

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LINDEIVSON MOURÃO DE ALENCAR**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO**

**BRASÍLIA-DF,  
JUNHO, 2016.**

**LINDEIVSON MOURÃO DE ALENCAR**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do certificado de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Me. Flávio Augusto Milhomem

**BRASÍLIA, JUNHO, 2016.**

# AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

## CUSTODY HEARING AND FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE ACCUSED

Lindeivson Mourão de Alencar

**Sumário:** Introdução 1. Prisão Provisória no Processo Penal Brasileiro. 1.1 Hipóteses Legais. 1.2 Aplicação do Direito Penal Máximo às Cautelares Prisionais. 2. Realidade Carcerária. 2.1 Estatísticas. 3. A Audiência de Custódia. 3.1 Fonte Convencional e Experiências Internacionais. 3.2. Finalidade e Efetividade. Conclusão. Referências Bibliográficas. Anexo A. Anexo B. Anexo C.

### RESUMO

Trata-se aqui da análise da audiência de apresentação do acusado no âmbito do Processo Penal. Isso à luz dos direitos fundamentais instituídos constitucionalmente e de tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Assim, é desenvolvido como problema: em que medida a implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro efetivará os direitos fundamentais do acusado? Na hipótese, se tem como válida a premissa de que a audiência garante os direitos constitucionais do acusado e logo, reflete na quantidade de presos provisórios encarcerados. A análise perpassa pela crise carcerária pela qual o Brasil enfrenta. Nesse sentido, a audiência representa uma política pública que demanda esforços, principalmente dos Poderes Judiciário e Executivo na implementação e execução da audiência. Assim, ao final, com a análise mais aprofundada sobre a audiência de apresentação é possível concluir as hipóteses inicialmente estabelecidas.

**Palavras-chave:** Prisão Provisória. Audiência de Custódia. Processo Penal. Controle de Convencionalidade. Execução Penal. Direitos Fundamentais do Acusado.

### ABSTRACT

This is about the analysis of the presentation of the hearing of the accused under the Criminal Procedure. That the light of fundamental rights established constitutionally and international treaties to which Brazil is a member. Thus, it is developed as a problem: to what extent the implementation of the custody hearing in the Brazilian legal system will effect the fundamental rights of the accused? In the event, it has the valid assumption that the audience guarantees the constitutional rights of the accused and therefore, reflected in the amount of pre-trial detainees incarcerated. The analysis embraced by the prison crisis that Brazil faces. In this sense, the audience is a public policy that requires effort, especially the Judiciary and the Executive in the implementation and execution of the hearing. Thus, at the end, with

further analysis of the presentation audience can complete the assumptions initially established.

**Keywords:** Provisional arrest. Custody Hearing. Criminal proceedings. Control Conventionality. Penal Execution. Fundamental Rights of the Accused

## INTRODUÇÃO

O tema “Audiência de Custódia e Direitos Fundamentais do Acusado” pretende fazer uma análise da inserção das audiências de custódia implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça em todos os Estados da Federação, no âmbito do Processo Penal.

Como será demonstrado mais adiante, é fato notório que o Judiciário brasileiro tem decretado muitas prisões preventivas, sem o devido cuidado com essa medida, e, em muitos casos, sem analisar a possibilidade de outras medidas alternativas, como dispõe o artigo 319 do Código de Processo Penal.

A discussão é importante, pois o Brasil apresenta hoje a quarta maior população carcerária do mundo.<sup>1</sup> O custo social desse fato é muito alto, tanto para o Estado Brasileiro (dispêndio grande), como para os encarcerados (péssimas condições estruturais dos presídios). Assim, ao lado de outras medidas alternativas à prisão, busca-se se efetivar o direito de o acusado ter sua prisão em cárcere privado como *ultima ratio*, tal como a majoritária doutrina de Direito Penal ensina<sup>2</sup>, bem como que se coadune à Constituição da República e aos Tratados Internacionais.

---

<sup>1</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versa-o-web.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

<sup>2</sup> De acordo com Cláudia da Costa Tourinho Scarpa: “Por mais hediondo que seja o crime cometido, a prisão do seu agente somente pode ocorrer como castigo, como sanção, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, caso contrário não teria necessidade do processo nem do juiz – a própria autoridade policial prenderia o agente do crime e resolveria a questão, daria satisfação à sociedade e preservaria a imagem da justiça. É esta a distinção que todos nós – aplicadores do direito ou não – devemos ter de forma bastante clara, o que não está ocorrendo. É muito comum quando é praticado um crime com repercussão nacional que a sociedade critique a decisão do juiz que concede habeas corpus ao indiciado ou réu, entendendo ser inconcebível que este fique em liberdade após a prática de determinado tipo de crime”. (SCARPA, Cláudia da Costa Tourinho et al. *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Bahia: lusPodium, 2013, p. 153.)

Assim, conforme objetivo do Conselho Nacional de Justiça, “o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação, da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade.”<sup>3</sup>

Acerca do tema acima descrito, propõe-se como problema: em que medida a implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro efetivará os direitos fundamentais do acusado?

Desse modo, tem-se como hipótese que através dessa audiência preliminar vai se efetivar os direitos fundamentais do acusado e diminuir a quantidade de presos provisórios no sistema carcerário brasileiro. Assim, o juiz poderá avaliar melhor o caso concreto e decidir sobre outras medidas cautelares, diversas da prisão, efetivando princípios fundamentais, como o da não culpabilidade (art. 5º, LVII) da CF/ 1988); do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988); da garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LXXXVIII, da CF/ 1988); do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF/ 1988); bem como a determinação de que ninguém pode ser preso sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo o caso de flagrante ou transgressão militar (art. 5º, LXI, da CF/ 1988). Além disso, a apresentação da pessoa presa em juízo no prazo máximo de 24 horas efetiva também o mandamento constitucional de que a prisão ilegal será relaxada (art. 5º, LXV, da CF/ 1988); e o de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido se a lei admitir liberdade (art. 5º, LXVI, da CF/ 1988).

Outro importante princípio constitucional que merece destaque, que a audiência de custódia pode efetivar é o de que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, da CF/1988), pois a prisão, como ato administrativo, deverá ser rigorosamente fiscalizada pelo judiciário, ampliando-se, por óbvio, a abrangência do controle judicial da pessoa presa, fazendo com que a audiência de custódia tenha também um viés protetivo.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Audiência de Custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 13 de novembro de 2015.

<sup>4</sup>GOMES, Luiz Flávio. *Audiência de Custódia e a resistência das almas inquisitoriais*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

Tratar-se-á o trabalho de pesquisa instrumental, com a utilização da doutrina, jurisprudência e legislação, haja vista o tema, mesmo sendo de implementação recente, ser discutido por meio dessas fontes desde os tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, há mais de vinte anos.

## 1. PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A partir da Constituição da República de 1988 estabeleceu-se um modelo garantista no processo penal, dos quais se extraem princípios basilares que o sustentam, entre os quais, princípio da legalidade<sup>5</sup>, do devido processo legal<sup>6</sup>, princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade<sup>7</sup> e o de que ninguém será preso arbitrariamente<sup>8</sup>.

Assim, Marco Antônio Marques da Silva discorre sobre o significado da presunção de inocência em tratados e legislações internacionais. Vejamos:

Na lição de Marco Antônio Marques há três significados diversos para o princípio da presunção de inocência nos referidos tratados e legislações internacionais, a saber: 1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da

---

<sup>5</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>6</sup> Art. 5º, CF: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>7</sup> Art. 5º, CF: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

<sup>8</sup> Art. 5º, CF: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos dos Homens e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos)<sup>9</sup>.

Na via contrária da liberdade individual, encontramos a prisão processual que segundo Polastri “é aquela de natureza cautelar, que advém do flagrante delito ou de ordem judicial, visando assegurar melhor persecução criminal, e tem por característica a provisoriedade”<sup>10</sup>.

Nesse contexto, sabe-se que a prisão cautelar serve de instrumentalidade ao Processo Penal de modo que possa viabilizá-lo. Outro pressuposto de que se parte é de que se trata de medida de excepcionalidade, devidamente fundamentada, sob pena, caso não sejam observados seus requisitos estritos, de se ferir liberdades individuais.

É necessário, entretanto, que o processo penal garanta os direitos individuais do ofensor bem como direitos individuais e sociais do(s) ofendido(s), que, inexoravelmente, ora vai pender para um lado, ora para outro. Pertinente, então, a colocação de Aury Lopes Júnior:

Existe um difícil objetivo que é o equilíbrio entre as medidas coercitivas utilizadas pelo Estado, para eficácia da repressão dos delitos, e os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição. Até que ponto os direitos individuais devem ser restringidos em razão da atuação do Estado é um dos temas mais difíceis de abordar. As medidas cautelares coercitivas são produtos da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito – a proteção do conjunto social e a manutenção da segurança coletiva dos membros da comunidade frente a desordem provocada pelo injusto típico, através de uma eficaz persecução dos delitos e, de outro lado, a garantia e a proteção efetiva das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.<sup>11</sup>

Essa questão – colisão de direitos fundamentais - é dirimida utilizando-se o princípio da proporcionalidade<sup>12</sup>, momento em que é aferido o cabimento da medida.

---

<sup>9</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001. p. 30-31.

<sup>10</sup> POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Juris, 2010, p. 87.

<sup>11</sup> LOPES Junior, Aury Celso Lima. Medidas Cautelares no Direito Processual Penal espanhol. *In: Revista de Processo*, nº 89, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 139.

<sup>12</sup> Para ALEXY, Robert, *Kollision und Abwägung* apud MENDES, Ferreira Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª Ed., São Paulo. Saraiva, 2007, p.94: “Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade pode ser formulado com uma ‘lei de ponderação’ em segundo a qual,

Tal princípio é desdobrado em outros três subprincípios que dão aplicabilidade prática à utilização da cautelar prisional, sendo eles, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, necessária é aquela medida em que não há outro meio de se alcançar a finalidade perseguida, senão aquela. Adequada quando há relação entre fins e meios de forma idônea, legitimando a medida. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, determina que o juiz pondere entre a carga da pena, a finalidade da coação penal e os interesses do indivíduo. Desse modo, deve o julgador ponderar entre todos estes interesses<sup>13</sup> no caso.

## 1.1 HIPÓTESES LEGAIS

O princípio da legalidade é premissa fundamental no âmbito do processo penal, bem como no direito penal. Assim, a Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LIV dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; bem como dispõe expressamente sobre o princípio da presunção da não-culpabilidade que impõe mais responsabilidade ao julgador no momento de cautelarmente prender um indivíduo, por tratar-se de procedimento excepcional.

A atual legislação brasileira distingue a prisão em diferentes espécies, ou seja, com pressupostos jurídicos de existência distintos, são elas: prisão-pena, prisão processual, prisão civil, prisão administrativa e prisão disciplinar<sup>14</sup>.

A prisão objeto deste trabalho é a prisão processual, que se subdivide em prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Tratar-se-á aqui principalmente da prisão em flagrante, pois é neste momento que o julgador realiza a audiência de custódia e tem a possibilidade de relaxar a prisão se ilegal, manter o acusado preso preventivamente, ou ainda, conceder-lhe liberdade provisória com ou sem fiança e cumulativamente ou não lhe aplicar alguma medida cautelar diversa da prisão, evidentemente a depender do caso concreto.

---

‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção’ ”.

<sup>13</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio; AMARAL, Cláudio do Prado. *Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2012, pg. 31.

<sup>14</sup> POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Juris, 2010, p. 86.

A prisão cautelar, consoante ensina Renato Brasileiro é “aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal”<sup>15</sup>.

A doutrina assevera que são necessários dois pressupostos para a decretação da cautelar de prisão, são eles: *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro se refere à fumaça da existência de um delito, ou seja, de probabilidade razoável de que este tenha ocorrido ou de que esteja em curso. O segundo, por sua vez, se traduz numa situação anormal desenvolvida no processo, ou seja, o risco é aumentado na medida em que ocorre a situação de liberdade do sujeito passivo, como por exemplo, fuga ou obstrução de provas<sup>16</sup>.

Com relação aos requisitos autorizadores da prisão preventiva os encontramos no artigo 312 do CPP, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.  
(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Desse modo, estabelece o Título IX do Código de Processo Penal vigente as hipóteses da prisão, medidas cautelares e de liberdade provisória. A redação do artigo 283 deste título é clara em estabelecer que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Impetus. Niterói, Rio de Janeiro, 2013, pg. 814.

<sup>16</sup> POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Juris, 2010. P. 92.

<sup>17</sup> Art. 283, CPP.

Impende ressaltar ainda que nesse Título fica expressa a vinculação do magistrado de se ater aos critérios de necessidade e adequação na medida cautelar aplicada<sup>18</sup> ao acusado.

Em prestígio ao princípio da excepcionalidade das medidas cautelares pessoais é que se estabeleceu no artigo 282, § 6º do CPP<sup>19</sup> que a prisão preventiva só será determinada quando outra medida estabelecida no âmbito do processo não possa ser substituída por alguma outra insculpida no artigo 319 do referido Código<sup>20</sup>.

Portanto, nas hipóteses de cabimento da prisão cautelar é necessário que os princípios da jurisdicionalidade, legalidade, provisionalidade, excepcionalidade e proporcionalidade estejam presentes numa lógica dogmática jurídica que se adéque ao sistema garantista constitucional e infraconstitucional, assim como se adéque a acordos e a tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Jurisdicionalidade, segundo Polastri, significa que a adoção de medidas cautelares pessoais, assim como outras cautelares do processo penal que só podem

---

<sup>18</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

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

(...)

<sup>19</sup> Art. 282, § 6º: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

<sup>20</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

ser adotadas por órgão judicial competente. Excepciona-se, no entanto, a prisão em flagrante, que tem natureza administrativa, mas se exige o controle judicial imediato<sup>21</sup>.

Provisionalidade, segundo o mesmo autor<sup>22</sup>, é a característica inerente às medidas cautelares em razão de serem situacionais, já que tutelam uma situação de fato concreta, afirmando que toda cautelar de natureza processual penal deve ser temporária e decretada para o tempo necessário, apontando a provisionalidade no artigo 316 do CPP<sup>23</sup> como exemplo dessa característica.

Os demais princípios já foram esboçados anteriormente.

Não obstante os diplomas nacionais aplicáveis existem alguns tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário que regulam a prisão. Nesse sentido, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>24</sup>, a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>25</sup>, o Pacto Internacional os Direitos Civis e Políticos<sup>26</sup> (ONU, 1966).

## 1.2 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL MÁXIMO ÀS CAUTELARES PRISIONAIS

O aumento da criminalidade tem feito com que haja uma propensão à mitigação dos direitos fundamentais em face de uma suposta segurança social.

Nesse sentido, em resposta a essa violência são criados novos tipos penais, exasperam-se penas, restringem-se direitos. Não são raras decisões que são

---

<sup>21</sup> POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Juris, 2010. p. 93.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>23</sup> Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

<sup>24</sup> Artigo 9: Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

<sup>25</sup> ARTIGO 7: Direito à Liberdade Pessoal: 5. 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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a 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.

<sup>26</sup> ARTIGO 9: 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

esvaziadas de sentido para decretação de prisões preventivas nos juízos brasileiros, inclusive órgãos colegiados dos tribunais.

Veja-se, no entanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento abaixo, refutando tal prática:

Habeas Corpus. 1. "Operação Navalha". Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. 3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica. 4. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. 5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX e 5º, XLVI). 6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. 7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. 8. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. 9. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 10. Motivação insuficiente. 11. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face da paciente.<sup>27</sup>

Isso – decretação de prisão cautelar - tem um efeito direto no aumento da população carcerária no Brasil nos últimos anos<sup>28</sup>, o que, inexoravelmente traz prejuízos aos direitos fundamentais daqueles indivíduos apenados com esse tipo de medida sem que haja real razão para tal, como medida máxima de punição cautelar; além, claro, da exposição dos custodiados às péssimas condições físicas dos presídios.

É nesse sentido – refutar práticas jurisprudenciais de aplicação do direito penal máximo - que a doutrina tece sérias críticas do modo como a prisão provisória está sendo utilizada, a despeito de suas hipóteses estritas de autorização. Veja-se, por exemplo, a posição de Aury Lopes Jr. e Renato Brasileiro, respectivamente:

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91524, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/03/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-05 PP-00950

<sup>28</sup> No próximo capítulo serão trazidos dados estatísticos para comprovar referida afirmação.

(...) O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que se que se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12.403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares (...) A preocupação se agrava quando, além da banalização da prisão cautelar, ainda assistimos a uma redução da potencialidade do principal instrumento apto a questioná-la, qual seja, o habeas corpus, que de “remédio constitucional” passou, recentemente, a causar uma alergia nos Tribunais Superiores, notadamente após a jurisprudência defensiva de não se admitir seu uso quando substitutivo de espécies recursais cujo procedimento vagaroso e burocrático se distancia da urgência que reclama o pleito de liberdade. Ou seja, como se já não bastasse prender em excesso, ainda se retira da defesa sua melhor tática de participar do jogo processual<sup>29</sup>.

Essa mudança reflete tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas regras das nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990. Essa declaração refletiu a percepção de que as medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos – a liberdade -, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de *ultima ratio*, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar mais gravosa, porém de igual eficácia. Além de menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc<sup>30</sup>.

Impende ressaltar que não se defende aqui a não aplicação da prisão cautelar. Do contrário, aplica-se esta, excepcionalmente, nos casos em que, usando o juízo de ponderação, o magistrado o faça sopesando elementos do fato concreto. Exemplo disso é o acusado de determinada conduta lesiva, desde que presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, for autor reincidente de vários crimes, defende-se que seja a ele aplicada a devida medida cautelar, inclusive a prisão<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> LOPES, Aury Jr. Audiência de Custódia; previsão normativa, vantagens, definição de suas características, insuficiência do regramento jurídico interno, implementação no Brasil e breves considerações sobre o PLS 554/2011. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 17, p. 15-23, setembro/dezembro 2014.

<sup>30</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. IusPodium. São Paulo, 2014, p. 775/776.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. LIMINAR INDEFERIDA. PARECER ACOLHIDO. 1. Diz a nossa jurisprudência que toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade. **Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação**

## 2. REALIDADE CARCERÁRIA NO BRASIL

A partir do trânsito em julgado da decisão condenatória penal já se tem o título executivo judicial, passando o Estado a ter a pretensão executória do *decisium*<sup>32</sup>. Fase essa com regras e princípios próprios por tratar-se de fase autônoma da persecução penal.

Entre estes princípios, destacam-se: o princípio da individualização da pena<sup>33</sup>, que abrange três planos, a saber – individualização legislativa; individualização judicial; e, individualização executória; princípio da humanidade, ao estabelecer a Constituição que não haverá penas de morte, salvo guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis. Além destes, a Constituição estabelece diversos outros princípios que são aplicados à execução: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); e “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5º, L). Aplica-se ainda o devido processo legal (contraditório, ampla defesa, entre outros) ao processo de execução, consoante dispõe a Lei de Execução Penal em seu artigo 2º<sup>34</sup>.

Além da aplicação da Lei de Execução Penal aos presos após o trânsito em julgado de sentença condenatória, esta também é aplicada no que couber aos

---

**em casos que tais.** É esse o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC n. 122.788/SP, Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 16/8/2010). **2. As instâncias ordinárias, ao manterem a custódia preventiva, fizeram-no com base na probabilidade concreta de reiteração da conduta delituosa, visto que o acusado é reincidente. Circunstância que demonstra sua insistência em permanecer na vida criminosa, a justificar a não revogação da prisão cautelar.** 3. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ - RHC: 56438 RS 2015/0025685-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 16/06/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2015) (grifo nosso)

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Forense. Rio de Janeiro: 2014. P. 939.

<sup>33</sup> Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

<sup>34</sup> Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

presos que são detidos cautelarmente (prisão preventiva, prisão em flagrante, etc.), consoante disciplina o artigo 2º, parágrafo único da LEP<sup>35</sup>.

No entanto, há discrepâncias entre o modelo instituído pelas normas, inclusive as constitucionais, e a realidade carcerária, pois o sistema prisional brasileiro que é apresentado evidencia-se em um verdadeiro atentado aos direitos humanos, dada as péssimas condições nestes ambientes. São inúmeros os problemas a serem elencados, razão que enfatiza a necessidade de se utilizar de outras formas de punição previstas na legislação. O sistema prisional que visa reeducar o apenado, integrando-o à sociedade<sup>36</sup>, por vezes, tem efeito reverso, o colocando em situação de mais vulnerabilidade a ponto de este aprender diversas práticas criminosas dentro dos presídios.

De acordo com Ezeokeke:

O modelo de administração prisional que temos no país é, sem dúvida, tecnoburocrático-coercitivo. Está sempre baseado em uma combinação de tecnoburocracia violenta e com o interesse da não-erradicação da criminalidade, pois alimenta-se da existência criminal<sup>37</sup>.

Nesse contexto, podem-se pontuar algumas peculiaridades desse submundo prisional, dentre as quais se destacam a superlotação carcerária, a violência institucional, a corrupção, o ambiente insalubre, a ociosidade, entre tantos outros; o que corrobora para a propulsão da violência e da criminalidade na sociedade.<sup>38</sup>

Bitencourt afirma que:

A instituição total produz no interno, desde que nela ingressa, uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego. A mortificação do ego é sistemática, embora nem sempre seja intencional. A barreira que as instituições totais levantam entre o interno e a sociedade exterior representa a primeira mutilação. Desde o momento que a pessoa é separada da sociedade, também

---

<sup>35</sup> Art. 2º, Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

<sup>36</sup> Lei nº 7.210/1984: Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

<sup>37</sup> EZEKEKE, Cornélius Okwdili. *Pena mais rígida: Justiça ou Vingança*. 2 ed. Fortaleza: Premium, 2011, p. 132.

<sup>38</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de et al. Demanda Punitiva, Realidade Carcerária e Penas Alternativas no Brasil. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, ano XXXIV – nº 108, p. 323, dez/2007.

é despojada da função que nela cumpriria. Posteriormente, o interno é submetido aos procedimentos de admissão, onde é manuseado, classificado e moldado. Isso implica uma coisificação da pessoa, pois é classificado como um objeto para ser introduzido na burocracia administrativa do estabelecimento, onde deverá ser transformado paulatinamente através de operações de rotina. Esse procedimento leva a uma nova despersonalização e depreciação do ego (Bitencourt, 1993, 152/154)<sup>39</sup>

A partir de um processo de ressocialização dentro dos presídios, os apenados assimilam valores e costumes no que tange ao sistema carcerário, de modo que passam a se comportar de acordo com aquele ambiente social<sup>40</sup>.

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos discorrendo sobre a função de prevenção especial da pena pontua sobre o discurso crítico, distinguindo entre as funções declaradas e as funções reais da prisão, o qual afirma o fracasso integral das funções declaradas e reconhece o êxito integral das funções reais da instituição penitenciária.<sup>41</sup>

Referido autor aduz que o fracasso das funções declaradas diz respeito ao projeto de correção do condenado, consoante as pesquisas empíricas, ressaltando dois aspectos principais, primeiro, a relação entre pena e reincidência: ou seja, quanto maior a pena, maior a reincidência criminal; segundo, a influência negativa da subcultura da prisão sobre o condenado, o qual reconstrói psicicamente sua imagem como criminoso; suas deformações emocionais; os processos de desculturação, no que tange às normas sociais; e de aculturação do condenado, no que se refere às normas de sobrevivência na prisão (normas de violência e de malandragem, por exemplo).<sup>42</sup>

Ainda, o autor correlaciona o êxito das funções reais da prisão na garantia das desigualdades da formação capitalista – capital/trabalho assalariado – mediante uma gestão diferencial da criminalidade, que assim define: primeiro,

---

<sup>39</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *A Falência Penal da Prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>40</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de et al. Demanda Punitiva, Realidade Carcerária e Penas Alternativas no Brasil. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, ano XXXIV – nº 108, p. 324, dez/2007.

<sup>41</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez et al. *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Bahia: lus Podium, 2013, p. 344-345.

<sup>42</sup> BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Freita Bastos, 1999, 2ª edição, p. 184 apud CIRINO DOS SANTOS, Juarez et al. *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Bahia: lus Podium, 2013, p. 344-345.

imunização da elites de poder econômico e político; segundo, repressão penal das massas populares marginalizadas do mercado de trabalho e de oprimidos sociais.

Juarez Cirino dos Santos acrescenta quanto à função de prevenção geral da pena, em seu “discurso crítico”, que a dimensão positiva de “estabilização das expectativas normativas” atribui ao Direito Penal a tarefa de satisfazer os instintos do ser humano, na medida em que a punição de crimes está relacionada à fidelidade jurídica porque responde aos anseios punitivos da população; ao passo que a não punição reduz a fidelidade jurídica porque não corresponde aos anseios da população. O autor ainda pontua sobre a distinção de Jakobs entre cidadãos e inimigos, o qual institui a “desigualdade legal no lugar do princípio de igualdade perante a lei e condiciona as garantias constitucionais do processo legal devido ao conceito de tipo de autor, aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo conforme decisões indiossincráticas dos agentes de controle social”<sup>43</sup>.

Nesse contexto, o documentário “Sem Pena”<sup>44</sup>, realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e a Heco Produções, retrata bem essa realidade de justiça criminal carcerária, bem como a realidade a que os presos estão submetidos. Levanta questões como as dificuldades que as pessoas que estão relacionadas ao cometimento de delitos têm, como por exemplo, falta de estudo e de trabalho e condições socioeconômicas desfavoráveis; traçando um perfil, com maior parte dos aprisionados jovens, negros e pobres.

Há vários exemplos no filme, um deles em que um jovem que está há quatro anos no regime fechado por um crime que comprovadamente não cometeu, mas que por falta de defesa adequada, continua preso. Outros detentos com direito à progressão de regime, mas que ainda continuam em regime de cumprimento de pena mais gravoso.

Outro ponto que o documentário descreve diz respeito a poucas oportunidades de trabalho para que eles possam remir a pena, colocando réus primários em contato ou submissos a facções criminosas.

---

<sup>43</sup> JAKOBS, Günter. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004. *Processo Penal*. Bahia: lus Podium, 2013, p. 344-345.

<sup>44</sup> Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>>. Acesso em 04 de junho de 2016.

Para o presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho, “a política do Estado é a do encarceramento em massa”. Ele diz ainda que não são respeitadas, em primeira instância, súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) que determinam requisitos para a prisão preventiva, ou que tratam de penas alternativas, por exemplo.<sup>45</sup>

Desse modo, apresentando mais problemas que soluções, o sistema prisional não tem sido eficaz na reeducação do apenado ou mesmo na prevenção de delitos. Nesse sentido, a tabela abaixo elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada revela as principais pesquisas nacionais sobre reincidência<sup>46</sup>:

#### Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974 – 1985)</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento pena para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para	São Paulo: 50% em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em

<sup>45</sup> Disponível em <<http://sergioliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/142156831/documentario-sem-pena-mostra-realidade-do-sistema-de-justica-criminal>>. Acesso em 04 de junho de 2016.

<sup>46</sup> Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2016.

		cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência Penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).  
Elaboração dos autores.

Essa realidade impõe reflexão, por meio de Políticas Públicas, às três esferas do Poder - Legislativo, Judiciário e Executivo – e em todos os níveis da Federação, sobre o modo de solucionar, ou ao menos, buscar meios de conter a crise carcerária patente do país, sob o ângulo da pacificação social.

A crise é agravada na medida em que há o aumento na quantidade de presos, inclusive provisórios; após, o sistema reforça ou agrava a situação dos presos no sentido da realidade a que estão submetidos; em seguida, são devolvidos à sociedade sem qualquer perspectiva de trabalho ou de melhora social, com altas taxas de reincidência, como visto acima, de modo a torna-se um ciclo vicioso; onerando o Estado e trazendo mais insegurança à própria sociedade.

No entanto, soluções para a crise carcerária perpassam indubitavelmente sobre dois eixos básicos, primeiro, dar educação<sup>47</sup> aos apenados (inclusive profissionalizante), pois privilegia o acesso deles aos bens culturais<sup>48</sup>; segundo, dar trabalho, de modo que este passe a ter outras perspectivas após o término do cárcere; medidas estas de cunho ressocializador.

## 2.1 ESTATÍSTICAS

<sup>47</sup>Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, junho de 2014, cerca de 10,7% das pessoas privadas de liberdade estão envolvidas em atividades educacionais. Isto mostra que ainda é preciso efetivar mais o comando da Lei de Execução Penal.

<sup>48</sup> EZEKEKE, Cornélius Okwdili. *Paradoxo no Cárcere*. Fortaleza: Premius, 2013.

O Brasil apresenta hoje, segundo o Ministério da Justiça, a quarta maior população carcerária do mundo, chegando a 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) presos. Ainda, segundo o levantamento feito pelo Ministério da Justiça, cerca de 41% (250.213) do total de presos são provisórios<sup>49</sup>.

Na tabela abaixo, observa-se a quantidade de pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014. Vejamos:

**Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em 2014**

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

Observa-se assim, a gravidade da situação, ao se ter um déficit de mais de 231.063 vagas, com uma taxa de ocupação média nos estabelecimentos de 161%, ou seja, em um espaço para se ficar 10 pessoas ficam em média 16 indivíduos.

Não obstante isso, é preciso contextualizar a prisão no Brasil e compará-las a outros países no mundo<sup>50</sup>:

**Tabela 2. Informações prisionais sobre os vinte países com maior população prisional do mundo**

País	População Prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%

<sup>49</sup>Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versa-o-web.pdf>>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

<sup>50</sup> Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2016.

Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157.824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142.636	154	-	12,80%
Colômbia	116.760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110.925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93.044	111	-	14,00%
Reino Unido	85.704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78.139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74.944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72.816	221	157,80%	46,20%
Peru	71.913	232	223,00%	49,80%

Fonte: elaboração própria com dados do ICPS, último dado disponível para cada país

Analisando os dados acima, vê-se que a população carcerária do Brasil em números absolutos é quarta maior em relação a esses países; bem como tem a quinta maior taxa de ocupação. Outro dado relevante a este trabalho é o fato de o Brasil exibir a quinta maior taxa de presos sem condenação, ou seja, aproximadamente quatro entre dez (41%) presos ainda serão julgados.

Outro dado relevante trazido à tona pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (Junho de 2014) - se refere à taxa de aprisionamento dos quatro países com a maior população carcerária do mundo - Estados Unidos, China, Rússia e Brasil -, em que os três primeiros estão reduzindo essa taxa, ao passo que o Brasil tem aumentado. Inclusive, referido estudo afirma que mantida essa taxa, a projeção é que o Brasil ultrapasse a Rússia em 2018.

Mais uma informação importante que o Levantamento do INFOPEN traz diz respeito ao tempo que presos ficam sem condenação (mais de 90 dias) nas unidades prisionais. O dado revelado pela pesquisa é o de que 60% dos presos provisórios estão sob custódia há mais de noventa dias esperando o julgamento, com Ceará, Alagoas e Mato Grosso com 99%, 93% e 80%, respectivamente, com presos provisórios sem terem ainda passado por julgamento.

Todos esses dados, inexoravelmente, induzem a uma conclusão: prende-se, mas não de maneira devida. Os números revelam que a quantidade alarmante de presos provisórios (cerca de 41%) e a relação diretamente proporcional entre número de prisões efetuadas e número de crimes, em que ambos aumentam, faz com que se reflita sobre outras formas de punição, consoante já dito.

No entanto, iniciativas de caráter ressocializador devem ser contabilizadas num viés de política pública criminal, com vistas ao cumprimento de garantias fundamentais. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça realiza o mutirão carcerário, desde agosto de 2008, o qual garante o devido processo legal aos presos definitivos e provisórios; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais<sup>51</sup>.

Segundo dados do CNJ desde o início do programa mais de 400.000 processos já foram vistos e mais de 80.000 benefícios foram concedidos, como liberdade provisória, trabalho externo, entre outros.

Com a Lei nº 12.106/2009, foi instituído o órgão Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), responsável por questões de execução penal, medidas ressocializadoras, condições dos encarceramentos dos apenados, condição dos adolescentes infratores, entre outras atribuições nesse viés. Esse órgão desenvolve o Programa Começar de Novo, que coordena, em nível nacional, vagas de trabalho, capacitação profissional, oportunidades de estudo para detentos, egressos do sistema carcerário e adolescentes infratores.

Corroborando-se a isto, a audiência de custódia vai servir também para que o número de presos provisórios diminua pelos motivos que serão levantados no capítulo a seguir.

### **3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

A audiência de custódia consoante ensina Gisele Souza de Oliveira *et al*, tem como definição:

A denominada audiência de apresentação ou de custódia é um instrumento de natureza pré-processual que pode ser definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro) com o objetivo de que a sua prisão em flagrante seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade e seja cessada a constrição, se ilegal, ou mesmo

---

<sup>51</sup>Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 08 de junho de 2016.

ratificada e fortalecida através da decretação da prisão preventiva, ou ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa, se cabível. Nessa mesma ocasião ainda é possível exercer o controle judicial sobre a prática nefasta e ainda vigente, consistente em submeter o custodiado a atos de maus tratos ou de tortura<sup>52</sup>.

Consoante exposto acima, a natureza jurídica da audiência de custódia é pré-processual, ou seja, um procedimento anterior, inclusive, à própria propositura da denúncia promovida pelo Ministério Público e o recebimento pelo magistrado competente. Assim, é um procedimento acautelatório com intuito de o juiz verificar as condições pessoais do acusado, possíveis ameaças a seus direitos de integridade física e psicológica; bem como a aplicação de medida cautelar pertinente.

Outro ponto que se coloca pelos adeptos à audiência de custódia é o de que na maioria dos casos, o preso só tem contato com a autoridade judiciária numa das últimas fases do processo penal, que é o interrogatório, e muito tempo depois, por vezes, meses e anos; o que pode ensejar em graves prejuízos ao acusado, porquanto este, muitas vezes, não necessita de ser preso preventivamente.

Com o intuito de garantir que a audiência de custódia fosse implementada, algumas ações judiciais já questionavam sobre a incidência deste procedimento no processo penal brasileiro, antes ainda da iniciativa do CNJ, que a regulamentou.

Nesse sentido, a Defensoria Pública da União no Amazonas ajuizou em 2014 uma Ação Civil Pública perante a Justiça Federal. Pleiteava assim, a consagração de um direito reconhecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Um dos defensores públicos responsáveis pelo ajuizamento da ação, Edilson Santana, afirmou que “por meio da audiência de custódia, o contato imediato entre o preso e o juiz pretende evitar atos de tortura ou maus tratos provocados no investigado e controlar a legalidade, necessidade e adequação da prisão”. No entanto, não restou acolhida referida pretensão pelo Poder Judiciário.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup>OLIVEIRA, Gisele Souza et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 106.

<sup>53</sup>Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/dpu-ajuiza-acao-cobrando-implantacao-audiencia-custodia>>. Acesso 10 de junho de 2010.

Contudo, a audiência de custódia no âmbito do Processo Penal brasileiro se iniciou, de fato, em janeiro de 2015, a partir de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de projeto piloto<sup>54</sup>, visando à implantação das audiências.

Assim, foi publicado, em janeiro de 2015, o Provimento Conjunto nº 03/2015<sup>55</sup> da Presidência e da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinando a implementação gradativa das audiências. Assim, em fevereiro, o Projeto Audiência de Custódia foi lançado, o que ensejou em alguns dias depois nas primeiras audiências.

Nesse Provimento, estabeleceu-se, em suma, que a apresentação do preso em flagrante se dá em 24 horas ao juiz pela autoridade policial, a contar do momento da prisão, com cópia do auto de prisão em flagrante. Ainda, que a audiência é realizada somente depois de o preso se entrevistar com advogado ou defensor público; que o juiz informa sobre os direitos do acusado, inclusive o de permanecer em silêncio; em seguida, o juiz pergunta sobre sua qualificação (estado civil, condições pessoais etc.); depois, o juiz solicita a manifestação do Ministério Público e da defesa para decidir sobre a prisão nos termos do artigo 310 do CPP. E, em caso extremo de decidir pela prisão, verifica se não cabe a prisão domiciliar nos termos do artigo 318 do CPP.

Não obstante isso, em abril de 2015, o CNJ em parceria com o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) firmou três acordos relacionados a medidas cautelares, no âmbito do processo penal. O primeiro acordo se refere à conjugação de esforços para a implantação da audiência de custódia em todos os estados. O segundo diz respeito à ampliação do uso de medidas alternativas à prisão. E o terceiro, por sua vez, visou elaborar diretrizes para a política de monitoramento eletrônico.

Entretanto, há aqueles que se colocam contra a implementação da referida audiência, como a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES,

---

<sup>54</sup>Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>. Acesso em 10 de junho de 2016.

<sup>55</sup> Disponível em <<https://s.conjur.com.br/dl/regulamentacao-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em 10 de junho de 2016.

que enviou manifestação ao CNJ a criticando. A Associação pontuou que a iniciativa podia afetar a segurança pública, tendo em vista a retirada de policiais das ruas e delegacias; questionou também a falta de estrutura administrativa para a realização das audiências tanto dos tribunais como das delegacias de polícia; colocou também que o projeto teria difícil implementação pelas características continentais do Brasil, citando exemplo da região norte; além da judicialização e encargos administrativos a mais aos juízes; além do que o sistema já garantiria os direitos a quem se pretendia proteger<sup>56</sup>.

No entanto, a manifestação restou arquivada pelo CNJ, considerando que as argumentações da Anamages não prosperavam, pois, em resumo, o sistema sem as audiências não garantia aos presos a adequada proteção, além de a regulamentação estar de acordo com normas internacionais de direitos humanos<sup>57</sup>.

Com relação a leis que disponham especificamente sobre audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, ainda inexistem<sup>58</sup>. No entanto, o CNJ editou a Resolução nº 213/2015<sup>59</sup>, que regulamentou a audiência de custódia em todos os Estados da Federação e o Distrito Federal.

---

<sup>56</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/cnj-arquiva-manifestacao-anamages-audiencia-custodia>>. Acesso em de junho de 2016.

<sup>57</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO (PCA). ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS (ANAMAGES). CONSIDERAÇÕES E PREOCUPAÇÕES COM A IMPLANTAÇÃO DO PROJETO “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”. CARÁTER PROGRESSIVO E ESCALONADO DO PROJETO. ADESÃO VOLUNTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS E DE DESCONSIDERAÇÃO DE VICISSITUDES LOCAIS. ADEQUAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO ORDENAMENTO PÁTRIO DE ACORDO COM NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. PARTICIPAÇÃO NO PROJETO DE ÓRGÃOS DO EXECUTIVO E DA SOCIEDADE CIVIL, ALÉM DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) E DOS ENTES FEDERADOS. DIÁLOGO SOBRE O TEMA. PREOCUPAÇÃO COM REPERCUSSÃO DISCIPLINAR CONTRA MAGISTRADOS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS. IMPOSIÇÃO DE ENCAMINHAMENTO DO PRESO PARA UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO. EXORBITÂNCIA DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). INVIABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS VOLUNTÁRIOS. PROVIDÊNCIA CONTIDA EM TERMO DE COOPERAÇÃO FIRMADO PELO CNJ COM O CONSELHO FEDERAL DA OAB. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ARQUIVAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 25, X, DO REGIMENTO INTERNO DO CNJ). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/cnj-nega-pedido-anamages-mantem-norma.pdf>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

<sup>58</sup> Há apenas proposições legislativas, como o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que modifica o artigo 306 do CPP, introduzindo a audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro.

<sup>59</sup> Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

Com base em que o CNJ editou referida Resolução? E em que medida a referida audiência garante os direitos fundamentais do acusado? É o que passemos a analisar.

Em primeiro plano, o CNJ considerou os Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como a Convenção Americana sobre direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como meio eficaz de se coibir torturas e maus tratos aos detentos, no entanto, este tema será melhor abordado em tópico posterior.

Além disso, a resolução também foi fundamentada pelas decisões proferidas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240<sup>60</sup> e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347<sup>61</sup>, ambas do Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu sobre a constitucionalidade da implementação das audiências de custódia.

Na primeira decisão supra citada (ADI nº 5240), ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, que se colocou contra a implementação da audiência de custódia, foi pleiteada declaração de inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03/2015, celebrado entre o CNJ, TJ/SP e Ministério da Justiça. A Associação dos delegados utilizou os seguintes argumentos: extrapolação de competências legislativas de processo penal pelos órgãos envolvidos (CNJ;TJ/SP e Ministério da Justiça) afetas umbilicalmente ao Poder Legislativo Federal e que,

---

<sup>60</sup> Ementa da decisão no ANEXO A deste trabalho.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

normas de tratados internacionais não serviriam de embasamento jurídico pertinente para edição de referido ato. No entanto, o pedido restou indeferido por maioria dos ministros, eles decidiram pela constitucionalidade do Provimento Conjunto, por entenderem ser suficiente a legislação convencional para a edição do ato.

A segunda decisão mencionada (ADPF nº 347) foi paradigmática para a realização das audiências de custódia. Restou consignado o “estado de coisas inconstitucional, por condições desumanas de custódia e violação massiva de direitos fundamentais”, estabelecendo que juízes e tribunais realizassem em até noventa dias a audiência de custódia, no prazo de até vinte e quatro horas, a partir do momento da prisão, bem como que o magistrado ou órgão competente para a aplicação da cautelar prisional motivassem expressamente os motivos que não se poderiam aplicar medidas alternativas ao cárcere para o acusado.

O Conselho Nacional de Justiça também embasou a edição da resolução no relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011)<sup>62</sup>, pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU<sup>63-64</sup> e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos<sup>65</sup>, que revelam os problemas relacionados à prisão.

Ainda, o CNJ considerou os dados divulgados pela pesquisa realizada entre o CNJ e INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ) sobre o diagnóstico de pessoas presas, publicados em 2014 e 2015, em que foi demonstrado o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente.

O CNJ ainda fundamentou sua decisão com base na Constituição Federal (art. 5º, LXV, LXVI) em que a prisão é exceção; e no próprio Código de Processo Penal, pois a regra insculpida nesse diploma é a de que somente é possível ao juiz a

---

<sup>62</sup> Disponível em: <[http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio\\_SPT\\_2012.pdf](http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf)>. Acesso em 11 de junho de 2016.

<sup>63</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitraria-declaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

<sup>64</sup> Parte do Relatório disponível no ANEXO B deste trabalho.

<sup>65</sup> Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

aplicação da medida de prisão preventiva quando outra menos gravosa não seja possível.

O CNJ ainda expôs como motivação de elaboração do ato normativo, a Recomendação nº 49/2014 do próprio CNJ que dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas - princípios e regras - do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências<sup>66</sup>.

Assim, atualmente no Brasil todos os estados da federação e o Distrito Federal, no âmbito das justiças estaduais, já implementaram a audiência de custódia<sup>67</sup>.

### 3.2 FONTE CONVENCIONAL E EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

O pressuposto principal de que se parte, ao se tratar da implementação da audiência de custódia no Brasil é em relação aos documentos internacionais dos quais o país é signatário. Foi a partir deles que se avançou nesse ponto.

Nesse sentido, no Brasil, a audiência de custódia se ampara em dois principais documentos internacionais de direitos humanos<sup>68</sup>, incorporados ao direito pátrio, são eles: o Pacto de São José da Costa Rica, o qual dispõe no seu artigo 7.5 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 (...)” e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que em seu artigo 9.3 aduz que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

---

<sup>66</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1983>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

<sup>67</sup> 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 11 de junho de 2016.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Gisele Souza et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 107.

Tais normas de Direito Internacional, no entanto, não são novas no nosso ordenamento jurídico. O Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgado pelo Dec. 678, de 6 de novembro de 1992<sup>69</sup>; enquanto que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também foi promulgado naquele ano através do Dec. 592/1992<sup>70</sup>.

Nesse sentido, é que se fala em um novo paradigma de controle das normas, qual seja, o controle de convencionalidade<sup>71</sup>, pois nesse caso, mesmo não tendo sido observado o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal<sup>72</sup> de 1988, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação no sentido de que esses Tratados foram incorporados ao ordenamento jurídico com hierarquia infraconstitucional e supralegal<sup>73</sup>.

Portanto, mesmo com mais de duas décadas de existência das normas supra citadas, as instituições, a partir da movimentação recente do Poder Judiciário, começaram a regulamentar e a implementar esse modelo garantista, efetivando essa providência, que está de acordo com os normativos do Código de Processo Penal, principalmente após as modificações trazidas pela Lei n 12.403/2011.

Em análise ao direito comparado, impende frisar que outros países da América Latina já incorporaram em suas legislações o direito ao preso em se apresentar em juízo após algumas horas de sua prisão. Como por exemplo, a Argentina<sup>74</sup>, Chile<sup>75</sup>, Colômbia, Equador e Uruguai.

---

<sup>69</sup> O art. 1º do referido decreto diz: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

<sup>70</sup> O art. 1º do referido decreto diz que: “O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.”

<sup>71</sup> Para Mazzuoli: “As normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade. Frise-se que ênfase especial será dada ao primeiro novo tipo de controle referido: o controle de *convencionalidade* das leis”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, ano XXXVI – nº 113, p. 335, mar/2009)

<sup>72</sup> Art. 5º, § 3º da CF/88: 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

<sup>73</sup> Ementa da decisão do Recurso Extraordinário nº 349703/RS no ANEXO C deste trabalho.

<sup>74</sup> O Código Procesal Penal Argentino dispõe em seu artigo 64: “Derechos del imputado. A todo imputado se le aseguran las garantías necesarias para su defensa, a cuyo fin las autoridades

Quanto aos prazos de apresentação isso varia conforme a legislação de cada país. A título de exemplo, a Constituição da Guatemala (artigo 6º) prevê a apresentação no prazo máximo de 06 horas; enquanto que o CPP do Chile (artigos 131 a 132) prevê o prazo de 24 horas. Já a Constituição do Haiti (artigo 26), a Constituição da Nicarágua (artigo 33.2), a Constituição do México (artigo 160), a Constituição da África do Sul (artigo 35.1, letra d) e a Constituição de Portugal estabelecem o prazo máximo de 48 horas. A Constituição da Espanha, no entanto, prevê um prazo maior, fixando em 72 horas, mesmo prazo da Suécia (capítulo 24, Seção 12, 1 parágrafo)<sup>76</sup>. No Brasil, o CNJ fixou o prazo em 24 horas.

Isso evidencia que a posição do Brasil coaduna-se a de outros países que já tem a apresentação do custodiado como pressuposto de legalidade em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

### 3.3 FINALIDADE E EFETIVIDADE

Sem sombra de dúvidas, a realização da audiência de custódia pelo Estado brasileiro perpassa pela consagração de um direito fundamental, ou seja, a proteção do indivíduo contra intervenções arbitrárias pelo Estado.

Ainda, tem como escopo minimizar a crise carcerária pela qual o Brasil passa, diminuindo a quantidade de presos provisórios.

Registre-se ainda, que é salutar que o acusado tenha um contato pessoal com o juiz, pois é a partir dali que o magistrado pode identificar situações de tortura ou mesmo situações que não sejam reais, mas que postulam até então como verdadeiras. Verificando assim, a razoabilidade da medida imposta ao suposto cometimento do delito.

---

intervinientes le informarán los siguientes derechos: a) a ser informado de las razones de su aprehensión o detención, la autoridad que la ha ordenado, entregándole si la hubiere copia de la orden judicial emitida en su contra, y el de ser conducido ante un juez, sin demora, para que decida sobre la legalidad de aquélla”.

<sup>75</sup> O Código de Procedimiento Penal Chileno dispõe no artigo 264:” Si el aprehendido en delito flagrante es presentado inmediatamente al juez competente, éste procederá a tomar declaración al aprehensor, a los testigos presenciales que concurren y a interrogar al detenido; y en vista de estas investigaciones lo dejará en libertad o mantendrá la detención, o la convertirá en prisión preventiva, según proceda de derecho.

<sup>76</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 59-60.

Interessante exemplo é o que se retira do documentário Justiça<sup>77</sup>, de Maria Augusta Ramos, que descreve os problemas do sistema prisional, bem como o cotidiano dos atores desse sistema (magistrados, familiares, réus). Assim, em um dos casos mostrado, um indivíduo é acusado de ter cometido o crime de roubo, mas na denúncia também havia a informação de que para a consumação do crime, o acusado teria pulado um muro, no entanto, o acusado, consoante descreve o documentário, não anda, por ser portador de necessidade especial, fazendo uso de cadeira de rodas, por muito anos. Ou seja, a informação da própria denúncia é contraditória, na medida em faticamente seria praticamente impossível o feito pelo acusado. Nesse exemplo, fica nítida a importância da audiência de apresentação, para que se evite abusos como tais, frequentes no Brasil, pois se dá a chance do contraditório, colocando fatos relevantes para a valoração do magistrado.

Com relação à efetividade da medida, os primeiros resultados já podem ser visualizados. Segundo dados do CNJ, até setembro de 2015, São Paulo já havia registrado a liberação de 3.600 presos. Já o Espírito Santo, o Maranhão e Minas Gerais tiveram índice de liberação, respectivamente, de 970, 404 e 329 presos<sup>78</sup>. O CNJ estima que ocorra a liberação de 120.000 presos e uma economia de até R\$ 4,3 bilhões ao Estado brasileiro com o projeto já implementado em todo o país.

Importante frisar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF – foi o primeiro do país a divulgar dados mensais acerca das audiências de custódia. Vejamos as tabelas abaixo:

**Audiências de custódia realizadas em 2015**

MÊS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ALVARÁS DE SOLTURA	CONVERSÃO EM PREVENTIVA
OUTUBRO	550	317	233
NOVEMBRO	882	493	389
DEZEMBRO	890	524	366
<b>TOTAL 2015</b>	<b>2322</b>	<b>1334</b>	<b>988</b>

Fonte: NAC/TJDF<sup>79</sup>

**Audiências de custódia realizadas em 2016**

MÊS	AUDIÊNCIAS	ALVARÁS DE	CONVERSÃO EM
-----	------------	------------	--------------

<sup>77</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=75P1KTTTji0>>. Acesso em 13 de junho de 2016. Retrata o cotidiano dos juízes, defensores públicos e réus no âmbito de suas profissões, bem como o dia-a-dia de cada um deles.

<sup>78</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80470-audiencia-de-custodia-evita-mais-de-6-mil-prisoos-desnecessarias>>. Acesso em 13 de junho de 2016.

<sup>79</sup> Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produktividade/produktividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/AUDINCIASDECUSTDIA2015.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2016.

	<b>REALIZADAS</b>	<b>SOLTURA</b>	<b>PREVENTIVA</b>
JANEIRO	949	530	419
FEVEREIRO	912	514	398
MARÇO	1056	530	526
ABRIL	1074	563	511
MAIO	1070	513	557
<b>TOTAL</b>	<b>5061</b>	<b>2650</b>	<b>2411</b>

Fonte: NAC/TJDFT<sup>80</sup>

Bem se vê, a partir das tabelas acima que do total de audiências de custódia realizadas, em mais de cinquenta por cento delas teve como resultado a expedição de alvará de soltura para os acusados, em relação ao TJDFT.

Em linhas gerais, se observa a partir dos dados até agora obtidos que a implementação das audiências de apresentação tem cumprido, enquanto política pública e consagração de direitos, o papel a que o CNJ juntamente com os tribunais estabeleceram. Claro que os primeiros passos à uniformização estão sendo dados. Ainda há muito o que fazer em relação à estrutura para que os objetivos dessa medida sejam integralmente realizados. O mais importante, no entanto, é que os objetivos com a realização do procedimento pré-processual sejam cumpridos e aperfeiçoados no decorrer do tempo.

## **CONCLUSÃO**

O trabalho além de contextualizar a prisão cautelar no processo penal brasileiro, reforçou a idéia de se estabelecer mecanismos para conter a grave crise pela qual perpassa o sistema carcerário nacional.

Demonstrou-se o não cumprimento do pressuposto constitucional de zelar pela liberdade em detrimento da prisão, que, na prática dos tribunais, principalmente em juízos de primeira instância, prendem para depois averiguar os fatos.

Isso, evidentemente aliado a outros fatores, fez com que o sistema prisional entrasse em colapso, a ponto de o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF nº 347/2015, considerar o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, com suas constantes violações de direitos humanos.

---

<sup>80</sup> Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia>>. Acesso em 13 de junho de 2016.

É também nesse sentido que a audiência de apresentação, como política pública, torna-se pertinente. Pois efetiva a prisão como última medida para o magistrado, deixando isso claro.

Não houve mudança de cultura das justiças após o advento da Lei nº 12.403/2011, ou seja, prendeu-se muito ainda.

Outro ponto que se coloca, é a interpretação do STF sobre a hierarquia das normas de direito internacional, ainda que não consoantes com o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da CF, o que permitiu a edição dos atos de regulamentação pelo CNJ das audiências de custódia.

Assim, a hipótese apresentada inicialmente se confirma, na medida em que, efetivamente, a audiência de custódia representa a materialização de direitos já concebidos dentro do nosso ordenamento jurídico. Ainda, é possível a constatação através dos resultados obtidos pelos órgãos competentes, CNJ, Tribunais estaduais, por exemplo.

Dentro das políticas criminais que delineiam os sistemas penal, de processo penal e de execução penal, a implementação das audiências representa um marco. Não obstante isso, o esforço precisa ser contínuo para que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário verifiquem os resultados de acordo com os objetivos. E não apenas, indagar qual é o verdadeiro papel na nossa sociedade na aplicação do direito penal, se este é utilizado adequadamente e se atende aos objetivos estabelecidos, dentro de um Estado que busca a pacificação social e o seu desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de *et al.* Demanda Punitiva, Realidade Carcerária e Penas Alternativas no Brasil. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, ano XXXIV – nº 108, p. 323, dez/2007.

BITENCOURT, César Roberto. *A Falência Penal da Prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

CIRINO DOS SANTOS, Juarez et al. *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Bahia: Ius Podium, 2013.

EZEOKEKE, Cornélius Okwdili. *Pena mais rígida: Justiça ou Vingança*. 2ª ed. Fortaleza: Premius, 2011.

Ferreira Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

*Justiça*. Direção e Produção: Maria Augusta Ramos. Documentário, 106'58". Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=75P1KTTTjj0> > Acesso em: jun. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES, Aury Jr. Audiência de custódia: previsão normativa, vantagens, definição de suas características, insuficiência no regramento jurídico interno, implementação no Brasil e breves considerações sobre o PLS 554/2011. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 17, p. 15-23, setembro/dezembro de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Forense. Rio de Janeiro: 2014.

OLIVEIRA, Gisele Souza et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Juris, 2010.

POLASTRI, Marcellus. *Da Prisão e da Liberdade Provisória na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCARPA, Cláudia da Costa Tourinho *et al.* *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Bahia: Ius Podium, 2013.

*Sem Pena*. Direção: Eugenio Puppó. Documentário, 83'08". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>> Acesso em: jun. 2016.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio; AMARAL, Cláudio do Prado. *Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

<http://institutoavantebrasil.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais/>

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

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>

<http://sergiooliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/142156831/documentario-sem-pena-mostra-realidade-do-sistema-de-justica-criminal>

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

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

<http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/dpu-ajuiza-acao-cobrando-implantacao-audiencia-custodia>

<https://s.conjur.com.br/dl/regulamentacao-audiencia-custodia.pdf>

<http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/cnj-arquiva-manifestacao-anamages-audiencia-custodia>

<http://s.conjur.com.br/dl/cnj-nega-pedido-anamages-mantem-norma.pdf>

[http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio\\_SPT\\_2012.pdf](http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf)

<https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitraria-declaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/>

<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>

<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1983>

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produktividade/produktividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/AUDINCIASDECUSTDIA2015.pdf>

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produktividade/produktividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia>

<http://www.stf.jus.br/>

## **ANEXO A – EMENTA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5240/SP**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX,

Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018  
DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

## **ANEXO B – PARTE DO RELATÓRIO DO GRUPO DE TRABALHO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DETENÇÃO ARBITRÁRIA**

Apesar das reformas positivas legais no sistema de justiça criminal, o Grupo de Trabalho observou que, na prática, o acesso à justiça para as pessoas presas ou detidas é muito deficiente em muitos aspectos. Vários pré-requisitos existem como garantias fundamentais contra a privação arbitrária de liberdade. Estes incluem os direitos fundamentais de pessoas presas e detidas em fase de pré-julgamento; fase de julgamento e depois que uma condenação tenha sido executada.

Ao longo de sua visita, o Grupo de Trabalho se referiu consistentemente a normas internacionais de direitos humanos, particularmente aquelas consagradas no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ao qual o Brasil aderiu. Em particular, o artigo 9 fornece as salvaguardas contra a privação arbitrária de liberdade, a saber: que uma pessoa detida não deve ser privada de sua liberdade de forma ilegal, que ele/ela deve ter o direito de ser informado(a) no momento da prisão sobre as razões para a prisão; o direito a ser prontamente informado(a) de todas as acusações contra ele/ela; o direito de ser prontamente levado perante um juiz; e o direito de ser julgado num prazo razoável ou ser liberado. O artigo 9 também declara que não deve ser a regra geral que pessoas que aguardam julgamento sejam detidas sob custódia, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que aparecem para o julgamento.

Em vista disso, o Grupo de Trabalho está seriamente preocupado com o uso excessivo de privação de liberdade no Brasil. O Brasil tem uma das maiores populações de prisioneiros do mundo, com mais de 550 mil pessoas na prisão. O que é mais preocupante é que cerca de 217 mil detidos aguardam julgamento em prisão preventiva. O número de indígenas em relação à população carcerária também aumentou 33% durante os últimos anos. O Grupo de Trabalho também foi informado que as pessoas indígenas foram muitas vezes discriminadas tanto em relação a medidas preventivas aplicadas quanto em relação à punição imposta, o que muitas vezes envolveu uma prisão dura. A tendência preocupante observada é que a privação de liberdade está sendo usada como primeiro recurso, em vez de último, como exigido por normas internacionais de direitos humanos.

O Grupo de Trabalho observou que, como resultado da detenção excessiva, instalações de detenção estavam geralmente superlotadas. Em alguns casos, o número de detidos excedeu a capacidade em 100%. Além disso, um número estimado de 192 mil mandados ainda têm de ser executados.

Apesar da alteração do Código de Processo Penal em 2011 para permitir a adoção de medidas alternativas à detenção, o Grupo de Trabalho observou que não houve redução significativa no uso de detenção desde a introdução desta alteração. Em incidências onde medidas como fiança foram aplicadas, o detido não foi capaz de pagar o montante exigido. O Grupo de Trabalho concluiu que a privação de liberdade foi imposta, mesmo em situações em que o crime foi considerado de menor importância, como pequenos roubos não violentos ou o não pagamento de pensão alimentícia, levantando sérias preocupações sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Durante a visita, o Grupo de Trabalho se deparou com casos em que a prisão preventiva prolongada durou por muitos meses, até anos. Durante esse período, o detido não sabia o que estava acontecendo com seu caso. O Grupo de Trabalho foi constantemente informado de que atrasos do Judiciário causaram atraso substancial

e sério para os julgamentos. Recursos aos tribunais superiores também levaram muito tempo para resolver.

O problema com o acesso à justiça para os detidos tem sido agravado pela falta grave e, por vezes, inexistência de assistência jurídica efetiva. Uma queixa comum ouvida de todas as partes entrevistadas, incluindo os membros do Judiciário, foi a de que não há defensores públicos suficientes ou assistência jurídica disponível para atender aqueles que estão em detenção. A maioria dos que estão na prisão são homens jovens e negros de famílias pobres e que não podem pagar advogados privados. O Grupo de Trabalho observou que, em geral, a maioria das pessoas em desvantagem no sistema de justiça criminal, inclusive adolescentes e mulheres, eram pobres e não podiam pagar os meios para uma defesa jurídica adequada.

A sobrecarga de trabalho dos defensores públicos também é um problema crítico. Os defensores públicos que prestam assistência jurídica gratuita pode ter de lidar com até 800 casos ao mesmo tempo. Isso impactou negativamente o direito de um detento à igualdade e julgamento justo. Mesmo em Estados onde há um sistema de defensoria pública, muitas vezes as áreas rurais ou do interior não têm defensores públicos atendendo as pessoas em detenção. A sobrecarga de trabalho muitas vezes significava que os defensores públicos não foram totalmente eficientes na realização de suas responsabilidades.

Os detentos também afirmaram que só conheceram o seu defensor público no início de seu julgamento (acusação), o que pode ocorrer meses após a sua detenção. Em alguns casos, foram necessários anos antes dessa oportunidade no tribunal. A chance de conhecer e discutir um caso antes de julgamento foi maior se um prisioneiro tivesse um advogado particular. O Grupo de Trabalho observa que não faltam aos defensores públicos a necessária competência e qualificação para exercer as suas responsabilidades, mas que o problema está relacionado com a carga de trabalho pesado que eles têm para gerir. A deficiência em obter assistência jurídica eficaz é mais problemática, devido à ausência de serviços *pro bono* para detentos, como no Estado de São Paulo. Os juízes também informaram da sua própria dificuldade de lidar com o número de casos e, em alguns lugares, havia muito poucos juízes que lidam com casos criminais.

Devido à falta de assistência jurídica adequada, o Grupo de Trabalho encontrou muitos casos em que os detentos tinham direito a benefícios, como passar de um regime fechado para um regime semi aberto, o que não poderia ser obtido devido à ausência de assistência jurídica para garantir esse direito. O atraso na obtenção de uma ordem judicial para iniciar o processo era um problema constante levantado durante a visita. O Grupo de Trabalho observou que a liberação em massa de presos pelo Conselho Nacional de Juízes nos últimos dois anos é prova de que o sistema de justiça criminal tem uma grave falta de fornecimento eficaz e adequado de assistência jurídica que pode ajudar no acompanhamento do caso de um detido. A natureza arbitrária desses casos é ainda exemplificada pelo fato de que aqueles que se qualificam para a liberação ou para os benefícios são os economicamente desfavorecidos, que não podem pagar assistência jurídica privada para ajudar em seu caso. (Parte do Relatório do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária: Declaração após a conclusão de sua visita ao Brasil (18 a 28 março de 2013))

## ANEXO C – EMENTA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 349703/RS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, **pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (grifou-se) (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)