

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEIO DE CONTROLE DA PRISÃO CAUTELAR

Tiare Lara Guth¹

Rogério César Soehn²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRISÃO CAUTELAR. 3 CULTURA DO ENCARCERAMENTO, BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR E EXCESSO DE PRISÃO CAUTELAR. 4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 5 CONCLUSÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: Através do método dedutivo, procedimento histórico-comparativo e mediante a pesquisa documental indireta, quer se avaliar e conceituar a prisão cautelar, o fenômeno da cultura do encarceramento, a banalização da prisão cautelar, bem como, o excesso desta. Ao passo que é incorporado a audiência de custódia no sistema judiciário Brasileiro, que, sem dúvidas é uma conquista no que tange os Direitos humanos, mas questionável seus efeitos como medida para sanar ou pelo menos amenizar as mazelas do sistema prisional. Desta feita, busca a pesquisa analisar a inclusão da audiência de custódia como meio de controle da prisão cautelar e se esta medida pode alterar o cenário de caos que perpassa no sistema penitenciário brasileiro.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Prisão cautelar. Cultura do encarceramento.

1 INTRODUÇÃO

O direito à liberdade é inerente a cada cidadão, cabendo unicamente ao Estado o dever/direito de suprimi-lo, mas após o devido processo legal e o trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, está previsto na legislação brasileira uma modalidade de prisão que excluiu tais pressupostos, a prisão cautelar, sendo aplicada quando há extrema necessidade e de forma excepcional.

Enfatiza-se que a população carcerária do Brasil, no mês de dezembro de 2014, era de 622.202 pessoas, havendo 371.884 vagas, isto é, 250.318 presos a mais que a estrutura prisional brasileira foi condicionada a atender.³ Logo, os dados sobre as prisões cautelares/provisórias seguem características dessa superlotação carcerária,

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades. 8º semestre. E-mail: ti.guth@hotmail.com.

² Professor do Curso de Graduação em Direito da FAI Faculdades de Itapiranga. Especialista em Segurança Pública. E-mail: rogerio.soehn@seifai.edu.br

³LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciária - INFOPEN - dezembro de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

sendo destinado a essa modalidade de prisão o total de 32% das vagas, mas há uma taxa de ocupação de 179%.⁴

Por conseguinte, esse contingente enorme de presos é ligado ao que se denomina de cultura do encarceramento, excesso de prisão e a banalização da prisão cautelar. Sabe-se que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), datados de junho de 2014, a população carcerária desta última modalidade de prisão soma 42% dos reclusos.⁵

Prontamente, no ano de 2015, foi instituída no Brasil a audiência de custódia, pensada como um dos meios de desafogar o sistema prisional. Isto se deve ao fato de que, segundo essa legislação, o juiz e o acusado devem ser postos frente a frente, para que aquele decida sobre a legalidade da prisão cautelar e, assim, rever a necessidade da decretação da prisão cautelar.

2 PRISÃO CAUTELAR

No direito brasileiro o Estado é o único que pode infligir sobre o indivíduo uma punição, não sendo apenas um direito, mas um dever, uma função, afastando qualquer meio de participação do particular. Todavia, seu poder de punir é restrito, vinculado às regras do direito objetivo, aplicado na prática de um ato aparentemente criminoso.⁶

Logo, as penitenciárias hoje são tidas como o meio mais civilizado que o Estado possui de infligir sobre o indivíduo uma pena, castigo, lhe privando talvez do bem mais comum e essencial da sociedade contemporânea, a liberdade.⁷ Nesse sentido, a prisão “é o instrumento necessário para afastar cautelarmente uma pessoa do convívio social, como também para punir e reintegrar à sociedade aquele que descumpriu a lei”⁸.

⁴LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciária - INFOPEN - dezembro de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

⁵CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 04 set. 2016.

⁶MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume I. Campinas, SP: Millenium Editora, 2009.p. 1-2

⁷FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 223.

⁸CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Perguntas frequentes. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso: 05 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Ainda no que tange à prisão, há duas espécies previstas, a prisão pena, que advêm da sentença penal definitiva, e a prisão sem pena, denominada de prisão provisória, cautelar ou processual.⁹ Esta é “aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção”¹⁰, ocorrendo durante o andamento do processo de conhecimento, isto é, antes de haver o trânsito em julgado da sentença penal.

Por sua vez, a prisão cautelar é espécie de medida cautelar¹¹, sendo, nas palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette, denominada:

Cautelares penais são providências instrumentais que visam garantir o bom andamento processual, assegurar os resultados finais desejados em um processo penal justo, garantir o ressarcimento de danos provocados pelo ilícito e ainda, em certos casos especiais, acautelar o meio social com relação a prática de infrações penais de forma incontida.¹²

Em outras palavras, é o meio encontrado para que ao final do processo penal o resultado seja útil, aplicando as medidas cautelares estipuladas no Código de Processo Penal. Tais determinações recaem sobre coisas, como a busca e apreensão, sequestro, arresto e sobre a pessoa, denominada prisão cautelar.¹³

Ao passo que, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, para aplicação da prisão cautelar observa-se o pontuado no art. 282 do Código de Processo Penal:

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 a prática de infrações penais;

II - **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e

⁹CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403/11 comentada**: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013. p. 138. Disponível em: <<http://faifaculdades.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788579871603/pages/10>>.

Acesso: 16 ago. 2016

¹⁰RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 763.

¹¹CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403/11 comentada**: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013. p. 138. Disponível em: <<http://faifaculdades.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788579871603/pages/10>>.

Acesso: 16 ago. 2016.

¹²CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403/11 comentada**: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013. p. 9. Disponível em: <<http://faifaculdades.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788579871603/pages/10>>. Acesso: 16 ago. 2016.

¹³RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 763.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

condições pessoais do indiciado ou acusado.¹⁴ (Grifo nosso)

Desta feita, a prisão cautelar constitui medida excepcional e aplicada quando há extrema necessidade¹⁵, isto é, para imputar ao indivíduo a restrição à sua liberdade antes de haver o trânsito em julgado da sentença penal é necessário analisar a necessidade da medida e a sua adequação ao caso concreto¹⁶. Assim, elucida Choukr que a prisão cautelar é a

[...] última das medidas a ser adotada, o será apenas quando, ponderando-se a necessidade a adequação, ficar demonstrado que os objetivos dos incisos I e II do presente artigo não poderão ser alcançados senão pelo encarceramento da pessoa suspeita ou acusada.¹⁷

Da mesma forma, há de observar como fundamento para a aplicabilidade da medida cautelar dois pressupostos essenciais, o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Embora, segundo o posicionamento de Aury Lopes Jr e outros doutrinadores (que não compõe a corrente majoritário), tais fundamentos são incorretos, correspondendo a transporte indevido de categorias do direito civil ao direito processual penal.¹⁸

Por conseguinte, o aludido doutrinador estabelece como fundamento das prisões cautelares o *fumus commissi delicti*, uma vez que consiste na “prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria” e *periculum libertatis*, sendo “o perigo decorrente do estado de liberdade do imputado”.¹⁹

Outrossim, são admitidas no ordenamento jurídico, segundo Paulo Rangel, quatro espécies de medidas cautelares restritivas de liberdade, sendo: a) prisão preventiva; b) prisão em flagrante; c) prisão temporária; d) prisão administrativa.²⁰ Todavia, aponta Aury Lopes Jr. a inexistência da prisão administrativa²¹, sendo este o posicionamento adotado.

¹⁴BRASIL. **Código de Processo Penal**. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 763.

¹⁶CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudências**. 5.ed. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2011. p. 435.

¹⁷CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudências**. 5.ed. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2011. p. 435.

¹⁸LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 804-805.

¹⁹LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 805-806.

²⁰RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 770-843.

²¹LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 822-912.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Salienta-se que a prisão em flagrante, apesar de estar disposta como uma medida cautelar, é considerada por alguns doutrinadores, entre eles Aury Lopes Jr., uma medida pré-cautelar. Isso se deve ao fato de que a prisão em flagrante ocorre pela “certeza visual da prática de um crime”, devendo ser o flagrado dirigido ao juiz para que esse adote ou não a medida cautelar, no caso a prisão preventiva.²²

Desta feita, conclui-se como sendo a prisão cautelar a *ultima ratio* para garantir o bom resultado do processo penal. Contudo, a situação das penitenciárias brasileiras não demonstram a observância a este pressuposto essencial, tão pouco as decisões judiciais que decretam a prisão cautelar. Em vista disso, há uma banalização desse instituto, isto é, a sua aplicação indevida e em desconformidade ao que a lei e os princípios jurídicos brasileiros pontuam.

3 CULTURA DO ENCARCERAMENTO E EXCESSO DE PRISÃO CAUTELAR

Atualmente o Brasil é o terceiro país com maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América, China e Rússia²³, totalizando, segundo dados da Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de dezembro de 2014, 622.202 presos no país. Em contraposição, o sistema prisional possui 371.884 vagas, o que significa 250.318 apenados a mais do que a estrutura poderia atender.²⁴

Logo, é necessário acomodar na estrutura existente esse contingente superior de presos, respeitando no que tange ao direito destes, o disposto em lei nacional e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Para tanto, elucida o art. 5º, XLVII, alínea “e”, da Constituição Federal de 1988, que “não haverá penas cruéis”²⁵, e do mesmo modo, dispõe o inciso XLIX do mesmo dispositivo legal, que “é assegurado

²²LOPES JUNIR, Aury. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 70 - 71.

²³CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso: 04 set. 2016.

²⁴LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciária - INFOPEN - dezembro de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

²⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Colaboração de Luiz Roberto Curria, Livia Céspedes Fabiana Dias Rocha. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

aos presos o respeito à integridade física e moral”²⁶.

Diante disto, conclui-se de forma abrangente que o que se busca é o respeito à dignidade do preso, denominado nas palavras de Sarlet como sendo:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, **um complexo de direito e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições de existência mínimas para uma vida saudável [...]**.²⁷ (Grifo nosso)

Entretanto, em uma pesquisa realizada pela Human Rights Watch²⁸ nos presídios do estado de Pernambuco no ano de 2015, fica evidente a desconformidade entre o que a lei e os princípios constitucionais preveem e o que se apresenta na realidade carcerária. No relatório exibido pela instituição mencionada é exposto que:

[...] um pesquisador da Human Rights Watch se deparou com uma cela sem camas ou janelas, onde 37 homens dormiam sobre lençóis no chão. Em outra cela, que possuía seis leitos de cimento para 60 homens, até mesmo o espaço no chão era insuficiente.²⁹

Por conseguinte, nestas condições de desrespeito à dignidade da pessoa humana, com celas abarrotadas de presos, a higiene e por consequência a saúde são precárias, havendo ainda, cumulado com a superlotação, a falta de agentes penitenciários. É apontado na pesquisa que há menos de um agente penitenciário para cada 30 presos, sendo que a orientação do Ministério da Justiça é um agente para cada cinco indivíduos presos.³⁰

Nessa realidade, se misturam os presos definitivos e presos que ainda não foram

²⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Colaboração de Luiz Roberto Curria, Livia Céspedes Fabiana Dias Rocha. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4.ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.p.60.

²⁸A Human Rights Watch (HRW) “é uma organização internacional de direitos humanos, não-governamental, sem fins lucrativos, contando com aproximadamente 400 membros que trabalham em diversas localidades ao redor do mundo”. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/sobre-human-rights-watch>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁹ACEBES, Cezar Muñoz. O estado deixou o mal tomar conta: a crise do sistema penitenciário do Estado de Pernambuco. **Human Rights Watch (HRW)**. Out. 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>. Acesso: 18 ago. 2016. p. 8.

³⁰ACEBES, Cezar Muñoz. O estado deixou o mal tomar conta: a crise do sistema penitenciário do Estado de Pernambuco. **Human Rights Watch (HRW)**. Out. 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>. Acesso: 18 ago. 2016. p.8-9.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

julgados, isto é, os presos de forma cautelar. É assinalado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que no Brasil eles somam 42% dos encarcerados³¹. Na pesquisa realizada pelo INFOPEM totalizam 40,13%³². Já no Estado de Pernambuco, é pontuado pela Humam Rights Watch que,

[...] quase 60 por cento das quase 32 mil pessoas nas prisões de Pernambuco não foram condenadas pela prática de um crime. Suspeitos de terem praticado crimes não violentos, como furtos e posse de pequenas quantidades de drogas, são frequentemente mantidos nas mesmas celas que traficantes e membros de facções criminosas.³³

Tal situação é contrária à lei, quando a própria Lei de Execução Penal (LEP), em seu art. 84, pontua que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”³⁴. O artigo citado visa determinar que a pena não tem um caráter homogêneo, ou seja, é diversa, se adequando ao caso concreto e às finalidades a que se destina.

Assim, o tratamento que deve ser atribuído ao preso condenado é diverso ao que deve ser dispensado ao preso ainda sem julgamento. Pelo menos assim dispõe a lei e a doutrina. Nesse sentido é importante a elucidação dada por Michel Foucault sobre a dinâmica diversificada da pena:

Diferenciado pois não deve ter: a mesma forma, consoante se trate de um indiciado ou de um condenado, de um contraventor ou de um criminoso: cadeia, casa de correção, penitenciária devem em principio corresponder mais ou menos a essas diferenças, e realizar um castigo não só graduado em intensidade, mas diversidade em seus objetivos.³⁵

Desta forma, além de termos um contingente enorme de presos sem julgamento no Brasil, vivendo em situações de desrespeito a dignidade, ainda se observa a

³¹CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso: 04 set. 2016.

³²LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciária - INFOPEN - dezembro de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

³³ACEBES, Cezar Muñoz. O estado deixou o mal tomar conta: a crise do sistema penitenciário do Estado de Pernambuco. **Human Rights Watch (HRW)**. Out. 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>. Acesso: 18 ago. 2016. p. 10.

³⁴BRASIL. **Lei de execução Penal (LEP)**. Colaboração de Luiz Roberto Curria, Livia Céspedes Fabiana Dias Rocha. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁵FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 225.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

inobservância da norma legal no que tange ao cumprimento desta medida restritiva da liberdade cautelar, o que não é nem uma surpresa no contexto atual do sistema carcerário.

Outro fato que merece atenção é o tempo da prisão cautelar. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o período médio entre a instauração do inquérito policial e a denúncia do Ministério Público é de 135 dias. Já da denúncia do Ministério Público e a sentença que extingue o processo no caso de réu preso, passam-se 16,7 meses.³⁶

Salienta-se que “nos casos de flagrante, o Ministério Público apresentou a denúncia apenas 26 dias após a instauração do inquérito policial. Já nos casos de inquéritos instaurados por portaria, esse tempo foi de 310 dias”. Nesses casos a sentença em média demora 40,6 meses.³⁷

Nesse sentido se conclui que:

Em termos do fluxo total, o tempo médio entre a instauração do inquérito e a sentença de extinção do processo é de 28,6 meses (tabela 28). Nos casos de inquéritos instaurados por portaria, o tempo médio é de 56,0 meses. Já nos casos de flagrante, com réu em prisão provisória, o tempo médio entre o inquérito e a sentença é de 21,4 meses. **Portanto, o tempo médio da prisão provisória é de 639 dias, ou seja, quase dois anos.**³⁸ (Grifo do nosso)

A propósito, no Brasil são destinadas 32% das vagas no sistema prisional aos presos cautelares, mas a taxa de ocupação nesses casos é de 179%.³⁹ A pesquisa realizada pelo IPEA em 2014 revelou que 37% dos presos provisórios/cautelares no

³⁶INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Aplicação de penas e medidas alternativas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016.

³⁷INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Aplicação de penas e medidas alternativas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016.

³⁸INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Aplicação de penas e medidas alternativas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016.

³⁹LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciária - INFOPEN - dezembro de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

final do processo não foram condenados a pena privativa de liberdade.⁴⁰ Nesse sentido, revela e esclarece a pesquisa:

62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou teve de cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se, ainda, os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%) [...].⁴¹

Diante destes dados, o que se observa é a larga e desmedida aplicação da prisão cautelar, sendo pontuado por Paulo Rangel que “no Brasil a prisão preventiva foi banalizada. Pessoas que deveriam estar soltas foram presas desnecessariamente. Outras, que deveriam estar presas, permanecem soltas, inexplicavelmente durante o processo⁴²”.

Em contraste, temos uma Constituição Federal que pontua pela presunção de inocência, pela dignidade da pessoa humana, tratados internacionais que levam o Brasil a ser um Estado garantidor dos direitos humanos, e uma legislação que prevê a pena de privação da liberdade como *ultima ratio*. Contudo, a realidade é drasticamente diversa daquela apresentada e idealizada no papel.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Com o intuito de solucionar o problema ou ao menos amenizar as consequências da cultura do encarceramento e, por conseguinte da banalização da prisão cautelar (entre outros objetivos), foi instituída no Brasil a audiência de custódia. Esta, por sua vez, já é prevista pelo Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos das Nações Unidas, no art. 9º, item 3, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 7º, item 5, dos quais o Brasil é signatário.

⁴⁰INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Aplicação de penas e medidas alternativas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁴¹INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Aplicação de penas e medidas alternativas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁴²RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 801.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Assim, na data de 22 de janeiro de 2015 foi publicado o provimento conjunto nº 03/2015, entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e da Corregedoria Geral da Justiça do estado, o qual prevê em seu art.1º “a apresentação da pessoa presa em flagrante delito, até 24 horas a pós a sua prisão, para participar da audiência de custódia⁴³”.

Em outras palavras, o preso em flagrante deve ser em 24 horas apresentado ao juiz competente, para este, decidir sobre a legalidade da prisão, a necessidade da continuidade desta, da implementação de medidas cautelares diversas, “e poderá avaliar também, eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades”. Nesta audiência “serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso” [...].⁴⁴

Todavia, foi arguido pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 5240. Nesta, a “Adepol afirmou que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo⁴⁵. Entre os argumentos aferidos na ADI, se destaca a competência para legislar sobre a matéria, que segundo a instituição, é da União, por meio do Congresso Nacional.

Logo, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou indeferindo a ADI:

Segundo entendimento dos ministros do STF, o procedimento apenas disciplinou normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico, já que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro.⁴⁶

Tendo em vista o reconhecimento da constitucionalidade do provimento

⁴³ESTADO. Diário da justiça. Provimento Conjunto 03/2015. Tribunal de justiça de São Paulo, Corregedoria Geral de Justiça. Relator: Des. José Renato Nalini. São Paulo, 27 jan. 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁴⁴CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁴⁵CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). STF confirma validade de normas sobre audiências de custódia. 22 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80231-stf-confirma-validade-de-normas-sobre-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁴⁶CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). STF confirma validade de normas sobre audiências de custódia. 22 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80231-stf-confirma-validade-de-normas-sobre-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 09 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

conjunto, São Paulo foi o primeiro estado a implementar a audiência de custódia no Brasil. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 15 de dezembro de 2015, na resolução 213, se posicionou no mesmo sentido, passando a regular a audiência de custódia.

4 CONCLUSÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Superado os obstáculos sobre a legalidade da audiência de custódia, assim reconhecida a sua legalidade, esta vem sendo implementada nos estados. Segundo dados do CNJ, nos estados do Sul do Brasil, o que prevalece é a conversão do flagrante em prisão preventiva.

De acordo com os dados, no Rio Grande do Sul houve 3.833 audiências de custódia, das quais 3.231 resultaram na conversão em prisão preventiva do indiciado e 602 na liberdade provisória. Em Santa Catarina houve 1.749 audiências de custódia, das quais 869 provieram na prisão preventiva e 880 na decretação da liberdade provisória. Já no estado do Paraná, das 8.175 audiências de custódia realizadas, 4.518 se reverteram na decretação da prisão preventiva e 3.657 na liberdade provisória.⁴⁷

Nesse sentido é interessante o pontuado na pesquisa do IPEA:

Como a prisão ainda continua sendo a regra e o elemento central do funcionamento do SJC, vê-se que as decisões que optam pela liberdade do autuado tendem a ser muito mais robustas e fundamentadas do que aquelas que determinam a conversão da prisão em preventiva. Isso ocorre não só quando a atuação do magistrado destoa da dinâmica geral das decisões dos outros juízes que atuam nas audiências, mas também quando o próprio magistrado foge do padrão das decisões que costuma preferir, usando a argumentação mais extensa como forma de “justificar-se” diante de seus pares.⁴⁸

Isto é, vivemos em um país que, apesar da legislação pontuar pelo inverso, prender ainda é regra, visto que, no cenário jurídico atual é mais simples imputarmos

⁴⁷CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁴⁸INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Aplicação de penas e medidas alternativas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

uma pena privativa de liberdade do que justificar a liberdade provisória. Tal se constata quando se prende o sujeito e no momento em que inclinados a proferir a liberdade provisória, as sentenças são mais bem fundamentadas.

Com a implementação das audiências de custódia o objetivo é alterar esse quadro, mas a sua eficácia divide opiniões. É concluído na pesquisa do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), que pelos dados coletado e os existentes ainda não é possível afirmar se houve mudanças no número de presos preventivos.⁴⁹

Embora, ao se observar o número de presos cautelares anteriores a implementação da audiência de custódia e os dados após sua aplicação, o que se demonstra por enquanto, é não haver significativas alterações. Esta é uma das considerações de Carlo Velho Masi sobre o tema.⁵⁰

Por certo, é importante dar ênfase às colocações de Ruchester Marreiros Barbosa, quando trata da prisão provisória. Esse explana que o abuso nas prisões provisórias “trata-se de uma problemática típica dos regimes políticos autoritários que tomaram conta da América Latina, de uma forma geral, nas décadas de 50 a 70”, se levando em conta que o Código de Processual Penal brasileiro é de 1940.⁵¹ Segue o autor tratando da prisão cautelar, esclarecendo seu posicionamento sobre a audiência de custódia:

O tema retoma relevante importância, principalmente, quando hodiernamente testemunhamos a implementação de uma audiência de custódia a marteladas, como ferramenta messiânica de solução a estes abusos, nas quais, já vem se mostrando, pelas estatísticas, que vem representando mais um mecanismo de controle social penal de encarceramento por etiquetamento. Mais uma política populista, e o pior de tudo, advinda do judiciário. Simples assim.⁵²

Destarte as divergências nas opiniões, pode a audiência de custódia ser

⁴⁹INSTITUTO de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

⁵⁰MASI, Carlo velho. O que revela o monitoramento das audiências de custódia?. **Canal ciências criminais**. 01 jun. 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/o-que-revela-o-monitoramento-das-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 01 set. 2016.

⁵¹BARBOSA, Ruchester Marreiros. Onde mora o abuso das prisões provisórias?. **Canal ciências criminais**. 29 set. 2015. Disponível em: < <http://canalcienciascriminais.com.br/onde-mora-o-abuso-das-prisoos-provisorias/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

⁵²BARBOSA, Ruchester Marreiros. Onde mora o abuso das prisões provisórias?. **Canal ciências criminais**. 29 set. 2015. Disponível em: < <http://canalcienciascriminais.com.br/onde-mora-o-abuso-das-prisoos-provisorias/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

considerada uma conquista para resguardo dos direitos humanos, mas não pode ser, por hora, mensurada como mecanismo de controle do excesso de prisão cautelar no Brasil.

6 CONCLUSÃO

A incorporação da audiência de custódia pelo sistema jurídico Brasileiro é sem dúvida um grande avanço como meio de garantia dos direitos humanos. Entretanto, quando questionada sua efetividade como medida de controle da prisão cautelar, frente ao que vem se observando e denominando como cultura do encarceramento, banalização da prisão cautelar e, portanto, reflexos na diminuição da superlotação carcerária, ela parece ineficaz.

Por conseguinte, o problema é mais complexo, com a ampla aplicação da prisão cautelar em detrção das medidas cautelares diversas, fundadas por vezes no maleável conceito de ordem pública. Enfim, o instituto da prisão cautelar deixou de ter um caráter excepcional e a audiência de custódia, apesar de ser um avanço, não irá solucionar o problema da banalização deste instituto, bem como da superlotação do sistema prisional Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACEBES, Cezar Muñoz. O estado deixou o mal tomar conta: a crise do sistema penitenciário do Estado de Pernambuco. **Human Rights Watch (HRW)**. Out. 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>. Acesso: 18 ago. 2016.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Onde mora o abuso das prisões provisórias?. **Canal ciências criminais**. 29 set. 2015. Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/onde-mora-o-abuso-das-priso-es-provisorias/>.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Colaboração de Luiz Roberto Curria, Livia Céspedes Fabiana Dias Rocha. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei de execução Penal (LEP)**. Colaboração de Luiz Roberto Curria, Livia Céspedes Fabiana Dias Rocha. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403/11 comentada**: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudências. 5.ed. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2011.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 09 set. 2016.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 04 set. 2016.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). STF confirma validade de normas sobre audiências de custódia. 22 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80231-stf-confirma-validade-de-normas-sobre-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 09 set. 2016.

ESTADO. Diário da justiça. Provimento Conjunto 03/2015. Tribunal de justiça de São Paulo, Corregedoria Geral de Justiça. Relator: Des. José Renato Nalini. São Paulo, 27 jan. 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>. Acesso em: 09 set. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

INSTITUTO de Defesa do Direito de Defesa. Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/relatorio-ac-sp.pdf>. Acesso: 04 set. 2016.

INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Aplicação de penas e medidas alternativas. Disponível em:

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016.

LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciária - INFOPEN - dezembro de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

LOPES JUNIR, Aury. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASI, Carlo velho. O que revela o monitoramento das audiências de custódia?. **Canal ciências criminais**, 01 jun. 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/o-que-revela-o-monitoramento-das-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 01 set. 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume I. Campinas, SP: Millenium Editora, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4.ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

UNIÃO. Poder Judiciário. Resolução nº 213. Conselho Nacional de Justiça. Ministro: Ricardo Lewandowski. 15 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>.28 set. 2016.