

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: BANALIZAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA OU A CAUTELARIDADE EM PROL DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL?

Rafael Bertacchini Luiz¹

RESUMO: O trabalho tem como objetivo fazer uma análise desde o conceito até as aplicações da audiência de custódia, como instrumento de humanização no processo penal, que tem por origem diversos tratados internacionais de direitos humanos. O que consiste em que o preso deve ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária competente, para que seja analisada a legalidade de sua prisão. Será analisada, ainda, a previsão deste ato judicial pré-processual nos sistemas de proteção dos direitos humanos, com ênfase na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, concluindo que o Brasil, por aderir a diplomas internacionais que trazem essa previsão, pode ser responsabilizado pelo descumprimento dos compromissos firmados e pela violação deste direito dos presos. Será abordado sobre os pioneiros na aplicação do procedimento, que fora implantado inicialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de incentivo do Conselho Nacional de Justiça, bem como a primeira Audiência no estado do Tocantins. O artigo traz a resistência à celebração da audiência de custódia, inclusive pela sociedade civil, no âmbito de uma "cultura de encarceramento", que ainda é latente no Brasil, onde se acredita que a prisão provisória deveria ser a primeira resposta para combater a criminalidade, ainda que contrarie os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade.

PALAVRA CHAVE: Prisão provisória. Audiência de custódia. Direitos humanos. Dignidade da pessoa humana. Cautelaridade.

ABSTRACT: The aim of this work is to analyze the concept of the custody audience as an instrument of humanization in criminal proceedings, which originates from several international human rights treaties, which means that the prisoner must be presented personally and with the competent judicial authority, so that the legality of his arrest can be analyzed. It will also be analyzed the prediction of this pre-judicial judicial act in the systems of human rights protection, with emphasis on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, concluding that Brazil, by adhering to international diplomas that bring this prediction, can be held responsible for breach of the commitments entered into and the violation of this right of the prisoners. It will be approached the pioneers to apply the procedure, which was initially implemented by the Court of Justice of the State of São Paulo, through the encouragement of the National Justice Council, as well as the first Hearing in the state of Tocantins. The article brings resistance to the celebration of the custody hearing, including by civil society, within a "culture of incarceration," which is still latent in Brazil, where it is still believed that provisional arrest should be the first response to combat crime, even if it contradicts the principles of legality, necessity and proportionality.

KEYWORDS: Provisional arrest. Hearing of custody. Human rights. Dignity of the human person. Cautelarity.

INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Redes de Computadores na Unicesumar (2009), Graduado em Direito pela Unicesumar (2018). Advogado Militante. Membro da Comissão em Direito Militar da OAB Maringá.

O presente trabalho tem por objetivo apresentar informações essenciais sobre a audiência de custódia, conceito, aplicabilidade, os efeitos gerados no sistema carcerário, além de uma análise prática das prisões em flagrantes em Maringá e as medidas aplicadas por conta dos procedimentos da audiência de custódia.

Atualmente, existe uma grande amplitude quando se discute acerca das prisões e seus reflexos na sociedade. Uma das maiores polêmicas em relação à pena ou à prisão é a superlotação do sistema carcerário, pois o Estado, de forma geral, vive esta periculosa realidade, que resulta na violação dos Direitos Humanos, haja vista as precárias condições em que os presos se encontram.

Dados históricos também fazem parte para que se possa entender as razões de implantar o procedimento em questão. Não se pode ignorar o fato de que, na história da aplicação penal, o Estado, quando decidiu optar pela prisão, acabou inviabilizando a aplicação de medidas diversas da prisão. Assim, educou a sociedade para crer que apenas a prisão seria a solução para aqueles que violassem a Lei.

Muito além do mero cumprimento de tratado internacional, verificar-se-á que garantir o cumprimento dos direitos humanos é um dos basilares do projeto. Cumprindo bem com o papel de humanização nos casos em que os indivíduos aceitam a intervenção e a ajuda de terceiros.

Fica cristalino o paradigma vivido pela sociedade, vez que, sem conhecer a Lei penal, o homem médio atribui, ao procedimento, os índices de criminalidade nos dias de hoje.

A conclusão desse trabalho vem demonstrar que a audiência de custódia, em princípio, é medida além de uma garantia fundamental, diante do que será exposto. O estudo foi realizado pelo método dedutivo, envolve pesquisa bibliográfica, inserindo-se buscas em livros, artigos científicos, jurisprudências, leis específicas e ordenamento jurídico, dados e índices de criminalidade para fundamentar.

1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - UMA ANÁLISE FUNDAMENTAL DENTRO DE UMA ANÁLISE AMPLA

1.1 CONCEITO

A audiência de custódia é o procedimento pelo qual é feita a apresentação do autuado, preso em flagrante, perante um juiz. Pessoalmente, o Magistrado tem a oportunidade de ver e

analisar a situação em que o preso se encontra, oportunizando assegurar o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo com base na inteligência do Art. 5º, Inciso III da CF/88², que fora submetido à segregação cautelar. No procedimento serão ouvidos o Agente Ministerial, o preso em flagrante, na presença de seu Advogado, bem como preceitua o Art. 4º da Res. 213 do CNJ³, possibilitando, assim, ao Magistrado decidir se ainda permanecem hígidos ou não os motivos da segregação cautelar. Assim nos ensina muito bem o Professor Gustavo Badaró, *in verbis*:

Na audiência de custódia serão ouvidas as manifestações do Ministério Público, do preso e de seu advogado ou da Defensoria Pública. Caberá ao juiz, então decidir sobre a legalidade ou ilegalidade da prisão. Se ilegal, será relaxada. Se legal, o juiz deverá analisar a necessidade e adequação de manter na prisão quem foi colhido em flagrante. A prisão, como medida cautelar, é a medida mais drástica e só deve ser mantida caso nenhuma medida cautelar alternativa à prisão seja suficiente. Portanto, o juiz poderá converter a prisão em medidas como recolhimento domiciliar noturno, proibição de contato com determinadas pessoas, proibição de frequentar determinados locais, monitoramento eletrônico, proibição de ausentar-se da comarca ou do país, entre outras.⁴

O procedimento supradescrito decorre da aplicação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, sendo instituída no país em 2015, pela Resolução nº 213 do CNJ⁵.

Especificamente, sua implementação se deu em razão do Projeto de Lei n. 554/2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares⁶, objetivando trazer uma nova redação ao Artigo 306 que alterou o §1º do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*:

Art. 306 - §1º- no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitavas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.⁷

² CF/88 – Art. 5º, Inciso III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

³ Res. 213 CNJ - Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

⁴ BADARÓ, G. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 115.

⁵ Resolução proveniente do Pacto de San Jose da Costa Rica - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

⁶ BRASIL. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei n. 554/2011**. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁷ CPP/Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O referido projeto teve como lastro a Carta Internacional dos Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e do Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Assim, julgou o STF, na ADPF 347⁸, que a audiência de custódia, além de Constitucional, trata-se de um mecanismo que visa combater o estado de inconstitucionalidade que assola o sistema penitenciário brasileiro.

A audiência de custódia, como restou amplamente demonstrado, tem guarida no Pacto de San José da Costa Rica, em seu Art. 7º, item 5, e no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em seu Art. 9, mostrando ser um instrumento para a garantia de um direito fundamental. Nesta seara, Siqueira Junior e Oliveira conceituam muito bem essa questão, *in verbis*:

Os direitos humanos reconhecidos pelo Estado são denominados de direitos fundamentais, vez que via de regra são inseridos na norma fundamental do Estado, a Constituição. [...] Com o intuito de limitar o poder político estatal, os direitos humanos são incorporados nos textos constitucionais, apresentando-se como verdadeiras declarações de direitos do homem, que juntamente com outros direitos subjetivos públicos formam os chamados direitos fundamentais. Essa categoria de direito é na realidade uma limitação imposta aos poderes do Estado. Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático: formam a sua base, sendo inerentes aos direitos e liberdades individuais.⁹

Assim, a liberdade de locomoção se torna eficaz como forma de evitar a tortura ao segregado preso em flagrante, que será apresentado ao juiz imediatamente, em 24 horas, assegurando a eficaz análise sobre legalidade de sua prisão, feito na presença do Ministério Público e de um Defensor, público ou privado, assim diz no Art. 4º da Resolução n. 213 do CNJ^{10 11}.

É indiscutível que o direito à Audiência de Custódia nada mais é do que um direito humano e, antes de tudo, se trata de direito fundamental, haja vista que a CF/88¹² preceitua claramente essa garantia. Embora ainda não haja previsão legal infraconstitucional no Brasil, nossa Carta Magna elenca uma vasta lista de Direitos Fundamentais ao longo de seu texto, principalmente à luz do Artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88, “os direitos e garantias expressos

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADPF 347. 2015**. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 08 ago. 2018.

⁹ SIQUEIRA JUNIOR, P. H.; OLIVEIRA, M. A. M. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹¹ Resolução 213 CNJ - Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

¹² CF/88 – Art. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por eles adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹³.

Acerca do rol de direitos fundamentais em decorrência do que consta no Artigo 5º, parágrafo 2º da CF/88, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, assim nos explica, *in verbis*:

Admite, portanto, a Constituição brasileira a existência de direitos fundamentais implícitos, como já o admitiam as anteriores. Estes não de decorrer do “regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República seja parte”. Tais direitos implícitos são direitos fundamentais por sua natureza. Podem ser induzidos ou deduzidos de outros que a Constituição explicita.¹⁴

É notório que a implementação do procedimento em questão não só é questão de direito, mas também medida que se impõe em razão dos pactos firmados pelo Estado Brasileiro.

1.2 A QUEM SE APLICA E PARA QUE SERVE, ENTÃO, O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

Os eleitos para a audiência de custódia no Brasil são todos os presos em flagrante ou presos por ordem de mandado de prisão preventiva ou ainda temporária. Insta ressaltar que o procedimento ocorre antes da fase processual, ou seja, ainda na fase de inquérito¹⁵.

Os custodiados são apresentados perante a autoridade Judicial para que o Juiz possa avaliar as condições da prisão e, ainda, se os direitos fundamentais do indivíduo foram assegurados, como, por exemplo, avisar a família ou um parente, bem como, ser assistido por seu Defensor durante o seu interrogatório, como preceitua o supra mencionado Art. 306 do CPP. Assim nos ensina Luiz Flávio Gomes¹⁶, *in verbis*: “[...] toda pessoa detida deve ser apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente. A violação dessa garantia torna a prisão arbitrária”.

Qualquer marca de violência ou agressão no acusado, que tenha sido feita por policiais na hora da abordagem, precisa ser relatada para o Magistrado. Desta feita, o magistrado tomará as medidas cabíveis, a fim de apurar os fatos e a responsabilização dos agressores. Será

¹³ BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁴ FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução 213**, Protocolo II, item 6 – inciso V. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁶ GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

imediatamente submetido à exame de corpo de delito para constatar as agressões, como preceitua a Resolução 213 do CNJ¹⁷ e como bem pontuado pela doutrina, vejamos: “O exame de corpo de delito *ad cautelam* deverá ser realizado com extrema minúcia, visto que tem como um dos objetivos garantir a integridade física da pessoa presa sob custódia do Estado”¹⁸.

Fica clara a relevância do exame de corpo de delito, pois nele se embasará o Magistrado, para que sejam punidos os responsáveis por atos de agressão.

2 O SISTEMA CARCERÁRIO E OS EFEITOS DA CUSTÓDIA – PERSPECTIVAS

A realidade do sistema carcerário no Brasil é caótica. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal abordou decisão referente ao julgamento de cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, feito pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio. De acordo com o ministro, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos, *in verbis*:

[...] Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.¹⁹

O Brasil possui um dos piores sistemas prisionais do mundo, desde precariedade na saúde, alimentação, higiene dos presos, bem como pela superlotação carcerária, que, em decorrência de falta de estrutura física, cria verdadeiros ambientes desumanos. O Ministro do STF Marco Aurélio afirma, na ADPF 347²⁰, *in verbis*: “[...] estes detentos estão sujeitos a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e

¹⁷ Res. 213 CNJ – Protocolo II, item 6 – inciso V.

¹⁸ ZERBINI, T.; ZERBINI, T., CINTRA, R. B. *Ad cautelam forensic examination*. **Saúde, Ética & Justiça**, v. 26, n. 1, 2016, p. 38-42. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/sej/article/view/126524/123489>. Acesso em: 07 ago. 2016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Ministro do STF Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 11 nov. 2019.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Ministro do STF Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 11 nov. 2019.

insalubres, proliferação de doenças infecto contagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos de higiene básicos [...]”

Combatendo este sistema já implementado, que não recupera o indivíduo, o professor Caio Paiva nos ensina, *in verbis*:

A audiência de custódia proporciona ao preso, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal²¹.

O aludido instituto mostra-se, não somente como garantidor, ou melhor, custodiador das garantias do indivíduo, mas também, como solução direta que corrobora para a melhoria do sistema carcerário. De plano, restará bem demonstrado no presente artigo que o procedimento em estudo vem de encontro ao combate à superpopulação carcerária, bem como o artigo versa, *in verbis*:

[...] Assim sendo, no quesito celeridade processual, a eficácia da audiência de custódia restou comprovada, sendo uma rica ferramenta de auxílio ao poder judiciário, e ao próprio sistema prisional e, principalmente ao acusado [...]”²² (grifo nosso).

Fica bem delineado que o procedimento cumpre o papel de combater a superpopulação carcerária, haja vista que os que forem merecedores da liberdade provisória nem chegarão a integrar o sistema carcerário.

2.1 AS PERSPECTIVAS COM A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Nesse contexto, no Brasil, onde a superlotação dos presídios é visível e a prisão preventiva tornou-se a regra, ao invés da exceção, como “*ultima ratio*”²³, leia-se a última medida, mostra-se urgente e extremamente necessária a aplicação da audiência de custódia, que

²¹ PAIVA, C. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 37.

²² LINO, M. I. A.; OLIVEIRA FILHO, Ê. W. de. Audiência de Custódia. **Revista Multidebates**, v. 1, n. 2, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.faculdadeitop.edu.br/index.php/revista/article/view/23/30>. Acesso em: 08 ago. 2018.

²³ CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 89.

tem como visto, dentre suas finalidades principais, acelerar a análise judicial sobre a legalidade e a real necessidade da segregação cautelar do indivíduo.

Nesta seara, o Ministro do Superior Tribunal de Federal, Ricardo Lewandoswski, tem um posicionamento bem definido, corroborando com o presente estudo, acerca da cultura do encarceramento, assim ele nos ensina, *in verbis*:

Números divulgados pelo Departamento Penitenciário (Depen), órgão do Ministério da Justiça do Brasil, asseguram a existência de 607.731 pessoas presas no país. Entre essa população, 41% correspondem a presos provisórios, encarcerados ainda sem culpa formada, sem uma condenação definitiva. Esse levantamento, analisado sob qualquer perspectiva, revela o excesso de prisões, notadamente as de natureza cautelar, determinadas pelo Poder Judiciário brasileiro, dominado por uma “cultura de encarceramento [...]”.²⁴

Ocorre que, todos os dias, diversas pessoas, das mais diferentes classes sociais, cor, religião, idade, sexo, enfim, são presas e submetidas a “*ultima ratio*”, segregadas, apartadas do convívio da sociedade, até que se apurem os fatos. Essa é realidade corriqueira, como mostra o Artigo do CNJ *Especial: Da prisão em flagrante ao juiz, a rotina das audiências de custódia*²⁵, que relata o caso de um caminhoneiro preso em flagrante por dirigir embriagado. Dentre todos esses indivíduos, existem aqueles que nunca se envolveram em nenhum episódio criminal, bem como, também existem os contumazes na vida do crime.

Da análise acima, é latente que toda possibilidade de se tentar desafogar o sistema prisional é bem-vinda. Na pior hipótese possível, um eleito à Liberdade Provisória disponibiliza a vaga para um preso que represente perigo para a sociedade. Isso fica bem demonstrado na primeira audiência de custódia em Palmas, capital do estado do Tocantins, quando o Juiz Esmar Cutódio Vêncio Filho conduziu o procedimento, em 10 de agosto de 2015, e concedeu liberdade provisória e impôs medidas cautelares diversas da prisão a um homem de 37 anos que havia sido preso por furtar um par de tênis²⁶.

Fica obsoleta a falsa sensação de que o Instituto da Audiência de Custódia foi implementado para banalizar a punição aos que cometem delitos, bem como, fomenta o

²⁴ LEWANDOWSKI, R. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça** — Da política à prática. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em: 26 set. 2018.

²⁵ FARIELLO, L. **Especial: Da prisão em flagrante ao juiz, a rotina das audiências de custódia**. 2017. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/490073616/especial-da-prisao-em-flagrante-ao-juiz-a-rotina-das-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 26 set. 2018.

²⁶ VASCONCELOS, J. **Audiência de Custódia chega ao Tocantins, nono estado a aderir ao projeto**. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-chega-ao-tocantins-nono-estado-a-aderir-ao-projeto/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

aumento de crimes. Segundo matéria do site G1²⁷, as Audiências de Custódia, no Brasil, geram 53,8% de prisões.

De acordo com dados do CNJ fica evidente que o Instituto em questão acaba resultando mais em prisões do que em solturas, como bem esclarece Clara Velasco:

[...] Em encontro após flagrante, juiz pode liberar preso para responder em liberdade ou manter prisão preventiva. Em 18 estados, audiências resultam majoritariamente em prisões. Em 18 estados do país, as audiências de custódia resultam em mais decisões de prisão preventiva que em liberdade provisória, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coletados entre 2015 e dezembro de 2016. Isso representa dois terços dos 26 estados mais o Distrito Federal [...]²⁸.

A Audiência de Custódia possibilita ao Magistrado, diante da análise de certidões de antecedentes criminais, analisar os fatos e decidir se o acusado faz jus ou não ao benefício da Liberdade Provisória e as medidas cautelares diversas da prisão do Art. 319 do CPP, também previstas no Protocolo I da Res. 213 do CNJ.

É importante ressaltar, também, que tal análise não é privativa do Juiz de Direito, pois também é facultada à Autoridade Policial a possibilidade de concessão de liberdade provisória, mediante fixação de fiança, quando assim permitir o tipo penal. Dessa forma nos ensina Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*: “[...] O delegado de polícia pode, também, arbitrar fiança, para crimes cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos. [...]”²⁹.

Da análise, infere-se que as únicas possibilidades em que o autuado não passa pela Audiência de Custódia imediatamente no prazo estabelecido, são quando esse for afiançado ou quando o preso necessitar de hospitalização imediata ou de algum outro atendimento ou recurso com a finalidade de resguardar sua integridade física, impossibilitando-o de ser apresentado à autoridade Judicial no prazo que determina a Lei. A Doutrina afirma que, *in verbis*:

A verificação da ocorrência do interrogatório é de fundamental importância, pois a audiência de custódia presta-se, entre outras finalidades, a permitir o contato direto do sujeito preso ou detido com o juiz, para que, a partir do aludido contato pessoal (princípio da imediação/imediatidade), possa ser tomada a melhor decisão possível (princípio da identidade física do juiz) sobre

²⁷ VELASCOS, C. **Audiências de custódia prendem mais do que soltam em 2/3 dos estados**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml>. Acesso em: 22 ago. 2018.

²⁸ VELASCOS, C. **Audiências de custódia prendem mais do que soltam em 2/3 dos estados**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml>. Acesso em: 22 ago. 2018.

²⁹ NUCCI, G. S. **Os Mitos da audiência de custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em: 08 ago. 2018.

a manutenção da privação da liberdade ou imediata colocação em liberdade daquele sujeito.³⁰

Logo, sem prejuízo algum da imediata apresentação, poderá, em casos excepcionais, ser o preso apresentado posteriormente ao aludido prazo de 24h. Isso não implica dizer que, em casos em que são constatadas agressões ao preso, não serão apurados os fatos, uma vez que a Autoridade Policial é competente para expedir requisição para a realização de exame de corpo de delito, feito junto ao IML, como preceitua o Art. 161 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 161 – CPP – O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora”³¹.

Ainda vemos que a Res. 213 do CNJ não se omitiu aos casos de impossibilidade da apresentação do preso em flagrante, bem como mostra o Art. 1º, §4º da Res. 213³², *in verbis*:

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

Foi bem demonstrada a relevância da apresentação do preso em flagrante, porém, na sua impossibilidade, não se implica dizer que eventuais violações não serão averiguadas.

3 A CAUTELARIDADE EM PROL DO SISTEMA CARCERÁRIO

A cautelaridade é sinônimo de garantia, no sentido de celeridade processual. Essa ideia vem de encontro com duas importantes questões, são elas: a rapidez para retirar um indivíduo do sistema carcerário e resguardar a integridade física do preso, exatamente como preceituam as convenções dos direitos humanos. Sobre esse prisma, observam Carlos Weis e Gustavo Octaviano Junqueira, *in verbis*:

³⁰ ANDRADE, M. F. **Audiência de Custódia e as Consequências de sua não Realização**. 2015. Disponível em: <https://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

³¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+161+do+C%C3%B3digo+Processo+Penal>. Acesso em: 10 nov. 2019.

³²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

Da comparação das normas acima coligidas com a legislação infraconstitucional brasileira, de plano nota-se a ausência de dispositivo que introduzisse no ordenamento pátrio a obrigação da apresentação imediata da pessoa presa, especialmente aquela em suposto flagrante delito à autoridade judicial, em evidente desconformidade com o que prevemos tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, quanto antes for levada à presença do juiz, melhor para ela e para o processo. Daí porque sugere-se a adoção do prazo de 24 horas para a apresentação do preso ao juiz.³³

Acerca da superlotação carcerária no Brasil, o país vive uma realidade em que, aproximadamente, 1/3 dos segregados não são réus condenados, e sim presos provisórios. Trata-se de uma relação de 34% de presos provisórios para 66% de presos condenados, segundo o CNJ.³⁴

Do fato anteriormente narrado, infere-se que unidades prisionais, das mais diversas classes, abrigam, ao invés de presos já condenados pela Justiça, presos provisórios que aguardam, ainda, seu julgamento e o trânsito em julgado. É de se compreender, então, que uma das grandes razões pelas quais as cadeias, casas de custodias e, até mesmo, penitenciárias estão superlotadas, pois a razão de 1/3 representa por volta de 220.000 vagas prisionais.

A Audiência de Custódia permite ao Juízo, como já dito anteriormente, avaliar a real necessidade de se manter o acusado no sistema carcerário. Isto porque um réu primário, que tenha praticado um delito de baixo potencial, mas pela sua natureza for mantido preso, como, por exemplo, nos casos do Art. 28 da Lei 11.343 (posse de drogas), este indivíduo estará ocupando a vaga prisional de um traficante, ou de um outro agente que represente verdadeira ameaça para a sociedade.

Insta ressaltar que, em tempos de superpopulação carcerária, toda forma de poupar o sistema prisional concorre para a humanização daqueles que estão apenados e principalmente para aqueles que ainda não estão. A Resolução nº 213 do CNJ também considerou que:

- a) - em contagem de junho de 2014, havia 563.526 pessoas presas no Brasil, sendo que 42% seriam presos provisórios (236.680);
- b) - de 1990 a 2013, o crescimento da população carcerária foi de 507%, a segunda maior do mundo;
- c) - a criminalidade não diminuiu com o aumento da quantidade de pessoas presas.³⁵

³³ WEIS, C.; JUNQUEIRA, G. O. D. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**, v. 921, 2012, p. 331-355, p. 331.

³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais**. 2016. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/433372438/levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais?ref=serp>. Acesso em: 13 ago. 2018.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais**. 2016. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/433372438/levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais?ref=serp>. Acesso em: 13 ago.2018.

O maior de todos os problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro refere-se à questão da superlotação. Ao que se observa é um problema que não apresenta uma solução em curto prazo, o que existe são várias discussões com vistas a tentar elucidar este problema. Nesse sentido, o professor Marcos Rolim nos ensina, *in verbis*:

O Brasil como a maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestemente um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos.³⁶

Não se pode esquecer que a Liberdade provisória concedida pelo Juízo, bem como a aplicação de medidas cautelares, encontra-se devidamente elencada no Art. 310 do CPP³⁷. Vejamos:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

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

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

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

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).³⁸

E, assim, não se pode ignorar os Direitos e Garantias Fundamentais do preso, conforme escreve Luís Alberto David Araújo, *in verbis*:

³⁶ ROLIM. M. Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, n. 12, 2003.

³⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2017. Coordenação de Edições Técnicas. 187 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf. Acesso em: 29.07. 2017, p. 38. Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

³⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+161+do+C%C3%B3digo+Processo+Penal>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Os direitos e garantias fundamentais constituem um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais dentre outros. Esse conteúdo é fundamental para que, no plano científico possamos, possamos apartar uma terminologia adequada à designação dessa realidade.³⁹

Assim, como bem nos ensina o Doutrinador, não há que se falar em Liberdade Provisória como benesse ao preso, haja vista que se trata de uma garantia e não privilégio, bem ao contrário do que era costume, ou seja, a “*ultima ratio*” como primeira alternativa.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, conclui-se que o procedimento da Audiência de Custódia é mais que um mecanismo garantidor para os cidadãos que são presos em flagrante.

No presente estudo ficou demonstrado também que não procede o argumento de que a Audiência de Custódia é um potencializador do índice de criminalidade.

Foi amplamente demonstrado que a cautelaridade é sim um agente benéfico para o combate à superpopulação carcerária no Brasil, e que de forma nenhuma existe a banalização da liberdade provisória, vez que os Magistrados sempre decidem, com base na Lei Penal, e sempre por meio de decisões fundamentadas.

A Audiência de Custódia é um procedimento amplamente viável, seja do ponto de vista dos direitos do cidadão, seja do ponto de vista da superpopulação carcerária que assola o país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. F. **Audiência de Custódia e as Consequências de sua não Realização**. 2015. Disponível em: <https://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

ARAÚJO, L. A. D. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BADARÓ, G. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BRASIL. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei n. 554/2011**. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em:

³⁹ ARAÚJO, L. A. D. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2017. Coordenação de Edições Técnicas, 187 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm . Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução 213**, Protocolo II, item 6 – inciso V. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+161+do+C%C3%B3digo+Processo+Penal>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADPF 347. 2015**. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Ministro do STF Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. 230 p. Acesso em: 03 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais**. 2016. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/433372438/levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais?ref=serp>. Acesso em: 13 ago. 2018.

FARIELLO, L. **Especial**: Da prisão em flagrante ao juiz, a rotina das audiências de custódia. 2017. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/490073616/especial-da-prisao-em-flagrante-ao-juiz-a-rotina-das-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 26 set. 2018.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEWANDOWSKI, R. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça** — Da política à prática. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em: 26 set. 2018.

LINO, M. I. A.; OLIVEIRA FILHO, Ê. W. de. Audiência de Custódia. **Revista Multidebates**, v. 1, n. 2, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.faculdadeitop.edu.br/index.php/revista/article/view/23/30>. Acesso em: 08 ago. 2018.

NUCCI, G. S. **Os Mitos da audiência de custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PAIVA, C. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROLIM, M. Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, n. 12, 2003.

SIQUEIRA JUNIOR, P. H.; OLIVEIRA, M. A. M. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Projeto Audiência de Custódia é lançado em Maringá**. 2017. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=6037837&_101_type=content&_101_groupId=18319&_101_urlTitle=projeto-audiencia-de-custodia-e-lancado-em-maringa&inheritRedirect=true. Acesso em: 18 out. 2017.

VASCONCELOS, J. **Audiência de Custódia chega ao Tocantins, nono estado a aderir ao projeto**. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-chega-ao-tocantins-nono-estado-a-aderir-ao-projeto/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

VELASCOS, C. **Audiências de custódia prendem mais do que soltam em 2/3 dos estados**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml>. Acesso em: 22 ago. 2018.

WEIS, C.; JUNQUEIRA, G. O. D. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**, v. 921, 2012, p. 331-355.

ZERBINI, T.; ZERBINI, T., CINTRA, R. B. *Ad cautelam forensic examination*. **Saúde, Ética & Justiça**, v. 26, n. 1, 2016, p. 38-42. Disponível em:
<http://www.periodicos.usp.br/sej/article/view/126524/123489>. Acesso em: 07 ago. 2016.