



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFICAZ PARA A REDUÇÃO DA BANALIZAÇÃO  
DAS PRISÕES CAUTELARES?**

Luciana de Sousa Teixeira

Brasília

2015

Luciana de Sousa Teixeira

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFICAZ PARA A REDUÇÃO DA BANALIZAÇÃO DAS  
PRISÕES CAUTELARES?

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Orientadora: Beatriz Vargas Ramos  
Gonçalves de Rezende

Brasília  
2015

Folha de Aprovação

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFICAZ PARA A REDUÇÃO DA BANALIZAÇÃO DAS  
PRISÕES CAUTELARES?

Luciana de Sousa Teixeira

Matrícula: 10/0059261

Brasília, 1º de julho de 2015.

Banca examinadora:

---

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende  
Orientadora

---

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte  
Membro

---

Me. Rafael de Deus Garcia  
Membro

---

Prof. Me. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro  
Suplente

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sua bondade, por ter me dado a chance de seguir minha vocação e ser meu porto seguro nos momentos de dúvida e frustração.

Aos meus pais, meus maiores incentivadores, a quem me faltam palavras para expressar minha gratidão. Obrigada, pai, por ser meu maior exemplo de ética profissional e por me ensinar a enfrentar os obstáculos da vida de cabeça erguida, com tanta paciência e ternura. Obrigada, mãe, pela cumplicidade e por seu inestimável amor, por se doar a cada dia para fazer de mim uma pessoa melhor. Ter vocês ao meu lado foi o maior presente que recebi dessa vida.

Ao meu irmão, Celso, meu orgulho, minha inspiração, por ser um companheiro para todas as horas, me aguentando nos meus melhores e piores dias, e por sempre estar disposto a me ajudar quando necessito.

Aos amigos e amigas de faculdade, por terem compartilhado comigo momentos que nunca serão esquecidos, momentos alegres e tristes, que contribuíram para o meu crescimento como pessoa, tornando esse percurso acadêmico tão prazeroso e fértil. Ramille, Carla, Juliana, Dandara, Múcio, Robertinho, Oberdan e Antônio, obrigada por serem minhas ovelhas queridas. Cacá, prima e grande amiga, a graduação não teria sido a mesma sem você por perto.

E, por fim, agradeço a minha orientadora, Bia, pela paciência, pela crença em mim e pelo tema por mim escolhido e por despertar em mim o interesse pelo processo penal e pela criminologia, sempre me instigando ao questionamento e à pesquisa.

*“Para as grandes coisas, são necessários princípios;  
Para as pequenas, basta a misericórdia.”*

Albert Camus

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a proposta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de implantação de Audiência de Custódia para a apreciação judicial das medidas cautelares processuais penais, em especial das prisões, como forma de garantir efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, e ao mesmo tempo, resolver o problema da banalização no uso das prisões cautelares no País, que levou à superlotação carcerária e a sérias violações dos direitos fundamentais daqueles que são investigados. Pretende-se, assim, analisar os benefícios e as limitações dessa proposta no atual panorama legal e social em que se inserem as prisões cautelares. Para tanto, foram utilizados dados oficiais que demonstrassem como tem se dado o aprisionamento cautelar no sistema judicial brasileiro, conforme sua respectiva previsão legal. Além disso, também foi realizado levantamento literário acerca da Audiência de Custódia, tanto da doutrina brasileira, como da de autores latino-americanos, cujos ordenamentos jurídicos já preveem audiências similares há algum tempo.

Palavras-chave: audiência de custódia; prisões cautelares; prisão preventiva; encarceramento em massa; direitos fundamentais.

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the proposal made by of the National Council of Justice (CNJ) of Custody Hearing for judicial consideration of precautionary measures at the criminal procedure, especially prisons, in order to ensure effectiveness to international human rights treaties which Brazil is a signatory, and at the same time solve the problem of trivializing the use of precautionary arrests in the country, which led to prison overcrowding and serious violations of fundamental rights of those being investigated. It is intended, therefore, to analyze the benefits and limitations of this proposal in the current legal and social landscape in which operate precautionary arrests. On that account, it was performed a data collection to demonstrate the interim imprisonment in the Brazilian judicial system and its respective legal provision. Moreover, it was also held a literary survey on Custody Hearing, both Brazilian and Latin American doctrine, which has a legal system that provides similar hearingsfor some time.

Keywords: custody hearing; Pre-trial detention; probation; mass incarceration; fundamental rights

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1. CAPÍTULO 1: PRISÕES CAUTELARES NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO.....</b>	<b>12</b>
1.1 Regência Constitucional Pertinente.....	12
1.2 Regência Infraconstitucional Pertinente.....	13
1.2.1 Das Reformas Ocorridas.....	13
1.2.2 Previsões Gerais.....	14
1.2.2.1 Prisão Preventiva.....	15
1.2.2.2 Prisão em Flagrante.....	19
1.2.2.3 Prisão Temporária.....	20
1.3 Da Banalização das Prisões Cautelares.....	21
<b>2. CAPÍTULO 2: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, UMA MEDIDA NECESSÁRIA.....</b>	<b>27</b>
2.1 Conceito.....	29
2.2 Funcionamento.....	30
2.3 Fundamentos Legais.....	32
2.4 Benefícios da Audiência de Custódia à Legalidade Prisional.....	36
<b>3. CAPÍTULO 3: O PROBLEMA É MAIS PROFUNDO – O QUE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO RESOLVERÁ.....</b>	<b>40</b>
3.1 Do Discurso Carcerário no Brasil: Confusão Entre Segurança Pública e Execução Penal.....	40
3.2 Da Falta de Controle Periódico Sobre o Cumprimento das Medidas Cautelares.....	43
3.3 Da falta de um Limite Temporal para as Prisões Provisórias.....	44
3.4 Do Necessário Fortalecimento das Defensorias Públicas.....	47
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

A temática das prisões cautelares desperta em nosso ordenamento jurídiconecessário debate acerca de seus usos e limites constitucionais. Elas se encontram na fronteira entre uma medida que deve ser usada para se garantir o devido processo legal e, se usada de maneira excessiva, uma medida que representa evidente abuso do Estado.

Por essa razão, esse é um tema de relevância tanto para a esfera constitucional quanto para o contexto processual penal. No Brasil, especialmente, nos deparamos com um fenômeno em que temos uma Constituição extremamente atualizada com os preceitos fundamentais de proteção da dignidade humana, mas, ao mesmo tempo, contamos com um Código de Processo Penal com clara influência autoritária, visto que foi promulgado durante a vigência do regime ditatorial getulista (1941), e mesmo que tenha sofrido algumas reformas pontuais posteriores, esse seu caráter ainda continua presente.

Conforme observou Kant de Lima, “não se pode imaginar que nossa cultura jurídica, em sua forma constitucional tão acusatorial, individualista, igualitária, liberal e moderna, esteja em franca esquizofrenia com o caráter inquisitorial holista, hierarquizado, conservador e tradicional de sua vertente processual penal”. (KANT DE LIMA, 1989, p. 31).

Esse fenômeno gera consequências para as prisões cautelares, na medida em que se deve atentar para os postulados constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, incluídos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas ao mesmo tempo temos regras como a do art. 312, CPP, que permite a decretação da prisão provisória para se “garantir a ordem pública”, locução demasiadamente aberta que deixa margem para a discricionariedade do juiz quando da escolha sobre o cabimento ou não da prisão no caso, permitindo, por vezes, o uso arbitrário desta. Esse fato contradizregras básicas de princípios legais que também têm implicações para os detidos, que sãoilegalmente expostos a ameaças contra a sua vida, integridade física e saúde, e para abusos e maus-tratos por parte de guardas e policiais.

Assim corrobora Baratta:

Mas a prisão não é somente uma violência institucional, ela á também um local de concentração extrema de outras formas de violência: violência entre

indivíduos e violência de grupo. Recordemos que Foucault em seu livro *Vigiar e Punir* já havia insistido no fato de que as garantias do direito reconhecidas pelo direito penal liberal, em geral não passam pela porta da prisão, uma zona franca de arbítrio contra os detentos. (BARATTA, 1993, p. 53)

Além desse contexto legal, relevante também destacar o contexto social em que se inserem as prisões cautelares. Vivemos numa sociedade já propensa a dar mais valor aos efeitos do crime, sem se perguntar sobre os efeitos do sistema penal sobre a própria criminalidade. Os efeitos do crime são mais evidentes e a ideia mais disseminada de segurança pública está diretamente vinculada com a neutralização de pessoas tidas como “perigosas”, ou seja, as classes marginalizadas pelo sistema econômico, que acabam também sendo marginalizadas pelo sistema penal.

Conforme observou Baratta:

Em geral, a imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade, devido à atitude de pessoas e não à existência de conflitos sociais, produz um desvio de atenção do público, dirigida principalmente ao ‘perigo da criminalidade’, ou às chamadas ‘classes perigosas’, ao invés de dirigir-se à violência estrutural. [...] Sobretudo em momentos de crises dos governos e da democracia, o ‘perigo da criminalidade’ utilizado nas campanhas de ‘Lei e Ordem’, converte-se num instrumento de produção de consenso das maiorias silenciosas frente às relações de poder existentes (BARATTA, 1993, p.54)

Diante desse panorama apresentado, cabe a nós, operadores do direito, uma visão crítica a respeito do uso e abuso da prisão, e em especial da prisão cautelar, visto que essa implica numa exceção à presunção de inocência, e requer, para sua legalidade, estrito cumprimento da lógica cautelar, verificada em casos muito específicos.

Tendo isso em vista, esse trabalho monográfico tem por objetivo averiguar o atual contexto legal em que se encontram as prisões cautelares, diante da constatação de que enfrentamos um estágio avançado de superlotação carcerária com o uso de políticas de encarceramento em massa, além de apresentar medidas que podem ser eficazes no combate desse fenômeno, dando especial atenção ao recente projeto apresentado pelo CNJ, que prevê a implantação da Audiência de Custódia.

Para tanto, adotamos a metodologia de revisão de literatura sobre matérias atinentes à temática proposta, focando-se em obras jurídicas que defendessem uma faceta acusatória e garantista do direito processual penal, visto

que é propósito desse trabalho rechaçar o uso banal da prisão cautelar e estabelecer um necessário padrão de legalidade para ela.

Além disso, também fez-se imperiosa a análise de dados obtidos por meio de pesquisas realizadas ou por organismos de proteção aos direitos humanos, ou por dados oficiais do governo, que demonstrassem empiricamente o tamanho do problema que estamos lidando.

Dessa maneira, o primeiro capítulo começa demonstrando a dogmática jurídica acerca das prisões cautelares, sua base constitucional e infraconstitucional, além de tornar claro que tal dogmática não é suficiente para impedir a cultura do encarceramento.

O segundo capítulo, por sua vez, apresenta ao leitor a Audiência de Custódia, no que ela consiste, onde ela está normativamente prevista e como ela traria benefícios para garantir a acusatoriedade do sistema processual brasileiro. Ou seja, como ela traz à luz e revigora o papel primordial do julgador de salvaguardar os direitos do imputado, o que não teria nada de extraordinário se tal função não estivesse sendo cada vez mais sobrepujada pela figura do juiz acusador.

Por fim, no terceiro capítulo, serão mostradas outras medidas para se combater o uso abusivo das prisões cautelares, que vão muito além da mera mudança legislativa. Elas passam pelo discurso penitenciário existente no País e por uma estruturação de alternativas ao encarceramento que só pode vir do Executivo e Legislativo.

Assim, ao final desse trabalho, buscar-se-á encontrar alternativas para que seja dada efetividade aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e transversalmente por tratados internacionais, hoje em jogo diante dos diversos casos de ilegalidade prisional.

# 1. CAPÍTULO 1: PRISÕES CAUTELARES NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

## 1.1 Regência Constitucional Pertinente

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou em seu texto, como princípio máximo, a dignidade da pessoa humana, base para o Estado Democrático de Direito, “um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir”. (AFONSO DA SILVA, 2001, p.124)

Dessa forma, mesmo que um indivíduo cometa um ato reprovável, passível de repressão estatal, essa medida não autoriza o cerceamento de sua dignidade. Desse princípio derivaram diversos outros, como o devido processo legal, a presunção de inocência, a estrita legalidade, a ampla defesa, o contraditório, e, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, advindos para garantir a dignidade da pessoa humana.

Para a análise das prisões cautelares, mister destacar o princípio da presunção de inocência (BRASIL 1988, artigo 5º, incisos LVII e LXI), cujo desígnio indica, primeiramente, que o acusado não poderia submeter-se a penas antecipadas ou a medidas análogas, e em segundo lugar, que caberia à acusação o ônus da prova sobre que fatos penalmente qualificados, sendo que a existência de dúvida serviria como fundamento de absolvição do acusado (CORDERO, 2000, p. 398). Isso porque perdura no processo penal o juízo de não culpabilidade, ou seja, o acusado é isento de culpabilidade presumida, até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Dessa forma, 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, “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” (PACELLI, 2013, p. 498).

Por outro turno, também merece destaque o princípio da proporcionalidade, cuja função central é resguardar liberdades individuais fundamentais frente o poder punitivo e coercitivo do Estado (BONAVIDES, 2000, p. 359). Por ele foi estabelecido que entre meios e fins (pena aplicada e punição, por exemplo) deve haver um exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que fique proibido o excesso de meio, e mais ainda, que seja escolhida a alternativa menos gravosa, sendo garantida a intervenção mínima do poder estatal e a máxima efetividade dos direitos fundamentais (LIMA, 2011, p. 31).

Nesse contexto, o elemento “adequação” é entendido como parâmetro que verifica se um ato estatal seu teve seu objetivo legítimo alcançado ou pelo menos fomentado. Já o elemento “necessidade” deve ser visto de acordo com o objetivo da persecução penal, onde

um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 23).

De tal maneira, exerce-se o efetivo controle da validade e do alcance das normas, onde o intérprete pode recusar-se a aplicar aquela que contenha proibições e sanções excessivas à necessidade de regulação. (PACELLI, 2013, p. 504).

## **1.2 Regência Infraconstitucional Pertinente**

### **1.2.1 Das Reformas Ocorridas**

Buscando, portanto, a adequação constitucional, a legislação processual penal infraconstitucional, no que tem pertinência às medidas cautelares, sofreu amplas reformas, porém segmentadas, desde a elaboração do Código de Processo Penal de 1941, especialmente com as leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008 (BRASIL, 2008a, b e c) e com a lei 12.403, de 2011 (BRASIL, 2011), que apesar de trazerem avanços significativos, não romperam com a matriz autoritária do Código. (LOPES JR., 2011, p. 1-4).

Diferentemente de outros países da América Latina, que reconstruíram suas bases políticos-jurídicas no Estado de Direito, no Brasil as reformas processuais

penais foram pontuais ou setoriais, alterando “determinados dispositivos para atender a interesses localizados quanto à natureza do bem jurídico afetado, aos meios ou modos de execução do ilícito e à resposta penal” (DOTTI). Da mesma forma, como se verá nesse trabalho, essa nova conformação adaptou-se de forma limitada aos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil, e também, respeitando os limites da margem nacional de apreciação, às decisões dos tribunais internacionais (CHOUKR, 2011, p. 15).

No mais, se verifica que em todas as reformas pontuais do código há a completa ausência de participação da sociedade civil, algo inaceitável diante do fato que “a busca de um consenso internacional em torno das ideias garantistas é a manifestação de um legítimo interesse social apto a provocar reformulações de baixo para cima, coma possibilidade de amplos setores da sociedade civil mediante o debate” (CHOUKR, 2011, p. 27).

De forma geral, hoje o regramento das medidas cautelares prevê que, na verdade, não existe um procedimento cautelar penal específico, ou seja, que empregue substancialmente o devido processo legal como caminho para que o magistrado chegue ao provimento. Assim, da “impossibilidade de conceber-se um processo penal cautelar, bem como uma ação penal cautelar no processo penal há lugar somente para a adoção de *medidas cautelares*”. (TUCCI, 1998, p. 496-497).

As reformas pontuais que passaram o CPP não procuraram mudar essa lógica, mas apenas racionalizá-la, de forma que a disciplina das medidas cautelares pessoais se tornasse mais criativa e abrangente, saindo do trinômio predominante anteriormente de prisão preventiva, fiança e liberdade provisória sem fiança. Assim, foi trazido um leque com diversas opções cautelares, a ser escolhido de acordo com a sensibilidade do juiz (art. 319, CPP). Na verdade, como será visto no item 1.3, isso não foi suficiente para mudar esse panorama.

### **1.2.2 Previsões Gerais**

As regras atuais preveem que existem as seguintes cautelares pessoais: prisão cautelar (art.283 e ss.), prisão domiciliar (arts.317 e 318), e outras cautelares diversas da prisão (art.319), sendo espécies de prisão antes da sentença condenatória a prisão em flagrante (CPP, art. 302), a prisão temporária (Lei

7.960/89) e a prisão preventiva (CPP, art. 312), estas últimas com objetivos específicos de garantir a normalidade da investigação ou o curso previsto da atividade processual.

Além disso, tem-se que as medidas citadas não foram elencadas de forma graduada, ou em ordem de proporcionalidade. 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 CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Procurando a adequação aos ditames constitucionais de exigência de contraditório, o Código de Processo Penal, no art. 282, §3º previu um certo nível de participação da pessoa a ser submetida à coerção antes da tomada definitiva da decisão judicial:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Desse modo, na verdade, não há um contraditório expresso, com o exigido grau de certeza procedimental do devido processo legal. “A lei fica no meio do caminho de uma determinação mais expressa da existência do contraditório, pois indica a mera intimação da pessoa interessada do pedido formulado, instruída a intimação com instrumento autônomo com as cópias necessárias” (CHOUKR, 2011, p. 52). Melhor seria, conforme será mostrado no capítulo 2 desse trabalho, o contraditório em audiência, com a oitiva da pessoa submetida à constrição.

### **1.2.2.1 Prisão Preventiva**

O magistrado, ao determinar a prisão preventiva, deve proceder ao esclarecimento dos motivos que a justificaram e das razões pelas quais entendeu que todas as demais cautelares falhariam em substituí-la no caso concreto; do contrário, a decisão será nula, por ausência de fundamentação completa. Para

decretação de uma cautelar, em matéria processual penal, é necessário a existência do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

De acordo com o art. 312, CPP:

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).

Conforme se observa, os requisitos do art. 312 que regem a prisão preventiva “ainda seguem abertos, notadamente aquele de ordem pública que, malgrado esvaziado em alguns aspectos diante dos incs. I e II do art. 282, ainda permanece amplo demais para um modelo acusatório de processo com assento constitucional” (CHOUKR, 2011, p. 45).

Isso torna a motivação da decisão da preventiva extremamente difícil, tendo em vista seu “conteúdo fortemente emotivo pode propiciar a ruptura dos padrões de legalidade e certeza jurídica, fundamentais na matéria examinada, autorizando os juízes a formular definições puramente persuasivas, que encobrem juízos de valor” (GOMES FILHO, 2001, p. 225).

De acordo com Bottini,

Ordem pública não tem relação com o ato praticado. Garantir a ordem pública é preservar a expectativa da sociedade na produção de um processo penal completo, em ordem, sem turbações. Antecipar a pena não é garantir a ordem, mas legitimar o arbítrio, como já apontou o STF em inúmeros precedentes. No entanto, alguns magistrados ainda interpretam ordem pública de forma abrangente, sob a perspectiva do ato praticado e de seus efeitos, sem atentar que esse ato praticado só gera consequências jurídicas quando reconhecido por sentença definitiva. [...]

Assim, o abalo à ordem pública e econômica é exclusivamente constatado pela presença de elementos objetivos indicativos da periculosidade do agente, sua disposição para a continuidade delitiva. Qualquer outra definição de ordem pública ou econômica seria vedada, não pela leitura isolada do art. 312 (cuja redação não é alterada pela proposta), mas justamente em face do disposto no art. 282, I válido para toda e qualquer cautelar – inclusive para a prisão (BOTTINI, 2013, p.268-269).

Embora haja uma forte indefinição doutrinária em relação aos fundamentos para a decretação da preventiva – “decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” –, o Poder Judiciário compreende, na prática, que eles são, mesmo na sua vagueza, suficientes para uso.

De qualquer forma, a prisão deveria passar a ser exceção e *ultima ratio* como resposta para delitos criminais. Isso porque, de acordo com o princípio da proporcionalidade, ela só pode ser aplicada quando não forem suficientes as demais medidas, o que deve ser concretamente demonstrado, devendo sua decretação estar expressamente prevista em lei. Assim, ela só será aplicada aos processados por crimes punidos com prisão (reclusão ou detenção) com pena máxima superior a quatro anos, a não ser nos casos de reincidência em crime doloso, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Será ainda possível a prisão cautelar – em qualquer caso – para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, e 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.

Desse modo busca-se evitar a aplicação de cautelar processual mais gravosa que a possível pena, em caso de condenação definitiva, em consonância com o princípio da instrumentalidade. Delitos com pena igual ou inferior a quatro anos normalmente são punidos com penas restritivas de direitos (exceto quando cometidos com violência ou grave ameaça, ou quando o autor for reincidente e estiverem ausentes os requisitos do art. 44, § 3.º, do CP), ou iniciam o cumprimento em regime aberto (exceto nos casos de reincidência: CP, art. 33, § 2.º, c). “Logo, não há sentido em determinar o recolhimento cautelar fechado durante o processo quando o réu é primário e a pena final que se quer assegurar é menos aflitiva que o próprio meio para sua garantia. Nada impede, no entanto, que outra cautelar seja imposta para resguardar a ordem processual” (ZACKSESKI, 2010).

Infelizmente, porém, não há até hoje a fixação dos prazos admitidos para a prisão preventiva. Formalmente, o caminho que se percorre é o emprego do princípio da razoabilidade (duração razoável do processo), que se revela extremamente vago diante da observação dos dados oficiais que serão apresentados no próximo tópico. Este princípio foi introduzido na Constituição brasileira (artigo 5º LXXVIII) pela Emenda 45/2004 (Reforma do Judiciário), atendendo-se assim ao disposto no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica,

segundo o qual: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]”.

Conforme já foi assentado pela jurisprudência:

O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “*due process of law*”. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas [...]. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário [...] traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional [...] Impõe-se o relaxamento da prisão cautelar, mesmo que se trate de procedimento instaurado pela suposta prática de crime hediondo [...]. A natureza da infração penal não pode restringir a aplicabilidade e a força normativa da regra inscrita no art. 5º, LXV, da Constituição da República, que dispõe, em caráter imperativo, que a prisão ilegal “será imediatamente relaxada” pela autoridade judiciária (habeas corpus nº 80.379, relator ministro Celso de Melo.)

Como adequação ao princípio de presunção de inocência, no processo penal a prisão deve ser encarada como exceção e a liberdade como regra, sendo que qualquer outra privação à liberdade anterior à sentença condenatória transitada em julgado deve ter fundamentação e finalidade cautelares. Não por outro motivo que é fundamental o respeito à tipicidade da prisão, sendo esta sempre jurisdicional.

Conforme se depreende, para que haja alguma restrição a direito individual, é necessária a demonstração, pela autoridade, da necessidade e da indispensabilidade da providência, segundo determinada e relevante finalidade, como a garantia da aplicação da lei penal e a conveniência para a investigação e instrução criminal, além de sua adequação, aferida de acordo com a gravidade e circunstâncias do fato e pelas condições pessoais do agente. (PACELLI, 2013, p. 503).

Pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre prisão preventiva isso se torna mais patente: no caso “*Acosta Calderón vs. Equador*” a Comissão estabeleceu sua linha de argumentação salientando que “a prisão preventiva é a medida mais grave que pode ser aplicada ao acusado de um crime, porque a sua aplicação deverá ter um carácter excepcional, à luz dos limites impostos pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, essenciais numa sociedade democrática”.

Já no caso "*García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*", tendo por base a violação do art. 7.5 da CADH, a Corte afirmou ainda que "o acusado, que se presume inocente, deve apreciar o exercício da liberdade física, enquanto a privação desta deve ser pedida apenas nos casos em que há risco para o sucesso do processo penal, e no caso "*vs Lopez Alvarez Honduras*" foi entendido que a legitimidade da prisão preventiva vem não só que a lei permite aplicar em certas hipóteses gerais. A adoção desta medida de precaução exige um juízo de proporcionalidade, que inclua análise dos elementos de prova e os fatos sob investigação para declará-la.

Sem nenhuma proporcionalidade, a medida será arbitrária consonantemente com o artigo 7.3 da Convenção, que obriga o Estado a não restringir a liberdade do detido para além dos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem que vai escapar à justiça.

As características pessoais do suposto autor e da gravidade do crime do qual ele é acusado não são, por si só, suficientes para justificar a prisão preventiva. A prisão preventiva é uma precaução e não punição. A Convenção é violada quando pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida são privadas de liberdade por um período indevidamente longo e, portanto, desproporcionado. Isso equivale a antecipar a pena.

### **1.2.2.2 Prisão em Flagrante**

No que se refere à atual sistemática da prisão em flagrante, tem-se que ela deve ser vista com uma precautela, e seu relacionamento com a manutenção da prisão tendo por objetivo básico estritos 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-cautelares e pré-judicial. Isto é, dado o seu caráter tão-só garantidor dos elementos de autoria e materialidade, apreensíveis no ato da prisão, com vistas a criar as condições para a decisão judicial sobre o estado futuro do autuado. (SAL, 2015, p. 45)

Dessa forma, logo após efetuada, a prisão em flagrante deve ser comunicada à autoridade judiciária competente, que realizará verdadeira cognição cautelar, como explica Fauzi Hassan Choukr:

A consequência é que, ao assumir o flagrante a natureza precautelar passa-se a exigir, de imediato, a apreciação judicial na presença dos requisitos cautelares para manter-se a pessoa presa, não podendo subsistir a constrição, durante toda a relação processual, a título da prisão decorrente do estado de flagrância. A lei 12.403/11 evoluiu nesse sentido, mas ficou aquém do quanto seria ideal no que tange ao disposto na CADH, onde ‘toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais’ (art. 7º, inc. 4). (CHOUKR, 2011, p. 57)

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 CPP, 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.

### **1.2.2.3 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)”. (PACELLI, 2013, p. 563)

Caberá quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. Será ainda cabível quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Após o esclarecimento/comprovação sobre a residência e identidade do agente, deverá ser a prisão temporária revogada, mesmo que não atingido o prazo fixado, vez que

cessado o motivo para a sua decretação. Por fim, somente será cabível quando demonstrada a autoria ou participação em crime de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas ou crimes contra o sistema financeiro. Todos estes crimes estão listados no artigo 1º, III da Lei número 7.960/89.

De acordo com o modelo acusatório, deve-se atentar para o fato de que sua decretação não pode ocorrer de ofício pelo juiz, devendo, para tanto, haver um requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, sendo que, na primeira hipótese, o titular da ação penal deve ser ouvido antes da apreciação judicial.

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.

Além disso, possui prazo certo para terminar, sendo trinta dias, em caso de crimes Hediondos e cinco dias em caso de outros delitos, que não hediondos. Tais prazos podem ser prorrogados, pelo magistrado, uma vez, se demonstrada a necessidade nos autos do inquérito. Em caso de satisfação da investigação, antes do prazo de término da prisão, poderá ser colocado o investigado em liberdade, haja vista ter findado o motivo que ensejou o encarceramento.

### **1.3Da Banalização das Prisões Cautelares**

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. Segundo Aury Lopes Jr. “está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro deveria investigar, diligenciar, e somente

após prender, uma vez que suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.” (LOPES JR., 2012, p. 30).

Apesar da existência de normas como a lei 12. 403/2011 citada acima, 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.

Mostra Cristina Zackseski, em seu artigo “*O Problema dos Presos sem Julgamento no Brasil*”, a partir da análise de dados do Ministério da Justiça nos anos de 2008 e 2009, que é marcante nos sistemas penais a presença de grande número de pessoas presas sem julgamento. Ela observa que

a situação das prisões brasileiras tornou-se tão grave que, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça colocou em ação um programa emergencial para revisar os processos das pessoas encarceradas. Os relatórios dos Mutirões Carcerários apresentam exemplos claros dos abusos cometidos, como estes citados por Santos (2010): “FLS foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a instrução sequer havia sido iniciada. AA furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão no regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença AA foi liberado. LSM foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário. RS ficou preso mais de 2 anos sem sequer ser denunciado.”(ZACKSESKI, 2010, p. 06)

Além da situação de ilegalidade prisional acima descrita ocorrida em 2009, a HumanRightsWatch cita situação parecida ocorrida em 2014, mostrando que nada havia mudado com o passar dos anos e introdução da lei 12.403/2011:

C.V., por exemplo, passou mais de dois meses na prisão sob a suspeita de ter comprado uma motocicleta roubada, embora não tivesse qualquer condenação anterior e o crime a ele imputado não preveja pena de prisão em caso de condenação. Quando ele foi preso, o delegado de polícia estabeleceu uma fiança de 724 reais, a qual C.V. não foi capaz de pagar, de acordo com o processo. A Defensoria Pública fez uma petição em favor de sua liberação e ele foi colocado em liberdade provisória. Sua permanência na prisão por mais de dois meses custou aos contribuintes cerca de 5.000 reais. (HRW, 2015).

Dessa forma, a pesquisa “Excesso de prisão provisória no Brasil: Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico” (2015) parte do Projeto Pensando o Direito, coordenado pela Secretaria de Assuntos legislativos do Ministério da Justiça (SAL-MJ), chega à conclusão de que de que “os princípios constitucionais que objetivam proteger direitos como a liberdade, a presunção de inocência, o devido processo e a ampla defesa não têm obtido concretização, mesmo diante das recentes alterações legislativas de natureza

processual penal, como é o caso da recente lei das medidas cautelares alternativas à prisão, 12.403/2011” (SAL, 2015, p.21)

Esse panorama torna necessário repensar a lógica existente na sociedade, onde de pronto se presumem culpados supostos criminosos, não se priorizando o processo e a presunção de inocência, e dando como solução comum àqueles a permanência atrás das grades. Aponta a pesquisa da SAL/MJ, com relação a isso, que “o excesso de prisão no sistema penal brasileiro se inicia pelo excesso de prisões em flagrante e se completa pela alta taxa de conversão dos flagrantes em medidas cautelares de prisão” (SAL, 2015, p. 38).

Na verdade, 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, sob intensa pressão para se juntarem a facções criminosas, antes de serem levados à presença de um juiz pela primeira vez.

Assim, ocorre outra violação do direito internacional que tem contribuído para a falência do sistema carcerário. Nos CDPs, Centros de Detenção Provisória, o novato recebe as “regras do jogo” e é aliciado para o crime. Em São Paulo, por exemplo, “o PCC controla várias dessas unidades e é lá que eles fazem seus soldados. Os recém-chegados passam por uma série de humilhações enquanto esperam pelo seu julgamento.” (HRW, 2015).

Ao uso abusivo da prisão cautelar se adiciona a demora no julgamento daqueles presos cautelarmente para contribuir ao encarceramento em massa. No estudo da HumanRightsWatch sobre crise penitenciária (2015), o Subdefensor Público-Geral do Estado do Maranhão declarou que nos casos envolvendo suspeitas de crimes relacionados a drogas, a primeira audiência perante um juiz acontece, num cenário positivo, entre 90 a 120 dias após a prisão. Isto significa que as facções têm 120 dias para convencer a pessoa a juntar-se a elas. Para os presos suspeitos de terem cometido outros tipos de crime, a espera é frequentemente ainda maior. A

HumanRightsWatch encontrou casos de presos provisórios que ficaram até nove meses na prisão sem serem apresentados a um juiz, muitos passando mais tempo em prisão preventiva do que o prazo a que estavam realmente condenados.

Além disso, aponta o relatório da ONU sobre encarceramento no Brasil (2014), que apesar da alteração introduzida no Código de Processo Penal em 2011 para permitir a medidas alternativas à detenção, observou-se que não tinha havido nenhuma redução substancial do uso da detenção desde a introdução da alteração. Em incidências onde foram aplicadas medidas como fiança, por exemplo, o detido não foi capaz de pagar o montante exigido. (ONU, 2014, p. 12).

O Grupo de Trabalho a ONU que visitou o Brasil ainda observou que os juízes rotineiramente prendem um grande número de pessoas que foram acusadas de delitos menores, como pequenos furtos, concluindo que a privação de liberdade foi imposta mesmo em situações em que a infração foi considerada leve, o que leva a sérias preocupações no que respeita à aplicação do princípio da proporcionalidade cautelar.

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 qualquer suspeito, o que dá margem ao fenômeno da seletividade (BARATTA, 1993). Desde o início de sua aplicação, o número de pessoas presas com base na nova norma cresceu 320%. Segundo dados de 2013 do Ministério da Justiça (DEPEN, 2013), 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.

A pesquisa realizada pela SAL/MJ, analisando a coleta de dados obtidos nos estados da Bahia e de Santa Catarina acerca das prisões provisórias lá existentes, entre os anos de 2008 a 2012, destaca o fato de “a maioria dos réus ter

sido presa em flagrante – em especial os de tráfico – e a alta taxa de conversão do flagrante em cautelar”, e que “o art. 33 viola claramente o princípio da taxatividade ou da previsibilidade mínima. Ao invés de determinar o núcleo da ação penal de forma clara e precisa, o texto da nova Lei de Drogas é amplo em demasia, o que favorece interpretações e aplicações variadas na sua redação extensiva e exemplificativa.” (SAL, 2015, p. 32 e 33). Isso leva ao resultado observado de que a maioria presos provisórios enquadrados por tráfico tem a tipificação definida como tráfico simples (art. 33) sendo 88,03%, na Bahia e 78,69% em Santa Catarina. (SAL, 2015. p. 33).

De acordo com a ONG Conectas:

Ao contrário do que prega o senso comum, o Brasil prende muito e mal. Em dezembro de 2012, nossa população carcerária era de 548 mil pessoas – a quarta maior do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia – segundo dados oficiais do Infopen (Ministério da Justiça). A diferença com relação a esses países é que, contrariando a tendência de queda, a taxa de encarceramento do Brasil, que calcula o número de presos por cada 100 mil habitantes, apenas cresce. Nesse quesito, já ocupamos a terceira posição entre os países mais populosos. (CONNECTAS, 2014)

No mais, dados da ONU do relatório de 2014 mostram que o Brasil tem quatro presídios federais e 1.124 prisões do Estado, 55 dos quais exclusivamente para as mulheres. A capacidade total é destas instalações é de 355.000, no entanto, o sistema penitenciário detém atualmente cerca de 550 mil detidos e presos. A maioria das prisões se encontra em situação precária. Sua infraestrutura é inferior ao padrão internacionalmente exigido, e com um número insuficiente de profissionais de educação, saúde e assistência social que nelas trabalham.(ONU, 2014, p. 12).

Como resultado da detenção excessiva, instalações de detenção são geralmente lotadas. Em alguns casos, foi encontrado o número de detidos a exceder a capacidade em 100 por cento. Além disso, esta situação poderia ser ainda mais exacerbada se os cerca de 192 mil mandados de prisão pendentefossem ser executados. (ONU, 2014, p. 12)

O mapa das prisões, elaborado pela organização Conectas, aponta que entre 1992 e 2013, o Brasil cresceu mais de 300% sua taxa de encarceramento (número de presos por 100 mil habitantes). Significa que, num intervalo de quase 20 anos, mais pessoas foram presas, e boa parte delas, sem uma sentença que as

condenasse à prisão, uma vez que muitos processos judiciais se arrastam por anos na justiça. (CONNECTAS, 2014).

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, seja porque outras leis extremamente encarceradoras advieram sem o devido estudo sobre seu impacto no sistema prisional, como a lei 11.343/11, ou seja por qualquer outro motivo explicitado, mais deve ser feito, e a implantação da Audiência de Custódia seria um ótimo começo, como será demonstrado no capítulo seguinte.

## **2. CAPÍTULO 2: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, UMA MEDIDA NECESSÁRIA**

São características dos sistemas inquisitivos a prevalência do formalismo do procedimento escrito e a falta de limites operacionais para sua duração, o que leva ao prolongamento do processodurante o tempo, sendo que a possibilidade de aplicação da pena numa oportunidade razoável passa a não parecer alternativa viável. No mais, como produto desse caráter escrito e formal do procedimento, a defesa real do imputado é dificultada, ou seja, pode aparecer no papel, no expediente designado a um defensor, mas sem que na prática se traduza em uma atividade de defesa efetiva, inexistindo, por vezes, o mínimo contato entre defensor e defendido.

Como forma de garantir a acusatoriedade do sistema processual penal, necessária se faz a oralidade do juízo, sendo esta admitida como a única instancia legítima para tornar uma pessoa penalmente responsável, e dando à etapa de instrução do processo um caráter meramente preparatório e administrativo. “Não deve haver demora ou atos de natureza inquisitorial ou burocrática entre a prisão e a apresentação ao juiz do indivíduo preso. Por um lado, a demora nesse estado representa a duração da neutralização do princípio da presunção da inocência”. (SAL, 2015. p. 52).

De acordo com pesquisa realizada pelo CEJA, *Centro de Estudios de Justicia de Las Américas* (CEJA, 2011, p. 23), chegou-se à conclusão que a introdução da oralidade nas etapas preliminares ao processo propriamente dito é um dos fatores que têm mais impacto sobre a transformação das práticas inquisitoriais de detenção, por isso deveria haver um esforço conjunto para aprofundar a criação de audiências nos lugares onde esta não ocorre sistematicamente para todos os tipos de casos. Em todas as experiências estudadas, a instituição da discussão de medidas cautelares pessoais em audiência produziu, no curto e no longo prazo, o efeito de racionalizar o uso da prisão preventiva, conforme foi documentado na Argentina, Costa Rica, Guatemala e Equador, Colômbia e Chile (CEJA, 2011, p. 24).

Assim, na últimas décadas, vários países da América Latina, com a reforma de seus sistemas processuais penais, deram início a um processo sério de oralização das fases preliminares, como forma de aprofundar a instalação da lógica do contraditório e de diminuir uso excessivo da prisão preventiva.

Para exemplificar, na Argentina o Código de Processo Penal federal exige que nos casos de prisão sem ordem judicial o detido seja levado a uma

autoridade judicial competente dentro de seis horas. Já no Chile, quando um indivíduo é preso em flagrante, o mesmo deve ser levado dentro de 12 horas a um promotor, que deve liberá-lo ou levá-lo à presença de um juiz em até 24 horas a partir do momento da prisão. Na Colômbia, suspeitos presos em flagrante devem ser apresentados a um juiz em no máximo 36 horas. No México, esse período é de 48 horas.

Em contraste, o regramento do Código de Processo Penal brasileiro prevê que, quando um adulto é preso em flagrante, apenas os documentos policiais precisam apresentados a um juiz dentro de 24 horas, não o preso em pessoa. Os juízes avaliam a legalidade da prisão e decidem pela aplicação ou não da prisão preventiva e outras medidas cautelares baseados exclusivamente em documentos escritos. Eles só chegam a ver o indivíduo detido durante sua primeira audiência, frequentemente meses após a prisão.

Assim, de acordo com o CEJA,

a falta de audiências na etapa de investigação se traduz em um controle de menor qualidade pelo juiz da situação do acusado. A discussão escrita com relação a este assunto gera um debate de qualidade inferior, onde situações como a delegação de funções, as defesas meramente formais e a própria lógica do sistema inquisitorial, que pairava no sistema escrito, fazem com que o papel do juiz neste cenário seja quase nulo e que o acusado passe longos períodos na prisão sem julgamento (CEJA, 2011, p. 59 - Tradução livre)

Além disso, a inexistência de debates em estágios preliminares impede a instituição de um sistema de litígio forte, onde poderia se discutir com profundidade a real necessidade de decretar medidas cautelares pessoais e publicamente justificar tais decisões. Sem isso, facilitam-se os sistemas de decisão um tanto quanto automáticos.

Isso se torna patente no Brasil pelos dados obtidos na publicação da SAL/MJ (2015), onde se encontrou um número muito desproporcional entre prisões cautelares e sentenças condenatórias, o que sugere que há graves problemas com a qualidade do juízo acerca da necessidade da prisão cautelar. O reforço dessa hipótese está consagrado no padrão argumentativo das decisões judiciais que determinam a prisão e/ou denegam a liberdade, em geral alheias ao exame do problema concreto da ação praticada e dos riscos eventualmente representados pelo comportamento do indiciado ao processo. Aos juízes basta, muitas vezes, a

caracterização dos indícios de autoria e materialidade, que embora condicionem não podem ser tratados como determinantes legais da decisão (SAL, 2015, p. 84).

Por isso, caberia ao juiz, numa Audiência de Custódia, conciliar e pesar, na operatividade de um sistema acusatório, os interesses da atividade investigativa e os direitos dos diversos atores que se desenvolvem no processo penal, dando plena vigência ao direito de defesa e ao devido processo, conforme consagrado pelas Convenções de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário.

## 2.1 Conceito

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. (CJN)

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 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.” (CNJ) Elas vão oferecer suporte técnico aos magistrados responsáveis pelas audiências de custódia e opções que evitem o encarceramento provisório.

## 2.2 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, em seu artigo “*Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia?*”, 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.

Assevera Lopes Jr.:

Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil. Para isso há reserva de Jurisdição. A polícia judiciária não é órgão do Poder Judiciário (é um paradoxo, mas é uma polícia judiciária não subordinada ao Poder Judiciário), mas do Executivo. Daí que a alegação de que o Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta. (LOPES JR., 2015)

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 constrição 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. (LOPES JR., 2015)

Em terceiro lugar, com relação à realização dos atos da audiência, aduz Aury Lopes Jr. que 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.

Alerta ainda Lopes Jr. que a audiência de custódia por videoconferência

deve ser exceção e justificada, nos mesmos moldes do artigo 185, parágrafo 2º, do CPP. É que o impacto humano do contato pessoal pode modificar a compreensão. Não podemos é banalizar o uso da videoconferência sob pena de matar um dos principais fundamentos da audiência de custódia: o caráter humanitário do ato, a oportunidade do contato pessoal do preso com o seu juiz. (LOPES JR., 2015)

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 juzizados de violência doméstica têm já estabelecidos horários diários para a apresentação de preso, orientando a autoridade policial a intimar a vítima em tal horário, “e ser possível estar ausente, por exemplo, comprovação da residência ou de vínculo certo do conduzido, possa-se redesignar a audiência. Em todos os casos, todavia, a decisão sobre a custódia e eventuais medidas cautelares deve ser tomada.” (LOPES JR., 2015).

Para arrematar, Aury Lopes Jr. discorre sobre o que deve ser feito em caso de tortura ou lesão ao preso:

Se o conduzido estiver machucado ou reclamar de tortura, por mais que as lesões possam ser decorrentes do próprio ato de prisão, a leniência do Poder Público resta mitigada e será possível, ao menos, apurar a sua existência. Aliás, como temos insistido, a utilização de aparato de câmeras por parte dos agentes públicos nas suas operações evitaria tanto a alegação de autolesões praticadas pelos conduzidos, bem assim as perpetradas por agentes estatais. E a tecnologia está plenamente disponível. Existem diversos vídeos na internet que demonstram ser a filmagem uma garantia de todos, policiais e conduzidos, mas há gente que não gosta de controle, e se passa. O que se busca é transparência da ação. (LOPES JR., 2014)

### **2.3 Fundamentos Legais**

A base legal da Audiência de Custódia conta como fonte principal tratados internacionais de proteção de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado pelo Brasil no Dec. 592, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), que foi aderida pelo Brasil em 1992 e promulgada em 6 de novembro do mesmo ano, pelo decreto 678. Nos arts. 7.5 e 9.3 desse diploma se dispõe com relação ao tema, respectivamente, que *“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 que “qualquer pessoa presa ou encerrada 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 (...).”*

Além disso, reconhecem-se como fonte jurídica os diversos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o assunto. Estes asseveram ser a audiência de custódia essencial “para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física”, destacando estar em risco “tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal”. De igual forma, a Corte também decidiu ser a Audiência de Custódia o meio idôneo por excelência para evitar prisões ilegais ou arbitrárias, por conta de sua imediatidade no controle judicial destas, de forma que cabe ao julgador “*garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência*”(CIDH *apud* LOPES JR., 2014).

Somando-se a isso, a CIDH ainda decidiu que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, na medida em que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”, e que “*o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade*”, concluindo que “*o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no art. 7.5 da Convenção*” , conforme explicitado no caso *Bayarri vs. Argentina*. (CIDH *apud* LOPES JR., 2014).

Dessa forma, pode-se concluir que a previsão trazida pelo art. 306, caput e parágrafo único do Código de Processo Penal, onde se determina que o juiz seja apenas comunicado no prazo de 24h da ocorrência de prisão, através do auto de flagrância a ele remetido, não satisfaz o nível de exigência internacional de realização de audiência, restando clara a insuficiência do regramento jurídico interno. De acordo com Aury Lopes Jr., “a norma contida no Código de Processo Penal não passa por um *controle de convencionalidade* quando comparada com os

Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil voluntariamente aderiu, especialmente a CADH, cujos preceitos, se violados, podem ensejar a responsabilização do país perante a Corte IDH”. (LOPES JR., 2014).

Nesta linha, o artigo 306 do Código do Processo Penal que estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento, não são suficientes para dar conta do nível de exigência convencional.

Outro fundamento legal existente acerca da Audiência de Custódia é o PLS 554/2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, que busca dar verdadeira efetividade ao que dispõem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos acerca do tema, prevendo normativamente características da Audiência de Custódia que os tratados deixam aberto, além de ser demanda social expressa em iniciativa legislativa.

Não que esses tratados necessitassem de qualquer implemento normativo interno para adquirirem vigência, visto que a partir do momento que foram ratificados e promulgados, passaram, nessa época, a ter status supra legal. Todavia, destaca Lopes Jr. que “não se pode olvidar que a edição de lei exerce um papel fundamental na *promoção* do direito, principalmente no caso da audiência de custódia”. (LOPES JR., 2014).

Em sua redação original o PL 554/2011 destacava:

“Art. 306. (...)

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

Depois, o citado Projeto de Lei recebeu emenda substitutiva, aprovada por unanimidade, ao passar pela Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), que lhe conferiu uma estrutura praticamente completa sobre a audiência de custódia, “sequer abrindo margem para interpretações sobre a autoridade a quem o preso deve ser conduzido (o juiz) ou a respeito do prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de cercar a realização da audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa quando prevê a imprescindibilidade da defesa técnica no ato” (LOPES JR., 2014)

Hoje, depois de passar pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), o PLS encontra-se pronto para a pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), já tendo o relator, o senador Humberto Costa, se pronunciado favoravelmente à aprovação do projeto. Sua redação atual é a seguinte:

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

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

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 3º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da ocorrência de suposta violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 5º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 6º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 7º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 8º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 9º Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal

deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrancial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”

Conforme se observa, tornou-se imprescindível que na apresentação do preso à autoridade judiciária, se verifique se foram respeitados os direitos fundamentais da pessoa apreendida, estando o preso deverá estar acompanhado de seu advogado ou defensor público.

Também passou-se a exigir que sejam tomadas providências assecuratórias de produção de provas a partir do primeiro momento que se constate a suposta violação aos direitos fundamentais do cidadão, devendo a autoridade responsável, pela lavratura da peça flagrancial, determinar de pronto a abertura de inquérito policial para apurar o fato, requisitar perícia para que se produza uma prova acerca da integridade física do preso.

Por fim, na nova redação se adotou a possibilidade de apresentação do preso para a realização da audiência de custódia no Juízo de Direito local onde não houver Vara Federal instalada, de modo a tornar exequível a referida audiência.

Portanto, diante de todos esses fundamentos mencionados, pode-se dizer que o Projeto Audiência de Custódia elaborado pelo CNJ não é algo novo ou sem qualquer embasamento jurídico, como alguns autores aduzem. Ele veio, finalmente, dar ordem de cumprimento para o que já há muito tempo já era legalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, mas nunca foi satisfeito.

Somente uma baixa compreensão da constituição (controle de constitucionalidade) e dos tratados sobre direitos humanos (controle de convencionalidade) dá azo a que se imagine que um Tratado sobre direitos humanos carece de regulamentação por uma lei ou, pior, um mero ato administrativo. Assim, não é questão de inovar, mas de meramente enunciar o que desde sempre lá esteve. (TOSCANO Jr., 2015)

## **2.4 Benefícios da Audiência de Custódia à Legalidade Prisional**

São várias as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil. Elas passam, principalmente, pela missão de reduzir o encarceramento em massa no país, tendo em vista que através da audiência se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em

flagrante para o magistrado. No mais, ajustam o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e são eficientes no combate à prática de tortura e tratamento indigno ao preso.

Como primeira vantagem, em relação ao combate à superlotação carcerária, temos que a apresentação imediata da pessoa detida ao juiz, como já foi demonstrado, é um mecanismo que possibilita à autoridade judiciária a apreciação da legalidade da prisão. Sendo assim, a realização da audiência de custódia minimiza a possibilidade de prisões manifestamente ilegais.

A ONG HumanRightsWatch analisou de perto a implantação e funcionamento do programa de Audiência de Custódia no Maranhão, que já ocorre desde outubro de 2014, e elaborou um estudo que demonstra que o programa piloto lá realizado está ajudando a reduzir o número de presos provisórios, uma das principais causas da superlotação das prisões e do recrutamento de novos membros por facções criminosas:

Em quase metade dos casos que fizeram parte do programa piloto conduzido no Estado que registrou os piores índices de violência em prisões dos últimos anos, os juízes decidiram que não cabia prisão provisória e determinaram a liberação dos detidos. Nos casos em que as decisões foram baseadas apenas nos documentos policiais, os juízes determinaram a liberação do detido em apenas 10 por cento dos casos, embora o direito internacional preveja que a prisão provisória deve ser último recurso, privilegiando a liberdade. (HRW, 2015)

Isso porque, conforme já foi explicado, as audiências de custódia permitem que os juízes tenham mais informações para decidir se alguém foi detido legalmente e se estão presentes os elementos para se determinar a prisão provisória. Nelas, os juízes devem decidir apenas sobre a aplicabilidade da prisão provisória, não sobre a suposta responsabilidade do suspeito pelo crime de que está sendo investigado.

Nesse sentido corrobora Toscano Jr.:

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade. (TOSCANO JR., 2015)

Dessa forma se viabiliza o respeito às garantias constitucionais como o princípio constitucional do contraditório, conforme Art. 5º, LV, CF, além de se

consolidar o direito de acesso à justiça do réu preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial da persecução penal, sem, no entanto, implicar antecipação do interrogatório, já que o projeto prevê expressamente a impossibilidade de que este depoimento preliminar em juízo seja usado depois para condenar o réu.

Conclui-se, portanto, que a audiência de custódia é medida necessária para diminuir o número de presos provisórios e controlar a “nefasta política de encarceramento em massa” do Estado, que coloca, no mesmo lugar, indivíduos que são réus primários e sem antecedentes criminais junto dos presos que pertencem a facções criminosas.

Já a segunda vantagem, em relação à demonstração do ajuste do nosso processo penal aos tratados internacionais, é evidente. Pode-se dizer que adotar a audiência de custódia reforça compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos, efetivando o que, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica dispõe em seu art. 7º, e para além dele, outros tratados. Dessa forma, há a adequação do ordenamento jurídico interno para cumprimento de obrigações internacionais, conforme exige o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), segundo o qual é dever dos Estados-partes a adoção de disposições de direito interno compatíveis com as normas contidas no referido Tratado. Assim, de acordo com essa normativa, “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º [da CADH] ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

Consequentemente, renovam-se as credenciais do Brasil no cenário internacional, visto que organismos e atores internacionais, tais como a “HumanRightsWatch”, organização não governamental dedicada à proteção dos direitos humanos em todo o mundo, e o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), já sinalizaram sobre a importância da audiência de custódia.

Por fim, como outra vantagem, a Audiência de Custódia inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais, que violam os direitos fundamentais do cidadão, e apesar das providências

tomadas contra estes atos nos últimos anos no Brasil, ainda são recorrentes os casos em que a tortura é praticada durante interrogatórios policiais.

De acordo com a HumanRightsWatch, a tortura ainda é um problema sério no Brasil. Em uma pesquisa sobre o tema, foram encontradas evidências contundentes, em 64 casos de supostos abusos, de que as forças de segurança ou autoridades penitenciárias torturaram pessoas sob sua custódia ou contra elas dispensaram tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Os abusos frequentemente ocorreram nas primeiras 24 horas sob custódia policial. A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos recebeu, por meio de um serviço telefônico, 2.374 denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ocorridos em prisões ou delegacias de polícia em 2014, um aumento de mais de 25 por cento em relação a 2013. (HRW, 2015).

Isso porque no ordenamento atual a única oportunidade que muitos presos têm de denunciar abusos sofridos para uma autoridade independente é no seu interrogatório – meses após sua prisão –, quando a comprovação da materialidade do delito se torna muito mais difícil. O estabelecimento de audiências de custódia em 24 horas da prisão é uma das principais recomendações no combate tortura.

Conforme a ONG HumansRightWatch observou no Maranhão:

As audiências de custódia também são cruciais para prevenir a tortura e os maus-tratos pela polícia – um sério problema no Brasil. O juiz Fernando Mendonça disse à HumanRightsWatch ter identificado sinais de maus-tratos em três casos durante as audiências de custódia do programa piloto, os quais encaminhou ao Ministério Público. As evidências físicas dos maus-tratos provavelmente teriam desaparecido se os presos tivessem que esperar meses até serem conduzidos à presença de um juiz. (HRW, 2015)

Em conclusão, pode-se observar que o programa de Audiência de Custódia além de mostrar o respeito às obrigações do Brasil em relação aos direitos humanos, tem grande potencial de ajudar no combate aos problemas crônicos do sistema carcerário em todo o País, como o encarceramento em massa e a prática de tortura. Porém, conforme ficará claro no próximo capítulo, ela é só o primeiro passo para uma transformação profunda do contexto carcerário brasileiro.

### **3. CAPÍTULO 3: O PROBLEMA É MAIS PROFUNDO – O QUE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO RESOLVERÁ**

Uma das grandes lições deixada por países da América Latina que fizeram sua reforma processual penal nas décadas de oitenta e noventa do século passado foi a ideia de que o processo de implantação baseado somente em reformas legais não era suficiente pra produzir mudanças significativas diferentes das lógicas anteriores, e, conseqüentemente, satisfazer os objetivos perseguidos. A prática ensinou que era necessário contar com um plano de implementação que abarcava diversos aspectos, que os temas de gestão eram extremadamente relevantes, que era necessário provocar uma mudança cultural profundo no ambiente judicial, entre outros.

A experiência dos nossos vizinhos que já dispõem de uma audiência preliminar para discutir a prisão preventiva e outras medidas cautelares mostra que o sistema deve ter cuidado com desafios paralelos. Estes perpassam principalmente o estabelecimento de um aparelhamento de gestão das instituições que permitem o desenvolvimento eficaz dessas audiências; além da formação adequada dos atores envolvidos nas audiências, para que estes realmente desenvolvam uma maneira de atuação consistente com o seu objetivo. (CEJA, 2008, p. 50)

Nos tópicos seguintes será feita uma análise das mudanças necessárias, que vão além da audiência de custódia, para o estabelecimento no Brasil de um verdadeiro sistema acusatório consistente com os preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

### **3.1 Do Discurso Carcerário no Brasil: Confusão Entre Segurança Pública e Execução Penal**

Apesar da audiência de custódia ser uma medida urgente e necessária para a garantia de um processo penal acusatório que cumpra efetivamente a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, sua simples implantação normativa não resolverá o problema do encarceramento em massa.

Primeiramente, de nada adianta uma audiência que verifique a legalidade da prisão preventiva se os juízes, pressionados pela opinião pública e pela classe política, desnaturalizarem o instituto, usando justificativas que não respeitem a lógica cautelar, como a ampliação do fundamento de garantia da ordem pública, com o

objetivo de demonstrar uma resposta imediata pela justiça. Como já foi explicitado no primeiro capítulo, prisão cautelar não é pena, deve ser usada só em casos excepcionais, o que demanda uma fundamentação concreta de sua necessidade. As alterações legislativas são importantes, representam um marco fundamental, mas sobre elas se faz necessária a reformulação de velhos valores e do comodismo das tradições cristalizadas.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 210-211).

Portanto, não se pode admitir o discurso de que prisão preventiva *latu sensu* é uma via aceitável para se combater a criminalidade ou de se estabilizar a sociedade. Isso porque sua cautelaridade faz com que ela sirva somente ao processo, e não como forma de defesa da comunidade.

Assim, para se consolidar a prática de substituição das prisões processuais, com o desenvolvimento de uma nova política criminal processual, os operadores do direito devem valorizar a dignidade na busca da solução de preservação da ordem processual, afetando o menos possível o cidadão sobre o qual não paira o peso da condenação criminal transitada em julgado (BOTTINI, 2013).

Nós somos confrontados pela percepção de que a prisão preventiva é a única maneira viável de proteger a vítima e o processo, e que as medidas alternativas seriam muito "leves" e "inefcazes" no cumprimento de sua função. Certamente, a prisão preventiva proporciona mais "segurança" que a prisão domiciliar, mas necessariamente levanta a questão de saber qual visão tem a sociedade da prisão preventiva. Até agora, tal visão parece se aproximar de uma pena do que a um propósito cautelar. No entanto, se as pessoas passassem a enxergar a preventiva de acordo com a sua natureza provisória, o uso de medidas alternativas pararia de gerar a impressão de ineficiência da ferramenta. (MAUREIRA, 2010, p. 40)

Zaffaroni, em sua obra "*La Palabra de Los Muertos. Conferencias Sobre Criminología Cautelar*" averiguou a importância da mídia como espaço de construção

social da criminalidade, e dessa forma, de que modo isso influencia a visão da sociedade sobre as medidas cautelares.

Ele Identificou que os meios de comunicação em massa, em especial a televisão, são o que moldam a atitude da maioria das pessoas nas sociedades contemporâneas, e que muitas vezes servem para a tomada de decisões políticas que resultam na criação ou a alteração das legislações penais. Preconceitos, falsidades e imprecisões configuram o discurso da mídia, sendo muitas vezes imposto sobre os políticos, que é diretamente oposto ao que ensina a criminologia acadêmica.

A chamada *criminologia midiática* “responde a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática em convergência com preconceitos e crenças que se baseiam em uma etiologia criminal simplista assentada em uma causalidade mágica” (ZAFFARONI, 2011, p. 365). Constrói-se, assim, um mundo de pessoas decentes que devem ser protegidas e amparadas contra uma massa de criminosos, diferentes, perversos, que estão sempre na saga à espera de sua próxima vítima para matá-la ou violá-la. Promovendo a criação do pânico moral, a criminologia midiática "sintetiza em seus estereótipos os piores preconceitos discriminatórios da sociedade e os manipula e os aprofunda para criar inimigos desta". (ZAFFARONI, 2011, p. 265)

Frente a um cenário de criminalidade descontrolada e caos generalizado, a criminologia midiática, de acordo com Zaffaroni, impulsiona uma política criminal que procura um controle que neutraliza politicamente a população excluída ou marginalizada a custo do sacrifício de muitas vidas humanas (ZAFFARONI, 2011, p. 381 e 399). Não há dúvida que eles, os jovens de classes baixas que constituem os danos colaterais do mercado e do desmonte das políticas sociais, terminam se convertendo em bode expiatório da histeria coletiva causada pela insegurança e pela violência.

Zaffaroni ainda expõe um detalhado programa político de controle do poder punitivo do Estado que pretende reduzir e limitar os impulsos vingativos do sistema penal e promover a prevenção cautelar da violência criminal. Tal programa deriva da demonstração empírica da tendência inata do sistema penal em se expandir frente às emergências e aos novos inimigos, como se provou pela história recente dos regimes autoritários na América Latina. Trata-se, na verdade, de se

“militar ativamente pela aplicação científica de conhecimentos em uma ação constante dirigida a evitar cadáveres antecipados e massacres, que em seu caminho deve ocupar-se também, como passo necessário, de abater os níveis de violência social”. (ZAFFARONI, 2011, p. 621).

Dessa análise, pode-se concluir, de acordo com os ensinamentos de Paulo Rangel, que não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate á violência pelo Executivo. Por essa razão, a melhor forma de atuação estatal não perpassa o direito penal do inimigo ou políticas como da lei e da ordem. Tais movimentos, nitidamente populistas, influenciados pela mídia, visam afastar alguns direitos fundamentais dos desviantes. (RANGEL, 2013, p. 753)

### **3.2 Da Falta de Controle Periódico Sobre o Cumprimento das Medidas Cautelares**

Outro desafio que tem impacto no uso cautelar da prisão preventiva se relaciona com o sistema de medidas alternativas. A partir da já ocorrida reforma processual penal com relação a este tema, foi trazido um amplo catálogo de medidas consistentes com os princípios de excepcionalidade e proporcionalidade da prisão preventiva, como uma resposta intermediária entre a privação de liberdade e a liberdade sem mecanismos para assegurar os objetivos do processo, que se encontram no art. 319, CPP. Não obstante, tanto no Brasil como em outros países da América Latina, conforme mostra estudo realizado pelo *Centro de Estudios de Justicia de Las Américas* (CEJA, 2011, p. 17) estas medidas, na prática, não têm funcionado como verdadeiras alternativas. Isso se deve principalmente à falta de seguimento ou controle sobre seu cumprimento.

A inclusão das medidas cautelares alternativas nos novos códigos processuais penais da região não veio acompanhada de estruturas de seguimento ou controle sobre o cumprimento de dessas medidas. Com efeito, como regra geral, não existem sistemas de apoio adequados para supervisionar o cumprimento das medidas alternativas impostas, o que implica que não se pode vigiar nem verificar o efetivo cumprimento delas.

Isso leva que os controles sejam mais esporádicos: tipicamente por uma detenção policial posterior ou pela reclamação da vítima. Nesse mesmo sentido, a falta de controle faz com que essas medidas tenham caráter simbólico, já que podem ser descumpridas facilmente. Os problemas aqui assinalados têm contribuído para que se decida de maneira automática aplicar a prisão preventiva, em vez de se optar pelas medidas cautelares alternativas. Com isso em conta, é fácil observar que as medidas cautelares alternativas na região não geram nenhuma confiança tanto nos operadores do sistema, como na comunidade em geral.

Aqui no Brasil, o projeto de Audiência de Custódia já previu tal problema e estabeleceu as centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que prestariam suporte ao juiz caso este decidisse pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Resta saber se com o decorrer do tempo elas vão cumprir efetivamente seu papel.

### **3.3 Da falta de um Limite Temporal para as Prisões Provisórias**

Para que o sistema judicial seja verdadeiramente um mecanismo democrático na resolução de litígios da sociedade, a lógica cautelar pressupõe que aquele deve alcançar um limiar mínimo de eficiência. Isso porque, se o sistema não consegue ser eficiente do ponto de vista de chegar a produzir uma decisão judicial, ele perde sua legitimidade para se resolver conflitos e lides, e um sistema “melhor” deve ser procurado.

Tendo como base esse contexto, mister destacar que para haver uma verdadeira constitucionalização da prisão preventiva, ela deve ser limitada temporalmente, e como outra face da mesma moeda, o processo deve ser eficiente, cumprindo os ditames da razoável duração do processo. “A duração razoável da prisão cautelar e a duração razoável do processo se interpenetram porque, sendo processual a finalidade da prisão provisória, é de acordo com a complexidade específica do tipo de processo em que essa função deve ser cumprida que a duração razoável da prisão preventiva deve ser medida.” (SAL, 2015, p. 64).

A tendência em se transformar a prisão preventiva em pena está diretamente relacionada com a percepção errônea de que existe por parte dos

cidadãos e da classe política sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal. Nesse sentido, embora a maioria dos países da região Latino Americana

tenha estabelecido a existência de um julgamento oral, público e contraditório como a instância de maior relevância no processo penal e de maior visibilidade devido às suas características, na prática, os sistemas reformados têm operado muito lentamente e processos levam muito tempo para chegar a julgamento e condenação subsequente. Assim, na prática, a decisão sobre a procedência da prisão preventiva tornou-se a única resposta visível que o sistema dá ao comportamento criminal. (CEJA, 2008, p. 58).

Por seu turno, de acordo com a análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Mario E. Corigliano observa que a interpretação dada ao direito a ser julgado num prazo razoável possui a finalidade de evitar que os réus permaneçam um longo tempo sob acusação, além de estabelecer um período preciso que constitua o limite entre a duração razoável e o prolongamento indevido do processo, sem esquecer que é necessário examinar as circunstâncias específicas de cada caso. Dessa forma, todas as pessoas devem ser julgadas ou postas em liberdade dentro de um tempo razoável, mas isso não impede que cada um dos Estados Partes adapte esses prazos segundo critérios relacionados com a política criminal, que atendam principalmente ao interesse público. (CORIGLIANO, 2008, p.06)

Ao determinar os critérios para estabelecer a razoabilidade do prazo, a Comissão Interamericana e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, levaram em conta, além do curso exagerado e não razoável do tempo do processo (TEDH, caso “Pretto”) elementos como: a complexidade do litígio, (CIDH, caso “Genie Lacayo”, 1997) a conduta das partes, a diligência das autoridades competentes e a afetação jurídica da pessoa envolvida no processo (CIDH casos “Martín Moreira”, 1988, “Capuano”, 1987, “Moreira de Azevedo”, 1990, e “Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia”, 2008).

Com relação ao primeiro critério, devem ser avaliados diferentes fatores, como provas, número de pessoas envolvidas, contexto em que se realizaram os feitos, entre outros. O segundo critério, por sua vez, indica se a conduta das partes, comissiva ou omissiva, influencia de algum modo no processo, visto que uma pessoa, a fim de defender os seus direitos, pode fazer uso de uma ampla gama de instrumentos e oportunidades que a lei oferece, como o uso de recursos, que prolongam o tempo de resolução do mérito. O terceiro critério diz que fatores como a

insuficiência de tribunais, a complexidade de um regime procedimental envelhecido e a carga de trabalho não podem justificar a violação do prazo razoável, que não é simplesmente uma equação nacional entre o volume de litígios e número de tribunais, mas uma referência individual ao caso concreto. Por fim, o quarto critério leva em consideração a relevância que pode ter o transcurso excessivo do tempo para aquele indivíduo que faz parte do processo.

Percebe-se, portanto, que a Corte escolhe não especificar um determinado período de dias do calendário como duração máxima aplicável a um processo, mas fornece critérios a serem avaliados pelo Poder Judiciário local para verificar se o direito à duração de um processo num prazo razoável é afetado ou não, em função das características de cada caso.

Tendo isso em vista, a maioria dos novos códigos processuais penais da América Latina, de maneira a dar efetividade aos direitos humanos em seu processo penal, estabeleceu de maneira explícita um limite temporal máximo de duração da prisão preventiva, conforme se extrai dos dados da pesquisa feita pelo *Centro de Estudios de Justicia de Las Américas* (CEJA, 2008, p. 33).

Já o Brasil, apontado pela ONU como a quarta maior população carcerária do mundo com 44 por cento de detidos preventivamente, tem casos em prisão preventiva prolongada durante muitos meses, até mesmo anos, período em que os detidos muitas vezes desconhecem o status do seu caso. O “engarramento” de casos nos tribunais causa atrasos sérios e substanciais nas audiências, e os recursos aos tribunais superiores levam muito tempo para serem resolvidos. Por seu turno, aponta a pesquisa da SAL de 2015 que

o controle sobre a regularidade da fase que vai do flagrante até o início do processo deve ser colocado não somente na conta da falta de celeridade da Justiça, na forma do prazo rigoroso para a decisão que examina a regularidade da prisão e decide sobre a necessidade ou não da cautela. Os dados estão a indicar que, ao lado da Justiça, a Polícia Judiciária e o próprio Ministério Público são instituições que respondem amplamente pelo atraso do procedimento criminal e que, assim, contribuem decisivamente para a irrazoabilidade do tempo da prisão antes do julgamento. No caso presente, da prisão antes mesmo do processo. (SAL, 2015, p. 52).

O relatório da ONU de 2014 sobre o aprisionamento no Brasil aponta ainda que a presunção de inocência, consagrada pela Constituição, parece ser uma prática que foi abandonada pelos juízes. A pressão pública resultante da natureza prolongadas audiências judiciais levou o número de pessoas em prisão preventiva a crescer. O Grupo de Trabalho considerou que o elevado número de

detidos em prisão preventiva pode ser uma consequência da incapacidade do sistema de justiça criminal para processar casos de forma eficiente. (ONU, 2014, p. 13).

A partir dessas observações pode-se afirmar que a garantia consagrada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, nº 5), onde se estabelece que "todos têm o direito a ser julgado dentro razoável" também afeta o princípio da inocência do acusado. Isso torna necessário, no menor tempo, pôr em causa a fixação de prazos legais que limitam mesmos, a fim de evitar a detenção por tempo indeterminado o que pode envolver violação de todos os direitos constitucionalmente reconhecidos, bem como a eventualidade de foi encontrado um detento seja posteriormente absolvido em julgamento acusado.

### **3.4 Do Necessário Fortalecimento das Defensorias Públicas**

O direito de defesa é uma garantia fundamental reconhecido transversalmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela Constituição brasileira, com os princípios da ampla defesa e do contraditório. O acesso a aconselhamento legal é prevista pelo artigo 14, parágrafo 3 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, desde o início da detenção. Se o detento não puder pagar um advogado, a legislação brasileira obriga o tribunal a fornecer um defensor público ou um advogado particular às expensas públicas.

Apesar disso, o relatório da ONU de 2014 sobre aprisionamento no Brasil concluiu que a assistência jurídica gratuita não está disponível para todos aqueles que dela necessitam. O problema com o acesso à justiça para os detentos é agravado por carências graves e, em alguns casos, completa ausência de assistência jurídica eficaz.

Dados colhidos pelo relatório à época demonstravam que no Estado de São Paulo, desde a criação da defensoria pública no estado, em 2006, 610 defensores públicos estavam designados a trabalhar em 41 municípios. Já no Goiás, a Defensoria Pública foi inaugurada somente em Junho de 2011, sendo que estava em curso, na época, o primeiro exame para o recrutamento de 40 defensores públicos. Em Santa Catarina, 56 defensores públicos estavam de plantão e deveriam operar em 15 municípios do Estado. Em Brasília, havia apenas nove defensores públicos para lidar com as demandas de uma população penal de

11.500. Somente o estado do Rio de Janeiro foi considerado apto a fornecer efetiva defesa técnica, mas foi tido como exceção no contexto de todo o país, com um sistema com 60 anos de idade e mais de 800 defensores públicos, 73 para focar exclusivamente em casos criminais. (ONU, 2014, p. 14)

Os defensores públicos atribuídos ao sistema penitenciário deveriam, por lei, visitar as prisões e centros de detenção, pelo menos uma vez por semana. Porém, o grupo de trabalho da ONU observou que não existiam defensores públicos ou assistência jurídica suficientemente disponível para os detidos. A maioria das pessoas desfavorecidas no sistema de justiça criminal são jovens, povos indígenas e afrodescendentes advindo de um contexto humilde, que não podem pagar por uma defesa jurídica adequada. (ONU 2014, p. 14)

Muitos dos detentos entrevistados afirmaram que eles só encontraram seu defensor público na audiência de instrução e julgamento, que ocorria meses após a sua detenção. A probabilidade de uma pessoa detida de se reunir e discutir o seu caso antes do julgamento foi maior se o detento podia pagar um advogado particular. Mostrou-se, porém, que defensores públicos têm a competência e qualificação necessária para exercer as suas responsabilidades; o problema está relacionado, principalmente, ao grande volume de trabalho que eles têm de gerir. (ONU, 2014, p. 14)

A falta de autonomia institucional e de recursos humanos e financeiros reduz o trabalho dos defensores públicos. Sua enorme carga de trabalho também é um problema crítico. Os defensores públicos que prestam assistência jurídica gratuita podem ter até 800 casos de uma só vez, o que tem um impacto adverso sobre o direito de um detento à igualdade e julgamento justo. Mesmo nos Estados em que existe um sistema de defesa pública, áreas rurais muitas vezes não têm defensores públicos que assistam as pessoas em detenção. A pesada carga de trabalho impede os defensores públicos de desempenhar as suas responsabilidades de forma eficiente. (ONU, 2014, p 15).

Com a implantação da Audiência de Custódia, o Brasil deve dispor de critérios objetivos para aumentar a percentagem do orçamento para garantir que as defensorias públicas sempre tenham recursos suficientes para atender de forma independente, adequada e eficiente a sua função, sob pena de ser dificultada a administração da justiça.

Se com a audiência de custódia objetiva-se materializar a vigência plena do direito de defesa, do julgamento por um tribunal imparcial num tempo razoável e de contraditar provas apresentadas pela acusação, ou seja, consagrar o devido processo tal qual previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aos quais o Brasil assinou, é necessário, para que isso não seja apenas uma aspiração, mas sim um resultado concreto, avançar significativamente na criação e fortalecimento das defensorias públicas existentes.

Como foi mostrado, estas apresentam um conjunto de debilidades, que muitas vezes prejudicam a apresentação de uma defesa técnica de qualidade e de forma oportuna, especialmente considerando que a maior parte dos processados não podem dispor de um advogado contratado.

Assim, para haver a racionalização do uso da prisão preventiva, tal qual provado pelo exemplo de outros países da América Latina, (CEJA, 2008, p. 71) fundamental o fortalecimento do trabalho das defensorias públicas. E fortalecimento não significa somente aumento de recursos humanos e materiais, mas sim pela capacidade de produção de informação e de litigância dos defensores nas audiências de custódia. Por consequência, um processo de fortalecimento passa, além da dotação de maiores recursos, pelo desenho de metodologias mais efetivas de trabalho e de treinamento dos defensores, particularmente no que toca o debate sobre a procedência da prisão preventiva. Segundo a pesquisa da SAL-MJ:

A produção de um quadro mais eficiente de proteção aos direitos dos presos depende não só da eficiência do próprio serviço de defesa jurídica, mas igualmente de que a informação circule rápida e corretamente pelo sistema que administra a situação dos custodiados. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que não faltam informações só aos detentos. Ela falta também aos diversos atores do sistema, que é por vezes muito mal manejado por eles. (SAL, 2015, p. 67).

Para combater a falência do sistema prisional brasileiro, deve-se atentar para o desequilíbrio das forças institucionais que promovem a acusação e a defesa de uma pessoa presa. O Estado tem o poder de acusar, mas também deve dar o direito de defesa. Não há esforço orçamentário, político e técnico para aperfeiçoar essa instituição da defensoria, que serve apenas ao pobre.

#### **4 CONCLUSÃO**

Esse trabalho procurou apresentar como argumento central o fato de que a privação de liberdade está sendo usado como o primeiro recurso em vez de o último pelo judiciário, como seria exigido pelos padrões internacionais de direitos humanos. Outro modelo se faz necessário, onde a audiência de custódia, sem dúvida, se torna instrumento valioso, mas insuficiente ainda para solução do grave problema da banalização das prisões cautelares.

No interior dessa banalização, há a recorrência de prisões temporárias e preventivas em casos ruidosos, decretadas mais para aparentar à opinião pública intolerância à impunidade, do que por motivos justificados na cautela do processo, o que evidencia o quanto a pressão pública pode ser deletéria ao bom funcionamento do sistema jurídico.

No mais, não raramente o aprisionamento cautelar de um investigador resulta fundamentado em conceitos legais indeterminados, como de proteção da ordem pública, funcionando de fato como instrumento vil para a obtenção de confissão ou de antecipação da pena em detrimento do processo e do direito a ampla defesa.

Dessa forma, ficarmos nesta mesmice só vai nos levar a mais do mesmo. É falso imaginar que o quadro de insegurança se resolve com mais prisões. Prisão não é um fenômeno que traz segurança. Temos de quebrar este ciclo e perceber que nós temos de manter a prisão apenas para situações limites, aquelas que a sociedade não tolera. De acordo com Baratta:

A resposta penal apresenta-se como resposta simbólica. A pretensão de que ela possa cumprir uma função instrumental de defesa social e de efetivo controle de criminalidade na qual se baseiam as teorias da pena, como a da prevenção geral e da especial deve, através de pesquisas empíricas, considerar-se como falsa ou não verificadas. (BARATTA, p. 51)

A supressão da liberdade de um indivíduo sem o devido prestígio ao contraditório é dos mais graves atentados aos direitos humanos. Direitos estes que, em primeira instância, as instituições públicas devem promover, e não cassar. O verdadeiro Estado de Direito não pode conviver com arbítrios concebidos na incongruência da sobreposição de papéis de juiz e acusador.

A audiência de custódia surge como uma potencial estratégia de desencarceramento na medida em que quebra com as limitações ao contraditório impostas pelo art. 306, CPP, onde uma folha de papel impede que juiz tenha real

conhecimento da situação do investigado preso, que ele tenha contato direto com o caso que irá julgar e que ele justifique publicamente sua decisão.

Porém, como foi visto, a audiência de custódia só servirá seu propósito se acompanhada de medidas que garantam sua gestão e funcionamento correto, como a garantia de defesa ao investigado através do fortalecimento das defensorias públicas, do monitoramento periódico do cumprimento de medidas cautelares alternativas, da mudança do discurso que dá demasiado valor à prisão, quando esta não está resolvendo os problemas postos.

Só com essas mudanças será possível um sistema processual penal que garanta, em matéria de prisão cautelar, a acusatoriedade, a ampla defesa e o contraditório, o respeito à presunção de inocência, e o primado da liberdade frente o caráter excepcional da prisão cautelar, tal qual a Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil preveem.

AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002.

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos Entre a Violência Estrutural e a Violência Penal. Fasc. De Ciências Penais. Porto Alegre, v. 6, n.2, p. 44-61, abr/mai/jun, 1993.

BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Clara Maria Roman e DE OLIVEIRA, João Rafael. A Expansão do Controle por Meio das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 3, p. 225-247, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11): Novas Regras para a Prisão Preventiva e Outras Polêmicas. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Manual de Servicios de Antelación Juicio Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares en materia penal. Santiago de Chile: CEJA, 2011.

\_\_\_\_\_. La Reforma Procesal Penal em América Latina y su Impacto em el Uso de la Prisión Preventiva. Santiago de Chile: CEJA, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011

CONECTAS DIREITOS HUMANOS Mapa das Prisões. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoos>> Acesso em 16 de maio de 2015.

CORDERO, Franco. Procedimiento Penal. 2 vols. Tradução Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

CORIGLIANO, Mario E. Plazorazonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <<http://cndh.mx/sites/all/fuentes/documentos/Eventos/Convocatorias/bibliografia/PlazoRazonablePrisionPreventivaJurisprudenciaCDH.pdf>>. Acesso em 17 de maio de 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. Relatórios Estatísticos, Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro.

Disponível em: . Acesso em: 20 fev. 2014. Formulário das categorias e indicadores de todas UF's preenchidos.

DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos) RBCCRIM 24/179. Disponível em <[www.revistasrtonline.com.br](http://www.revistasrtonline.com.br)>. Acesso em 13 de maio de 2015

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As motivações das decisões penais. São Paulo: RT, 2001

HUMANS RIGHTS WATCH (HRW). Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma. Disponível em: <http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciaria-impulsiona-reforma>. Acesso em 17 de maio de 2015.

KANT DE LIMA, Roberto. Ordem Pública e Pública Desordem: Modelos Processuais de Controle Social em uma Perspectiva Comparada, 1988.

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 e PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Disponível em: <[http://revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/22/artigo01.pdf](http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf)>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

MALTA, Yegros Martins e DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Prisões cautelares numa visão garantista da presunção de inocência - Rio de Janeiro, 2014. 106p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

MAUREIRA, Claudio Fuentes. Régimen de Prisión Preventiva en América Latina: la Pena Anticipada, la Lógica Cautelar y la Contrarreforma. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=claudio\\_fuentes\\_maureira](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=claudio_fuentes_maureira)> . Acesso em 15 de maio de 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). Excesso de prisão provisória no Brasil: Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos Legislativos; Ipea, 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Audiência de Custódia, O Conselho Nacional de Justiça e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.ampeb.org.br/wp-content/blogs.dir/2015/01/A-AUDIENCIA-DE-CUSTODIA-O-CNJ-E-OS-PACTOS-INTERNACIONAIS-DE-DIREITOS-HUMANOS.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

ONU. Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Visit to Brazil (8 to 28 March 2013).Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Annual.aspx>. Acesso em: 16 de maio de 2015.

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

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, São Paulo: Atlas, 2013

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOSCANO JR., Rosivaldo. Muito Mais que Uma Audiência de Custódia. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>> . Acesso em 12 de maio de 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos penais. Revista dos Tribunais , n. 749, p. 496- 497, mar. 1998.

\_\_\_\_\_; et al. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. Revista do Advogado, São Paulo, n. 78, p. 111-122, set. 2004.

ZACKSESKI, Cristina . Da prevenção penal à nova prevenção. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. (Org.).Doutrinas Essenciais - Direito Penal. 1ed.São Paulo: RT, 2010, v. 3, p. 215-244.

\_\_\_\_\_. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. In. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2010. Anuário... São Paulo: FBSP, 2010. p. 88-99. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br>>. Acesso em 15 de maio de 2015

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