

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

**COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO POR MEIO  
DA CONCRETIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

**MARIA JOANA FERREIRA PEREIRA**

**Rio de Janeiro**  
**2017**

**MARIA JOANA FERREIRA PEREIRA**

**COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO POR MEIO  
DA CONCRETIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

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

**Rio de Janeiro  
2017**

## CIP - Catalogação na Publicação

P436c PEREIRA, MARIA JOANA FERREIRA  
COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO POR MEIO DA  
CONCRETIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA / MARIA  
JOANA FERREIRA PEREIRA. -- Rio de Janeiro, 2017.  
61 f.

Orientador: ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação)  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 2. PROCESSO PENAL. 3.  
ENCARCERAMENTO. 4. PRISÃO PROVISÓRIA. 5. PRISÃO EM  
FLAGRANTE. I. SANTORO, ANTONIO EDUARDO RAMIRES,  
orient. II. Título.

CDD

341.4325

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados  
fornecidos pelo(a) autor(a).

**MARIA JOANA FERREIRA PEREIRA**

**COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO POR MEIO  
DA CONCRETIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

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

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Co-orientador (Opcional)

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro  
2017**

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo apurar a audiência de custódia, uma prática que pode auxiliar no controle da cultura do encarceramento e da banalização das prisões provisórias. O sistema carcerário brasileiro convive com um número excessivo de encarcerados provisórios e audiência de custódia é uma das formas para se garantir que os direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana, sejam respeitados. Diante de uma prisão em flagrante não há como ter certeza de que aquela pessoa realmente deva ficar segregada da sociedade e a segregação do indivíduo deve ser uma das últimas medidas a serem adotadas pelo judiciário. Pretende ainda, discorrer acerca da implantação da audiência de custódia no Rio de Janeiro, investigando-se a obtenção de resultado. Para tanto, foi empregado dados obtidos por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais do governo, referente às prisões no Brasil e no estado do Rio de Janeiro, além de pesquisa bibliográfica referente à audiência de custódia.

Palavras-Chaves: audiência de custódia; processo penal; encarceramento; prisão provisória; prisão em flagrante.

## **ABSTRACT**

The purpose of this monographic work is to establish a custody hearing, a practice that can help control the culture of incarceration and banalization of temporary prisons. The Brazilian prison system coexists with an excessive number of temporary incarcerated persons and a custody hearing is one way to ensure that human rights, especially the dignity of the human person, are respected. Faced with a flagrant arrest there is no way to insure the life of a real person, to be segregated from society and a segregation of the individual must be one of the new measures to be adopted by the judiciary. It also intends to discuss the implementation of the custody hearing in Rio de Janeiro, investigating the obtaining of results. For this purpose, data obtained through surveys carried out by official government agencies regarding prisons not in Brazil and in the state of Rio de Janeiro, as well as bibliographic research regarding the custody hearing, were used.

Keywords: custody hearing; criminal procedure ; incarceration; temporary arrest; in prison gross.



## 1. INTRODUÇÃO

O que temos como regra no direito brasileiro é que a prisão deve ser a última ratio, ou seja, utilizada somente quando não forem suficientes outras medidas punitivas. Isso devido ao grande número que habita no sistema carcerário, que não conta com o mínimo de respeito às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Por muitas vezes uma pessoa acusada de cometer um crime é submetida à prisão, porém não é analisado se realmente é necessário que esta pessoa aguarde o julgamento segregada da sociedade, desrespeitando o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Sem o devido processo legal ninguém será privado de sua liberdade e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém será considerado culpado.

Mas a realidade está distante dos princípios processuais penais e das garantias fundamentais, o encarceramento virou massa de manobra social. O encarceramento processual levado a termo no Brasil, aliado a falta de estrutura do sistema penitenciário e a atuação no trato da segurança pública, estão longe de resolver o problema, tendem a agravá-lo.

No Brasil hoje cerca de 40% são presos provisórios, ou seja, são presumidamente inocentes e se encontram encarcerados sem qualquer julgamento formal por parte do Estado.

O que se vê, atualmente é uma tentativa de massificar o instituto da prisão processual como resposta à população, indignada com o alto grau de violência que assola o meio social brasileiro. Contudo, tal medida gera efeitos mais nocivos que benéficos à sociedade, gerando nesta uma sensação de pseudo-segurança, dando a impressão de que o encarceramento em quantidade é a solução para a questão da violência e de que assim, o criminoso não ficou impune.

O clamor popular acaba dando vazão a um sentimento de vingança, alimentado pela crescente violência e é neste cenário onde medidas tidas como mais efetivas como a implantação da pena e o recrudescimento do judiciário com o encarceramento preventivo ganham corpo no imaginário popular como a solução para uma sociedade mais segura e tranquila.

A prisão, por si só, é uma experiência traumática na vida de qualquer indivíduo. A perda da liberdade, do direito de ir e vir, de escolher os próprios horários, de se alimentar é medida extremamente invasiva. A restrição de tal direito deve ser feita com acuidade e



responsabilidade, notadamente quando o indivíduo ainda não foi submetido a julgamento onde, em tese, poderá fornecer os argumentos defensivos tendentes a comprovar sua inocência.

Daí o grande erro cometido pela Magistratura pátria, ao subverter a excepcionalidade da prisão cautelar, aplicando-a indiscriminadamente e sem critérios concretos, esquecendo-se dos demais mecanismos cautelares postos à disposição do judiciário.

A lei 12.403/2011 rompeu com a dicotomia pré-existente de liberdade ou encarceramento e trouxe à legislação processual penal brasileira outras modalidades de medidas cautelares diversas da prisão. Confirmou o legislador a excepcionalidade da prisão processual e muniu a Magistratura de medidas legais a serem aplicadas sem que, necessariamente, jogue-se o réu prematuramente no sistema carcerário.

A cultura do encarceramento, contudo, prevalece no sistema prisional brasileiro e ao contrário de fazer cumprir a função precípua do Direito, que é a pacificação social, acaba por gerar efeito inverso.

Os presídios e cadeias brasileiros são ambientes insalubres, onde até as necessidades humanas mais básicas como acomodação, alimentação e higiene pessoal são feitas precariamente.

Ora, as autoridades brasileiras não conseguem sequer acomodar a massa carcerária brasileira adequadamente, muito menos recuperar e reeducar o apenado e reinseri-lo na sociedade. O que esta receberá de volta é um indivíduo com periculosidade ainda maior.

O sistema penitenciário brasileiro é meramente segregatório: não recupera o preso para que este se reinsira na sociedade. Lança-se ao encarceramento o indivíduo, sentenciado ou não, e espera-se que este, ao sair do sistema prisional, retorne como um indivíduo de bem.

Não se pode vislumbrar como solução para a violência no Brasil o encarceramento puro e simples. Há que se fazer um juízo preventivo nos decretos prisionais cautelares, o judiciário deve ponderar as consequências de aprisionar processualmente o réu e fundar suas razões em elementos concretos.

O projeto das audiências de custódia, assegura o direito do preso em flagrante 24h após sua apreensão, ser apresentado a um juiz. E a presente pesquisa enfrenta o questionamento desta medida como a garantia de um efetivo combate à cultura do encarceramento.

A imediata apresentação física do preso ao juiz, de que trata a audiência de custódia, é uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992. Contudo, tal medida é ainda tímida no procedimento processual penal interno.

A importância do tema caminha por diferentes aspectos referentes à dignidade do preso, desde o simples direito de conhecer seu magistrado, até a garantia de sua saúde e integridade física, em combate, por exemplo, à arbitrariedade policial.

O custodiado responde nas audiências de custódia, dentre outras perguntas, a sua idade, grau de escolaridade, onde mora, se é reincidente e se sofreu violência policial, dentre outras informações relevantes ao processo. Se o juiz achar que convém para a segurança da sociedade que ele permaneça preso, o flagrante é convertido em prisão preventiva. Se entender que é melhor manter certo controle sobre o preso, pode aplicar uma medida cautelar ou protetiva. Ou, então, simplesmente expede um alvará de soltura e o preso está liberado.

Ao desenvolvermos esse projeto das audiências de custódia, podemos conseguir mudar a triste realidade das prisões no Brasil. O tema, antigo em discussão, é atual por figurar em recente projeto do Conselho Nacional de Justiça, em parceria com Tribunais de Justiça dos Estados, Ministério Público, Defensorias Públicas, Ordem dos Advogados, além de outros institutos de defesa de direitos. Aliás, projeto este que ao final deste estudo já se apresenta como realidade.

## 2. PRISÕES CAUTELARES

A prisão processual é aquela resultante do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. A Constituição da República promoveu a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. Assim, de acordo com Pacelli<sup>1</sup>: “toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz e do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade”.

Nosso ordenamento jurídico prevê modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e a prisão domiciliar.

### 2.1. Prisão em flagrante

Esta modalidade de prisão é beneficiária direta da audiência de custódia, pois após o recebimento do auto de prisão em flagrante se introduz a realização desta audiência, ou seja, antes de decidir por uma das situações elencadas no artigo 310 do Código de Processo Penal. Portanto, há que se permear uma análise das mudanças introduzidas a partir da Lei 12.403/2011.

No que se refere à atual sistemática da prisão em flagrante, tem-se que ela deve ser vista com uma pré-cautela, e seu relacionamento com a manutenção da prisão tendo por objetivo básico fundamentos cautelares. Nesse sentido é que aduz a Constituição da República ao determinar que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (art. 5º, LXI, CF).

Segundo a norma processual, em acordo com a Constituição Federal (art. 5º, LXI, LXII), o flagrante tem uma temporalidade específica e especialmente rigorosa, dada a sua condição pré-cautelar e pré-judicial.

Importa para o tema da audiência de custódia justamente a parte pré-judicial do processo penal, que se dá a partir da prisão em flagrante, embora as garantias fundamentais a serem observadas por meio da audiência de custódia, nessa primeira fase de instauração do inquérito, produzirão efeitos para todas as fases.

---

<sup>1</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2013. p 498.

Isso porque se objetiva com a audiência a redução do número de presos provisórios, que respondem custodiados até o trânsito em julgado, muitos sem esta necessidade.

O artigo 301 do Código de Processo Penal define quem pode e quem deve prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Em seguida o artigo 302 descreve em seus incisos quais são as situações consideradas flagrante delito e o artigo 303 explica o caso dos crimes permanentes.

Sem permear análises de direito material sobre a situação de auto em flagrante, destaque-se a lição de Gustavo Badaró:

“A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada, tendo por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria.

A prisão em flagrante é um ato complexo, que exige a conjugação de vários atos parciais que redundam na prisão em flagrante delito. Relevante distinguir, pelo menos, três momentos distintos: (1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção.”<sup>2</sup>

O diploma processual penal estabelece no artigo 306 do Código de Processo Penal o prazo de 24 horas para que o referido auto seja encaminhado ao juiz competente. Eis aqui o momento da audiência de custódia.

O investigado, após passar por todos os atos sequenciais, desde a apreensão, condução e documentação, proferidos pelos agentes públicos, ser apresentado em 24 horas à autoridade judiciária competente para realizar a análise da necessidade de aplicação da prisão cautelar ou a sua substituição pelas medidas cautelares inseridas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011.

Assim, após visualizar e ouvir o sujeito apreendido, o juiz terá maiores condições de verificar se foram respeitadas as garantias fundamentais do investigado e então optar com maior segurança por uma das ações previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

---

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal (recurso eletrônico)**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 722.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Verifique-se que o caput do artigo citado expressa que o juiz deverá atuar “fundamentadamente” e até mesmo para a situação prevista no parágrafo único do artigo citado a audiência de custódia servirá para o convencimento do magistrado, desde que, claro, em análise conjunta do conteúdo do auto de prisão em flagrante.

Destarte, evidencia-se que a audiência de apresentação do preso é absolutamente aproveitada à formação do livre convencimento motivado do magistrado, princípio norteador do sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, logo após efetuada, a prisão em flagrante deve ser comunicada à autoridade judiciária competente, que realizará verdadeira cognição cautelar.

Diante da notícia do flagrante o juiz deverá optar por (i) relaxar a prisão, caso seja ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art.312 do Código de Processo Penal, ou (iii) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, redação atual deixa clara a impossibilidade da coexistência, no mesmo processo, da prisão em flagrante e da prisão preventiva.

Com isso, com exceção dos casos de prisão temporária (hipóteses da Lei 7960/89) o réu privado de liberdade no processo ou está preso em virtude do flagrante - situação efêmera que dura no máximo 24 horas, até a primeira apreciação judicial - ou em prisão preventiva.

## 2.2. Prisão preventiva

Fixa-se na modalidade de prisão preventiva a prisão cautelar por excelência, haja vista a própria legislação destiná-la a garantir a ordem pública, ordem econômica e a resguardar a regular tramitação do processo penal e sua efetividade (art. 312 do Código de Processo Penal).

Contudo, não pode ser imposta como forma de antecipação punitiva, pois o artigo 5º, LVII da Constituição Federal expressa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O advento da Lei 12.403/2011 limitou o poder de ofício do juiz no art. 311, para decretação da prisão preventiva a requerimento dos legitimados.

Destarte, continuam a cargo do juiz as situações previstas no art. 310 do Código de Processo Penal, não se exigindo na audiência de custódia, requerimento para tanto daqueles

legitimados para atuar na acusação, sendo a audiência sempre se realizada com a presença de membro do Ministério Público, Advogado ou Defensor.

Além dos fundamentos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, este dispositivo exige a existência de prova do crime e indícios suficientes de autoria. Já o art. 313 do mesmo diploma enumera as situações que admitem a decretação da prisão preventiva. Dizem os referidos artigos com as atualizações da Lei 12.403/2011:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 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;

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;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Ocorre que os motivos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, por si só, não são suficientes a justificar a decretação da prisão preventiva, entendendo a doutrina e a jurisprudência, que carecem de fundamentação sólida para imposição da prisão, haja vista o critério de última ratio, imposto pela Lei 12.403/2011.

### 2.3. Prisão temporária

Com relação à prisão temporária, tem-se no ordenamento jurídico que ela “se trata de uma prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante extrai o artigo 1º, I da Lei no. 7.960/89155, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, cautela. E será ainda provisória, porque tem sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu artigo 2º156 e também do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei no. 8.072/90157 (Lei dos Crimes Hediondos)”.

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7.960/89. Antigamente era denominada “prisão para averiguação”. É a modalidade de prisão que visa “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave”.

Sua decretação necessita da representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade do juiz decretá-la de ofício.

O art. 1º da Lei nº 7.960/89 determina três hipóteses de cabimento da prisão temporária:

- a) Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- b) Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- c) Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptó violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro.

Outra regra importante para a prisão temporária, é que, por sua própria essência, ela só pode perdurar enquanto houver uma investigação policial, não sendo cabível após o oferecimento formal da denúncia, ou mesmo antes de formalizado o inquérito policial.

O prazo da prisão temporária será, como regra, de cinco dias, podendo ser prorrogado por outros cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, caput, da Lei 7.960/89). Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe para 30 dias, prorrogáveis por outros 30 (art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90).

Importante salientar que, expirado o prazo de encarceramento temporário determinado pelo magistrado, e não tendo sido a prisão convertida em preventiva, o indiciado deve ser imediatamente libertado pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura, sob pena de configuração de constrangimento ilegal, passível de impetração de habeas corpus.

#### 2.4. Prisão domiciliar

A prisão cautelar domiciliar está estabelecida nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando

o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Essa modalidade de prisão não é nova medida cautelar restritiva da liberdade, trata-se da prisão preventiva em residência, de onde somente pode o sujeito sair mediante autorização judicial.

A prisão domiciliar tem natureza diferente do recolhimento domiciliar constante no art. 319, V, Código de Processo Penal. Está relacionada aos motivos pessoais do agente, e para sua aplicação deve ser apresentada comprovação documental ou perícia médica. Esta modalidade de prisão possui natureza humanitária.

## 2.5. Medidas alternativas à prisão e a cultura do encarceramento

Antes da condenação, a liberdade é a regra e a prisão na fase processual é medida excepcional, deve ser sempre a última ratio. Medidas alternativas à prisão preventiva visam afetar o menos possível o cidadão sobre o qual não paira o peso da condenação criminal transitada em julgado, e representam menor ofensa à dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais.

Essas medidas são cabíveis apenas nos casos em que a prisão preventiva seria aplicável, portanto exige-se a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Elas serão aplicadas baseadas no princípio da proporcionalidade, havendo outra restrição menos onerosa para tutelar determinada situação, aplica-se uma medida alternativa.

Nucci traz a seguinte colocação:

O novo art. 319 traz o rol das 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 a 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.<sup>3</sup>

As modalidades de medidas cautelares diversas da prisão constituem um rol taxativo e estão previstas do artigo 319 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

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 desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela 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 a 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-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- 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;
- IX – monitoração eletrônica.

A opção por determinada restrição, no caso concreto, dependerá da apreciação judicial de sua necessidade, da proporcionalidade da restrição, e será sempre motivada, nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal.

As medidas cautelares diversas da prisão não podem ser banalizadas e servir para aumentar a intervenção penal de forma injustificada. Além disso, não se pode desprezar a

---

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p 118.

gravidade das restrições que elas impõem. O objetivo de tais medidas é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.

O Brasil passa por um fenômeno conhecido como encarceramento em massa. Embora seja a quarta população carcerária do mundo, atrás de Estados Unidos, China e Rússia, é o país que tem o maior incremento de população carcerária em regime fechado.

Os três líderes de encarceramento, em períodos recentes, diminuíram suas populações prisionais, com políticas públicas diferenciadas como a antecipação da liberdade condicional, permuta da pena privativa de liberdade por penas alternativas, ampliação da suspensão condicional da pena, dentre outras.

O Brasil, no entanto, continua a encarcerar sem qualquer critério, produzindo consequências humanitárias gravíssimas, bem como no plano da própria segurança pública.

As medidas cautelares, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, foram criadas para reduzir o encarceramento provisório, correspondente a uma parcela significativa da população prisional.

O efeito esperado era o de reduzir a população carcerária de detentos sem condenação definitiva. Entretanto, os últimos dados disponíveis do Departamento Penitenciário, de 2014, registram uma proporção muito elevada entre presos definitivos e provisórios, em torno de 41%, considerando todo o Brasil e essa proporção não se alterou desde a promulgação da Lei 12.403/11.

Os números mostram que, mesmo com um instrumento alternativo à prisão, os responsáveis mais próximos pelo abastecimento do sistema prisional, como juízes e tribunais, prosseguem mantendo essa mesma proporção de encarceramento.

Medidas alternativas à prisão provisória ou alternativas à prisão decorrente da sentença devem ser vistas como metas.

Um sistema penal bem refletido sobre seus problemas mais fundamentais deve encarar o encarceramento como uma exceção.

O último levantamento do INFOPEN, do Ministério da Justiça, indicou que os encarcerados brasileiros respondem a 245 mil incriminações, consignadas tanto na acusação quanto na sentença.

É preciso ressaltar que 48% desses delitos referem-se a furtos, tráfico de drogas, receptação e porte ilegal de armas, situações onde, a julgar cada caso concreto deveria haver possibilidade de aplicação de medidas diferentes do encarceramento.

No campo da prisão provisória, a aplicação de medidas alternativas sempre deveria ser a regra e, mesmo assim, quando a situação concreta indicasse risco à reiteração criminosa, fuga ou ameaça à integridade física de vítima ou testemunhas. Somente em um segundo momento é que tais medidas deveriam ser substituídas pela prisão provisória.

As condições que permitem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva são muito mais amplas do que medidas despenalizadoras, alternativas ao próprio cumprimento da pena.

Tratando-se de medida a ser aplicada antes da sentença, qualquer intervenção na liberdade individual, mesmo alternativa, deve ser considerada excepcional. A regra que deveria prevalecer para qualquer delito, para qualquer acusação, é a permanência do indivíduo em liberdade no curso do processo e dos eventuais recursos.

Havendo necessidade de aplicação de restrições à liberdade, o próprio Código de Processo Penal já define como critério para aplicação das medidas a gravidade do delito, circunstâncias do fato ou condições pessoais do acusado fatores que deveriam ser considerados para aferir qual ou quais das medidas serão aplicadas, sempre prevalecendo a cautelar alternativa à prisão em lugar da prisão preventiva.

Leia-se o artigo 282, incisos I e II do Código de Processo Penal:

**Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

As condições e critérios do Código de Processo Penal, quanto à aplicação das medidas cautelares, que têm lugar antes da sentença, são seguidos com extrema cautela por promotores e juízes.

Na prática, promotores e juízes tem invertido a lógica do sistema. As medidas cautelares alternativas à prisão são pensadas depois de se pensar a prisão preventiva e não o contrário.

Não se pensa a prisão preventiva como algo para ser aplicado apenas em caso de fracasso das medidas cautelares. A visão é a da cultura do encarceramento e, em grande parte, da adulação da opinião pública, que repudia uma sistema penal não excludente e ressocializador.

O encarceramento em massa aumenta os custos do Estado com funcionários, alimentação e várias outras despesas inerentes ao encarceramento. O controle de frequência de pessoa sujeita a uma medida alternativa, além de métodos como o uso da tornozeleira, são infinitamente mais baratos do que a construção de presídios.

Na verdade, estados mais pobres têm mais a ganhar com medidas cautelares alternativas à prisão do que com a banalização da prisão provisória, vez que tais medidas, apesar de requererem certo aparato de vigilância, não demandam investimento em estrutura, pessoal especializado, água, alimentação, armamentos não letais, treinamento especializado, veículos e eletricidade, além da própria vigilância.

A eficácia das medidas cautelares que substituem a prisão provisória aguarda, apenas, que a lei seja posta em prática. Isso seria um passo significativo para reduzir o abastecimento do sistema prisional e à cultura do encarceramento.

## **2.6. Dignidade da Pessoa Humana, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Legislação brasileira**

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da nossa Carta Magna, art. 1º, inciso III. Sua importância está atrelada a todos os ramos do direito em nosso ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana é assim definida por Ingo Sarlet<sup>4</sup>:

Temos por dignidade da pessoa humana 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 direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

---

4 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 62.

Essa definição permite inferir que cada indivíduo é merecedor de igual consideração e respeito pelo Estado e pela comunidade, para isso, direitos são garantidos constitucionalmente.

A dignidade é um bem irrenunciável e inalienável, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

O princípio da dignidade humana encontra-se positivado no âmbito internacional e nacional. O Estado brasileiro está estruturado no princípio do Estado democrático de direito.

Para Arion Sayão Romita<sup>5</sup>:

A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário

Os direitos humanos podem ser conceituados usando sua finalidade, que os classifica como essenciais ao desenvolvimento digno da pessoa humana. Esta definição encontra amparo na fundamentação ética, pela qual, os direitos humanos são critérios morais norteadores de condutas e comportamentos. Os direitos humanos conceituam-se como uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Consideram-se fundamentais porque a pessoa humana não existirá ou não será capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida sem eles.

A consideração de direitos humanos segundo a definição de Luño<sup>6</sup> é:

O conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

---

5 ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p 251.

6 LUÑO, Antonio Enrique Peres. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 1995. p 48

A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e de direito internacional, que informam sobre o Direito interno. Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea.<sup>7</sup>

Os Direitos Humanos não regem as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades.

Os termos e conceitos consagrados nos tratados de direitos humanos se revestem de um sentido autônomo, independentemente do que lhes é atribuído nos sistemas jurídicos nacionais.

Os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes constituem, hoje, a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Os tratados internacionais não necessariamente consagram novas regras de Direito Internacional. Por vezes, acabam por codificar regras preexistentes, consolidadas pelo costume internacional, ou, ainda, optam por modificá-las.

Considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, a violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres implica, portanto, responsabilização internacional do Estado violador.<sup>8</sup>

Nossa Constituição Federal foi marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria, além disso, trata-se de uma constituição situada no contexto da abertura à internacionalização dos direitos humanos.

O disposto no art. 5º, § 2º do texto constitucional traz a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

---

7 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p 57

8 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 118.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados em relação aos tratados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º, dispondo:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH), no Brasil, são dotados de natureza jurídica de supra legalidade, estando acima de todas as normas, salvo a Constituição, sendo portanto, infraconstitucionais.

Porém, para Flávia Piovesan os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º da Constituição, apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional

No âmbito regional americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um dos principais instrumentos normativos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Caracterizada pela natureza vinculatória aos Estados membros. Foi assinada em São José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Apenas Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir à Convenção Americana.

O pacto procura consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido. Baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Ratificada pelo Brasil, desde então, os direitos e garantias processuais constantes de seu artigo 8º, que fala das garantias judiciais,

passaram a complementar a nossa Lei Maior, especificando ainda mais as regras do devido processo legal.

Assim, os direitos fundamentais são assegurados não só pelas normas internas, mas também, por aquelas provenientes de tratados ou convenções internacionais dos quais seja o Brasil signatário. O Pacto de San José da Costa Rica é fonte de garantias processuais penais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional.

Em relação às garantias processuais, a cláusula do devido processo legal surge como corolário de todo o sistema jurídico processual e deve ser claramente observada no curso do processo penal, pelo prisma do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual a nulidade do ato que não obedeceu a forma legal somente deve ser declarada pelo juiz quando não tenha alcançado o seu fim.

No Estado Democrático de Direito, a preservação das garantias fundamentais do réu no processo penal deve se revelar como maior interesse da prestação jurisdicional.<sup>9</sup>

No que se refere ao aspecto processual, a Convenção Americana consagrou o instituto do *Habeas Corpus* em seu art. 7.6, permitindo que qualquer pessoa impetre o remédio. Isso implica em um efeito vinculante aos Estados signatários da Convenção, que ficam impedidos de abolir de suas legislações o referido instituto.

Além disso, a Convenção traz disposições a respeito do princípio da inocência e demais garantias processuais. Ela ainda assegura aos acusados o direito à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável (art. 8º, § 1º) e de não serem obrigados a depor contra si e, nem de se declararem culpados (art. 8º, § 2º, alínea ‘g’).

Cabe ao Estado, onde a pessoa está sendo processada, proporcionar-lhe um defensor.

Seu art. 1º, § 1º estabelece que compete ao Estado membro zelar pelo respeito dos direitos humanos reconhecidos e garantir o exercício dos mesmos por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição.

O processo penal é um dos ramos do direito que mais sofre influência da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Nas palavras de Giacomolli<sup>10</sup>:

---

9 PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, 2010.

10 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p 12



Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o Código de Processo Penal, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil também é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP). Ambos os instrumentos trazem disposições fundamentais de proteção dos direitos das pessoas detidas. Estes instrumentos visam proteger a dignidade de todos os seres humanos, incluindo as pessoas acusadas da prática de crimes. A estas últimas, são garantidos os direitos a um processo equitativo, à presunção da inocência e ao recurso das decisões condenatórias. São ainda protegidas através da proibição da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e têm direito a igual proteção perante a lei e a não serem sujeitas a detenções ou prisões arbitrárias.

Apesar dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuírem um *status* privilegiado em nosso ordenamento jurídico, eles são frequentemente desconsiderados na solução de conflitos jurídicos de ordem interna, por não possuírem um alto grau de aplicação.

As prisões cautelares possuem caráter pessoal e têm por finalidade garantir a efetividade da administração da justiça. Por sua natureza instrumental, buscam obter segurança para que se torne útil e possível a persecução criminal ou a execução da pena aplicada.

Todavia, pelo caráter excepcional só devem ser aplicadas se obedecido um rígido controle de legalidade, almejando proteger as garantias individuais do cidadão e a efetividade da administração da justiça, devendo ser realizado pelo Poder Judiciário.

A privação da liberdade através de medidas cautelares situa-se numa fronteira muito tênue entre a garantia do devido processo legal e a violação aos princípios e garantias constitucionais e aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, quando a mesma venha ser empregada com abusos.

### **3. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O EXCESSO DE PRISÃO PROVISÓRIA**

O excesso de encarceramento é característica marcante do sistema penitenciário brasileiro na atualidade. Porém, o aumento no número de encarcerados não reflete uma maior segurança.

Apesar de a normativa processual brasileira ter passado por reformas e tentativas de ser racionalizar o uso das prisões cautelares, temos hoje um contexto de excessiva banalização em seu uso pelos operadores do direito e pela sociedade. A privação de liberdade está sendo usado como o primeiro recurso em vez de o último, como exigido pelas normas internacionais de direitos humanos.

Tornou-se comum a prática de primeiro se prender e só depois buscar o suporte probatório legitimador dessa medida.

Apesar da existência de normas como a lei 12. 403/2011 citada acima, que alterou o Código de Processo Penal, buscando alcançar maior paridade deste com os preceitos constitucionais, e criou uma série de medidas cautelares diversas da prisão, o número de prisões provisórias continuou aumentando e as prisões cautelares são constantemente

utilizadas como medidas de urgência, para atender a opinião pública, com a ilusão de justiça imediata. Prevalece o discurso que somente será punido aquele que estiver preso preventivamente, passando-se a falsa impressão de que há ineficiência da justiça se o agente ficar solto.

Relevante salientar que o elevado número de indivíduos que se encontram nas prisões, apresentado por dados estatísticos de órgãos governamentais, na maioria das vezes está atrelado ao tempo de duração da prisão cautelar e não da prisão como pena, pois aquela carece de legislação específica estipulando seu prazo de duração, sendo muitas vezes associada a prazos prolongados.

As prisões cautelares estão banalizadas no Brasil. Os direitos e garantias fundamentais, positivados em nosso ordenamento jurídico, bem como as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos que procuram assegurar a dignidade da pessoa humana são desprezados diante da prática corriqueira da aplicação de cautelares com privação de liberdade.

A relevância da expressão *última ratio* passa despercebida pelos operadores do direito, em muitas situações. A decretação da prisão cautelar sempre deve estar atrelada aos princípios da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana, porém, isso nem sempre é observado na prática.

O uso da prisão cautelar em excesso, com pessoas que legalmente não deveriam estar presas, contribui para a superlotação carcerária, para a falta de separação efetiva entre presos condenados e detidos preventivamente, e pela busca excessiva por sentenças condenatórias.

As prisões, que deveriam servir para ajudar a conter os crimes violentos, com a superlotação promovem o crescimento das facções criminosas e da violência, tanto dentro de seus próprios muros quanto fora. Isso porque presos provisórios são rotineiramente colocados na companhia de criminosos condenados, e aguardam meses em prisões superlotadas.

Nesse cenário de excessos de prisões, o Brasil ocupa o 4º lugar no ranking carcerário mundial, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.<sup>11</sup>

Outro fator que operou como multiplicador carcerário foi a Lei das Drogas (11.434/2011), implantada em 2006. Sem estabelecer critérios exatos para definir quem é usuário de droga e quem é traficante, a medida deu aval às autoridades para que prendessem

---

<sup>11</sup> **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - JUNHO DE 2014.** Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 13/05/2017.

qualquer suspeito, o que dá margem ao fenômeno da seletividade. Desde o início de sua aplicação, o número de pessoas presas com base na nova norma cresceu 32%.

Segundo dados de 2014 do Ministério da Justiça (INFOPEN, 2014), 42% das mulheres e 24% dos homens encarcerados respondem a crimes relacionados às drogas. Antes de sua aprovação, esses índices eram, respectivamente de 24,7% e 10,3%.

Ao contrário do que possa parecer, esse aumento não demonstra a eficiência da lei, mas, ao contrário, o aprofundamento da penalização de jovens negros e pobres das periferias.

Isso acontece porque a lei de 2006 não estabelece a quantidade de drogas que diferenciaria traficantes e usuários. O julgamento fica sob responsabilidade da polícia no momento da abordagem, notoriamente desiguais no tratamento de negros e brancos, pobres e ricos.

### 3.1. **Aplicação da prisão provisória no Brasil**

Apesar de a normativa processual brasileira ter passado por reformas e tentativas de ser racionalizar o uso das prisões cautelares, temos hoje um contexto de excessiva banalização em seu uso pelos operadores do direito e pela sociedade como um todo. A privação de liberdade está sendo usado como o primeiro recurso em vez de o último, como exigido pelas normas internacionais de direitos humanos.

Tornou-se comum a prática de primeiro se prender e só depois buscar o suporte probatório legitimador dessa medida.

O Ministério da Justiça, em junho de 2014, realizou o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN<sup>12</sup>. Das informações contidas no atual relatório, constata-se que cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. Quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.

---

<sup>12</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - JUNHO DE 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 13/05/2017.

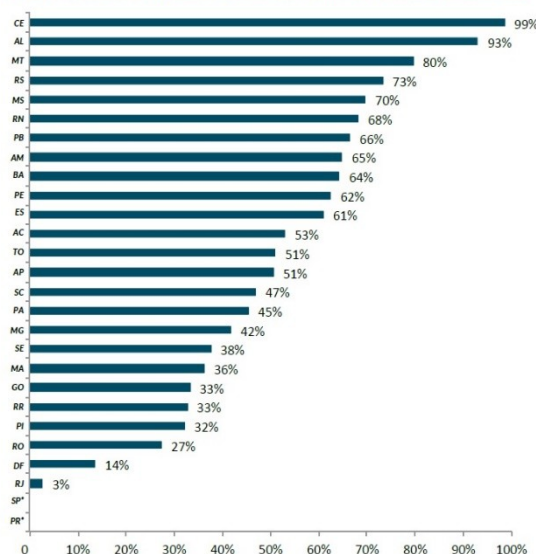
### 3.2.1. Presos por natureza da prisão e tipo de regime<sup>16</sup>

Figura 9. Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime<sup>17</sup>



Incluiu-se no levantamento um questionamento sobre o contingente de presos sem condenação retidos há mais de noventa dias. Nas unidades prisionais que informaram os dados, 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento.

Figura 11. Porcentagem de presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento<sup>19</sup>



Segundo dados do ano de 2014, a população carcerária no Brasil, no referido ano era de 607.731 presos.

O elevado percentual de indivíduos encarcerados provisoriamente, de acordo com os dados do INFOPEN, permite inferir que essa modalidade de cautelar vem sendo empregada de forma abusiva pelo nosso sistema penal. Vivenciamos uma distorção da aplicabilidade dos princípios que regem as prisões cautelares bem como o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Os estabelecimentos penais são espaços que apresentam alta complexidade programática e com vistas a executar o que prevê a Lei de Execução Penal, esses

estabelecimentos devem ser capazes de oferecer serviços básicos de saúde, educação e trabalho.

Em quase metade, em 49% das unidades concebidas como estabelecimento penal há módulos de saúde, em 58% delas há módulo de educação e 30% desses estabelecimentos têm oficina de trabalho. Entre as unidades adaptadas, esses números são consideravelmente menores: apenas 22% tem módulo de saúde, 40% tem módulo de educação e 17% conta com oficina de trabalho, segundo dados do INFOPEN.

A privação cautelar de liberdade, no sistema jurídico brasileiro, deveria ser o último recurso a ser empregado. A necessidade desse caráter mínimo de intervenção estatal na liberdade do cidadão só se excetuará em situações graves ou que representassem risco ou danos a algum direito fundamental.

Para a sociedade, a prisão preventiva do autuado transmite a falsa impressão de eficácia da justiça. Essa modalidade de prisão às vezes encontra fundamento no ‘clamor público’. Contudo, “a prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal”.

A esse fato, Lopes Jr & Rosa<sup>13</sup> trazem a seguinte colocação:

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

Diante do auto de prisão em flagrante, o magistrado deve relaxar a prisão, caso a mesma seja ilegal, ou convertê-la em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal ou ainda conceder a liberdade provisória.

Contudo, a homologação do flagrante, ao invés de ser a exceção, tem figurado como regra pelo nosso sistema processual penal. Assim, conforme colocado no início deste capítulo, a Lei 12.403/11 não obteve o êxito de reduzir o número de presos cautelares a que se propunha. Outro fato relevante é que a citada lei é silente em relação ao limite temporal para a decisão de homologação do flagrante pelo magistrado. De acordo com a norma processual, em consonância com a Constituição Federal (art. 5º, LXI, LXII), o flagrante tem uma temporalidade específica e especialmente rigorosa, dada a sua condição pré-cautelar e préjudicial.

---

13 LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p 56.

Ou seja, possui o caráter garantidor dos elementos de autoria e materialidade, apreensíveis no ato da prisão, os quais servem como base para a decisão judicial sobre o futuro do autuado.

O encontro pessoal entre juiz e autuado na maioria das vezes irá ocorrer durante a primeira audiência, que pode se dar meses após a prisão.

Importante frisar que a prisão é um ambiente hostil a qualquer pessoa, onde se verifica superlotação, condições sanitárias rudimentares, quando não ausentes, alimentação deficiente, precária assistência médica, jurídica, social, educacional e profissional, presença de violência entre internos e entre estes e os agentes de controle institucional.

Todos esses dados reforçam a necessidade de mudanças legislativas que prevejam mecanismos para se restringir o uso banal das prisões cautelares, e que respeitem a normativa internacional sobre o tema. As reformas pontuais ocorridas não foram suficientes para resolver o problema crônico de encarceramento em massa no Brasil, seja porque houve sua desnaturalização ou falta de uso pelos operadores do direito, tal qual a lei 12.403/11, e a implantação da Audiência de Custódia seria um ótimo começo.

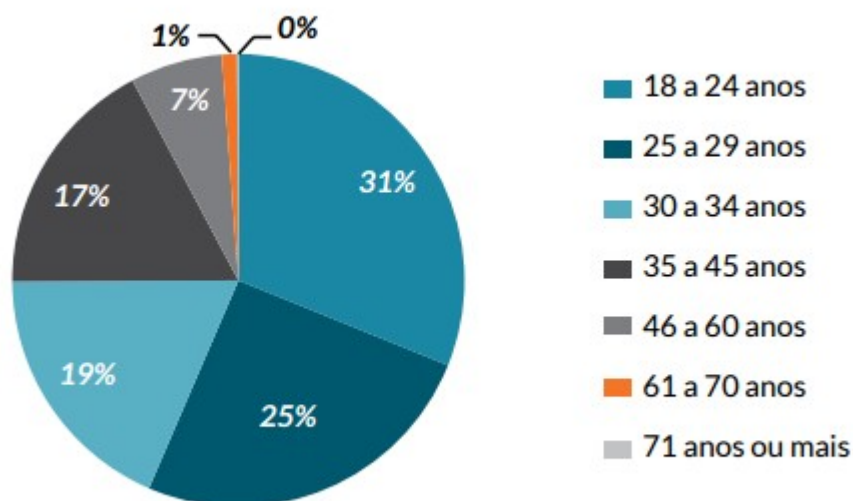
### **3.2. Perfil da população encarcerada no Brasil**

É característica do sistema prisional brasileiro o hiperencarceramento, porém é importante destacar, que os indivíduos que geralmente são levados ao cárcere se enquadram em um de perfil de seletividade.

Através dados obtidos pelo INFOPEN em 2014 podem ser feitas inferências sobre o perfil da população encarcerada no Brasil.

Nota-se que 56% da população prisional é formada por jovens:

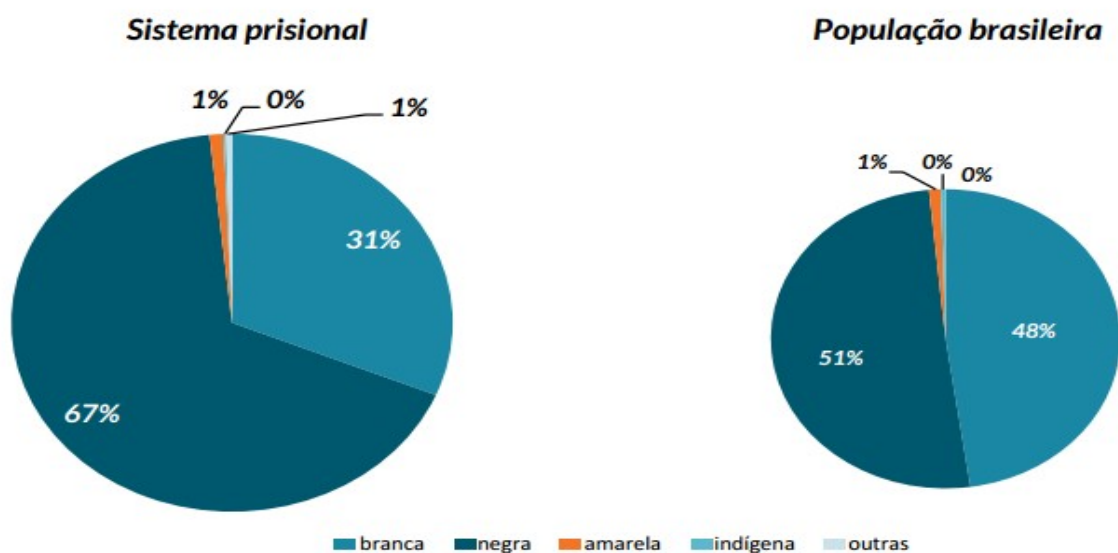
**Figura 34. Faixa etária das pessoas privadas de liberdade**



Fonte: Infopen, junho/2014

Na distribuição da população privada de liberdade por raça cor ou etnia é possível analisar que a proporção de pessoas negras presas é de dois em cada três presos. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%:

**Figura 36. Raça, cor ou etnia<sup>39</sup>**

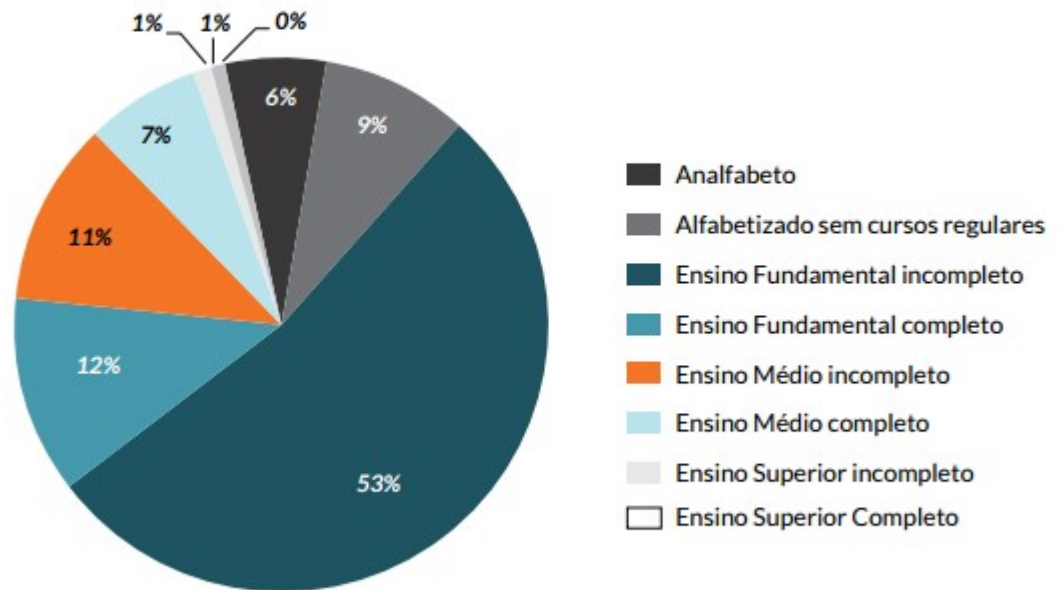


Fonte: Infopen, junho/2014 e IBGE (2010)



O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo, aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental:

**Figura 42. Escolaridade da população prisional**



Fonte: Infopen, junho/2014

O encarceramento no Brasil incide em sua maioria sobre negros, jovens, autores de crimes patrimoniais e que, em sua maioria, não chegaram a completar o ensino médio.

O que enfatiza a noção do réu que não possui voz ou direitos, que é jovem, negro, de baixa escolaridade, oriundo de setores marginalizados da sociedade e sem acesso a mecanismos públicos básicos, fruto do atual modelo penal, que se encontra ainda com mais expansão e firmamento na cultura do encarceramento.

Aury Lopes Jr., na introdução de sua obra de considerações sobre a Lei 12.403/2011<sup>14</sup>, pondera que de nada serve uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver rompimento do que apelidou de cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante, ou seja, entende que as medidas como alternativas à prisão podem ser banalizadas, representando uma expansão do controle penal. Se não houver uma mudança na mentalidade dos atores

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

judiciários, não haverá qualquer evolução democrática, e mudaremos tudo para que a situação continue como sempre esteve. Ou fique ainda pior.

### 3.3. Sistema penal

Nosso sistema penal não distingue tratamento entre presos provisórios daqueles que estão cumprindo pena após sentença penal transitada em julgado.

Aquele posto na prisão é submetido a condições desumanas, insalubres, sofre com o desrespeito aos princípios e direitos fundamentais que lhe são assegurados pela constituição e por normas de tratados internacionais sobre direitos humanos.

Em muitos casos, o indivíduo submetido à prisão provisória acaba sendo absolvido ao final do processo. Nesse caso, o encarceramento foi algo pior que a pena determinada.

O sistema de justiça penal brasileiro apresenta mecanismos de seleção que parcela da população recebe a etiqueta de criminoso. O grupo selecionado pelo nosso sistema de justiça penal é jovem, negro e de baixa escolaridade.

As principais condutas criminalizadas são crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas e se dirige a indivíduos facilmente capturáveis em razão de características pessoais e sociais que configuram um sólido estereótipo.

A seletividade penal manifesta-se quando as instituições do sistema de justiça realizam constrangimentos e seleções para certos grupos sociais, gerando desigualdades de tratamento no campo da segurança pública e da justiça criminal.

Existem os favorecidos, aqueles cujas demandas por justiça transitam facilmente pelas estruturas judiciais e suas infrações atraem pouca atenção da repressão penal. De outro lado estão os desfavorecidos, que simultaneamente atraem a repressão penal aos seus modos de morar, trabalhar, comerciar, viver e encontram muitas dificuldades em administrar os conflitos de que são protagonistas por regras e procedimentos estatais.

A prisão por si só não sinônimo de justiça, nem de eficácia contra a violência que assola nosso país. Resta mais que comprovado que o encarceramento não é o caminho mais adequado para redução da criminalidade, tampouco tem gerado a segurança pública que a sociedade tanto almeja.

Somado a isso, as pessoas detidas são expostas a ameaças contra a sua vida, integridade física e saúde, são submetidas a abusos e maus-tratos, tanto por parte de outros presos quanto por policiais.

Segundo Caio Paiva, a prisão é a negação máxima dos direitos humanos. Não há humanidade na privação da liberdade. Não há prisão boa.

Outro fator relevante é que a sociedade em que vivemos tende reconhecer a eficácia da segurança jurídica pelo número de encarcerados, mas não se questiona sobre os efeitos que o sistema penal tem sobre a própria criminalidade.

Diante da problemática, percebe-se a urgente necessidade de se buscar soluções para controlar o emprego excessivo e banalizado das prisões provisórias. A implantação da audiência de custódia ao sistema de justiça brasileiro mostra-se promissora nesse sentido.

#### 4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Audiência de custódia é um projeto recentemente aprovado no Brasil, cujo objeto primordial é a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana no momento da prisão em flagrante. Somado a isso, a mesma visa proporcionar um caráter mais humanitário ao sistema de justiça penal, além de contribuir para que haja redução no número de prisões preventivas desnecessárias.

A audiência de custódia é uma forma de garantir a integridade física e os princípios inerentes à prisão, pois com esta modalidade tem-se que a pessoa presa em flagrante deverá ser conduzida imediatamente à presença de um juiz competente para verificar a legalidade da prisão e se há a necessidade da pessoa ficar presa.

Com a palavra Aury Lopes Júnior e Caio Paiva<sup>15</sup>:

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e necessidade da prisão.

O conceito denotativo da palavra custódia consiste em ato de guardar, proteger.

Conforme explicita a página do Conselho Nacional de Justiça, o Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um Juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.

Seu objetivo, portanto, é de assegurar a apresentação e entrevista do preso pelo Magistrado em até 24h, por meio de uma audiência que contará também com a oitiva do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Dentro do espaço de tempo da audiência serão examinadas eventuais ocorrências de maus-tratos ou torturas, além de outras irregularidades, e será analisada a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação de sua continuidade ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Ou seja, os objetivos

---

15 LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Disponível: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rco\\_n\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rco_n_id=209)>. Acesso em 14/05/2017.

principais da Audiência de Custódia são os de avaliar com mais segurança a questão do status libertatis da pessoa presa e de prevenir e punir a prática de abusos físicos.

No mais, o projeto prevê ainda, para além das audiências, a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório. Elas vão oferecer suporte técnico aos magistrados responsáveis pelas audiências de custódia e opções que evitem o encarceramento provisório.

Tem previsão em Tratados Internacionais de Direitos Humanos como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo o Brasil signatário de ambos. No Pacto de São José da Costa Rica a audiência de custódia vem prevista no item 5 do art. 7:

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

Já no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos vem previsto no item 3 do art. 9 que assim dispõe:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de se posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

A expressão “sem demora” foi aceita como o prazo de até 24 horas, contadas a partir da prisão em flagrante, para que o autuado seja apresentado para o juiz.

De posse do auto de prisão em flagrante, a autoridade judicial terá a incumbência de avaliar a legalidade da prisão e decidir sobre sua conversão em prisão preventiva, outra medida cautelar ou liberdade provisória, baseada exclusivamente nos documentos escritos fornecidos pela polícia.

#### 4.1. Previsão legal

Embora a previsão normativa desse instituto esteja nos referidos tratados dos quais o Brasil é signatário, e o Supremo Tribunal Federal reconheça que normas de tratados internacionais de direitos humanos são dotadas de supralegalidade em nosso ordenamento interno, a discussão sobre a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro é recente, sendo que a iniciativa de se aprovar uma legislação tratando desse instituto se deu com o projeto de lei do senado nº 554/2011, propondo a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal para instituir a audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante, com a redação:

Art. 306. [...]

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

Durante a tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), o PLS foi contemplado com diversas emendas.

O conceito atribuído à audiência de custódia tem relação direta com as finalidades a que a mesma se propõe, que são a de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a prevenção da tortura policial, visando assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e a de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias.

No que diz respeito à finalidade de ajustar o processo penal aos tratados internacionais, trata-se de um requisito não efetivamente obedecido pela legislação brasileira, pois como já mencionado, a audiência de custódia tem previsão normativa na CADH e no PIDCP, que o Brasil é signatário desde 1992. Contudo, apenas recentemente a efetiva realização de tal instituto começou a ser discutida e posta em prática pelo nosso sistema penal.

Aos tratados internacionais de direitos humanos é atribuído o caráter de supra legalidade no controle judicial de convencionalidade. Sendo o Código de Processo Penal uma lei ordinária e a CADH de caráter supralegal, deve prevalecer a CADH uma vez que está acima da lei e deve ser aplicada imediatamente, sendo insuficiente apenas a comunicação ao juiz sobre a prisão (art. 306 do Código de Processo Penal). Assim, a previsão da audiência de

custódia não é uma inovação do nosso ordenamento, trata-se do descumprimento de algo previsto há muito tempo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo lançou em fevereiro de 2015 o projeto Audiência de Custódia.

Este projeto tem o intuito de garantir que o preso em flagrante seja apresentado rapidamente ao juiz, respeitando, assim, os direitos fundamentais da pessoa presa resguardados pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Com a adoção da audiência de custódia poderá ocorrer: a) o relaxamento de eventual prisão ilegal; b) concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança; c) substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas da prisão; d) análise da consideração do cabimento da mediação penal; e) demais encaminhamentos de natureza assistencial.

#### **4.2 Inserção da audiência de custódia no processo penal**

A intolerância aos abusos, violências arbitrárias e torturas, é a proteção que as convenções internacionais de direitos humanos exigem e que o Pacto de San José da Costa Rica reforça por intermédio da audiência de apresentação do preso.

Isso porque é da essência do direito internacional dos direitos humanos a proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário.

Insta observar, que também existe no sistema processual penal brasileiro a previsão de apresentação do preso ao juiz dentro do procedimento do Habeas Corpus, insculpido no art. 656 do Código de Processo Penal, previsão esta que pode ser utilizada analogicamente para a audiência de apresentação.

Restringir a liberdade de um indivíduo é por si só medida drástica, pois a prisão é exceção, não à toa a Lei 12.403/2011 ao tratar das medidas cautelares, fixou a prisão como última ratio para bem frisar a liberdade como regra.

A Constituição da República de imediato em seu preâmbulo assegura o direito à liberdade e entre os princípios fundamentais expostos no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana.

Assim, a Constituição de 1988, ao incorporar diversos tratados internacionais, especialmente em 1992 o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre direitos Cívicos e Políticos, aderiu a um processo penal atrelado aos princípios garantidores da

dignidade da pessoa humana do réu, passando a tratá-lo como sujeito da relação processual e não mais como mero objeto de um processo pré-direcionado à sua condenação.

Desta forma, a partir da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é que se evidencia um processo penal capaz de possibilitar ao réu sua ampla defesa e, portanto, desenvolvido com fiel observância ao devido processo legal.

Tal observância encontra-se disposta no artigo 5º, inciso LIV de nossa Carta Magna: ninguém será privado da liberdade ou seus bens sem o devido processo legal, dispositivo este que, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, também abarca o princípio da proporcionalidade, proibitivo de arbítrios, excessos normativos e abusos do Poder Público e, portanto, altamente direcionador das matérias processuais.

Mais precisamente, o que se exige com a implementação da audiência de custódia é a imediata adequação ao disposto no artigo 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, o qual define regras para atos de privação de liberdade.

Ressalte-se, que a não efetividade da norma que trata da audiência de custódia pode, inclusive, gerar responsabilização do Estado por violações de direitos humanos na Corte Interamericana.

### **4.3 Funcionamento**

Tendo por base a análise de Aury Lopes Jr. sobre o projeto do CNJ, o PL 554/11 e o que estabelece a CADH, podemos delinear o funcionamento na prática da Audiência de Custódia.

Primeiramente, com relação à participação dos atores em tal audiência, foi afirmado que ela deve ser presidida por um juiz, a autoridade munida de competência para controlar a legalidade da prisão. Portanto, não caberia ao Delegado de Polícia, ao contrário do que alguns defendem, em realizar tal papel, visto que a este cabe somente a função de lavrar o flagrante, transformando em autos a narrativa dos condutores, e a função de conceder fiança, se for o caso, conforme determina o regime da Constituição e do Código de Processo Penal.

Adicionalmente, pela reserva de jurisdição, também devem participar em audiência o Ministério Público e a defesa da parte, que aduzirão, cada qual, suas razões pelas quais a cautelar deve ou não ser mantida.

Em segundo lugar, temos que o objetivo principal da Audiência de Custódia é garantir a oralidade no controle jurisdicional da prisão decorrente do flagrante, de forma que com a



concretização do contraditório, com a participação efetiva de acusação e defesa, seja dada legitimidade à decisão do juiz.

Dessa forma, não se admite a produção antecipada de provas nem a realização de interrogatório, podendo os agentes processuais somente juntar documentos para lastrear os respectivos pleitos.

Em terceiro, com relação à realização dos atos da audiência o juiz deve, inicialmente, averiguar acerca da legalidade da prisão, ou seja, se corresponde a uma hipótese válida de flagrante. Depois, percebendo não ser, deve relaxá-la, abrindo-se a possibilidade para o Ministério Público requerer a decretação da prisão preventiva ou a aplicação de outras medidas cautelares.

Caso o juiz decida que se sustentam as razões para o flagrante, o Ministério Público também pode se manifestar pelo requerimento da prisão preventiva ou pela aplicação de medidas cautelares, ou ainda pode acolher as razões eventualmente formuladas pela autoridade policial.

Depois, caberá à defesa se manifestar acerca dos pedidos formulados pela acusação, sendo que caso não existam pedidos formulados por esta, o juiz não pode decretar de ofício, de acordo com o que dispõe o art. 311 do Código de Processo Penal, visto que não existirá, nessa hipótese, um processo.

No mais, o juiz, na audiência de custódia, além de verificar a ocorrência de eventual arbitrariedade no cumprimento da ordem de custódia, poderá certificar-se da correta identidade da pessoa presa, dar-lhe ciência dos motivos que determinaram a decretação de sua segregação cautelar, e colher informações sobre os fatos que determinaram essa medida extrema.

Por fim, havendo requerimentos da acusação, o juiz irá decidir, fundamentadamente, sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, e, só se averiguar que elas são insuficientes e inadequadas para o caso, irá decretar a prisão preventiva.

Ainda com relação ao funcionamento da audiência de custódia, outras duas questões merecem destaque: se seria cabível a videoconferência nela e se ela poderia ser desmembrada, dando-lhe continuidade posteriormente.

Com relação à primeira questão, Lopes Jr. considera que a resposta deva ser afirmativa, mas não em qualquer caso. Isso porque devem ser dadas as necessárias garantias de que o acusado não sofrerá pressões indevidas no estabelecimento prisional. Assim, a videoconferência poderia ocorrer, por exemplo, com a presença de um Defensor no local de custódia, participando conjuntamente do ato ou mesmo estando com o conduzido e outro na

sala de audiências. Isso diminuiria consideravelmente os gastos e o tempo para conduzir o acusado até a audiência. A audiência de custódia por videoconferência deve ser exceção e justificada, nos mesmos moldes do artigo 185, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal.

Porem, não se pode banalizar o uso da videoconferência sob pena de matar um dos principais fundamentos da audiência de custódia que é a oportunidade do contato pessoal do preso com o seu juiz, já que o impacto humano do contato pessoal pode modificar a compreensão.

A segunda questão, por sua vez, também deve ser respondida afirmativamente em certos casos, segundo o ilustre autor. Este afirma, tendo por foco a audiência realizada nos casos de violência doméstica que não envolvam lesões corporais, ser comum a solicitação da participação da vítima no ato nos casos de ação penal privada ou condicionada à representação.

Nesse contexto, informada na delegacia de polícia sobre o ato judicial, a vítima pode necessitar de um prazo maior para decidir se dá continuidade ou não à ação penal, visto que a conduta é recente, e ela pode estar sob o efeito de forte emoção.

Assim, diante do fato que alguns juizados de violência doméstica têm já estabelecidos horários diários para a apresentação de preso, orientando a autoridade policial a intimar a vítima em tal horário.

Para arrematar, Aury Lopes Jr. discorre sobre o que deve ser feito em caso de tortura ou lesão ao preso, pois se o conduzido estiver machucado ou reclamar de tortura, por mais que as lesões sejam decorrentes do próprio ato de prisão, a leniência do Poder Público resta mitigada e será possível, ao menos, apurar a sua existência.

Se a audiência de custódia vier acompanhada das medidas que garantam sua gestão e funcionamento correto, esse instituto conseguirá alcançar seu propósito.

#### **4.4 A audiência de custódia como forma de combate**

Com o advento da Lei 12.403/2011 a prisão se tornaria exceção, a última ratio, entretanto, na prática o que ocorre é exatamente o contrário, pois todos os dias várias pessoas acusadas da prática de delitos, desde os mais insignificantes aos mais graves, são tolhidas de seu direito de ir e vir, amontoadas numa cela de um presídio ou de delegacias, onde não há mínimas condições para a sobrevivência.

Dispõe Lopes Júnior e Paiva<sup>16</sup>:

No teatro penal brasileiro, a prisão desponta, indiscutivelmente, como a protagonista, a atriz principal, que estreia um monólogo sem fim. Não divide o palco; no máximo, permite que algumas cautelares diversas dela façam uma figuração, um jogo de cena, e isso apenas para manter tudo como sempre esteve. [...] O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a ultima ratio das medidas cautelares.

A realidade no Brasil tem sido a superlotação carcerária, vez que a regra é a segregação dos indivíduos. Com a adoção da audiência de custódia, talvez, a realidade seja outra, pois muitas vezes não há a necessidade da pessoa esperar por seu julgamento encarcerada, já que na lei existem outras medidas diversas da prisão que, a depender do caso e a análise feita pelo magistrado, poderão ser adotadas.

Há posicionamentos contrários à adoção da audiência de custódia, pois esta não é vista como a solução para a superlotação carcerária e nem para o fim da violação dos direitos humanos.

No entanto, em pouco menos de um ano, pelo menos 45 mil pessoas deixaram de contribuir para a superlotação do presídios brasileiros, desde a instituição das audiências de custódias, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Desde que foram adotadas, as audiências foram realizadas 93,4 mil, sendo que deste total 47,46% resultaram na libertação do preso, sendo que 52,54%, o que corresponde a 50 mil casos, tiveram decretada a prisão preventiva.

Minas Gerais é o segundo estado com maior número de audiência, 8,6 mil, ficando atrás apenas de São Paulo, estado que foi piloto na implantação ainda em fevereiro de do ano passado, com a realização de 24,2 mil.

Cerca de 40% dos presos que superlotam cadeias e presídios do país, de acordo com dados dos tribunais de Justiça, são presos provisórios, ou seja, aguardando julgamento e chegam a 250 mil pessoas.

De acordo com o CNJ, as audiências de custódia além de desafogar o combalido sistema prisional, da cumprimento a tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A

---

16 LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Disponível: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=209)>. Acesso em 14/05/2017.

avaliação mais criteriosa da situação do preso em flagrante reforça ainda soluções já adotadas pela legislação brasileira, que desde 2011, prevê uma série de medidas cautelares alternativas à prisão nos casos em que couber (Lei 12403/2011).

A nova forma de tratamento do preso em flagrante também se mostrou uma importante ferramenta na detecção de possíveis casos de violência ou abusos cometidos no ato de prisão, com mais de 5 mil registros no mesmo momento.

Em que pese a audiência de custódia não ser a solução definitiva para a superlotação carcerária e para a defesa integral dos direitos humanos e, especial, da dignidade da pessoa humana, ela é o primeiro passo de muitos que temos que dar para o avanço do sistema acusatório e combate à cultura do encarceramento.

## 5. A APLICAÇÃO PRÁTICA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E SEUS RESULTADOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No início do presente estudo a implantação da audiência de custódia no estado do Rio de Janeiro ainda era recente. Passados mais de um ano, o projeto virou realidade não só nos Tribunais fluminenses, como nos de todo o país.

Segundo dados do CNJ<sup>17</sup>, o Rio de Janeiro foi o vigésimo estado brasileiro a inaugurar o sistema de audiências de custódia, em cerimônia realizada em setembro de 2016.

A chegada das audiências de custódia à capital fluminense ocorreu em etapas, acolhendo inicialmente 5 centrais de flagrante que englobam 15 delegacias, com expectativa de 20 a 40 casos por dia, o que foi aumentando progressivamente.

As audiências de custódia funcionam em instalações anexas ao Plantão Judiciário do TJRJ. A primeira central da capital funciona em duas salas com dois juízes designados, que atendem em dias úteis e os flagrantes de finais de semanas são atendidos na segunda-feira seguinte.

O presidente do TJ, ao implementar as audiências de custódia, assinou três convênios<sup>18</sup>. O primeiro para garantir a implementação de estrutura básica para o funcionamento da audiência de custódia, o segundo para viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados presos em flagrante. O terceiro convênio foi assinado com a Federação Estadual das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro para conceder 200 cartões da RioCard mensais aos detidos que forem colocados em liberdade.

---

17 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de custódia chega ao Rio de Janeiro nesta sexta-feira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80459-audiencia-de-custodia-chega-ao-rio-de-janeiro-nesta-sexta-feira>>. Acesso em 28/05/2017

18 PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **TJ do Rio implanta audiência de custódia**. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/ca/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23010?p\\_p\\_state=maximized](http://www.tjrj.jus.br/ca/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23010?p_p_state=maximized)>. Acesso em 28/05/2017

Assim que apresentado aos policiais, o custodiado passa por exame médico para avaliar sua integridade física e pode haver atendimento por equipe formada por assistente social e psicólogo, que farão encaminhamento para a rede de atendimento do estado e do município e de outros órgãos e instituições conveniadas, através de equipes multidisciplinares.

A regulamentação aprovada na corte fluminense é a de nº 29/2015, com as alterações promovidas pela [Resolução nº 32/2015](#), que segue o texto do Pacto de San José da Costa Rica, que determina a apresentação do custodiado a um juiz “sem demora”.

Nas estatísticas sobre os primeiros meses de funcionamento das audiências de custódia<sup>19</sup>, o chamado índice de reingresso foi de 4,05%. Após um ano, se evitou o ingresso de duas pessoas por dia no sistema carcerário fluminense. O índice de soltura neste primeiro ano do procedimento foi de 33,8% e o índice de reincidência neste primeiro ano da iniciativa foi de apenas 2,8%, sendo no Rio de Janeiro de 1,4% o índice de reincidência<sup>20</sup>.

De acordo com informações do CNJ<sup>21</sup>, em três meses contados de junho deste ano, as audiências de custódia chegarão ao interior fluminense, nas cidades de Campos dos Goytacazes e Volta Redonda, e também em Benfica, na capital.

A unidade de Benfica será para as prisões em flagrante na capital, Niterói, São Gonçalo e Baixada Fluminense; Campos dos Goytacazes vai abranger o Norte e Nordeste do estado; e Volta Redonda, todo o Sul.

### **5.1. Relatórios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**

Passado um ano do início das audiências de custódia no Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública apresentou o relatório das entrevistas realizadas por defensores públicos

---

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de custódia chega em três meses ao interior fluminense.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84915-audiencia-de-custodia-chega-em-tres-meses-ao-interior-fluminense>>. Acesso em 28/05/2017

20 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de custódia evitaram prisões sem aumentar a reincidência.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83807-audiencias-de-custodia-evitaram-prisoas-sem-aumentar-a-reincidencia>>. Acesso em 28/05/2017

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Reincidência em audiências de custódia é de 1,4 no Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83366-reincidencia-em-audiencias-de-custodia-e-de-1-4-no-rio-de-janeiro>>. Acesso em 28/05/2017

com 5.319 custodiados de 18 de setembro de 2015 a 18 de setembro de 2016, em que 5032 custodiados passaram pela audiência de custódia.<sup>22</sup>

A pesquisa, que se iniciou em 2015, faz parte de um projeto de formulação de políticas públicas de acesso à justiça a partir da coleta e da análise de dados, com a criação e a estruturação da Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça.

A pesquisa de campo, a sistematização e o exame dos dados, traçando o perfil social e econômico do custodiado, bem como as decisões cautelares proferidas pelos juízes, permitiu planejar a criação de quatro órgãos e elaborar um protocolo de atuação dos defensores públicos designados para as audiências de custódia, institucionalizando as práticas exitosas por meio da Resolução 801/2015 da Deliberação nº 107/2015.

Também permitiu que o custodiado, em menos de 24 horas, seja entrevistado por um defensor público, oportunidade em que terá o esclarecimento da sua situação jurídica e poderá indicar o contato dos seus familiares e de suas testemunhas, garantindo a ele e à Defensoria Pública o exercício pleno da defesa.

#### 5.1.1. Perfil dos réus

Desde que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro implementou a central de audiência de custódia, os defensores públicos preenchem um questionário de atendimento ao preso, acompanhando diariamente a realização dessas audiências. A partir desses questionários, foi possível apresentar o perfil dos réus atendidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, bem como indicar o resultado da análise da prisão feita pelo juiz.

O primeiro relatório de análise desses questionários foi apresentado em novembro de 2015, com o perfil dos réus que participaram das audiências de custódia dos dias 18 de setembro a 13 de outubro de 2015. O segundo relatório indicou o perfil dos presos que foram atendidos pela Defensoria Pública em um período maior, de 14 de outubro de 2015 a 15 de janeiro de 2016. O terceiro relatório manteve o período de análise de três meses, compilando os dados dos casos atendidos de 18 de janeiro a 15 de abril de 2016.

---

22 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Um ano de audiências de custódia no Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>> Acesso em 31/05/2017.

Dos réus que passaram pelas audiências de custódia durante o ano de pesquisa, 93,61% são representados pela Defensoria Pública.

Do total de 5.302 casos, a liberdade provisória foi concedida em 1.710 deles e em 82 houve relaxamento da prisão em flagrante, ou seja, 33,8% dos casos resultaram em liberdade.

<i>Foi concedida liberdade após a audiência?</i>	
Sim	1.792
Não	3.421
Sem informação	89
Total	5.302

No primeiro relatório, quanto no segundo, esse índice era de 40%, tendo caído para 29% no terceiro relatório.

Em razão dos réus que já haviam comparecido à audiência de custódia pela primeira vez e retornaram, dos 5302 casos analisados, somente 142 réus, sendo somente 2,8% do total.

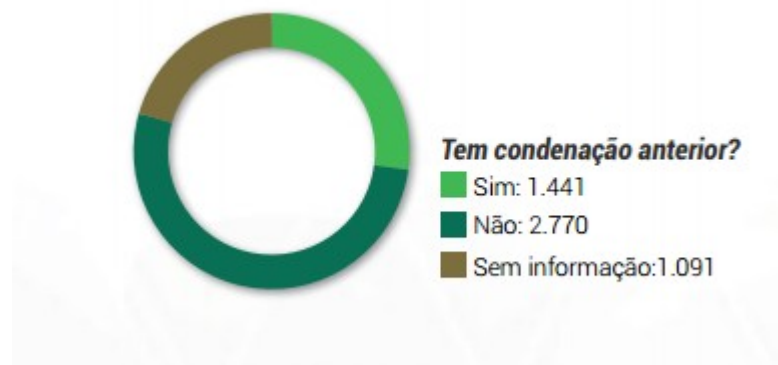
Em 92 casos desse total de 142 réus que retornaram à audiência de custódia, a liberdade provisória foi concedida na primeira audiência e em 3 casos a prisão foi relaxada. O flagrante foi convertido em preventiva em 46 casos e em um caso foi concedida a prisão domiciliar.

Dentre os 5302 casos analisados, 2 réus compareceram quatro vezes à audiência de custódia, 8 réus compareceram três vezes e 132 retornaram apenas mais uma vez.

Do total de 142 casos que retornaram à audiência de custódia, em 80, os réus praticaram furto na primeira vez. Em 24, o primeiro crime foi o roubo. Em 7 casos, o primeiro crime foi o de receptação. Em 26 casos, o crime praticado está previsto na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Em 2 casos, o crime praticado foi o previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003; em 1 caso o crime previsto no art. 278 do CP; em 1, nos arts. 307 e 308 do CP, e um caso não foi possível saber qual o crime cometido.

Dos casos que se teve informação, 34,22% haviam condenação anterior, sendo que 1.068 tiveram a prisão em flagrante convertida em preventiva, ou seja, 34,11% do total (4.211).





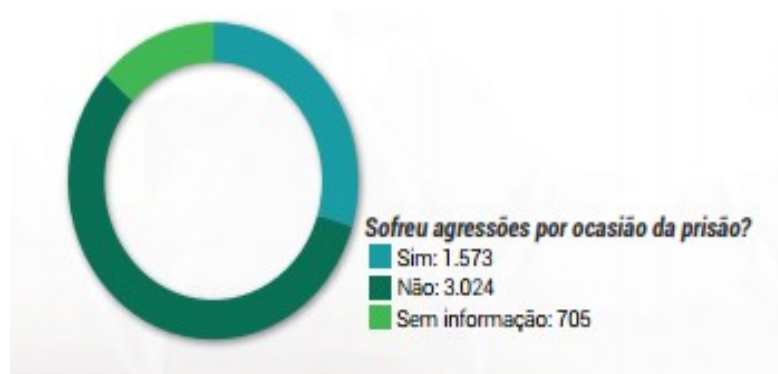
Tais dados apontam um baixo retorno, pois apenas 2,8% dos réus retornaram para uma nova audiência de custódia.

Quanto à capitulação dada pela autoridade policial, a tabela com os tipos penais demonstra que 66% dos réus respondem por crimes contra o patrimônio.

Quanto ao número de liberdades concedidas e prisões mantidas, do total com informação, em 67,41% dos casos de furto foi concedida a liberdade, enquanto no roubo esse percentual é de 7,31%.

Quanto aos tipos penais da Lei de Drogas, se considerados de forma isolada, a liberdade é concedida em 41,61%. Se há concurso, esse percentual cai para 15,95%.

Dos 5.302 réus entrevistados, 1.573 relatam ter sofrido algum tipo de violência policial, sendo casos em que o réu relatou ter sofrido alguma violência policial, registrou o fato de ter sido fotografado por policiais militares em situações diversas da realização de sua identificação na delegacia de polícia, foi vítima de tortura ou sofreu agressões por ocasião da prisão.

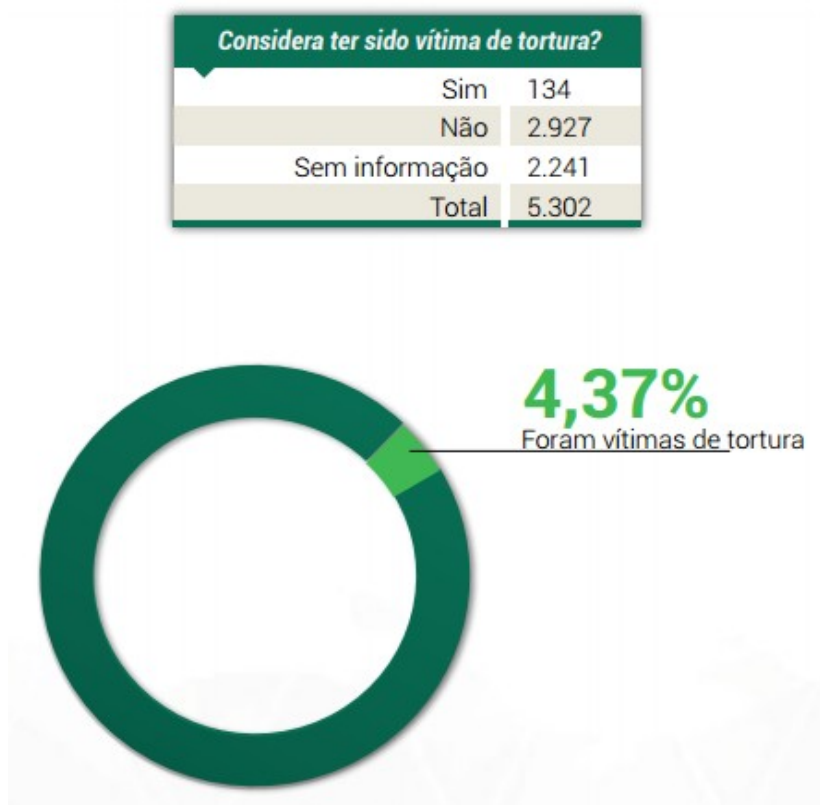


Note-se que 34% do total de réus disseram ter sofrido agressão policial. Ao serem perguntados se poderiam identificar o agressor, 1.573 réus responderam sim, mencionando a Polícia Civil, a Polícia Militar, a Guarda Municipal, segurança privada, populares, milícia, fiscal do Detran, Operação Lapa Presente, entre outros.

Apesar de o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ter atendido a um pedido da Defensoria Pública, feito em uma Ação Civil Pública, e proibir a veiculação de imagens dos presos em flagrante, 65,41% dos réus disseram ter sido fotografados por ocasião da prisão, em situações diversas da realização de sua identificação na delegacia de polícia.

<i>Teve o rosto fotografado por policiais militares?</i>	
Sim	2.239
Não	1.184
Sem informação	1.879
Total	5.302

Por fim, em 4,37% dos casos com informação, os réus disseram ter sido vítima de tortura.



### 5.1.2. Perfil social dos réus

Dentre os réus que passaram pela audiência de custódia no ano referente a pesquisa, os réus de cor preta/parda representam 73,63%, enquanto os de cor branca representam 25,95%.

Autodeclaração de cor	
Amarelo	14
Branco	1.183
Indígena	5
Preto/Pardo	3.356
Sem informação	744
Total	5.302

A proporção de liberdade entre pretos/pardos e brancos é que em 449 casos a liberdade provisória foi concedida aos brancos, ou seja, 37,95%. Para os negros isso corresponde a 31,85%, considerando que de um total de 3356 apenas 1069 passaram a responder em liberdade.

Dos réus que passaram pela central de audiências de custódia, 68,17% possuem apenas o ensino fundamental.

Grau de escolaridade	
Ensino Fundamental	3.195
Ensino Médio	1.384
Ensino Superior	87
Não estudou	21
Sem informação	615
Total	5.302

A maioria dos réus tem entre 18 e 36 anos, representando 83,58% do total.

Apenas 418 réus disseram ter Carteira de Trabalho assinada, dentre os 3526 réus que responderam trabalhar antes de ser preso.

Do total de 5302 entrevistados, 378 são de pessoas do sexo feminino, ou seja, as mulheres representam 7,3% dos réus e receberam liberdade em 68,11% dos casos. Três em cada quatro são mães e a maioria praticou crime contra o patrimônio (229 casos), mas o furto é o crime mais praticado, seguido pelos tipos penais da Lei de Drogas

Destaca-se que 49 mulheres estavam grávidas, incluindo os oito casos de suspeita de gravidez, e 27 receberam a liberdade após a audiência de custódia.

### 5.1.3. Conclusão

Após um ano de acompanhamento das audiências de custódia no Rio de Janeiro mediante o preenchimento de questionários que identificam o perfil dos réus atendidos pela Defensoria Pública, destacou-se que o projeto se encontra consolidado, devendo ser ampliado para além da capital.

Nesse sentido, destaca-se o índice de soltura dos réus, que ficou em 34,38%. Quanto ao índice de retorno à audiência de custódia, o resultado foi de 2,8%.

O resultado dessa análise demonstrou que, com a implementação do projeto, deixaram de ingressar no sistema prisional, aproximadamente, dois presos por dia, o que corresponde a 18%.

É significativo que o réu possa comparecer a presença do juiz para que a manutenção da sua prisão seja avaliada.

Os questionários permitiram, ainda, além do mapeamento da situação jurídica do réu, a análise do perfil social dos réus atendidos pela Defensoria Pública. Na maioria, pretos/pardos, com baixo grau de escolaridade, que trabalham no mercado informal e praticaram crimes contra o patrimônio ou previstos na Lei de Drogas.

Percebe-se, portanto, que a redução do número de presos provisórios, que já configura 41% do total de presos no sistema penitenciário do Rio de Janeiro, ainda esbarra nas exigências legais, uma vez que indiretamente o Código de Processo Penal determina, para garantir a conveniência da instrução criminal, que o réu tenha residência fixa e emprego formal.

Trata-se do primeiro relatório anual apresentado pela Defensoria Pública, o que demonstra seu comprometimento com o projeto das audiências de custódia, na medida em que a possibilidade de uma análise mais detalhada da situação do réu preso em flagrante constitui um passo para debelar o mal gerado pelo superencarceramento.

## 5.2. Resultados mais recentes: primeiro trimestre de 2017

Um levantamento do Ministério Público obtido pelo RJTV<sup>23</sup> mostra que aumentou o número de presos em flagrante soltos em audiências de custódia. Mais de 60% deles não ficou na cadeia no primeiro trimestre de 2017.

O telejornal destacou o fato de atualmente no Rio de Janeiro, mais da metade dos custodiados que passam pelas audiências de custódia têm a liberdade concedida.

Também informou que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vem realizando as audiências de custódia desde setembro de 2015, atendendo a resolução do Conselho Nacional de Justiça. No prazo de 24 horas o preso tem que ser levado para uma audiência com o juiz.

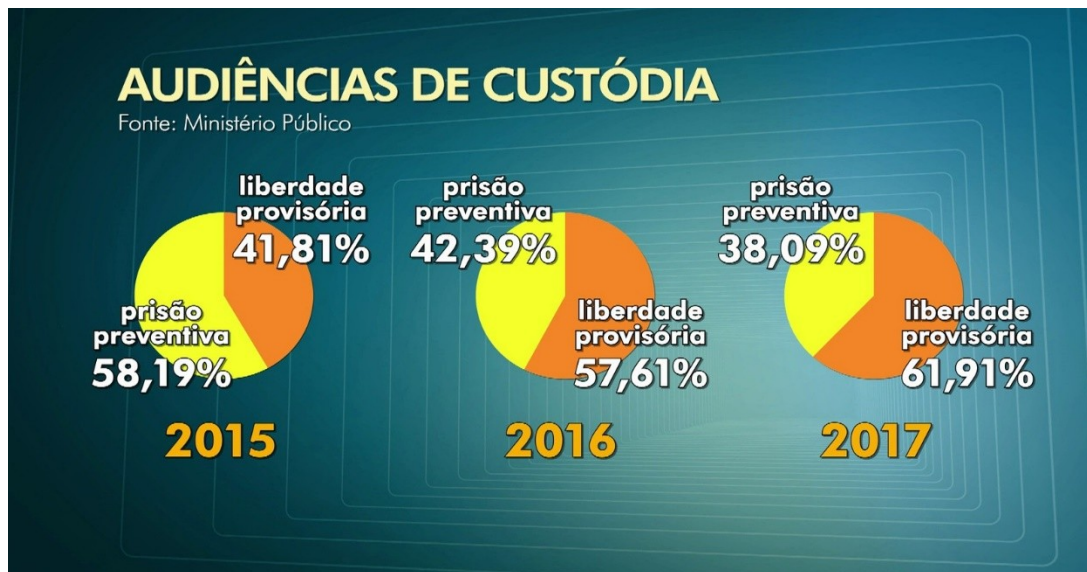
Destarte, mostrou o exemplo de Rogério Gomes dos Santos, preso em flagrante no dia 18 de abril com maconha, haxixe, 10 quilos de cocaína e munição, que teve sua liberdade concedida.

Os números do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro mostram que em 2015 o número de prisão preventiva era de 58,19%, sendo a liberdade provisória concedida em

---

23 G1. **Audiências de custódia soltaram 61% dos presos em flagrante no RJ no primeiro trimestre de 2017.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/audiencias-de-custodia-soltaram-61-dos-presos-em-flagrante-no-rio-no-primeiro-trimestre-de-2017.ghtml>> Acesso em 06/06/2017.

41,81%. Em 2016 o número de prisão preventiva foi 42,39% e a liberdade concedida em 57,61%. Em 2017, a prisão preventiva ocorre em 38,09% e a liberdade provisória em 61,91%.



O telejornal mostrou a opinião do Ministério Público, que se mostraram contrários as práticas audiências de custódia, destacando que quanto mais os índices de violência sobem, cada vez mais bandidos presos em flagrantes ganham o direito de responder ao processo em liberdade.

A promotora Somaine Patrícia Lisboa destacou:

"As audiências de custódia estão servindo para uma soltura em massa de pessoas que foram presas cometendo crimes graves: roubos, tráfico e até violência sexual contra crianças. A gente sabe que as prisões estão lotadas, mas parar de mandar gente para lá a gente resolve o problema do estado, que deveria ter feito investimentos nessa área e nunca fez"

(...)

"Os promotores que estão nas audiências de custódia nos relatam com frequência presos que são soltos por crime de roubo e em pouco tempo aparecem lá de novo. Evidente que se uma pessoa é presa cometendo um delito grave e é solta imediatamente, ela tem um estímulo maior para prosseguir na cena criminosa. Isso também é um desestímulo aos nossos policiais que prendem as mesmas pessoas nos mesmos lugares várias vezes por delitos semelhantes"

Se o Ministério Público afirma que a decisão da Justiça de soltar um número maior de presos em flagrante tem impacto na segurança pública, destacando haver uma soltura em massa, a Defensoria Pública tem opinião diferente.

Segundo a Defensoria, menos de 3% dos presos em flagrante desde setembro de 2015 voltaram a cometer crimes.

O coordenador da defensoria disse que os presos ganham liberdade quando não representam ameaça. Reconhece que há exceções, mas afirma que a maioria chega nas audiências por ter cometido crimes menos graves, como furtos e roubos sem violência.

A maioria é jovem, negros, e com baixa escolaridade e afirma que seria um erro mandar essas pessoas para aguardar os julgamentos em presídios superlotados.

O subcoordenador de defesa criminal da Defensoria, Ricardo André de Souza, destacou:

"Falar que a soltura de determinados custodiados representaria impunidade seria antecipar para as o momento das audiências de custódia, que é um momento em que se verifica apenas se o custodiado pode ou não responder o processo em liberdade, é consolidar a ideia de que as prisões preventivas são uma antecipação de pena. Enquanto não houver condenação, a legislação e a constituição determinam que o acusado responda o processo em liberdade".

Estes resultados demonstram bastante avanço na questão aqui abordada, com o número de prisões preventivas diminuindo, consolidando-se a diminuição do encarceramento. Se a audiência de custódia vier acompanhada das medidas que garantam sua gestão e funcionamento correto, esse instituto conseguirá alcançar seu propósito.

## 6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho se deu a partir do questionamento acerca da adequação da aplicação de medidas cautelares privativas de liberdade aos tratados internacionais sobre direitos humanos, atentando-se para o fato de que a privação de liberdade está sendo usado como o primeiro recurso em vez de o último.

Pretendeu-se analisar a atual situação do emprego das medidas cautelares privativas de liberdade pelo sistema penal brasileiro e apresentar o instituto da audiência de custódia.

A banalização das prisões cautelares exerce forte influência no excesso de encarceramento do nosso sistema penitenciário e no desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

É uma tentativa de massificar o instituto da prisão processual como resposta à população, indignada com o alto grau de violência que assola o meio social brasileiro. Contudo, tal medida gera efeitos mais nocivos que benéficos à sociedade, gerando nesta uma sensação de pseudo-segurança, dando a impressão de que o encarceramento em quantidade é a solução para a questão da violência e de que o criminoso não ficou impune.

O clamor popular acaba dando vazão a um sentimento de vingança, alimentado pela crescente violência e é neste cenário onde medidas tidas como mais efetivas como a implantação da pena e o recrudescimento do judiciário com o encarceramento preventivo ganham corpo no imaginário popular como a solução para uma sociedade mais segura e tranquila, no que chamamos de cultura do encarceramento.

Por muitas vezes uma pessoa acusada de cometer um crime é submetida à prisão, porém não são analisados se realmente é necessário que esta pessoa aguarde o julgamento segregada da sociedade, desrespeitando o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal.

O sistema penitenciário brasileiro é meramente segregatório: não recupera o preso para que este se reinsira na sociedade. Lança-se ao encarceramento o indivíduo, sentenciado ou não, e espera-se que este, ao sair do sistema prisional, retorne como um indivíduo de bem.

Não se pode vislumbrar como solução para a violência no Brasil o encarceramento puro e simples. Há que se fazer um juízo preventivo nos decretos prisionais cautelares, o judiciário



deve ponderar as consequências de aprisionar processualmente o réu e fundar suas razões em elementos concretos.

O Brasil é o quarto país que mais prende no mundo e cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos provisórios.

O Ministério da Justiça, em junho de 2014, realizou o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN<sup>24</sup>. Das informações contidas no atual relatório, constata-se que cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. Quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.

Incluiu-se no levantamento um questionamento sobre o contingente de presos sem condenação retidos há mais de 90 dias. Nas unidades prisionais que informaram os dados, 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento.

Nota-se que 56% da população prisional é formada por jovens. Na distribuição da população privada de liberdade por raça cor ou etnia é possível analisar que a proporção de pessoas negras presas é de dois em cada três presos. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%.

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo, aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental.

Destacou-se, seja pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN ou pelo relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que os indivíduos que geralmente são levados ao cárcere se enquadram nesse perfil de seletividade.

O encarceramento no Brasil incide em sua maioria sobre homens, negros, jovens, autores de crimes patrimoniais e que, em sua maioria, não chegaram a completar o ensino médio.

O que enfatiza a noção do réu que não possui voz ou direitos, que é jovem, negro, de baixa escolaridade, oriundo de setores marginalizados da sociedade e sem acesso a mecanismos públicos básicos, fruto do atual modelo penal, que se encontra ainda com mais expansão e firmamento na cultura do encarceramento.

---

24 <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

Na busca por mudar essa realidade, a audiência de custódia ganhou grande peso. Os resultados expostos pelo Ministério Público e destacados pela mídia, enfatizam que o número de presos provisórios vem diminuindo em decorrência da realização de audiências de custódia.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro destaca também que o índice de reincidência dos presos que recebem a liberdade provisória é mínimo, de aproximadamente 2,8%.

A iniciativa em pouco mais de um ano de realização, já apresenta resultados positivos, mormente na verificação de queda do número de entrada de presos provisórios no sistema carcerário nacional.

A audiência de custódia não deve ser vista como o fim da punição e das prisões, mas sim como uma aplicação mais humana do processo penal, fazendo com que este sempre esteja vinculado aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, garantidos pela nossa constituição e tratados internacionais.

No lugar de excesso de prisão e de punição sem o devido processo, o caminho que se busca é o da humanização do processo penal. Não se trata de uma postura assistencialista ou piedosa em relação ao preso, mas perseguir soluções que levem em conta o ser humano e a sua dignidade.

A ideia de conter ou limitar o poder punitivo vinculada a esse instituto 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.

Para que tenha efetividade, a prática da audiência de custódia pelos nossos tribunais precisa vir acompanhada da mudança cultural por parte dos nossos operadores do direito, para que o processo penal se torne mais eficaz – no que é possível sua eficácia –, respeitando a dignidade humana e os princípios constitucionais dela decorrentes.

O desenvolvimento de uma nova política criminal processual depende da coragem de magistrados, promotores, advogados, defensores, enfim, de todos os operadores do direito, para reconhecer e aplicar medidas alternativas, que fujam do terrível cotidiano das prisões, especialmente as cautelares, desta monotemática solução de preservação da ordem processual, e apontem para a valorização da dignidade, afetando o menos possível o cidadão sobre o qual não paira o peso da condenação criminal transitada em julgado.

Desta feita, a introdução da audiência de apresentação do preso no Brasil, mais que um cumprimento dos tratados internacionais é também um instrumento que renova os objetivos da Lei 12.403/2011, que alterou artigos do Código de Processo Penal referentes à prisão

processual, liberdade provisória e medidas cautelares alternativas, a favor, portanto, da desobstrução do sistema carcerário.

No que tange a legalidade do atual projeto, enquanto a proposta tramitava no Senado (estando agora na Câmara), onde foi analisada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), o CNJ se antecipou e lançou, em fevereiro de 2015, o projeto Audiência de Custódia, prevendo por ato administrativo a prática no país.

Em seguida, editou a Resolução 213/2015, regulamentando a prática. O conselho se baseou em normas já previstas em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, que têm força de lei, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José. E por meio de termos de adesão, conseguiu que todos estados da Federação e o Distrito Federal adotassem a medida.

Destarte, o que se evidencia é que a audiência de custódia pode servir de instrumento a desvirtuar a atual lógica judicial, que permanece vinculada ao protagonismo da prisão, em que a homologação do flagrante, ou seja, sua conversão em prisão preventiva *ex officio*, acaba figurando como regra e não exceção no sistema processual.

Se o número de encarceramento diminuiu, devido a concretização de audiências de custódia, resta presumido que esta é importante fator de combate à cultura do encarceramento.

## 7. REFERÊNCIAS

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2013

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal** (recurso eletrônico). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª edição. Editora Lumen Juris, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em 18 de abril de 2015.

LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209)>. Acesso em 14/05/2017.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

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

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed.

rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti C. de. Comentário ao art. 5º, inc. LXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Peres. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 8 ed. Madri: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

**Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - JUNHO DE 2014**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 13/05/2017.

**G1. Audiências de custódia soltaram 61% dos presos em flagrante no RJ no primeiro trimestre de 2017**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/audiencias-de-custodia-soltaram-61-dos-presos-em-flagrante-no-rio-no-primeiro-trimestre-de-2017.ghtml>> Acesso em 06/06/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de custódia chega em três meses ao interior fluminense**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84915-audiencia-de-custodia-chega-em-tres-meses-ao-interior-fluminense>>. Acesso em 28/05/2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de custódia evitaram prisões sem aumentar a reincidência.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83807-audiencias-de-custodia-evitaram-prisoas-sem-aumentar-a-reincidencia>>. Acesso em 28/05/2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Reincidência em audiências de custódia é de 1,4 no Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83366-reincidencia-em-audiencias-de-custodia-e-de-1-4-no-rio-de-janeiro>>. Acesso em 28/05/2017

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Um ano de audiências de custódia no Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>> Acesso em 31/05/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de custódia chega ao Rio de Janeiro nesta sexta-feira.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80459-audiencia-de-custodia-chega-ao-rio-de-janeiro-nesta-sexta-feira>>. Acesso em 28/05/2017

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **TJ do Rio implanta audiência de custódia.** Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/ca/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23010?p\\_p\\_state=maximized](http://www.tjrj.jus.br/ca/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23010?p_p_state=maximized)>. Acesso em 28/05/2017

ZAFFARONI, R. E. La Palabra de Los Muertos. **Conferencias Sobre Criminología Cautelar.** Buenos Aires: Editora Ediar, 2011

TOSCANO JR., Rosivaldo. **Muito Mais que Uma Audiência de Custódia.** Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>> . Acesso em 12/05/2017

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Um ano de audiências de custódia no Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>> Acesso em 31/05/2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.html>>. Acesso em 20/05/2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

BRASIL. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Secretaria Geral da Presidência da República. Brasília, 2014.

JUSBRASIL. **A cultura do encarceramento e a segurança pública brasileira**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/40317/a-cultura-do-encarceramento-e-a-seguranca-publica-brasileira>> Acesso em 29/04/2017.

**Projeto de lei do senado nº 554 de 2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em 21/04/2017.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso**.

**Seminário: Um ano de audiências de custódia**, Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

**A importância da Audiência de Custódia - vantagens do mecanismo**. Disponível em: <<http://criminalistanato.blogspot.com.br/2015/05/a-importancia-da-audiencia-de-custodia.html>>. Acesso em 21/05/2017.

**Decreto nº 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 17/06/2017.

**Decreto nº 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)> Acesso em 17/06/2017.