prisão em flagrante em preventiva, mantendo o indiciado preso. Se verificar que a prisão em flagrante está em ordem, mas não é caso de se manter preso o indiciado, porque carentes os requisitos da preventiva, deve conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme o caso concreto (NUCCI, p. 58-59, 2011).

Para que haja a decretação de uma prisão cautelar, é recomendada a análise de alguns pontos, os vejamos:

[...] correto afirmar que o requisito para a decretação da prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou mais especificamente, na sistemática do Código Processual Brasileiro, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (LOPES JR, 2012, p. 779, grifo do autor).

Para que seja imposta uma prisão preventiva, primeiro de tudo, deve existir dois elementos imprescindíveis: indícios de autoria e materialidade delitiva. Estes dois elementos deverão ser claros, robustos, ao ponto de não pairar nenhuma dúvida sobre eles.

Em segundo plano, deve existir um perigo proveniente do estado de liberdade do autor do delito, denominado pela doutrina de *periculum libertatis*. A prisão cautelar poderá ser decretada sob o fundamento de que o autor do delito em estado liberdade pode acarretar algum prejuízo ao processo, ou até mesmo, vir a praticar novos delitos.

Segundo os doutrinadores a seguir, para a decretação da preventiva é imprescindível à existência do *periculum libertatis*:

Veja-se que é necessário demonstrar provas cabíveis ao alegar o *periculum libertatis*, pois, o perigo do acusado estar/permanecer em liberdade deve estar fundado de razões probatórias para embasar a decretação da prisão preventiva, uma vez que não há como prever que fatos negativos e/ou criminosos podem ocorrer diante da soltura do acusado. Em que pese esteja configurado o *fumus commissi delicti*, uma vez que é comprovado através do próprio flagrante, deverá estar acompanhado do *periculum libertatis* para a aplicação de medidas cautelares ou decretação de prisão preventiva (TÓPOR;NUNES, 2015, p. 25, grifo do autor).

Para elucidar a questão, conveniente os ensinamentos de Aury Lopes Jr: “não bastam presunções e ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de

liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida” (2012, p. 831).

A prisão cautelar deve observar alguns requisitos, sejam eles expressos em lei, ou aqueles de ordem subjetiva, os quais levam em conta a particularidade de cada caso. Ademais, deverá sempre ser imposta a solução menos gravosa, a fim de que se garantam os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Questão de suma importância refere-se à fundamentação da decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, pois este ato decisório não poderá conter argumentos genéricos, vagos ou superficiais, o que vem sendo uma prática muito comum do Poder Judiciário.

Aliás, como bem salientado pelo doutrinador Aury Lopes Jr:

É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando à invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (2012, p. 831).

Como visto a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, deverá conter de forma expressa e clara a necessidade da imposição de tal medida, observando sempre as determinações da Constituição da República Federativa do Brasil, não podendo ser decretada em “meras especulações compiladas pelo promotor e ou pelo delegado” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 857). No que tange as infrações que admitem a imposição da prisão preventiva, de acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 313 - Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940- Código Penal e III) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

### 3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS DESDOBRAMENTOS

A Audiência de Custódia em que pese não seja um instrumento novo em nosso ordenamento jurídico, somente nos últimos dois anos começou a dar seus primeiros passos. Ela serve como um meio de controle judicial das prisões cautelares, a prevenção de tortura policial e a apresentação do preso a autoridade judicial, em um prazo sem demora.

#### 3.1 O Conceito de Audiência de Custódia

Embora a Audiência de Custódia seja tratada como um tema novo no ordenamento jurídico brasileiro, ela possui regulamentação no Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil passou a ser signatário no ano de 1992, através do Decreto n° 678. Há também previsão expressa no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil também passou a ser signatário, através do Decreto n° 592. Ainda sobre a matéria, o Conselho Nacional de Justiça no ano de 2013, lançou a Resolução n° 213, onde foi instituída a Audiência de Custódia.

A Audiência de Custódia está regulamentada através da Resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Todavia os tratados internacionais em que o Brasil ratificou, os quais determinam a observância de diversos direitos que agora reforçados pela Audiência de Custódia, possuem caráter de normas supralegais e sendo o Pacto de São José da Costa Rica uma norma supralegal, ele está em uma posição hierárquica superior ao Código de Processo Penal.

Porém, a eficácia dos tratados internacionais ainda é tema de grandes discussões:

Em suma os tratados e convenções sobre direitos humanos em vigor no Brasil continuam a fomentar o debate (têm ou não *status* constitucional?), mas certamente os próximos deverão ser submetidos a votação qualificada nas duas Casas do Congresso e terão, com certeza, força de norma constitucional (NUCCI, 2016, p. 37).

Em que pese o Brasil ter ratificado os tratados acima mencionados, o judiciário ignora os direitos garantidos a todas as pessoas presas, conforme ressalta:

[...] mais de 20 (vinte) anos desde a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro das normas internacionais de direitos humanos, o Brasil ignora e não cumpre com tal direito fundamental assegurado ao preso, que seria o encontro com o juiz, em um determinado e curto lapso temporal, para uma entrevista através da audiência de custódia (TÓPOR; NUNES, 2015, p. 35).

Nas palavras de Aury Lopes Jr, a Audiência de Custódia simboliza um grande advento no processo penal, vejamos:

A audiência de custódia representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso, mas ainda assim sofre críticas injustas e infundadas. É também um instrumento importante para aferir a legalidade das prisões e dar eficácia ao art. 319 e às medidas cautelares diversas (LOPES JR, 2015 p. 641).

Importante salientar, que o Projeto de Lei nº 554/2011 foi aprovado em novembro de 2016, o qual tem como objetivo a alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal Brasileiro. O referido projeto determina a previsão da Audiência de Custódia, bem como estabelece diversas providências a serem tomados no momento da prisão em flagrante, tais como: realização de exame de corpo de delito, atendimento prévio com um advogado antes da realização da Audiência de Custódia, prazo máximo de 24 horas para apresentação a autoridade judicial competente, dentre outras medidas. (SENADO FEDERAL, 2016),

No que tange a definição da Audiência de Custódia, para o Defensor Público Federal Caio Paiva o conceito da Audiência de Custódia se define da seguinte maneira:

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente na presença de maus tratos ou tortura (PAIVA; 2016, p. 31) (grifo do autor).

Assim sendo, a Audiência de Custódia foi introduzida ao ordenamento jurídico para que este fosse ajustado aos tratados internacionais, os quais prevê a apresentação do preso sem demora a autoridade competente, todavia, não é a conduta que vinha sendo aplicada pelo

Poder Judiciário.

No entendimento de Mateus Marques no documento da Fundação Escolar Superior do Ministério Público “Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica”, a Audiência de Custódia possui a seguinte definição:

O ato jurídico da audiência de custódia consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, após a realização de um contraditório entre acusação e defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão [...] (MARQUES, 2016, p. 14).

Desta forma, a Audiência de Custódia, de certo modo, é um método do qual o Poder Judiciário deve utilizar a fim de que se faça um controle mais cauteloso e minucioso acerca das prisões, para que se evitem excessos e ilegalidades e para que, principalmente, analise-se se realmente é necessária à segregação cautelar ao preso em flagrante.

### **3.2 Finalidades e Procedimento da Audiência de Custódia**

No que tange as finalidades da Audiência de Custódia, uma delas refere-se à apresentação do preso em flagrante a autoridade judicial competente, conforme preconiza:

O objetivo maior da audiência de custódia é estabelecer a condução do preso à presença da autoridade judiciária, fisicamente, logo após a prisão em flagrante, sendo que o mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial não cumpre com a função dessa garantia (TÓPOR;NUNES, 2015, p. 57):

Segundo Mateus Marques a apresentação da pessoa do preso em flagrante a Autoridade Judicial, faz com que o Juiz analise a prisão, bem como veja o preso de forma mais humanitária, levando em considerações os aspectos subjetivos deste, vejamos:

[...], pois não se trata de mais um caso, de um calhamaço de documentos, que por vezes retratam situações completamente diferentes da realidade. Estará à presença do juiz o acusado, um sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto (MARQUES, 2016, p. 20)

No mesmo sentido, ensina Aury Lopes Jr:

Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva) (LOPES JR, 2016, p. 638).

Sendo assim, a Audiência de Custódia permite que se faça uma avaliação mais minuciosa acerca da imposição de uma prisão cautelar, tendo em vista que se terá um contato direto com a pessoa do preso.

Todavia, a Audiência de Custódia não serve tão somente a apresentação do preso, como também possui um caráter de prevenção de práticas de tortura policial no momento da prisão, conforme determina o artigo 8º, inciso VI da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup>.

Nesta lógica, as lições de Paiva vêm de encontro ao afirmar que “outra finalidade da audiência de custódia se relaciona com a prevenção da tortura policial, pois, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade” (2016, p. 35). De igual forma prevê o artigo 5.2 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>19</sup>.

Segundo as lições de Tópor e Nunes “é importante frisar que não se trata de estabelecer uma presunção de abuso policial, mas sim de compreender que a audiência de custódia surge num contexto de controle judicial da prisão” (2015, p. 68). Desta maneira, a Audiência de Custódia também tem como escopo garantir e assegurar a integridade física do preso, bem como as garantias fundamentais inerentes a ele.

Quanto ao lapso de tempo que deve ser respeitado entre a prisão e à apresentação do preso o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 7.5<sup>20</sup>, dispõe que o preso deverá ser apresentado a Autoridade Judicial sem demora. Da mesma forma, estabelece o Pacto em seu

---

<sup>18</sup> Resolução n° 213- Conselho Nacional de Justiça. Art. 8º, inciso VI- perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos adotando as providências cabíveis.

<sup>19</sup> Pacto de São José da Costa Rica. Art. 5.2- ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

<sup>20</sup> Pacto de São José da Costa Rica. Art. 7.5- Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

artigo 9º, § 3º<sup>21</sup>.

Nesse sentido, o artigo 1º<sup>22</sup> da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, dispõe que o preso deverá ser levado em até 24 horas a presença Magistrado. Todavia, este prazo fixado de 24 horas é para a apresentação do preso, diferentemente do que prevê artigo 306, parágrafo 1º<sup>23</sup> do Código de Processo Penal Brasileiro o qual determina que seja levado o auto de prisão em flagrante.

Desta forma, a não observância da expressão “sem demora” viola os tratados internacionais:

Se o prazo fixado na legislação nacional for razoável e compatível com a CADH, o seu desrespeito poderá ensejar a violação tanto do art. 7.2 (“Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”) como do art. 7.5, mas se o prazo da legislação interna for incompatível com a melhor interpretação que se espera da expressão “sem demora”, o seu desrespeito ensejará a violação apenas do art. 7.5, não havendo que se falar em violação do art. 7.2, pois a prisão terá observado o ordenamento jurídico do país (PAIVA, 2015, p. 44).

Mais uma vez se verifica que o processo penal brasileiro não está ajustado com os tratados internacionais, o Código de Processo Penal Brasileiro sequer determina à apresentação do preso a autoridade judicial competente.

Neste aspecto, importante trazer à baila um caso onde a Corte Internacional de Direitos Humanos se manifestou acerca da demora da apresentação do preso ao Juiz. Foi o que ocorreu no julgamento do Caso Bayarri Vs. Argentina<sup>24</sup>, ocasião em que Juan Carlos Bayarri foi preso, tendo sua prisão mantida com a dispensa da apresentação dele ao Juiz. Todavia, o que se destaca neste caso, é que Juan Carlos foi apresentado à autoridade competente apenas uma semana após a sua prisão, o que por consequência contrariou o disposto no artigo 7.5 da do Pacto José da Costa Rica que preconiza a apresentação do preso

---

<sup>21</sup> Pacto de São José da Costa Rica. Art. 9º, §3º- Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, a 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.

<sup>22</sup> Resolução nº213 do Conselho Nacional de Justiça. 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.

<sup>23</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 306, parágrafo 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 a Defensoria Pública.

sem demora a autoridade competente (CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2008).

Sendo assim, efetivada a prisão em flagrante e realizado todos os procedimentos necessários em seara policial, o preso deverá ser levado à presença de um Juiz em um prazo razoável, ou seja, sem demora.

Ademais, o artigo 1º, parágrafo 1º<sup>25</sup> da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, refere-se justamente a esta situação, de que a remessa dos autos da prisão em flagrante não “substitui”, não “dispensa”, a apresentação do preso a autoridade judicial.

Quanto a quem o preso deve ser apresentado, o artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica (já citado anteriormente) determina que o conduzido seja levado à presença do Juiz ou por “outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”, sendo que a Corte analisa este artigo em concomitância com o artigo 8.1<sup>26</sup>.

Neste sentido oportuno os ensinamentos:

Se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e de repressão as prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, poder para cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade (PAIVA, 2015, p. 47).

Na mesma perspectiva o autor ainda preconiza:

Desta forma, se a apresentação do preso ao juiz cumpre a finalidade precípua de promover um controle judicial imediato da prisão, a autoridade que deve presidir audiências de custódia no Brasil, somente pode ser o magistrado, sob pena de se esvaziar ou reduzir em demasia a potencialidade normativa da garantia prevista no art. 7.5 da CADH (2015, p. 47).

---

<sup>25</sup> Resolução nº 213- Conselho Nacional de Justiça. Art. 1º, §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.

<sup>26</sup> Pacto de São José da Costa Rica. Art. 8.1- Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Posto isso, é possível compreender que se a Audiência de Custódia fosse realizada por outra pessoa, que não seja a figura do Magistrado, a imparcialidade e direitos e garantias fundamentais poderiam deixar de ser observado, o que por consequência, poderia gerar inúmeras ilegalidades, o que poderia acontecer caso o Delegado de Polícia realizasse a Audiência de Custódia.

Aliás, há uma discussão no que se refere à possibilidade de o Delegado de Polícia realizar a Audiência de Custódia, pois o Delegado estaria exercendo funções judiciais, o que não seria a sua atribuição legal.

Todavia, segundo o entendimento do Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Guilherme Nucci, o qual foi relator no julgamento do Habeas Corpus nº 2002780.54.2015.8.26.0000, a falta de apresentação do preso ao Juízo, não gera nenhuma ilegalidade na prisão, vejamos:

Quanto à alegada ilegalidade da prisão em flagrante ante a ausência de imediata apresentação do paciente ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa às normas internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, “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”. Assim, no caso dos autos, o paciente foi devidamente apresentado ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Além disso, a lei brasileira obriga a autoridade policial a comunicar o juízo imediatamente, havendo pleno controle da legalidade das prisões realizadas. (*Habeas Corpus Nº 2002780.54.2015.8.26.0000* , 16ª Câmara Criminal, *Tribunal de Justiça do SP, Relator: Guilherme de Souza Nucci, Julgado em 12/05/2015*).

No mesmo sentido foi o voto do relator Newton Neves, do mesmo Tribunal supramencionado, no julgamento do Habeas Corpus nº 2111722-20.2014.8.26.0000:

Não há que se falar em ilegalidade no ato do Juízo que reconheceu a legalidade da prisão em flagrante por não ter sido o paciente imediatamente apresentado ao magistrado, em afronta ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A Constituição Federal autoriza a prisão em flagrante delito (art. 5º, LXI), situações especificadas no art. 302, do Código de Processo Penal, circunstância perfeitamente verificada nos autos. Cumpridas as formalidades legais pela autoridade policial competente, “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”, 4 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO nos termos do art. 5º, LXII, da CF88. A norma do art. 5º, LXII, da CR88 é de eficácia plena, de efeito imediato e ilimitado. O art. 306, do Código de Processo Penal 2, com redação trazida pela Lei n.º 12.403/11, reitera o previsto no art. 5º, LXII, da CF, acrescentando que além do juiz será comunicado da prisão o Ministério Público. Se a própria Constituição Federal expressamente impõe a imediata comunicação da prisão ao magistrado, não há razão lógica em, além de se comunicar a prisão ao membro do Poder Judiciário, conduzir

imediatamente o flagrado à presença do magistrado. Assim, desnecessária a apresentação imediata do preso ao magistrado, passa-se ao enfrentamento do ataque ao ato do Juízo pelo qual converteu a prisão em flagrante em preventiva. (*Habeas Corpus N° 2111722-20.2014.8.26.0000*, 16ª Câmara Criminal, *Tribunal de Justiça do SP*, Relator: Newton Neves, Julgado em 02/09/2014).

Consoante se observa a não observância dos tratados internacionais é uma conduta corriqueira por parte do Poder Judiciário Brasileiro, em que pese fazer 25 anos que o Brasil incorporou os referidos tratados em seu ordenamento jurídico.

Contudo, de forma diversa é o entendimento de Paiva, o qual aduz:

Não há qualquer possibilidade de se conferir aos delegados a atribuição para presidirem audiências de custódia. Confiar a tutela do direito à integridade física e psíquica dos presos à autoridade policial quando, conforme já vimos, uma das principais finalidades da audiência de custódia é atuar na prevenção de tortura policial, despreza por completo a “essência” da apresentação em juízo (PAIVA, 2015 p. 51-52).

Na mesma linha, o doutrinador Aury Lopes Jr leciona:

A atuação da autoridade policial não tem suficiente convencional, até porque, o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente “funções judiciais”. É uma autoridade administrativa despida de poder jurisdicional ou função judicial. Em segundo lugar a própria CIDH já decidiu, em vários casos, que tal expressão deve ser interpretada em conjunto com o disposto no art. 8.1 da CADH, que determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro do prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”. Com isso, descarta-se, de vez, a suficiência convencional da atuação do Delegado de Polícia no Brasil. (LOPES JR2015, p. 639)

Desta forma, considerando que a Audiência de Custódia possui como um de seus objetivos o controle judicial das prisões em flagrante, é totalmente descabida a atuação do Delegado de Polícia para verificação da legalidade de prisão, a uma, pois este não possui poder jurisdicional, a duas, pois conforme as palavras do autor supramencionado, a apresentação do preso perderia sua essência, tendo em vista que o Delegado de Polícia está despido de imparcialidade.

No que se refere ao ato da Audiência de Custódia, dispõe o artigo 4<sup>o</sup><sup>27</sup> da Resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça, far-se-á na presença do membro do Ministério Público, bem como na presença do defensor do preso.

O ato da Audiência de Custódia, segundo as lições de Rodrigo Bandralise , tem como objetivo:

Essa audiência destina-se à oitiva do preso em flagrante para exame da legalidade da prisão, da ocorrência de tortura física e/ou psicológica contra ele e da necessidade da conversão da prisão em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas dela. Para sua realização, além do flagrado (por razões evidentes), estarão presentes um juiz, um representante do Ministério Público e um defensor (indicado pelo flagrado, público ou nomeado pelo juízo). Como se pode perceber, é uma forma de interrogatório que é feita antes do oferecimento da denúncia que principia o processo penal de conhecimento (BANDRALISE, 2016, p. 70).

Ademais, ela não pode servir como uma “antecipação do interrogatório”, desta forma:

[...] o ato não pode servir como uma antecipação do interrogatório o da instrução processual. A atividade judicial prática na audiência de custódia, com a participação do Ministério Público e da Defesa, deve se limitar a circunstâncias objetivas da prisão e subjetiva sobre o conduzido (PAIVA, 2015, p. 89).

Ao mesmo tempo, é o que pensa Aury Lopes Jr:

Eis um ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal com o detido. Uma medida fundamental em que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do periculum libertatis, bem como a suficiência e adequação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP (LOPES JR, 2016, p. 639-640).

Na realização da Audiência de Custódia, o Juiz fará uma série de questionamentos ao

---

<sup>27</sup> Resolução n° 213- Conselho Nacional de Justiça. Art. 4°: A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

preso, no tocante as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante, tendo em vista que a prisão em flagrante deve ser revestida de legalidade e ainda, muito embora o preso esteja em uma situação em seu desfavor, deverão ser respeitados todos os seus direitos constitucionais, conforme dispõe o artigo 8º da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça<sup>28</sup>.

Após realizar questionamentos a pessoa do preso, o Juiz dará a oportunidade para o Ministério Público, bem como a Defesa, para que façam perguntas que acharem convenientes ao caso em apreço, conforme reza o artigo 8º, parágrafo 1º da Resolução nº 213<sup>29</sup>.

Além disso, a Audiência de Custódia deve obedecer a um itinerário. Sobre a estrutura do ato, Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, estabeleceram desta maneira:

Na audiência de custódia deve-se seguir os seguintes passos:

A prisão é legal, isto é, era hipótese de flagrante (CPP, art. 302, 303)? Se não, relaxa-se; 2.1) Relaxada a prisão o Ministério Público pode requerer a prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares; Sustentando-se as razões do flagrante; 3.1) O Ministério Público se manifesta pelo requerimento da prisão preventiva ou aplicação de cautelares ou acolhe as razões formuladas eventualmente pela autoridade policial; 3.2) A defesa se manifesta sobre os pedidos formulados pelo Ministério Público, o juiz não pode decretá-la de ofício, já que não existe processo (CPP, art. 311, vale conferir a redação). O magistrado decide- fundamentadamente- sobre a aplicação das medidas cautelares diversas ou, sendo ela insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da preventiva” (2015, p. 24, *apud*, PAIVA, 2015, p. 91).

Ouvidas todas as partes, o Juiz irá analisar se é caso de relaxamento de prisão (se demonstrada que a prisão foi manifestamente ilegal), concessão da liberdade provisória (com ou sem a imposição de medidas cautelares) ou conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Importante estas considerações sobre esta etapa da Audiência de Custódia:

<sup>28</sup> Resolução nº 213- Conselho Nacional de Justiça. Art. 8º- Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa em flagrante, devendo: I) esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial; II) assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; III) dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; IV) questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes a sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; V) indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis, (...).

<sup>29</sup> Resolução nº 213- Conselho Nacional de Justiça. Art. 8º, §1º: § 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer: I - o relaxamento da prisão em flagrante; II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão; III - a decretação de prisão preventiva e IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

[...] e decidirá, na audiência fundamentadamente, nos termos do art. 310 do CPP, acerca da homologação do flagrante ou relaxamento da prisão e, após, sobre eventual pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa. Aqui é importante sublinhar, uma vez mais, que a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante pedido do Ministério Público (presente na audiência de custódia), jamais de ofício pelo juiz (até por vedação expressa do art. 311 do CPP). A tal “conversão de ofício” da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o art. 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade), e aqui acaba sendo-felizmente-sepultada, na medida em que o Ministério Público está na audiência. Se ele não pedir a prisão preventiva, jamais poderá o juiz decretá-la de ofício, por elementar (LOPES JR, 2016, p. 640).

Portanto, esta etapa da Audiência de Custódia, é o momento mais significativo, uma vez que o Juiz irá analisar o caso concreto com todas as suas particularidades (a situação em que ocorreu a prisão, os aspectos subjetivos do preso,...), para que possa aplicar as medidas mais adequadas ao preso, sem que haja excessos e sempre baseando sua conduta nos princípios da excepcionalidade e proporcionalidade.

Nesta esteira, a decisão tomada pelo Juiz que converte a prisão em flagrante e preventiva deve ser fundamentada, de modo que a Audiência de Custódia acaba pro servir de certo modo, como um espécie de “filtro” das prisões cautelares, evitando que ocorra a banalização das prisões cautelares, haja vista que manter uma pessoa segregada sem razões plausíveis é muito gravoso, ainda mais levando-se em consideração o atual sistema carcerário brasileiro.

Quanto a sua implementação no Estado do Rio Grande do Sul, a Audiência de Custódia foi introduzida através de um ato do Conselho da Magistratura por meio da Resolução do Tribunal de Justiça nº 1143/2016 e conforme esta Resolução, as Audiências de Custódia serão realizadas nas cidades: Porto Alegre, Caxias do Sul, Passo Fundo, Pelotas, Santa Maria, Rio Grande, Vacaria, Santa Cruz do Sul e Uruguaiana.

Ademais, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) houve um acordo entre o Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, o qual aderiu ao Termo de Cooperação Técnica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministério da Justiça e Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Houve também, comprometimento entre o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Ministério Público, Defensoria Pública, Secretaria de Estado da Segurança Pública e a OAB/RS (BRASIL).

Desta forma, percebe-se há esforços por parte do Poder Judiciário gaúcho para que as

Audiências de Custódia sejam desenvolvidas, em que pese elas terem sido implementadas em poucas Comarcas, por outro lado, os primeiros passos já foram dados.

## **4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES**

A questão das prisões cautelares é um tema muito complexo e que traz muita discussão no ordenamento jurídico brasileiro. A controvérsia se dá em razão da utilização das prisões cautelares em demasia pelo Poder Judiciário. A questão principal é: até que ponto a prisão cautelar se faz realmente necessária?

Como já dito anteriormente, a Audiência de Custódia tem como um dos objetivos mais importantes verificar a legalidade da prisão em flagrante e, assim, conseqüentemente reprimir prisões arbitrárias.

Neste capítulo, enfrentaremos a questão da Audiência de Custódia frente ao sistema penitenciário, como um meio de frear a banalização das prisões cautelares.

### **4.1 Limites a Imposição da Prisão Cautelar**

É cediço que prender/restringir a liberdade de uma pessoa, no atual sistema carcerário, nada resolve. Neste contexto, é que a Audiência de Custódia tem seu papel fundamental, considerando que no momento em que ela for realizada verificar-se-á (em regra) uma medida adequada para cada cidadão, que não precisa ser necessariamente a imposição da prisão cautelar.

Consoante às lições de Paiva a Audiência de Custódia traz uma proteção aos direitos humanos: “a audiência de custódia, surge justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal- e da jurisdição- como instrumento de proteção dos direitos humanos” (2015, p. 29).

Em que pese haver um regramento de que todas as decisões devem ser fundamentadas, é prática corriqueira por parte dos tribunais, a uniformização das decisões no momento da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Neste contexto, em 2011 com a chegada da Lei 12. 403/2011 acreditava-se que esta realidade fosse mudada, tendo em vista que com esta lei foram implementadas as medidas cautelares diversas da prisão, com anseios que houvesse uma diminuição nas prisões cautelares, em razão da existência de alternativas, que não a prisão, conforme aponta de Fabiana de Lima Leite no documento do Ministério da Justiça “Manual de gestão para alternativas penais: medidas cautelares diversas da prisão”:

A Lei das Cautelares, Lei 12.403, foi instituída em 2011 com o objetivo de conter o uso da prisão provisória, ao ampliar o leque de possibilidades das medidas cautelares, introduzindo no ordenamento jurídico penal diversas alternativas à prisão e à liberdade não condicionada (LEITE, 2016, p. 09).

Nesta mesma lógica, com o advento da referida Lei houve um equilíbrio no processo penal:

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar no sistema brasileiro [...] alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto à mera manutenção da liberdade do agente [...] (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 946).

Neste sentido, importante trazer um trecho de um Habeas Corpus, julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul que preconiza um dos grandes objetivos que se esperava alcançar com a lei supramencionada:

[...] Com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva é a última cautelar a ser aplicada. Antes dela, devem ser verificadas a necessidade e a adequação das medidas alternativas à prisão preventiva. Portanto, a prisão preventiva ocupa o último patamar da cautelaridade, na perspectiva de sua excepcionalidade, cabível quando não incidirem outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). O artigo 282, § 6º é claro: a prisão preventiva será aplicada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Não se decreta a prisão preventiva para depois buscar alternativas. Após, verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção) [...] (Habeas Corpus Nº 70049556533, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 09/08/2012).

Vislumbra-se que, o ilustre Relator, de forma brilhante, ressaltou que a prisão preventiva deve ser considerada com uma exceção, e não como uma regra, é o que se chama de *ultima ratio*. A excepcionalidade da prisão deve ser levada mais a sério pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo toda e qualquer decisão que decretar a prisão preventiva ser

sempre motivada, conforme o artigo 315 do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>30</sup>, do contrário, ocorrerá o fenômeno da banalização das prisões cautelares.

Na mesma perspectiva é o entendimento do doutrinador:

A prisão é um fato jurídico, que advém de um fato processual; nada se calca em pura teoria ou tese. É indispensável que o magistrado apresente, conforme as provas constantes do inquérito ou do processo, os dados reais, que sirvam de base à decretação da prisão cautelar. Do contrário, banalizando-se a preventiva, apresentando-a sem fundamentação idônea, termina-se por inverter a ordem constitucional, que prevê a liberdade como regra e a prisão, pura exceção (NUCCI, 2011, p. 71-72)

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 128.880 reconheceu que as prisões cautelares vêm sendo decretadas através de decisões com fundamentos frágeis e insustentáveis. O ministro Gilmar Mendes referiu que ao se decretar a prisão preventiva, deve-se ao menos fundamentar a decisão com base nas hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, sendo necessárias razões concretas e robustas sobre a necessidade da imposição, vejamos parte do voto do referido ministro:

Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie. Na hipótese, a decisão de primeira instância, que converteu o flagrante em prisão preventiva, constitui mero formulário pré-formatado, um modelo contendo fórmulas vazias e desvinculadas de qualquer base empírica. Tanto é evidente se tratar de modelo pré-pronto que, ao proferir a decisão ora sob comento, o magistrado de origem nem ao menos adaptou ao caso concreto o gênero dos substantivos e flexões gramaticais constantes do texto ( Supremo Tribunal Federal. HC 128880, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015).

Na mesma linha, importante às palavras de Paula Ballesteros, constante no documento do Ministério da Justiça:

Apesar das exigências do Código de Processo Penal e da Resolução do CNJ para que as decisões a respeito da conversão da prisão em flagrante em preventiva sejam

---

<sup>30</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 315- A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

fundamentadas, é prática comum que os fundamentos utilizados nas decisões proferidas nas audiências sejam padronizados e que pouco ou nada se considerem as reais circunstâncias do fato dito delituoso e a decorrente conversão em prisão preventiva ou a aplicação de alguma medida cautelar. (BALLESTEROS, 2016, p. 47).

De igual forma é o que dispõe o Protocolo I da Resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça, ao referir que o princípio da presunção de inocência deve ser sempre observado, ao passo que o juiz deve sempre esclarecer os motivos pelos quais as medidas cautelares diversa da prisão não podem ser aplicadas no caso concreto (BRASIL).

Para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, não bastam à mera indicação de uma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, devendo ser salientado o motivo/razão, no caso concreto, as medidas cautelares diversa da prisão não se mostram suficientes. De encontro, são as lições do ilustre doutrinador:

A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar- além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*- os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa (LOPES JR, 2016, p. 635).

A não fundamentação da decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva torna a prisão ilegal, impondo-se a liberdade provisória do preso. Outro exemplo desta conduta é o julgamento de um Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, n°70072909930. O referido julgamento dá conta de uma situação em que o paciente foi preso em flagrante pela prática do delito de lesão corporal no âmbito da violência doméstica. O flagrante que foi homologado, tendo sido arbitrado à fiança em R\$ 1000,00 reais pela autoridade policial, bem como a concessão de medidas cautelares diversa da prisão.

A Defesa do paciente postulou o afastamento da fiança, tendo em vista o apenado não ter condições financeiras para o adimplemento. O paciente não recolheu a fiança, tendo a prisão sido mantida pelo Juízo de primeiro grau, em oportunidade da Audiência de Custódia. Em razão do não adimplemento da fiança, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, não havendo fundamentação quanto às razões pelas quais se impôs a conversão do flagrante em preventiva, motivo pelo qual o paciente impetrou o referido Habeas Corpus (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Certeiro foi o voto da Desembargadora Relatora Rosaura Marques Borba, vejamos:

Dessa forma, considerando que o paciente é primário e alega não possuir condições financeiras para arcar com o pagamento da fiança estipulada (inclusive assistido pela Defensoria Pública), é devida a concessão da liberdade. Em que pese a gravidade do fato narrado, inviável a manutenção da prisão da paciente, quando a magistrada competente, na origem, sequer reconhece a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. (*Habeas Corpus N° 70072909930, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Rosaura Marques Borba, Julgado em 11/042017*).

No presente caso, em que pese ter sido realizada a Audiência de Custódia, o Juízo de primeiro grau não utilizou do instrumento de forma correta, pois não analisou de forma adequada à necessidade da prisão, nem ao menos fundamentou a sua decisão, ocasião em que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Neste contexto que a Audiência de Custódia tem seu papel, no sentido de ser utilizada como um meio de controle das prisões cautelares, bem como evitar a banalização e a prática de tortura. No exemplo acima mencionado, é apenas um caso entre tantos em que o Poder Judiciário utiliza a prisão de forma demasiada e abusiva.

A banalização das prisões cautelares é um fenômeno que ocorre habitualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, deve-se levar em consideração que a restrição da liberdade de um cidadão é uma medida muito gravosa, ainda mais quando se está diante de uma prisão cautelar, ou seja, aquela imposta antes de uma sentença transitada em julgado.

Por isso, deve-se ter o máximo de cautela ao decretar a prisão, haja vista que esta restrição pode deixar marcas e cicatrizes para o resto da vida daquele que foi colocado no cárcere, de acordo com o Protocolo I da Resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça:

O cárcere reforça o ciclo da violência ao contribuir para a ruptura dos vínculos familiares e comunitários da pessoa privada de liberdade, que sofre ainda com a estigmatização e as conseqüentes dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, ampliando a situação de marginalização e a chance de ocorrerem novos processos de criminalização (BRASIL, 2015).

De encontro, oportuno mencionar as conseqüências que podem advir com a segregação:

Um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente [...] a prisão, com sua disciplina necessária, nem sempre bem empregada, cria uma delinquência capaz de aprofundar o recluso suas tendências criminosas. Sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso (BITTENCOURT, 2011, p. 166).

Colocar um indivíduo no cárcere sem haver necessidade, pode fazer deste, um novo criminoso. É incontroverso que atualmente os presídios do Brasil são considerados “fábricas de criminosos”, uma vez que o sistema prisional brasileiro está muito longe de alcançar o grande objetivo: a ressocialização, inclusive todo aquele sujeito que entra nele, sai pior do que entrou. Ademais, segundo o Procoloto I da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “também menores são os índices de reincidência quando os réus não são submetidos à experiência de prisionalização” (BRASIL, 2015).

Neste cenário é que se faz tão importante a presença das medidas cautelares diversas da prisão, as quais estão elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>31</sup>. Em vista disto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça com o intuito de divulgar a Audiência de Custódia no Brasil, realizaram três acordos: 05 06 e 07 no ano de 2015, os quais visam minimizar as prisões cautelares.

No que se refere ao primeiro acordo, ele determina uma união de esforços entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça, a fim de que haja a implementação da Audiência de Custódia no país, prevendo apoio técnico os Estados que fizerem a implementação, tendo como participação o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) (BRASIL, 2015).

---

<sup>31</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 319- São medidas cautelares diversas da prisão: I) comparecimento periódico em juízo no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante de locais para evitar risco de novas infrações; III) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante. IV) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado, tenha residência e trabalho fixos; VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais; VII- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reinteração; VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial e IX - monitoração eletrônica.

No que tange ao segundo acordo, este trata das alternativas penais, as quais destinam-se as penas restritivas de direito, bem como o uso de tornozeleiras eletrônicas, medidas protetivas de urgência entre outros (BRASIL, 2015)

E por fim, o terceiro acordo refere-se ao desenvolvimento de uma política de monitoramento eletrônico (BRASIL, 2015)

Segundo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o ex Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, há um desacerto por parte do Judiciário ao decretar em demasia as prisões cautelares, veja-se:

A cultura do encarceramento parte do pressuposto de que somente a pena privativa de liberdade ou a medida cautelar restritiva da liberdade é que têm eficácia. Há nisto um erro [...] quando legislador apontou formas alternativas de cumprimento da pena o fez para que pudéssemos adequar a situação fática à realidade que se quer resolver [...] é necessário combinar “o rigor da lei com a percepção do que é necessário para resolver os problemas que aparecem. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Desta forma, na Audiência de Custódia, o juiz ao analisar o caso concreto, deve-se ater a adequação da medida a ser imposta ao indivíduo, assim como prevê o artigo 9º da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça<sup>32</sup> (CNJ), não precisando ocorrer automaticamente à decretação de uma prisão cautelar, como geralmente ocorre, o que acaba não só banalizando a prisão cautelar como também, conseqüentemente, superlotando o sistema carcerário (BRASIL, 2015).

As medidas cautelares diversas da prisão podem ser encaminhadas pelo ato da Audiência de Custódia, conforme refere:

[...] as medidas cautelares diversas da prisão aplicadas no âmbito das audiências de custódia serão encaminhadas para acompanhamento em serviços instituídos preferencialmente no âmbito do Poder Executivo estadual, denominados Centrais Integradas de Alternativas Penais ou com outra nomenclatura, bem como às Centrais de Monitoração Eletrônica, em casos específicos (LEITE, 2016, p. 24).

Consoante os acordos anteriormente citados, as medidas cautelares diversas da prisão

---

<sup>32</sup> Resolução nº213-Conselho Nacional de Justiça. Art. 9º- A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP deverá compreender a avaliação da real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observando-se o Protocolo I desta Resolução.

que forem determinadas em Audiência de Custódia serão fiscalizadas/acompanhadas pelo Poder Executivo.

O rol do artigo 319 é taxativo, sendo assim “não podendo “criar” outras além daquelas previstas no ordenamento. O processo penal é regido pelo princípio da legalidade, de modo que toda e qualquer restrição da esfera de liberdades individuais deve estar expressamente prevista em lei” (LOPES JR, 2012, p. 31). Portanto, o juiz não possui discricionariedade para aplicar medidas cautelares diversas das que estão dispostas em lei.

Para que seja imposta uma medida cautelar diversa da prisão devem-se levar em conta as exigências do artigo 282 do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>33</sup>. Consoante às lições abaixo, as medidas cautelares diversas da prisão trouxeram um novo paradigma aos juristas:

O novo art. 319 traz o rol de medidas cautelares, alternativas à prisão, podendo significar uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito e também no quadro prisional brasileiro. Muitos acusados, que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, pelo fato de estarem respondendo processo-crime, em virtude da prática de crime grave, não precisam, necessariamente, seguir para o cárcere fechado. Por vezes, medidas alternativas serão suficientes para atingir o desiderato de mantê-lo sob controle e vigilância (NUCCI, 2011, p. 82).

Observa-se que a imposição da medida cautelar diversa da prisão através da Audiência de Custódia, nos casos em que for cabível, é um meio eficaz para que haja uma minimização da banalização das prisões cautelares, é um momento que pode ser utilizado para que seja analisado se há realmente a necessidade de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva e para que também seja verificada a possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

É evidente, e aqui não se pode generalizar, que haverá casos em que a prisão preventiva é a única medida a ser imposta em razão do caso concreto. Todavia, a imposição de uma medida cautelar ou mesmo a liberdade provisória, ao invés de manutenção da prisão, é uma conduta que pode ser responsável pelo desafogamento do sistema carcerário.

## 4.2 A Audiência de Custódia Frente ao Sistema Carcerário Brasileiro

<sup>33</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Art. 282 - As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I) necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar prática de infrações penais; II) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A exemplo da desmedida banalização das prisões cautelares, o percentual de presos provisórios evidencia o quanto elas vem sendo banalizadas pelo Poder Judiciário. Verifica-se que, quase metade da população carcerária é composta por presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda não possuem uma condenação definitiva, vejamos:

O Brasil está em quarto lugar dentre os países que mais encarceram no mundo hoje, e de acordo com as informações consolidadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (2015), 41% da população prisional no país é composta por presos sem condenação, que aguardam privados de liberdade o julgamento de seu processo (LEITE, 2016, p. 09).

Ademais, a referida autora ainda ressalta que boa parte dos presos provisórios, findo o processo, não foram condenados a uma pena privativa de liberdade:

Pesquisa do IPEA realizada em 2014<sup>1</sup> indica “o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”, considerando que em “37,2% dos casos pesquisados em que os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo.” Em números absolutos, isso significa um total de cerca de 90 mil homens e mulheres encarcerados em casos que devem ser absolvidos ou ter penas alternativas aplicadas ao final do processo. (LEITE, 2016, p. 09)

O grande número de presos provisórios dá-se em razão da demora pelo Poder Judiciário no julgamento. Em que pese haver uma previsão legal na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso LXXV<sup>34</sup>, de indenização para aquele que ficar preso além do tempo, por outro lado, não trata com especificidade a questão da prisão cautelar, ocasionando desta forma, uma lacuna no ordenamento jurídico, ou seja, o acusado/réu fica a mercê do Poder Judiciário, com exceção da prisão temporária que possui regulamentação legal própria.

Deste modo, oportuno é o que refere o Protocolo I da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “quanto mais demorado é o processo criminal, menor é a chance

---

<sup>34</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso LXXV - O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

de que a pessoa tenha garantido o seu direito a uma pena alternativa à prisão” (BRASIL, 2015).

Nesse ínterim, uma das consequências da demora no julgamento é a superlotação do sistema prisional, o que certamente influencia na ineficácia deste. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional no documento “Levantamento Nacional de informações penitenciárias Infopen”, as penitenciárias brasileiras em sua maioria estão com a capacidade carcerária além do que a permitida, veja-se:

[...] uma quantidade considerável de unidades tem superlotação superior à média brasileira. Em aproximadamente um quarto das unidades (24%), há mais de dois presos para cada vaga. Em 63 unidades, a situação de superlotação é ainda mais acentuada: há quatro pessoas ou mais por vaga (2014, p. 38).

Ademais, segundo o Departamento Penitenciário Nacional, “por volta de 40% dos presos condenados no Rio Grande do Sul, em Minas Gerais e no Paraná cumprem penas menores que quatro anos” (2014, p. 74). Isso demonstra quão preocupante está o cenário do sistema carcerário brasileiro, em consequência do uso abusivo e banalizado da prisão.

Nesta linha, o Departamento Penitenciário Nacional possui um projeto de quatro eixos, que tem como escopo o aperfeiçoamento os serviços penais. Em um destes eixos visa-se à busca de uma medida eficaz alternativa a prisão, fazendo da Audiência de Custódia um método eficaz (2012, p. 06).

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Audiência de Custódia realizada em alguns Estados mostrou-se bastante eficaz:

Conforme o balanço do CNJ, o TJSP realizou 6.246 audiências de custódia no período de 24 de fevereiro a 5 de agosto deste ano. Desse total, 43,16% resultaram na concessão de liberdade provisória aos acusados. Ainda segundo o levantamento, o TJMA realizou um total de 186 audiências de custódia no período de 1 a 31 de julho. Em 46,77% delas os autuados em flagrante passaram a responder ao processo em liberdade. No caso do TJMG, de um total de 172 audiências realizadas no período de 20 até 31 de julho, 48,83% resultaram em liberdades provisórias. Já o TJMT registrou índice de 66,37% de solturas em um total de 113 audiências de custódia promovidas de 28 de julho a 13 de agosto. Conforme dados do TJES, a corte capixaba realizou 1.511 audiências de custódia de 22 de maio a 14 de agosto. Desse total, 49,50% resultaram em liberdades. (BRASIL, 2015).

Em que pese a Audiência de Custódia estar sendo realizada no Rio Grande do Sul, os números demonstram que há uma maior resistência pelos Tribunais na imposição das medidas cautelares diversa da prisão, veja-se:

Já no Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, segundo dados fornecidos pelo Tribunal, a relação de liberdades plenas para o total de autuados para os meses de outubro de 2015 a fevereiro de 2016 foi de, respectivamente, 19 em 143 casos; 27 em 342 casos; 18 em 311; nenhuma em 287 casos; e nenhuma em 333 (BALLESTEROS, 2016, p. 50).

A Audiência de Custódia ela não deve ser sinônimo de impunidade e nem mesmo como o fim das prisões cautelares. Ao contrário, ela permite uma maior efetivação das garantias e direitos individuais do indivíduo, os quais são protegidos pela legislação pátria, bem como pelos tratados internacionais os quais o Brasil faz parte. Nesta esteira, “conter ou limitar o poder punitivo não significa compactuar com a impunidade, e sim pugnar pelo respeito às regras processuais, constitucionais e convencionais que disciplinam a atividade do sistema de justiça criminal” (PAIVA, 2015, p. 28).

Todavia, considerando o atual panorama do sistema carcerário, a Audiência de Custódia deve ser vista como o momento em que propicia uma análise mais minuciosa da necessidade da prisão, evitando-se excessos e ilegalidades, além disso, é um instrumento que deve ser utilizado pelo Poder Judiciário a fim de que se garantam todos os direitos fundamentais do cidadão, dentre os mais importantes, a sua dignidade.

Aliás, o atual modelo de sistema carcerário brasileiro demonstra contornos críticos tal como aduz Paiva: “as rebeliões para demonstrar que o sistema penitenciário não funciona, os mutirões para ocultar que o Poder Judiciário (também) não funciona como deveria funcionar” (2015, p. 22).

Nesse íterim, verifica-se que a situação do sistema carcerário brasileiro está totalmente diferente do que prevê o ordenamento jurídico pátrio. Versa a legislação, nos artigos 85<sup>35</sup> e 88<sup>36</sup> da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84) que é assegurado o direito do detento de ter um estabelecimento prisional adequado. Estabelece igualmente que se deve

---

<sup>35</sup> Lei de Execução Penal. Art. 85- O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

<sup>36</sup> Lei de Execução Penal. Art. 88- O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único: São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana; (...)

respeitar a salubridade do ambiente, bem como a observância do limite da capacidade máxima, a fim de que se atenda o propósito da individualização da pena.

É cediço que estas diretrizes não são observadas pelo Poder Público. Nesta linha, a não observância dos referidos artigos acarreta em evidente violação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, bem como a inobservância de princípios inerentes ao cidadão, principalmente o da dignidade da pessoa humana, já anteriormente citado.

Neste contexto, oportuno referir um recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual condenou o Estado do Mato Grosso do Sul a pagar indenização a um preso em situações degradantes. O caso referido foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da interposição de Recurso Extraordinário (RE nº 580252), com repercussão geral, o qual foi interposto pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado supramencionado.

Nesta decisão atacada pela Defensoria Pública, o Egrégio Tribunal Estadual de Mato Grosso do Sul até mesmo reconhecia que o preso estava em condições degradantes, contudo entendeu não haver direito de indenização por danos morais.

Porém, diferentemente do que foi decidido pelo Tribunal Estadual do Mato Grosso do Sul, o Supremo Tribunal Federal condenou o Estado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 para um detento que se encontrava em condições no sistema carcerário (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

De acordo com o voto do ministro Luis Roberto Barroso, o qual foi proferido no ano de 2015, o valor a título de indenização, não resolve o problema do sistema carcerário, uma vez que os estabelecimentos prisionais continuariam nas mesmas situações em que se encontram. Além disso, se fosse traduzido em pecúnia o sofrimento da pessoa que passou por aquelas condições, todos os Estados iriam falir (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Porém, mesmo assim, a tese que prevaleceu no referido julgamento foi à condenação do Estado de Mato Grosso do Sul, a uma indenização no valor de R\$ 2.000,00 ao preso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Cumprido salientar, que muito embora grande parte da população carcerária seja composta de presos provisórios, esta situação não justifica a não observância das determinações legais e princípios e garantias fundamentais, bem como a atual precariedade do sistema carcerário, ou seja, o fato de o preso não estar cumprindo uma pena definitiva, não autoriza-se que ele seja colocado em situações degradantes e desumanas, podendo, assim, como forma de atenuar ou amenizar as condições degradantes, o Estado pagar uma indenização para aqueles postos em tais condições.

Assim, nesse panorama, a Audiência de Custódia teria também como finalidade “[...] levar ao juiz questionamentos sobre prognósticos da pena, sua saúde, exercício de sua defesa técnica, contato com a família, enfim, contribuir para que o preso não se sinta esquecido pelo Estado na penitenciária” (PAIVA, 2015, p. 86).

O encarceramento deve ser visto de forma mais humanitária, conforme preconiza o artigo 1<sup>o</sup><sup>37</sup> da Lei de Execução Penal. O referido artigo estabelece que deve haver uma adequação harmônica com o intuito de que o preso seja ressocializado. Todavia, não é o que vem ocorrendo no atual cenário carcerário brasileiro, pois diferentemente do que estabelece a norma, o que ocorre é uma banalização excessiva das prisões cautelares, de modo que a regra não é a liberdade, e sim a segregação.

Nesse toar, verifica-se que o referido artigo da Lei de Execução Penal, não vem sendo cumprido por grande parte do Poder Judiciário, tendo em vista o elevado percentual de presos provisórios encarcerados no Brasil, os quais compõe quase a metade do sistema carcerário.

Porém, o instituto da Audiência de Custódia serve como um instrumento apto a colaborar com a diminuição do encarceramento em massa, pois conforme amplamente abordado neste estudo, a devida apresentação do custodiado a autoridade competente judicial ameniza as decretações de prisões cautelares, ensejando, assim, a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Portanto, é incontroverso que deve haver uma mudança de cultura em relação ao sistema das prisões cautelares, tendo em vista a atual situação carcerária do Brasil, de modo que todas as garantias e direitos individuais sejam atendidos.

---

<sup>37</sup> Lei de Execução Penal. Art. 1º: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

## 5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho se deu em razão do questionamento que se faz acerca da necessidade das prisões cautelares no processo penal brasileiro. O Brasil atualmente faz parte de tratados internacionais os quais disciplinam uma série de medidas a serem respeitadas no momento da prisão cautelar.

Ressaltou-se a importância dos princípios que devem reger a atividade estatal no momento da imposição de uma prisão cautelar, os quais visam garantir uma persecução penal de forma mais justa e equilibrada, garantido a todos os cidadãos os seus direitos constitucionais previstos no ordenamento pátrio. O fato de o preso em flagrante estar em uma situação em seu desfavor, não significa que suas garantias constitucionais possam ser desrespeitadas. Ademais, discorreu-se sobre os tipos de prisões cautelares (com mais enfoque na prisão em flagrante e prisão preventiva).

Com o advento da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi assegurado que toda e qualquer pessoa presa em flagrante deverá ser apresentada em até 24 horas a uma autoridade judicial, bem como verificar se houve prática de tortura durante o ato da prisão. Antes de ser expedida esta Resolução, e ainda é o que ocorre em muitas Comarcas, apenas são remetidos os autos da prisão em flagrante, ao invés de se apresentado a pessoa do preso, assim como dispõe o artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica.

Todavia, o que se viu no discorrer deste trabalho, é que as disposições dos tratados internacionais não são respeitadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, aliás, sequer o processo penal brasileiro está ajustado aos referido tratados.

Posteriormente, foi exposto o instituto da Audiência de Custódia, ressaltando-se a grande importância que ela possui no ordenamento jurídico, visto que, ela propicia um momento específico em que será analisado se houve excessos, ilegalidades e tortura no momento do ato da prisão em flagrante.

E por fim, deu-se ênfase ao grande objetivo deste trabalho, qual é demonstrar o quão às prisões cautelares são banalizadas pelo Poder Judiciário. Neste contexto, é que a Audiência de Custódia se mostra um meio eficaz para que a aplicação demasiada das prisões seja freada.

A realização da Audiência de Custódia e a análise de cada caso concreto, bem como a pessoa do preso e suas características subjetivas permite uma melhor avaliação pelo Poder Judiciário acerca de quais medidas serão mais eficaz aquele caso.

Foi ratificado diversas vezes durante o transcorrer deste trabalho, que a prisão cautelar

deve ser encarada com uma excepcionalidade, devendo ser utilizada como *ultima ratio*. Todavia, de acordo com algumas jurisprudências trazidas dos tribunais do Brasil, constatou-se que ainda sim, se utiliza a prisão cautelar (prisão preventiva) como a principal medida a ser imposta depois da prisão em flagrante, podendo-se afirmar inclusive, que é uma conduta automática por parte do Poder Judiciário, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Constatou-se que alguns magistrados/desembargadores utilizam-se de fundamentação genérica na hora da decretação da prisão preventiva. Fala-se nas sentenças e acórdãos que a prisão preventiva é a medida a ser imposta, todavia, não trazem justificativas robustas e concretas para que fundamentem a imposição da prisão cautelar.

No que tange a superlotação do sistema prisional, a Audiência de Custódia foi também apontada, como uma solução para a superlotação do sistema carcerário, haja vista que a banalização da prisão cautelar é uma das causas da superlotação carcerária, de modo que com a realização do ato poderá ser verificada a possibilidade de serem impostas medidas cautelares diversas da prisão.

Ressalta-se que, a imposição de uma medida cautelar diversa da prisão não é tolerar ou compactuar com a impunidade e como já referido anteriormente, é prezar por um olhar mais humanitário a figura do preso, é fazer do processo penal um instrumento que obedeça aos direitos e garantias do indivíduo, sujeito de carne e osso, vedando-se as generalidades praticadas no momento da sentença que decreta a prisão preventiva.

Com o propósito de dar efetividade da Audiência de Custódia no ordenamento jurídico, deve haver uma mudança de comportamento por partes dos magistrados e tribunais, os quais devem respeitar as normas estabelecidas na legislação pátria, especialmente aquelas previstas nos tratados internacionais, tão esquecidas pelo Poder Judiciário.

Portanto, a partir das considerações feitas neste trabalho, conclui-se que o instituto da Audiência de Custódia só tem a trazer benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro, seja para reprimir prisões ilegais e arbitrárias, seja para reprimir atos de tortura praticados por policiais e até mesmo ser utilizada como maneira de evitar a superlotação carcerária no Brasil.

## 6 REFERÊNCIAS

BANDRALISE, RODRIGO da Silva. Sobre o aproveitamento das declarações autoincriminatórias do flagrado em audiência de custódia. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Paulo Rodrigo (Org). **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica**. Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas**. 4. ed. [Minha biblioteca]. Retirado de: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140097>> . Acesso em 18 de abril de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 66 de 2009**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_66\\_27012009\\_28042014145712.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_66_27012009_28042014145712.pdf)>. Acesso em: 20 de fev de 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n° 544 de 2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 26 fev 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Senado aprova a regulamentação da audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/30/senado-aprova-regulamentacao-de-audiencia-de-custodia>>. Acessado em 20 fev de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corpus**. n° 126.292. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Relator: Teori Zavaski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 15 jan 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus**. n° 128.880. Brasília, DF, 27 de outubro de 2015. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350259>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas-corpus** n° 2002780.54.2015.8.26.0000. SP, 12 de maio de 2015. Décima Sexta Câmara. Relator: Guilherme de Souza Nucci. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8444532&cdForo=0>>. Acesso em 22 mar 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas-corpus**. n° 2111722-20-2014.8.26.0000, SP, 09 de setembro de 2014. Décima Sexta Câmara. Relator: Newton Neves. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7826645&cdForo=0&v1Captcha=sktas>>. Acesso em 22 de mar de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus** N° 70072909930. RS, 11 de abril de 2017. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Rosaura

Marques Borba. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70072909930%26num\\_processo%3D70072909930%26codEmenta%3D7231232+pris%C3%A3o+flagrante+liberdade+provis%C3%B3ria+audi%C3%Aancia+cust%C3%B3dia++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70072909930&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=11/04/2017&relator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70072909930%26num_processo%3D70072909930%26codEmenta%3D7231232+pris%C3%A3o+flagrante+liberdade+provis%C3%B3ria+audi%C3%Aancia+cust%C3%B3dia++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70072909930&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=11/04/2017&relator=Rosaura%20Marques%20Borba&aba=juris)>. Acesso em 25 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução n° 1143/2016.**

Disponível em:

<[http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario\\_justica/dj\\_principal.php?tp=0&ed=5779&pag=1&va=9.0&idxpagina=true&pesq=audi%C3%Aancias%20de%20cust%C3%B3dia](http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=0&ed=5779&pag=1&va=9.0&idxpagina=true&pesq=audi%C3%Aancias%20de%20cust%C3%B3dia)>. Acesso em 02 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus N° 70049556533**, Terceira Câmara Criminal, RS, Relator: Nereu José Giacomolli, 09/08/2012. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70049556533.%28s%3Acrime%29&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70049556533.%28s%3Acrime%29&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em 28 de maio de 2017

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 213, de 15 de dezembro de 2015.**

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 28 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal (1988)**. 17.. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto n° 592, de 06 de julho de 1992**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 04 jan de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acessado em 06 jan 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 12403 de 04 de maio de 2011**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em 02 maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação sobre responsabilidade estatal por lotação carcerária**. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=rx4-f\\_iPsk&t=6075s](https://www.youtube.com/watch?v=rx4-f_iPsk&t=6075s)>. Acesso em 30 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Estado deve indenizar preso em situação degradante**, decide STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 30 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210/84 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 30 de abril de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia permite que 44,79% dos presos respondam em liberdade**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80242-audiencia-de-custodia-permite-que-44-79-dos-presos-respondam-em-liberdade>>. Acesso em 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **CNJ e MJ assinam acordos para combater o encarceramento provisório**, abril de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>. Acesso em 01 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **CNJ lança projeto Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79994-projeto-audiencia-de-custodia-no-rio-grande-do-sul>>. Acesso em 03 maio 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 20 fev 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)>. Acesso em: 28 fev 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf)>. Acesso em 26 out 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen 2014.

JUNIOR, Aury L. **Direito Processual Penal**. 13. ed. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201241>>. Acesso em 15 abr 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 Retirado de: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502187979>>. Acesso em 28 de abr 2017.

MARQUES, MATEUS. Sobre a implantação da Audiência de Custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: ANDRADE, Mauro Fonseca;

ALFLEN, Paulo Rodrigo (Org). **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica.** Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Implementação das Audiências de Custódia no Brasil:** Análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf/view>>. Acesso em 1º maio 2017

\_\_\_\_\_. **Manual de Gestão de Alternativas Penais:** medidas cautelares diversa da prisão. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/manual-de-gestao-para-alternativas-penais-medidas-cautelares-diversas-da-prisao.pdf/view>>. Acesso em 1º de maio 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais, teoria geral.** 8. ed. São Paulo, 2007 .

MORAS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 10. Ed. São Paulo. Atlas, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal.** Curso completo. Heráclito Antonio Mossin. Editora Manole ed 2010. Disponível em: <[http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520428399/pages/\\_1](http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520428399/pages/_1)>. Acesso em 25 de março 2017.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade:** De acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto, L. A. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana-Doutrina e Jurisprudência.** 3. ed. 2010. [Minha Biblioteca]. Retirado de: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135413/>>. Acesso em 15 de março 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

TOPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de Custódia:** controle jurisdicional da prisão cautelar. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.