



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA  
ANÁLISE DA LOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Mariana Alves Zanelli Amaral

Rio de Janeiro  
2018

MARIANA ALVES ZANELLI AMARAL

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA  
ANÁLISE DA LOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA LOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Mariana Alves Zanelli Amaral  
Graduada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)  
Direito Rio. Advogada.

**Resumo** – o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema carcerário brasileiro, tendo em vista a existência de violação generalizada e sistemática aos direitos humanos dentro das prisões. Tal situação advém, em muito, do problema da superlotação, fazendo com que as prisões sejam insalubres e precárias. Ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional, o STF, tendo como base diplomas internacionais, determinou a instituição da audiência de custódia. A essência deste trabalho é analisar a real efetividade da audiência de custódia na redução da população carcerária e a sua aplicação prática.

**Palavras-chave** – Estado de coisas inconstitucional. Sistema penitenciário. Superlotação carcerária. Direitos fundamentais. Audiência de custódia. Omissão estatal.

**Sumário:** Introdução. 1. O reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional e o sistema penitenciário brasileiro. 2. A superlotação carcerária e a atuação do judiciário frente omissões estatais. 3. A efetividade da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo discutir a implementação da audiência de custódia no sistema penal brasileiro e sua influência na redução da população carcerária. Procura-se demonstrar, diante das omissões estatais e da ineficiência do sistema prisional, até que ponto a implementação do referido instituto tem o condão de evitar prisões provisórias descabidas e sem a devida fundamentação.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudências a respeito do tema de modo a viabilizar a discussão quanto ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal (STF). Diante de um cenário de violações contínuas e sistemáticas aos direitos fundamentais, o STF determinou, no julgamento liminar da ADPF nº 347, a instituição da audiência de custódia.

A Constituição Federal estabelece como direitos fundamentais o direito à vida, dignidade da pessoa humana, respeito à dignidade física e moral do cidadão preso. A prisão de pessoas sem condenação, sem trânsito em julgado, faz surgir a reflexão sobre a eficácia do auxílio da audiência de custódia na redução do contingente carcerário constituído de presos provisórios.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional e sua relação com a audiência de custódia, bem como a introdução do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988. Pretende-se analisar a aplicabilidade da audiência de custódia e o seu papel na redução da população carcerária e na observância dos direitos fundamentais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a origem do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional. A partir daí busca-se analisar os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347 para que fosse possível concluir que o sistema carcerário brasileiro atual vive um Estado de Coisas Inconstitucional, e o fundamento pelo qual se determinou a implementação da audiência de custódia no país.

O segundo capítulo tem como objetivo examinar o sistema carcerário brasileiro atual e o problema da superlotação, que culmina com uma constante violação aos direitos humanos e a princípios constitucionais. Objetiva-se analisar a intervenção do Poder Judiciário na seara das políticas públicas, frente a omissão estatal, omissão esta que, no âmbito do sistema carcerário, culminou com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

O terceiro capítulo destina-se à análise da previsão e à efetiva aplicação da audiência de custódia no sistema penal brasileiro. O objetivo é demonstrar até que ponto a audiência de custódia é necessária e auxilia na redução da população carcerária, considerando que seu objetivo central é evitar prisões preventivas desmotivadas. Além disso, busca-se comprovar que a implementação do referido instituto juntamente com a participação efetiva do Estado na busca por melhores garantias aos presos podem contribuir para que se modifique o atual estado de violação sistemática aos direitos humanos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional,<sup>1</sup> foi apresentado pela primeira vez no ordenamento brasileiro por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, julgada liminarmente perante o STF. Tal instituto surgiu nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Sua finalidade é buscar soluções estruturais voltadas a reverter o cenário de violações sistemáticas de direitos fundamentais, tendo em vista a omissão estatal.

O pedido liminar foi feito pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requerendo o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no que tange ao sistema penitenciário brasileiro. A liminar buscava a adoção de providências estruturais frente a omissão dos Poderes Públicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, omissões estas que se mostram incompatíveis com a Constituição da República. Neste sentido,

Este cenário é francamente incompatível com a Constituição de 88. Afinal, nossa Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Estes e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é também flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal<sup>2</sup>.

A superlotação carcerária e as condições degradantes dos presos demonstram um cenário incompatível com os princípios e direitos garantidos na Constituição. Observa-se uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, frente a tratamentos desumanos e degradantes sofridos no ambiente carcerário.

Em sede de liminar, o STF reconheceu um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, atribuindo tal situação à inércia das

---

<sup>1</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Mas onde surgiu isso? *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 08 de nov. 2017.

<sup>2</sup>LIMINAR. Do partido PSOL ao STF. 26 maio 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

autoridades públicas, que não promovem mudanças efetivas para modificar o panorama de inconstitucionalidade latente. Apontou o Ministro Marco Aurélio<sup>3</sup> a importância da função contramajoritária do STF ao tratar de questões como estas e seu papel na defesa das minorias. Neste sentido,

[...] trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

Ao tratar do estado de coisas inconstitucional, Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>4</sup> afirma:

Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal.

[...]

por certo que, não se trata de inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto vêm se mantendo incapazes e manifestando falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.

Não há previsão constitucional quanto ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Tal instituto dá uma ampla margem de poder ao Tribunal. Entende-se, por meio da análise da ADPF nº 347, que o instituto só deve ser utilizado em hipóteses excepcionais, havendo grave e generalizada violação aos direitos humanos. É necessário que haja a intervenção do judiciário, para que seja possível a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional e determinar a implementação de medidas, o judiciário está exercendo uma função atípica, na seara das políticas públicas. Observa-se uma postura ativa do Poder Judiciário frente a omissão dos demais poderes.

---

<sup>3</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347*. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1030065>>. Acesso em 05 de jun. 2018.

<sup>4</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por Omissão do “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 58p. Tese de Doutorado em Direito. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização (Direito Público). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro, 2015, p. 220-228.

Ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional e determinar a implementação de medidas, o judiciário está exercendo uma função atípica, na seara das políticas públicas. Observa-se uma postura ativa do Poder Judiciário frente a omissão dos demais poderes, esta postura é necessária, como forma a suprir uma deficiência organizacional dos demais poderes. Tal atuação visa garantir direitos básicos, nas palavras do Ministro Marco Aurélio<sup>5</sup> em seu voto na ADPF nº 347: “cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções”.

Na ADPF nº 347 foram apresentados os pressupostos para que se reconheça o estado de coisas inconstitucional, são eles: i) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; iii) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

Dentre os pedidos da liminar, o STF deferiu a implementação da audiência de custódia e a liberação de verbas do Fundo Penitenciário. O presente artigo se aterá à implementação da audiência de custódia e a sua aplicação e eficiência no combate a superlotação carcerária.

No julgamento da ADPF em comento, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, determinou a implementação da audiência de custódia sob o argumento de que há previsão no Pacto de San José da Costa Rica e este possui status de norma supralegal; logo, por força do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, suas disposições possuem aplicação imediata.

Nesse contexto, o Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 7º, item 5<sup>6</sup>, dispõe que: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9.3, também dispõe sobre a audiência de custódia. Com isso, o Conselho Nacional de Justiça iniciou o projeto Audiência de Custódia.

A audiência de custódia consiste na garantia da rápida apresentação do preso a uma autoridade judiciária nos casos de prisões em flagrante, sendo entrevistado pelo juiz e havendo a manifestação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. O juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, avaliando a possível existência de violação de direitos, analisará ainda a necessidade e a adequação da prisão. O referido instituto visa a redução de prisões provisórias desmotivadas e desnecessárias, culminando com a redução da superlotação carcerária, tendo em vista a análise prévia da legalidade da prisão que será feita pelo juiz.

---

<sup>5</sup> BRASIL. op cit. nota 3.

<sup>6</sup>BRASIL. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. *Decreto 678/92*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2017.

Pergunta-se: até que ponto a audiência de custódia auxilia na redução da superlotação carcerária? Dados estatísticos colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>7</sup> (CNJ) até junho de 2017 demonstram que 258.485 (duzentos e cinquenta e oito mil quatrocentos e oitenta e cinco) audiências de custódia foram realizadas no Brasil; desse número, cerca de 44,68% das audiências resultaram em liberdade. Por meio de dados empíricos vem se demonstrando que o referido instituto auxilia na redução de presos provisórios, colaborando, conseqüentemente, com a situação da superlotação carcerária.

## 2. A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE AS OMISSÕES ESTATAIS.

A discussão quanto ao encarceramento e suas conseqüências práticas é antiga em nosso país. Atualmente, a grande questão acerca do tema tem sido a situação da superlotação, uma vez que a população carcerária vem aumentando sobremaneira; e, de modo inversamente proporcional, a atuação do Estado na promoção de políticas públicas vem reduzindo. Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso, “Não estamos apenas cuidando de direitos fundamentais de uma minoria; estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira”<sup>8</sup>.

O último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)<sup>9</sup>, relativo a dezembro de 2014, demonstrou que o Brasil é o quarto país do mundo com a maior população carcerária. Dentre eles, 40% são presos provisórios. A prisão preventiva vem sendo aplicada, muitas vezes, sem a efetiva verificação do seu cabimento, demonstrando um total desrespeito às garantias fundamentais, em especial, a presunção de inocência.

Diante da análise das pesquisas atuais e da situação do sistema prisional, observa-se que a superlotação é uma conseqüência da ausência de políticas públicas ou da sua má implementação. Este problema atual se alastra por todos os estados da federação, tornando-se uma preocupação nacional. Além disso, observa-se uma grande influência do Poder Legislativo no que tange a criação de políticas criminais cada vez mais duras e insensíveis, como uma resposta ao apelo popular, o que pode se chamar de “legislação simbólica”, o que claramente contribui para o aumento da “cultura do encarceramento” e, como conseqüência, com a superlotação prisional.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Dados Estatísticos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>8</sup>BRASIL. op cit. nota 3.

<sup>9</sup>INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.



A prisão, seja preventiva ou decorrente da aplicação da pena, está prevista em lei, quem foi condenado deve cumprir sua pena, mas tal condenação não abrange violências físicas, psicológicas, sexuais, ausência de direitos básicos que lhes garantam dignidade.

As celas superlotadas, insalubres, sem higiene, sem água potável, presos sem assistência judiciária adequada, sem acesso à saúde, ao trabalho, fere diretamente os direitos fundamentais, bem como comprometem a segurança da sociedade como um todo. As consequências de um tratamento desumano são gravíssimas, tendo como principal consequência o alto índice de reincidência, frente a ausência de políticas de ressocialização. De acordo com a professora Ana Paula de Barcellos, “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”<sup>10</sup>.

Além disso, não há a devida separação de presos com maior periculosidade com os de menor periculosidade, reduzindo a inda mais a possibilidade de uma futura ressocialização, culminando com um alto índice de reincidência. Neste sentido, aludiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>11</sup>:

[...] quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação.

Diante dessa realidade de violação sistêmica aos direitos humanos, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional e atribuiu a responsabilidade por tal violação aos três poderes da União e dos Estados.

Observa-se um ativismo judicial ao se imiscuir no que seria papel do Legislativo e do Executivo. Há quem entenda que essa ingerência é indevida, uma vez que teríamos o judiciário intervindo na discricionariedade administrativa, podendo caracterizar violação à separação de poderes. O argumento da escassez de recursos e do princípio da reserva do possível devem ser afastados, tendo em vista uma situação em que envolve o mínimo existencial. É certo que o grande responsável pela efetivação dos direitos dos cidadãos, tendo como base a Constituição da República de 1988, é o Estado. Neste sentido diz Renato Jorge dos Reis<sup>12</sup>:

[...] o Estado, desde os primórdios da história, sempre foi o agente responsável pela efetivação dos direitos aos cidadãos. E isso ainda não mudou, ele ainda possui a

---

<sup>10</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana, p. 39-65. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Disponível em: <file:///C:/Users/dulce/Downloads/8074-17397-1-PB%20(3).pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

<sup>6</sup>OAS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 4-5. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>12</sup>REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. v. 7, p. 1.873-1.874

incumbência de garantir os direitos básicos aos seus cidadãos de maneira igualitária, pois, de acordo com as legislações, todos são iguais perante a lei e principalmente perante a atuação do mesmo.

Esse dever do Estado traz consigo outras fortes obrigações, em todas as suas estruturas, seja nacional, estadual, regional ou local. Ele deve garantir uma vida digna, com o oferecimento do mínimo legal previsto. A Constituição Federal de 1988 prevê os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. É claro que não podemos esquecer também da efetivação dos direitos sociais, pois a partir deste que serão escolhidas as políticas públicas que devem ser empregadas de forma a buscar a igualdade de chances de desenvolvimento, equilibrando um pouco as relações sociais, criando desta forma uma melhor distribuição de direitos perante a população, conseqüentemente, a melhoria da qualidade de vida em seu âmbito de atuação.

Contudo, diante de sistemáticas omissões estatais, o Poder Judiciário passou a ser instado, cada vez mais, a atuar de forma a garantir o cumprimento de políticas públicas. Inúmeras ações foram e vêm sendo ajuizadas pela população, de forma a buscar a efetivação de seus direitos. Diante da omissão estatal, a intervenção do Poder Judiciário é admitida e necessária, sendo uma forma de se garantir a observância dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito. Neste sentido, destaca o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADPF nº 347<sup>13</sup>:

[...] a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo é precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria. Por fim, a justificar a atuação do Judiciário, o preso está preso por uma decisão do Estado, ele está sob um relação especial de sujeição para com o Estado. Portanto, o Estado tem deveres mínimos de proteção em relação a esse indivíduo.

No mesmo sentido entende o Ministro Luiz Fux<sup>14</sup> pela necessidade de interferência do Judiciário como forma de fazer cumprir disposições constitucionais, vide:

Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, intervir.

(...)

Aqui o que se alega é que já há uma previsão constitucional e uma previsão legal, e que essas previsões constitucionais, em primeiro lugar, eclipsadas em direitos fundamentais, elas estão sendo cumpridas.

O que se observa é uma falha estrutural e organizacional quanto à alocação de recursos, fazendo com que direitos humanos sejam diariamente violados. A responsabilidade não pode ser atribuída a apenas um poder, há uma verdadeira soma de fatores e omissões que culminaram a situação atual.

Ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional, o STF tomou uma postura ativista, determinando que cesse a omissão dos poderes públicos. É válido destacar a diferença entre ativismo e judicialização. O ativismo judicial decorre de uma atitude concreta, é uma forma de

---

<sup>13</sup>BRASIL. op. cit. nota 3.

<sup>14</sup> Ibidem.

participação concreta do judiciário na implementação de políticas públicas. Difere-se da judicialização, que se demonstra com a transferência de poder político para o judiciário. Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso<sup>15</sup>, “A judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário; é a circunstância do modelo constitucional que nós temos”.

Não há o que se falar em intervenção do poder judiciário no mérito administrativo. Os direitos fundamentais previstos na constituição possuem um caráter cogente, não cabendo ao administrador público optar por observá-los ou não, uma vez que sua observância é obrigatória. Neste sentido, temos o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>16</sup>: “não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário”.

Ressalta-se que o entendimento do STF é no sentido de que a atuação do judiciário, ao determinar a execução de políticas públicas, não viola o princípio da separação de poderes. Seu papel é primar pela observância dos princípios constitucionais e resguardar as instituições democráticas. Com isso, entende-se que a determinação de medidas pelo STF, no âmbito da ADPF nº 347, teve como fundamento a garantia de direitos fundamentais, em especial, dos presos. Nesse cenário foi determinado que os Tribunais de Justiça dos Estados implementassem a audiência de custódia.

O principal objetivo da implementação da audiência de custódia foi evitar prisões desnecessárias, sendo considerada uma forma de controle da superlotação carcerária. Contudo, seus resultados não foram suficientes e satisfativos a ponto de se ter uma real melhora no sistema carcerário brasileiro. A conjuntura atual demonstra que ainda há muito o que se fazer para que se observe mudanças efetivas e consideráveis.

### 3. A EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.

A audiência de custódia é também chamada de audiência de garantias, tem previsão normativa no Pacto de São José da Costa Rica e tem previsão em seu artigo 7<sup>o</sup><sup>17</sup>, no item 7.5, que dispõe:

---

<sup>15</sup> ITO, Marina. Judicialização é fato, ativismo é atitude. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 17 maio 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>16</sup> BARROSO apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 21-22.

<sup>17</sup> BRASIL. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Acesso em: 27 abr. 2015.

Artigo 7o - Direito à liberdade pessoal

[...]

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

[...].

O Pacto de San José da Costa Rica tem plena aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o seu caráter supralegal, conforme já foi decidido pelo STF. Foi com base neste diploma que o Conselho Nacional de Justiça, frente o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, começou a determinar a aplicação de tal audiência nos tribunais de justiça dos estados da federação.

A audiência de custódia é um direito que todo cidadão preso possui, direito este de ser encaminhado, dentro do prazo de 24 horas, à autoridade judiciária para que sejam analisados aspectos quanto à legalidade e à necessidade de sua prisão. Seu principal papel é analisar a existência de violações de direitos garantidos constitucionalmente do indivíduo que foi preso. Busca garantir a dignidade do acusado e seu acesso imediato à jurisdição, possibilitando sua defesa e o contato direto com o juiz, que poderá, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, impor a medida mais adequada.

Alguns dos principais fundamentos por trás da audiência de custódia é a prevalência dos direitos humanos, o respeito a eles, e a diminuição do encarceramento em massa, tendo em vista que cerca de 40% da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup>.

Em suma, a finalidade da audiência de custódia é garantir os direitos fundamentais do imputado, evitando restrições descabidas e desproporcionais de direitos, primando pela prática do contraditório prévio. As intenções que permeiam a audiência de custódia e os seus fundamentos de cunho constitucional e supralegal, tendo em vista sua previsão no Pacto de San José da Costa Rica, faz imaginar um cenário de melhora na superlotação carcerária, bem como na proteção dos direitos humanos. Contudo, sua aplicação não tem trazido grandes mudanças na questão carcerária brasileira.

O Conselho Nacional de Justiça apresentou dados referentes à realização das audiências de custódia em todo o território nacional até o mês de junho de 2017<sup>19</sup>. Observa-se que foram realizadas 258.485 audiências de custódia em todo o território nacional, das quais 55,32% (142.988) resultaram em prisão preventiva e 44,68% (115.497) resultaram em liberdade. Por esses dados, é

<sup>18</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Notícias*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

<sup>19</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.

possível perceber que mais da metade dos casos resultou em prisão preventiva e não em relaxamento. Isto demonstra que a "cultura do encarceramento" ainda persiste na sistemática processual penal.

Para que a audiência de custódia seja, de fato, efetiva, deve haver controle mais rigoroso de seus requisitos, controle este que abranja a análise do respeito dos direitos e garantias individuais. É necessário que o sistema penal brasileiro mude, para que haja uma efetiva diminuição na superlotação carcerária, pois, enquanto a cultura do encarceramento prevalecer, a audiência de custódia não produzirá significativos efeitos práticos.

Uma das principais críticas quanto à audiência de custódia é em relação à sua aplicabilidade prática, tendo em vista que envolve não somente o poder judiciário, sendo necessário que haja uma cooperação entre a polícia, o juiz e o Ministério Público. À polícia cabe a lavratura do auto de prisão em flagrante, devendo encaminhar o preso à referida audiência. Nesta audiência, necessário se faz a presença do Ministério Público.

Vale esclarecer que o contato do preso com a autoridade judicial é fundamental para que seja possível uma análise ampla, tanto da legalidade da prisão, da ocorrência ou não de tortura por parte dos policiais, bem como em relação às características do preso. A análise pessoal do preso é determinante para que a autoridade judicial decida por manter ou não a prisão. O que se busca é evitar o encarceramento por meio de aplicação de cautelares diversas da prisão, que muitas vezes se mostram suficientes.

A instituição da audiência de custódia como forma de se evitar a banalização das prisões se mostra fundamental em países como o Brasil, em que há uma política de encarceramento predominante. Contudo, a sua simples instituição não garante a sua efetividade, sendo necessário grande comprometimento de todas as esferas de poder para que tal instituto apresente bons resultados.

Quanto à efetividade da audiência, o Ministério Público de São Paulo<sup>20</sup>, um dos primeiros estados da federação a implementar a audiência de custódia, se manifestou no sentido da possibilidade de tal audiência ser feita via videoconferência:

[...] nada impede, outrossim, que, uma vez implantada definitivamente a "audiência de custódia", seja ela realizada pelo sistema de vídeo conferência, asseguradas todas as garantias legais, dotando-se o Poder Judiciário e a Polícia Civil de salas adequadas, em especial quando se cuidar de pessoa presa de alto grau de periculosidade, não só por questão de segurança, mas para evitar custo operacional desnecessário.

---

<sup>20</sup>MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO apud ALENCAR, Roberth José de Sousa. Audiência de custódia em delegacia de polícia pode ser solução. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 30 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-30/roberth-alencar-audiencia-custodia-delegacia-solucao>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

O argumento quanto à carência de estrutura e à aplicabilidade prática da audiência tem sido levantado, mas, nas palavras Cleopas Isaías Santos<sup>21</sup>, tal dificuldade estrutural não pode se tornar um empecilho à concretude dos direitos fundamentais. Neste sentido,

[...] quanto ao argumento de carência estrutural, este também não pode ser empecilho à concretização da audiência de garantia. Se assim fosse, ninguém no Brasil poderia mais ser preso. E os que já o foram deveriam todos ser imediatamente postos em liberdade. Afinal, nosso sistema prisional não possui as condições mínimas exigidas pela Constituição Federal, pelos tratados internacionais nem tampouco pela Lei de Execuções Penais. Além disso, os direitos fundamentais do imputado não podem ceder à ausência ou má gestão de políticas públicas de segurança.

É fundamental que se criem mecanismos para que a audiência de custódia seja bem executada e cumpra efetivamente o seu papel, qual seja, evitar prisões temerárias, reduzindo assim a superlotação carcerária. A mera instituição da audiência de custódia não se mostra suficiente para que se tenha uma mudança efetiva, é necessário um real comprometimento, um esforço conjunto, das instituições envolvidas para que objetivo final possa ser alcançado.

A maior mudança necessária é em relação à cultura, à mentalidade – tanto da população quanto das estruturas de poder como um todo –, é, como já foi dito, de encarceramento. A prática prisional é antiga e possui o apoio popular, uma vez que a prisão é vista como a única solução possível para que se faça justiça, sendo necessário que se inicie um processo de evolução desta concepção, que se mostra fundamental para uma real mudança no sistema carcerário brasileiro. A esse respeito, nas palavras de Robert Pirsig<sup>22</sup>,

[...] enquanto se atacarem os efeitos ao invés das causas, não haverá mudança nenhuma. O verdadeiro sistema é o nosso próprio modelo atual de pensamento sistemático, a própria racionalidade. Se destruímos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzirá outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte. Fala-se tanto sobre sistema, e tão pouco se entende a seu respeito.

Deve-se buscar combater as causas do problema para que se tenha uma real e efetiva mudança. É necessário uma maior atuação dos poderes públicos, atuação esta que deve ser feita conjuntamente, em união de esforços. A audiência de custódia isoladamente considerada não tem o condão de trazer mudanças realmente significativas, é apenas um meio de auxílio.

---

<sup>21</sup> SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de Garantia ou sobre o óbvio ululante. *Empório do Direito*, mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/backup/tag/audiencia-de-garantia/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>22</sup> PIRSIG, Robert M.. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas*: uma investigação sobre valores. tradução Celina Cardim Cavalcanti. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 97-98.

## CONCLUSÃO

O sistema carcerário brasileiro encontra-se em estado de falência, tendo em vista a superlotação e o flagrante e sistemático desrespeito aos direitos humanos. Por esta razão, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no que se refere ao sistema carcerário.

As penas privativas de liberdade aplicadas no cenário brasileiro têm se mostrado cruéis e degradantes, indo de encontro aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e aos diplomas internacionais, tal qual o Pacto de San José da Costa Rica. Tal situação em nada contribui para a ressocialização do preso; em sentido inverso, culmina com o aumento da reiteração criminosa.

O STF, na análise da ADPF nº 347, tomou algumas medidas, dentre elas, a implementação da audiência de custódia em todo o território brasileiro (como forma a evitar prisões provisórias desnecessárias) e a observância da legalidade das prisões em flagrante, tendo em vista a análise quanto a eventuais práticas de tortura. Tal instituto foi considerado como uma forma de auxílio na redução da população carcerária formada por presos provisórios.

Contudo, por meio de análise de dados atuais, é possível perceber que a aplicabilidade da audiência de custódia não tem produzido os efeitos esperados e que a população carcerária brasileira formada por presos provisórios não obteve redução significativa. Isto se dá, em muito, pela existência de uma cultura de encarceramento presente em nosso país, tendo em vista a demora nas decisões judiciais e o risco da impunidade, optando, muitos juízes, pela prisão cautelar.

Há uma situação de omissão reiterada, não sendo adotadas medidas administrativas, nem orçamentárias, tampouco legislativas no sentido de evitar tais violações. Para que haja uma melhora significativa no sistema carcerário e efetiva redução nas violações aos direitos humanos, é necessário que os órgãos públicos atuem em conjunto no sentido de tomar providências para que seja possível, em um primeiro momento, atenuar, tal situação.

Conclui-se que a instituição da audiência de custódia, por si só, não é suficiente na solução do problema da superlotação carcerária, sendo ainda flagrante o desrespeito aos direitos fundamentais. A audiência de custódia é apenas uma primeira medida, que, sozinha, não reverterá a situação. Violações constantes aos direitos humanos demandam atuação urgente dos poderes públicos, o que, na prática, ainda não se observa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Notícias*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Dados Estatísticos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 17 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. *Decreto 678/92*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana, p. 39-65. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Disponível em: <[file:///C:/Users/dulce/Downloads/8074-17397-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/dulce/Downloads/8074-17397-1-PB%20(3).pdf)>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Acórdão*. STF. 3 set. 2015. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/ADPF-347-Voto-Min.-Lu%C3%ADs-Barroso.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por Omissão do “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 58p. Tese de Doutorado em Direito. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização (Direito Público). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Mas onde surgiu isso? *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 08 de nov. 2017.

INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

ITO, Marina. Judicialização é fato, ativismo é atitude. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 17 maio 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

LIMINAR. Do partido PSOL ao STF. 26 maio 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

MARCO AURÉLIO. *Acórdão*. STF. 09 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 10 mar. 2018.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO apud ALENCAR, Roberth José de Sousa. Audiência de custódia em delegacia de polícia pode ser solução. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 30 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-30/roberth-alencar-audiencia-custodia-delegacia-solucao>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

OAS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 4-5. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Empório do direito, 2016.

PIRSIG, Robert M.. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. trad. Celina Cardim Cavalcanti. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 97-98.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. v. 7, p. 1.873-1.874

SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de Garantia ou sobre o óbvio ululante. *Empório do Direito*, mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/tag/audiencia-de-garantia/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.