



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EFICÁCIA NO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO FRENTE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Thamires de Jesus Ribeiro Dias

Rio de Janeiro
2018

THAMIRES DE JESUS RIBEIRO DIAS

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EFICÁCIA NO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO FRENTE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

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 C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA EFICÁCIA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Thamires de Jesus Ribeiro Dias

Graduada pela Universidade do Grande Rio
Professor José de Souza Herdy
(UNIGRANRIO). Advogada.

Resumo – A audiência de custódia é um instituto que garante ao preso em flagrante a ser levado no prazo máximo de 24 horas frente à autoridade judicial para que essa verifique se a medida é legal, necessária e para averiguar possíveis excessos na atuação da autoridade policial. Discute-se no ordenamento jurídico quanto à constitucionalidade, legalidade da audiência de custódia em razão da repercussão do instituto no processo penal e consequentemente no sistema carcerário brasileiro. Dessa forma, a essência do trabalho é analisar a constitucionalidade do instituto e verificar qual o impacto que a medida está causando no sistema carcerário desde sua implementação.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Prisões. Direitos Humanos. Audiência de custódia.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsia quanto à constitucionalidade da audiência de custódia. 2. Aplicação da Audiência de Custódia e seu reflexo no Sistema Prisional Brasileiro. 3. Considerações acerca dos objetivos buscados pela implementação da Audiência de Custódia: estão sendo alcançados? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa visa a analisar os reflexos da audiência de custódia na atual situação carcerária do Brasil, bem como se a implementação da medida está alcançando de forma positiva os objetivos pelo qual foi idealizada.

Ainda que a audiência de custódia seja um tema polêmico acerca da sua legalidade, constitucionalidade e em razão da sua repercussão no processo penal, a medida possui aceitação doutrinária e jurisprudencial em razão da sua matéria, pois demonstra preocupação com garantias constitucionais, com o impacto que as prisões causam na vida dos indivíduos e na sociedade.

Dito de outro modo, a audiência de custódia possui controvérsias em relação a sua constitucionalidade devido à falta de previsão legal do instituto, no entanto, trata-se de medida que garante direitos constitucionais ao preso, uma vez que esse terá contato imediato com o juiz para verificação da legalidade e necessidade da prisão.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa.

O objetivo da presente pesquisa é analisar a audiência de custódia e demonstrar se a medida esta sendo efetiva frente ao sistema carcerário brasileiro, se as garantias constitucionais previstas pelo instituto estão sendo respeitadas, se seus objetivos estão sendo alcançados.

A pesquisa busca compreender a audiência de custódia e sua finalidade como garantidora dos direitos fundamentais do preso diante de uma prisão em flagrante e de possíveis ilegalidades cometidas nas prisões, bem como de garantir a dignidade, a ampla defesa e o contraditório.

É relevante reiterar que o tema é polêmico em relação a sua constitucionalidade em razão da falta de legislação sobre a matéria, no entanto, o tema é amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência, assim, pode-se dizer que a audiência de custódia é encarada como uma garantia constitucional? Os objetivos da audiência de custódia estão sendo alcançados?

No primeiro capítulo, pretende-se enfrentar a controvérsia a cerca da constitucionalidade da audiência de custódia, como é aceita pela doutrina e jurisprudência, uma vez que a medida foi trazida para o ordenamento jurídico interno por meio de um tratado de direito internacional sobre direitos humanos.

No segundo capítulo, vencida a controvérsia sobre a constitucionalidade da medida, será analisado os reflexos da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro e no direito comparado, fazendo uma análise histórica e de como o sistema prisional está nos dias atuais, enfrentando a problemática da superlotação carcerária.

No último capítulo será examinado se os objetivos da audiência de custódia estão sendo alcançados fazendo análise de suas vantagens e desvantagens para o ordenamento jurídico brasileiro e finalizando com números, porcentagens de prisões, se a medida está sendo eficaz e satisfatória garantindo ao preso um tratamento de acordo com os parâmetros constitucionais.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa que é uma forma de investigação científica onde se aponta de forma mais livre os pontos de vista sobre determinado tema, a pesquisa pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – leitura de material, discussões e reflexões das leituras de acordo com a legislação para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. CONTROVÉRSIA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste no direito de apresentação do preso a um juiz de maneira rápida em casos de prisão em flagrante. Existe uma grande controvérsia a cerca da constitucionalidade do instituto devido a sua validade ser retirada de tratados internacionais e não de previsão constitucional.

Com o fim da segunda guerra mundial o Conselho da Europa criou a Convenção Europeia com o fim de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indivíduos (CEDH) em que prevê a apresentação do preso a uma autoridade judicial ou outra autoridade. Assim, após a aplicabilidade do disposto no Conselho Europeu e devido a sua repercussão, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) resolveu adotar as medidas propostas, entrando em vigor no ano de 1978.

O Brasil tornou-se signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992.

Apesar de ser um instituto previsto em tratados internacionais e que trata de direitos e garantias para os cidadãos, o cumprimento da medida é muito questionado e muitas vezes não há se quer a efetivação da audiência em alguns tribunais devido à inexistência de previsão seja na Constituição Federal, seja no código de processo penal.

No Brasil ainda não existe lei que regulamente a audiência de custódia, o que existe atualmente é um projeto de lei no Congresso Nacional, o PLS nº. 554/2011¹ que visa alterar o artigo 306 §1º do código de processo penal para tratar da audiência de custódia de forma que a torne prevista legalmente no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, ainda carece de aprovação.

¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS nº 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: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 17 de abr. 2018.

O Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça implementaram o “Projeto Audiência de Custódia” no dia 07/02/2015 buscando efetivar os objetivos da audiência de forma experimental. No entanto, tal atitude foi criticada pela ADEPOL/BR – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, que ajuizaram uma Ação Indireta de Inconstitucionalidade de nº 5.240 contra a medida adotada. Além da ADEPOL/BR, a Associação dos Juizes Federais do Brasil entre outras entidades também são contra a aplicação da medida, porém, o STF julgou improcedente a ADI.

A audiência de custódia possui previsão em tratados internacionais em que o Brasil é signatário. A medida, também chamada de audiência de garantias, está prevista no Pacto de São Jose da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O Pacto de São Jose da Costa Rica é o instrumento de maior importância no sistema interamericano de direitos humanos. O tratado foi assinado em 1969 em São José na Costa Rica com o propósito de garantir maior proteção aos direitos civis e políticos.

No entendimento de Flávia Piovesan²:

substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a algum julgamento justo, o direito a compensação em casos de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Os tratados internacionais em que o Brasil é signatário possui força vinculante desde a sua internacionalização no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o artigo 5º §3º da Constituição Federal³, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

No que tange à incorporação do tratado internacional ao ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal⁴ entende que somente após a promulgação do tratado por meio de Decreto do Presidente da República que este se incorpora no ordenamento jurídico interno.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 322.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 466343-1. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso, Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

O STF possui posição de que os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro são dotados de supralegalidade⁵, ou seja, são hierarquicamente superiores à lei infraconstitucional desde que respeitado o procedimento de aprovação e internalização no ordenamento.

Segundo Gilmar Mendes⁶:

[...] o STF definiu a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados pelo direito pátrio. Ou seja, foi superado o entendimento anterior – no sentido de que os tratados, ainda que versassem sobre direitos humanos, teriam a mesma estrutura normativa das leis ordinárias – e prevaleceu, por maioria de votos, a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 1º (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7).

O Pacto de São Jose da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil em 1992 e passa a ter validade no ordenamento jurídico interno com a promulgação do Decreto nº 678/1992. O Pacto em seu artigo 7º, item 6, 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”. Diante disso, o CNJ criou o projeto de Audiência de Custódia onde permite o controle imediato da legalidade e necessidade manutenção da prisão pelo Juiz.

Nesse contexto, tanto o projeto do CNJ quanto o artigo 7º do Pacto visam garantir os direitos constitucionalmente previstos no artigo 5º, incisos LXV e LXVI da CFRB/88, além do artigo 306 do Código de Processo Penal que prevê os mesmos direitos.

Dessa forma, embora controverso, a audiência de custódia possui proteção do sistema constitucional, uma vez que o Pacto de São Jose da Costa Rica, embora seja uma norma materialmente constitucional, possui natureza de norma supra legal de eficácia plena e imediata de acordo com entendimento do STF, para o Supremo as normas de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, grande parte da doutrina defende que de acordo com entendimento do STF e artigo 5º, §2º da CRFB os tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrine Grinover⁷:

todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas escritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as a Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos constitucionais.

⁵ Ibid.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1053.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, Gomes Filho, Antônio Magalhães, *As Nulidades no Processo Penal*, 2009, p 71.

Portanto, embora não haja legislação expressa sobre a aplicabilidade da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, isto não pode ser um impedimento para sua aplicação. Isso porque, tal medida possui previsão em um tratado internacional de direitos humanos e, portanto, possui aplicabilidade imediata nos termos do artigo 5º parágrafo 1º da CRFB/88.

Conforme entende Jacinto Teles Coutinho⁸:

portanto, acreditamos que o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça têm toda a garantia legal para implementar esse importante mecanismo de cidadania denominado audiência de custódia, que, indubitavelmente, colaborará para, entre outras coisas, reduzir a superlotação carcerária, a violação dos direitos fundamentais, o sofrimento dos encarcerados pelas razões já amplamente conhecidas no Sistema Prisional do País, a partir, inclusive, de morosidade relacionada ao atendimento processual ao preso, principalmente para encontrar-se com o juiz competente do seu processo.

Em razão disso, as normas contidas no Pacto de São Jose da Costa Rica não podem ser ignoradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois trazem de forma expressa a realização da audiência de custódia como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Ademais, não há que se falar em inconstitucionalidade da audiência de custódia, uma vez que a omissão de lei infraconstitucional não impede a efetividade e aplicabilidade de uma norma supralegal.

Portanto, conclui-se que a audiência de custódia é um direito proveniente da dignidade da pessoa humana e, sendo assim, trata-se de um direito fundamental. Ademais, a Constituição Federal em seu artigo 5º, parágrafo 2º⁹ dispõe que “os direitos e garantias expressos 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”.

2. APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEU REFLEXO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

No Brasil a audiência de custódia ainda não foi regulamentada por lei, o que existe é um projeto de lei (PSL nº 554/2011)¹⁰ tramitando no Congresso Nacional como explicado no item anterior. No entanto, enquanto o projeto de lei não é votado alguns Tribunais de Justiça

⁸ COUTINHO, Jacinto Teles. Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, ago./set. 2015, p. 103.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Projeto de Lei n.º 554*, de 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

visando dar concretude a medida e com o apoio do CNJ passaram a regulamentar a audiência de custódia em seus atos internos.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹¹ a audiência de custódia é prevista nas resoluções 29 e 32 com as seguintes regras:

Artigo 2º - Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora ao juiz competente, a fim de realizar-se audiência de custódia.

Parágrafo único – Por decisão judicial, devidamente fundamentada, será dispensada a apresentação do preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilize.

Artigo 3º - A central de Audiência de Custódia, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante, deverá providenciar o registro, a atuação e a juntada de Folha de Antecedentes Criminais e histórico penal do preso, para exame imediato do juiz.

Desta forma, o legislador ao elaborar uma lei deve estar atento tanto para as normas constitucionais quanto para as normas dos tratados de direitos humanos internalizados pelo ordenamento brasileiro, pois estes possuem status de supralegalidade.

A implementação da Audiência de Custódia no Brasil ocorreu no Estado de São Paulo por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015¹² da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça, de acordo com o seguinte trecho:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

§2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º [...]

O sistema carcerário no Brasil de acordo com os estudos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen)¹³ consiste em cerca de 607.731 presos, existindo apenas 337 mil vagas no sistema penitenciário, no entanto, 40% da população carcerária são de pessoas sem condenação.

O Estado vem se mostrando incapaz de controlar a população carcerária o que causou a superlotação e a falência do sistema penitenciário fazendo com que o Estado busque por

¹¹ BRASIL. Diário da Justiça Estado do Rio de Janeiro. *Resolução n.º 29*, Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/26-08-2015.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹² BRASIL, Diário de Justiça Eletrônico. *Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça nº. 03/2015*. Acesso em: 09 set. 2018.

¹³BRASIL. *Estadão Política*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-reflexos-da-aplicacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-constitucional>. Acesso em: 09 set. 2018.

alternativas visando solucionar o problema, uma das alternativas trazidas pelo Estado foi a audiência de custódia, visando resguardar os direitos constitucionais dos presos.

A audiência de custódia foi vista como um benefício para tentar solucionar o problema da superlotação carcerária, uma vez que o acusado é apresentado imediatamente ao juiz, pois esse mecanismo possibilita que a autoridade judiciária aprecie a legalidade da prisão com a realização da audiência de custódia minimizando a possibilidade de prisões ilegais e desnecessárias.

A medida é importante, pois além da diminuição da população carcerária viabiliza o respeito as garantias constitucionais e garante ao preso o acesso à justiça. De acordo com artigo 5º, LV da CRFB¹⁴ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Um dos grandes defensores da implementação da audiência de custódia é o Ministro Ricardo Lewandowski. Segundo o Ministro¹⁵, os números da aplicação da audiência de custódia são bem satisfatórios, até maio de 2016 foram ouvidos 83 mil presos e 39 mil conseguiram liberdade.

A aplicação da audiência de custódia ajuda a humanizar a atuação dos juízes que não julgam apenas com base na folha de papel passou a ter contato direto com o acusado possibilitando uma análise mais justa e constitucional.

A expectativa com a audiência de custódia é que o quadro de superlotação das prisões seja superado, diminuindo a probabilidade de homicídios e suicídios de pessoas sob custódia provisória.

A apresentação do preso em flagrante a um magistrado, em até 24 horas após a prisão favorece a adoção de medidas alternativas ao encarceramento. De acordo com o coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) o alcance das audiências de custódia atacam a superlotação desproporcional do sistema prisional brasileiro. Para o Juiz Luís Geral Sant’Ana Lanfredi¹⁶

o encarceramento causa danos a quem está preso, mas sobretudo a quem não deveria estar preso. Por isso precisamos melhorar a forma de avaliar quem precisa estar em

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018

¹⁵ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>>. Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídio?* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 09 set. 2018.

uma prisão e quem não precisa. O que se pretende é melhor diferenciar quem deve estar preso e quem não deve. É, decididamente, de uma melhor qualificação da porta de entrada do sistema prisional o que precisamos como primeiro passo e medida estruturante para colocar essa situação de colapso prisional que vivemos em seu devido lugar.

A audiência de custódia além de avaliar a necessidade das prisões e da legalidade das mesmas, prevê também a implementação de centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. São suportes previstos para que o magistrado tenha outras alternativas que não a prisão.

Haverá prevenção de torturas e eventuais casos de abuso cometidos em delegacias de polícia, assegurando a efetiva concretização dos direitos fundamentais. O Projeto de Lei nº 554¹⁷ representa a conquista de um processo penal renovado que tutela a dignidade humana ao preso em flagrante garantindo o imediato acesso à justiça.

A superlotação do sistema prisional brasileiro se deve na maioria dos casos a presos provisórios, de acordo com o Depen as unidades destinadas aos presos que ainda não foram julgados possuem uma taxa de ocupação de 192% o que equivale a dois presos para uma vaga.

A diretora executiva do Instituto de Defesa do Direito e Defesa, Isadora Fingermann¹⁸ entende que a audiência de custódia tem sido extremamente positiva, considera as audiências “a melhor solução para o excesso de presos provisórios dos últimos anos”, pois manter presos os responsáveis por crimes de menor potencial ofensivo é um dos principais motivos para a atual situação de superlotação do sistema carcerário brasileiro.

3. EFEITOS PRÁTICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A primeira audiência de Custódia ocorreu no Estado de Tocantins no dia 10 de agosto de 2015 e contou com a presença do Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Ricardo Lewandowski.

Com a inauguração da audiência de custódia o Conselho Nacional de Justiça¹⁹ emitiu parecer nos seguintes termos:

o juiz Esmar Cutódio Vênio Filho conduziu, nesta segunda-feira (10/08), em Palmas/TO, a primeira audiência de custódia do Estado do Tocantins. Ele concedeu

¹⁷ TEIXEIRA, Gabriela Haddad. *Projeto de lei nº 554/2011 do Senado Federal Brasileiro e a Regulamentação das Audiências de Custódia*. 2015. Monografia (Especialização) – Universidade de Brasília, Brasília.

¹⁸ *ibid.*

¹⁹ LINO, Marlowa Islanowy Assis. *Audiência de Custódia*. Revista Multidebates, v.1, n.2. Disponível em: <http://itopedu.com.br/revista/index.php/revista/article/view/23/30>. Acesso em: 24 set. 2018.

liberdade provisória a um homem de 37 anos de idade que havia sido preso em flagrante acusado de furtar um par de tênis.

Nos termos do artigo 312 da Lei nº 12.403/2011²⁰, que dispõe:

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.

Portanto, com a análise do referido artigo se extrai o entendimento de que a prisão preventiva possui natureza subsidiária, devendo ser aplicado das medidas cautelares sempre que possível um rol alternativo de outras medidas garantidoras dispostas no artigo 319, I a IX do Código de Processo Penal que possuem a mesma eficácia. Logo, sempre que houver uma medida menos gravosa, essa deverá ser aplicada e a prisão se torna desnecessária além de ser sem justa causa a sua manutenção.

Nesse sentido, trata-se de direito do preso, mas que não existia aplicação no Brasil em razão da dificuldade de implementação da medida e frente às controvérsias sobre a legalidade do tema, assim o primeiro contato que o preso tinha com o juiz ocorria na audiência de instrução e julgamento, o que na maioria das vezes demorava mais de um ano para ocorrer.

A aplicabilidade da audiência de custódia visa garantir a proteção e preservação dos direitos humanos do acusado, assim disposto pelo Conselho Nacional de Justiça, 2015²¹:

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.

Portanto, a finalidade que se busca com a audiência de custódia é fazer com o preso em flagrante seja encaminhado o mais breve possível ao juiz para que este tome as medidas necessárias e, sempre que possível, resguarde a liberdade de locomoção do indivíduo. Concretizando os direitos fundamentais que se visa proteger com a medida e afastando as possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado do ato da prisão.

O cenário do sistema carcerário no Brasil vem mostrando uma realidade diversa, não sendo difícil constatar a banalização das prisões preventivas, decretada sem a observação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e da sua real necessidade.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 25 set. 2018.

Ocorre que esta situação ocasiona diversos prejuízos para a sociedade, uma vez que esse ciclo agrava a situação do preso quando não observada a principal finalidade da pena, qual seja, a reintegração da pessoa novamente no convívio social por meio de políticas humanísticas. Neste sentido, cabe ressaltar o pensamento de Carneluti²²:

o homem, quando suspeito de um delito, é jogados às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembramo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.

A proposta da justiça restaurativa não visa acabar com o sistema penal, mas pretende que sejam solucionados os problemas para que haja um sistema mais eficaz para toda a sociedade, tanto para a vítima quanto para o acusado, objetivando uma recomposição dos danos causados.

A ONU enaltece a utilização de programas de justiça restaurativas em matéria criminal na Resolução nº 12 de 2002²³ onde afirma que as medidas não prejudicam o direito público subjetivo dos Estados de processar os possíveis ofensores, onde enfatiza: A justiça restaurativa evoluiu como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades.

Conforme noticiado no G1.globo.com no ano de 2015, Cerca de 8 mil pessoas presas em flagrante deixaram de entrar nos presídios em 2015, após passarem por audiências de custódia, informou o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Ricardo Lewandowski.

Importante salientar que além da diminuição de presos provisórios o que acarreta a falha no sistema carcerário, a audiência de custódia também viabiliza o respeito às garantias constitucionais como o princípio do contraditório além de garantir o acesso à justiça ao acusado.

A implementação das audiências de custódia é um avanço para o Poder Judiciário. Segundo Ricardo Lewandowski²⁴ o projeto representa um “salto civilizatório” para o Brasil,

²² CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*, tradução, José Antonio Cardinali, Conan, 1995.

²³ ONU. Resolução Nº 12 DE 2002. *Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

²⁴ Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo,56389.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

de acordo com o Ministro, esse passo dado não se está apenas dando efetividade a um princípio importantíssimo, que é o da dignidade da pessoa humana, mas também cumprindo uma obrigação que o país assumiu ao assinar tratados internacionais.

Um dos maiores problemas do sistema carcerário brasileiro hoje em dia são as prisões cautelares, um relatório do Infopen ²⁵ divulgado pelo Ministério da Justiça em 2015, mostrava que naquele ano o Brasil contava com uma população carcerária de 620 pessoas, destes 40% estão em situação provisória, chegando a posição de quarta maior do mundo. Segundo o Infopen, o número de vagas até aquele ano era de 376.669 e estava com um déficit de 231.062 de vagas.

Analisando o levantamento dos dados das audiências de custódia do portal do Conselho Nacional de Justiça²⁶ pode-se verificar que os números de liberdades provisórias chegaram a 58.200, até o mês de agosto de 2016, totalizando o percentual de 46,85% dos casos.

É notório que a implementação das audiências de custódia possui seus pontos positivos, a começar o fato de o Brasil após 20 anos começar a cumprir dispositivo previsto em acordos internacionais.

No entanto, possui seus aspectos negativos, como a falta de policiais suficientes para realizar as conduções ao magistrado. Não há juízes, promotores e defensores suficientes para garantir o cumprimento do prazo de 24 horas para apresentação do preso após a situação de flagrante, não há estrutura e equipamentos adequados para a aplicação adequada das medidas de penas alternativas.

Pelo exposto, conclui-se que para o problema da atual situação de superlotação carcerária seja solucionado é necessário um grande investimento por parte do Estado para viabilizar a concretização das medidas visando garantir tanto a diminuição da população carcerária como a ressocialização do indivíduo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a constitucionalidade da audiência de custódia e o seu impacto no sistema carcerário brasileiro. A controvérsia gira em

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 25 set. 2018.

torno da constitucionalidade do instituto em razão da sua validade ser retirada de tratados internacionais e não de expressa previsão constitucional.

Apesar de o instituto ser previsto em tratados internacionais e garantir direitos para os cidadãos, a medida é muito questionada, uma vez que no Brasil ainda não existe lei que regulamente a audiência de custódia.

Os tratados internacionais que o Brasil se torna signatário possui força vinculante desde a sua internacionalização no ordenamento jurídico brasileiro. O STF possui posição de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro são dotados de supralegalidade.

Na prática, grande parte da doutrina entende que a audiência de custódia possui proteção do sistema constitucional, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica, embora seja uma norma materialmente constitucional, possui natureza de norma supra legal.

O entendimento a que chegou este pesquisador é de que não há que se falar em inconstitucionalidade da audiência de custódia, o instituto garante direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e de acordo com o Supremo Tribunal Federal normas de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata.

Quanto a questão que se desenrolou no segundo capítulo, a de se verificar que existe um projeto de lei, PSL nº 554/2011, tramitando no Congresso Nacional. Todavia, enquanto o projeto não é votado alguns tribunais de justiça estão regulamentando a audiência de custódia com o apoio do Conselho Nacional de Justiça.

Observou-se que o sistema carcerário no Brasil de acordo com estudos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) consiste em cerca de 607.731 presos existindo apenas 337 mil vagas no sistema penitenciário sendo que 40% da população carcerária são de presos provisórios.

O principal argumento usado nessa pesquisa, para a solução dessa questão, sustenta-se que a audiência de custódia é benéfica, pois ao apresentar o acusado imediatamente ao Juiz possibilita que a autoridade judiciária verifique a legalidade da prisão diminuindo desta forma as prisões ilegais e desnecessárias.

A medida se demonstrou importante, pois além da possível diminuição da população carcerária viabiliza o respeito as garantias constitucionais e o acesso à justiça ao acusado.

A aplicação da audiência de custódia ajuda a humanizar a atuação dos juízes que não julgam com base em uma folha de papel, mas sim passou a ter contato direto com o acusado possibilitando uma análise mais justa e constitucional.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a audiência de custódia além de avaliar a necessidade das prisões e da legalidade das mesmas, apresenta uma solução para diminuir a população carcerária, garantindo os direitos constitucionais dos acusados e o seu acesso á justiça de uma forma mais justa e humanitária.

Ficou evidente que a superlotação do sistema prisional brasileiro se deve na maioria dos presos provisórios, ou seja, sem condenação. De acordo com o Depen a taxa de ocupação de presos sem condenação é de 192% o que equivale a dois presos por vaga.

A audiência de custódia deve ser encarada como a solução para transformar a realidade do sistema carcerário no Brasil visando dar concretude aos direitos garantidos pela constituição e verificando a real necessidade da manutenção da prisão rente ao excesso de presos provisórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado PLS 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: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466343-1. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso, Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Projeto de Lei n.º 554*, de 06 de setembro de 2011. Disponível em:<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>, Acesso em 17 abr. 2018.

_____. Diário da Justiça Estado do Rio de Janeiro. *Resolução n.º 29*, Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/26-08-2015.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____, *Diário de Justiça Eletrônico*. Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça nº. 03/2015. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. Estadão Política. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-reflexos-da-aplicacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-constitucional>>, Acesso em: 09 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídio?* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerarioe-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em: 25 set. 2018.

COUTINHO, Jacinto Teles. *Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, ago./set. 2015, p. 103.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo,56389.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>>. Acesso em: 09 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades no Processo Penal*, 2009.

LINO, Marlowa Islanowy Assis. *Audiência de Custódia*. *Revista Multidebates*, v.1, n.2. Disponível em: <http://itopedu.com.br/revista/index.php/revista/article/view/23/30>. Acesso em: 24 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

TEIXEIRA, Gabriela Haddad. *Projeto de lei nº 554/2011 do Senado Federal Brasileiro e a Regulamentação das Audiências de Custódia*. 2015. Monografia (Especialização) – Universidade de Brasília, Brasília.