



ISSN 2595-5519

## PRUDÊNCIA ACERCA DO OBJETO JURÍDICO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Joilton Luiz dos Santos<sup>1</sup>  
Caio Fernando Gianini Leite<sup>2</sup>  
Viviane dos Anjos Pinheiro<sup>3</sup>

### RESUMO

O estudo se sustenta na compreensão do propósito básico do conteúdo jurídico da audiência de custódia e a aplicação da prisão preventiva neste contexto. A saber, é preciso antes de adentrar ao seu núcleo, recordar a liberdade com qualidade de bem maior na ordem jurídica brasileira, sendo subtraída apenas em última opção. Dito isso, alcançar o liame existente entre a audiência de custódia e a excepcionalidade da prisão preventiva, é o objetivo do estudo, contra o suposto uso deliberado do enclausuramento como regra, prática que hipoteticamente ainda é comum na cultura judiciária do país. Uma matéria que ainda carece de normatização legal, a audiência de custódia segue oscilante. Sustentada por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), comporta em sua origem além de uma espécie de ativismo judicial a internalização no país de tratados internacionais firmados desde 1992, havendo 23 anos depois (2015), pela implantação do mecanismo de audiência de custódia, a materialização de direitos neles presente. Seu objetivo é garantir que toda pessoa presa seja levada à presença de uma autoridade judiciária (juiz), para que se assegure os seus direitos individuais e, se for o caso, evitar que a prisão seja imposta sem avaliar a sua subsidiariedade, sendo preferido a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que esta é a leitura que se faz da conjuntura atual do ordenamento jurídico nacional. Assim, fez-se pelo estudo considerações finais que corroboram a existência de um vínculo da audiência de custódia no trato da excepcionalidade da prisão.

**Palavras-chave:** Audiência de custódia. Excepcionalidade. Prisão preventiva. Liberdade.

<sup>1</sup> SANTOS, Joilton Luiz dos: Acadêmico do VII termo do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade do Vale do Juruena – AJES – Juína/MT; graduado em Letras pelo Instituto Superior de Educação do Vale do Juruena – AJES – Juína/MT. E-mail: joiltonft@gmail.com.

<sup>2</sup> LEITE, Caio Fernando Gianini (orientador): Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto/SP - Faculdade Laudo de Camargo - (1999); Especialização (Pós Graduação Lato Sensu) em Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru/SP - (2002); Especialização (Pós Graduação Lato Sensu) em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Anhaguera - Núcleo Campinas/SP - (2011); Mestre em Direito Constitucional - Área de Concentração 'Sistema Constitucional de Garantia e Direitos' - pela Instituição Toledo de Ensino, Núcleo Bauru/SP (Turma 2011/2013). E-mail: caiogianini@bol.com.br.

<sup>3</sup> PINHEIRO, dos Anjos Viviane: Acadêmica do VII termo do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade do Vale do Juruena – AJES – Juína/MT. E-mail: vivi.anjos.pinheiro@gmail.com.



ISSN 2595-5519

## INTRODUÇÃO

A partir deste estudo, aborda-se a fundamentação legal e a natureza jurídica da audiência de custódia no Brasil, levando em conta sua implementação, os critérios, e as nuances do seu alcance, desnudando seu objeto jurídico, para ser observada do ponto de vista da aplicação da prisão preventiva, medida esta, *a priori*, excepcional do sistema processual brasileiro.

Neste passo, a liberdade do indivíduo é um dos instrumentos mais valorizado pelo espírito republicano presente na constituição federal de 1988. E é pelo crivo do Estado democrático de direito que se preserva o instituto da liberdade provisória em detrimento da medida restritiva de liberdade (prisão), a qual, por vezes, aparece em uso desmedido ou abusivo, indo contra os princípios da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência.

Com o objetivo de alcançar o liame existente entre a audiência de custódia e a excepcionalidade da prisão preventiva, o presente instrumento investiga o posicionamento doutrinário, e as mudanças na legislação processual e na produção regulamentar que calham com essa versão, rechaçando o suposto uso deliberado do enclausuramento como regra, prática que hipoteticamente ainda é comum na cultura judiciária do país.

Assim, este estudo explora algumas reflexões relevantes do tema, das quais algumas delas, vacilantes, ainda não se encontram pacificadas quanto a mais acertada aplicação. É, pois, uma matéria que ainda carece de regulamentação legislativa processual penal, uma vez que a audiência de custódia, uma dessas matérias, sustenta-se nacionalmente por uma resolução cunhada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que com o escopo de regulamentar essa atividade, buscou materializar direitos já convencionados pelo país internacionalmente.

A metodologia que se emprega, trata-se de análise pormenorizada e, desdobrada pelo método hipotético-dedutivo, para construir, inicialmente por suposições, um conhecimento lastreado pela revisão bibliográfica e documental do tema. Contendo, além de dispositivos normativos supralegais e legais, informações e estudos específicos, dispostos em sítios da rede mundial de computadores (internet), obras e estudos científicos recentemente realizados.

Contudo, sem o intuito de esgotar o assunto, pois este é vasto e dinâmico, doravante se restringe àquilo que mais converge para atender ao que se busca. Ou seja, apresenta-se abordagens



ISSN 2595-5519

que não esviasiam o assunto, mas suscitam pertinente relevância.

## 1. FUNDAMENTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – editou a resolução de número 213, provendo a aplicação da audiência de custódia ou de apresentação, em todo o território nacional. Gradativamente, vem operando seu estabelecimento de acordo com as condições de recursos humano, econômico e/ou instrumental, em todas as comarcas.

Entrando em vigor a partir de fevereiro de 2016, seu teor diz respeito basicamente ao encaminhamento pessoal de toda pessoa presa em flagrante delito ou por mandado de prisão (cautelar ou definitivo), à presença de uma autoridade judicial competente (juiz), em até 24 horas da comunicação do flagrante, para que este possa avaliar: a legalidade da prisão a relaxando se for o caso; a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, e quando necessário, não cabendo outra alternativa, conceder a prisão cautelar; e, por fim, registrar práticas de abusos eventualmente cometidas por agentes policiais (torturas, maus tratos e etc.) para sua devida apuração.

Este mecanismo, é inserido em âmbito nacional mediante documentos internacionais aderidos/assinados pelo Brasil, quais sejam: Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Cada um deles tem dispositivo que menciona sobre a garantia de apresentação à autoridade competente, o primeiro podendo ser visto nos seguintes dizeres:

Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infração penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no acto de júízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença (art. 9º, item 3)<sup>4</sup>.

Entretanto, é impreciso quando define o tempo após a prisão para que ocorra a apresentação da pessoa presa ou detida, o que leva o texto supramencionado a produzir questionamentos quando

<sup>4</sup> Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas . disponível em: <[http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html)>. Acesso em: 05 de set de 2019.



**ISSN 2595-5519**

diz sobre “prazo razoável”, não deixando claro o que seria este período. Com outras palavras, trecho retirado do pacto de São José da Costa Rica afirma a necessidade de apresentação do preso “sem demora”, com semelhante sentido, mas igualmente vago quanto ao tempo empreendido até a apresentação do custodiado:

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa (art. 7º, item 5)<sup>5</sup>.

Baseado nestas referências e em outras fontes legislativas e não, o Brasil ratificou seu dever frente ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana, valoração esta presente em toda invergadura da Constituição Federal de 1988.

O direito, e principalmente o penal, não deve tomar por base apenas normas internas, uma vez que é composto por direitos multidimensionais, que não se reduzem a uma norma, mas abarca todas aquelas que tratam sobre direitos humanos, marcando um constante trilhar rumo ao que se convencionou pelo mundo em termos de garantias mínimas ao ser humano. É o que se chama de processo penal humanitário, pois alude mais que as normas legais e constitucionais, tem sua medida formada pela altura das convenções, as quais os países se convencionam a respeitar. Aury Lopes Jr. e Caio Paiva asseveram sobre este debate, nos seguintes termos:

O processo penal certamente é o ramo do Direito que mais sofre (ou melhor, que mais se beneficia) da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não sendo exagero se falar, atualmente, que para se alcançar um devido processo, esse deve ser, não apenas legal e constitucional, mas também convencional. Nesse sentido, Nereu Giacomolli tem absoluta razão quando afirma que: “Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma éticopolítica, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo<sup>6</sup>.”

<sup>5</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 05 de set de 2019.

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Liberdades*, São Paulo, v. 17, p.11-23, set. 2014, p. 13-14. Quadrimestral. Disponível em:



**ISSN 2595-5519**

Inseridos no ordenamento jurídico respectivamente pelos decretos nº 592, de 6 de julho de 1992 e nº 678, de 6 de novembro de 1992, os tratados e convenções em comento possuem natureza supralegal na ordem jurídica brasileira. Pois foi assim definido pelo plenário do supremo tribunal federal – STF<sup>7</sup> (RE 466.343-SP), com relação a todos os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, ocasião na qual julgou e aceitou a tese do ministro Gilmar Mendes, então presidente da Corte. Fato que foi repisado no habeas corpus (HC 90.172-SP)<sup>8</sup>, 2ª Turma, sob a relatoria do mesmo ministro, em votação unânime, 05 de junho de 2007 e confirmado no expressivo julgamento do dia 03 de dezembro de 2008.

Mas esta ideia de supralegalidade aos tratados que discorram sobre direitos humanos, somente decorreu a partir de arcabouço trazido pela emenda constitucional nº 45<sup>9</sup>, de 2004, a qual deixou claro que os tratados e convenções de direitos humanos firmados pelo mesmo rito de uma emenda à constituição (art. 5º, §3º da CF/88), teriam seus status formalmente constitucional, o que levou ao raciocínio de uma posição intermediária entre a lei e a constituição, para os tratados que fossem ratificados pelo país mas não passassem pelo rito sobredito (votação em dois turnos, nas duas casas do congresso, mediante a aprovação de três quintos dos votos dos respectivos membros).

Assim, a pesar de existir previsão nos tratados internacionais adotados pelo país desde 1992, apenas 23 anos após houve uma profunda preocupação com o tema e iniciativa para implantação da audiência de custódia, numa atitude do poder judiciário (para combater a flagrante negligência de direitos fundamentais e a inércia legislativa) e não do poder legislativo (silente até o momento sobre o projeto de lei que está emperrado naquela casa [em trâmite] ou sobre qualquer outra proposta).

---

<[http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia\\_de\\_custodia\\_e\\_a\\_imediata\\_apresentacao\\_do\\_preso\\_ao\\_juiz\\_Rumo\\_a\\_evolucao\\_civilizatoria\\_do\\_Processo\\_Penal.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia_de_custodia_e_a_imediata_apresentacao_do_preso_ao_juiz_Rumo_a_evolucao_civilizatoria_do_Processo_Penal.pdf)>. Acesso em: 06 de set de 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO (03/12/2008 - TRIBUNAL PLENO) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 06 de set de 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. HABEAS CORPUS 90.172-7 SÃO PAULO (05/06/2007 SEGUNDA TURMA). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc90172.pdf>>. Acesso em: 06 de set de 2019

<sup>9</sup> BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 07 de set de 2019.



**ISSN 2595-5519**

Enfrentado pelo STF na ADPF n° 347<sup>10</sup>, em 27 de agosto de 2015, consignou-se a obrigatoriedade para apresentar toda pessoa presa à autoridade judicial competente, com determinação final para que passassem a realizar as audiências em até 90 dias daquela data, o que culminou na regulamentação pelo CNJ, mediante a resolução 213.

Portanto, até o ano de 2015, não existiam, no Brasil, atos normativos que delineassem um modelo procedimental para a realização da audiência de custódia ou de apresentação do preso. Só quando o Supremo Tribunal Federal definiu a obrigatoriedade dessa audiência é que as cortes de justiça, por meio de resoluções, provimentos e portarias, passaram a fixar os ritos a serem observados em analogia com a audiência de interrogatório, dirigindo a atuação judicial para a análise da legalidade da prisão e da real necessidade de manutenção da custódia cautelar (ANDRADE, 2017, p. 226).

Como se observa, não há lei nacional deliberando sobre a audiência de custódia, embora haja iniciativa legislativa em trâmite no congresso nacional (Projeto de Lei 554/2011) de iniciativa do Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE). Essa lei já foi aprovada no Senado Federal, no dia 30 de novembro de 2016, mas atualmente ainda aguarda entrar em pauta para votação na câmara dos deputados. É uma matéria que carece urgentemente de um dispositivo legal para orientar melhor o sistema processual, o qual permanece obscuro e inseguro juridicamente acerca de alguns pontos, mormente ao tratar sobre demandas processuais que estão envoltas à apresentação do preso à autoridade judicial.

## **2. OBJETO JURÍDICO E FUNCIONALIDADE**

Para se aclarar o objeto jurídico da audiência de custódia e sua funcionalidade, é preciso atentar para o que traz a resolução do CNJ e as demais fontes relativas alhures mencionados, bem como a literatura jurídica sobre o assunto. A doutrina nos oferece contribuição na qual a audiência de custódia seria uma garantia ocorrida em fase pré-processual, uma vez que o ministério público ainda não tenha feito a denúncia dando propulsão ao seu início.

Neste sentido é o que traz Carlo Velho Masi (2015, p. 79)<sup>11</sup>, pois para ele a audiência de

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 07 de set de 2019.

<sup>11</sup> MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura de encarceramento. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 960, p. 77-120 (outubro de 2015), 2017. Disponível em:



**ISSN 2595-5519**

custódia “é ato judicial pré-processual que assegura a garantia de todo cidadão preso”, tendo nele presente a ideia de antecipação do contraditório e ampla defesa mesmo que de forma precária, pois comporta a presença de um defensor, do representante do ministério público e do juiz, o qual dará oportunidade para que o preso, a acusação e a defesa expresse sobre a custódia, podendo manifestarem sobre suas consequências. Além disso, verificar-se-á a integridade física, psíquica e direitos do custodiado, avaliando as circunstâncias as quais se deram a detenção ou apreensão, proferindo posteriormente sobre a necessidade de manutenção ou não da prisão.

Conforme orienta o CNJ<sup>12</sup>, “o ‘Projeto Audiência de Custódia’ consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.” É pois, uma oportunidade do exercício de autodefesa, no qual o suspeito poderá dizer sobre as razões do que supostamente fez ou diante delas se calar, porém tendo seus direitos fundamentais protegidos, conferindo-se a licitude da prisão. Nesta mesma toada, Távora e Alencar (2017, p. 928) endossa:

Audiência de custódia é a providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após à efetivação da providência cerceadora de liberdade. É “interrogatório de garantia” que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da licitude das prisões<sup>13</sup>.

Tem-se a ideia de curto espaço de tempo entre a prisão e a audiência. Nascendo aí um ponto impreciso, vacilante entre doutrinadores, código de processo penal e a própria resolução do CNJ, ao serem comparados aos tratados internacionais alhures mencionado.

Por não haver um prazo claro, há questionamento do que seria este tempo após a prisão. Trata-se de um período pouco prático e divergente. Enquanto o CNJ aponta período de até 24 horas após a comunicação do flagrante, não se sabe ao certo se seria após a apresentação do auto de prisão em flagrante ou apresentação na delegacia ou mesmo do flagrante da prisão-captura do

---

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rtrib\\_n.960.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.960.05.PDF)>. Acesso em: 08 de set de 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283498>>. Acesso em: 08 de set de 2019.

<sup>13</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.



ISSN 2595-5519

suposto criminoso.

Há alguns autores que arriscam dizer ser 24 horas incompatível com a realidade do país, ficando a se discutir o termo “sem demora” dito pela Convenção internacional. Lima (2016) partilha desta controvérsia afirmando que a expressão daria ensejo de que pudesse ser alguns dias, assentando-se no prazo considerado razoável por ele, 72 horas após a prisão. Já Guilherme Souza Nucci (2016 p. 566), acenta-se “no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis”<sup>14</sup>.

É o prazo dominante na doutrina e, pelo prenúncio da regulamentação do CNJ e proposta de lei em curso (PL 554/2011), entende-se ser o prazo contado a partir da apresentação do auto de prisão em flagrante ao juízo, pois conforme Andrade, “para que os objetivos da audiência de custódia possam ser atingidos, a apresentação da pessoa presa ou detida não pode levar muito tempo.”<sup>15</sup>

Sobre o assunto, o código de processo penal se resume em mencionar apenas sobre os autos do flagrante, dizendo em seu artigo 306, §1º: § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>16</sup>

Todavia, a audiência de custódia não serve de meio para produção provas. Não é este momento o designado para tratar sobre os fatos ocorridos e declarações do preso sobre o crime eventualmente cometido. É pois, um instrumento com objetivos alheios ao processo, uma vez que nem o seu início tenha ocorrido. Sua apreciação se encapa à legalidade dos procedimentos e condutas realizadas para se chegar a captura, ou aos atos realizados durante essa custódia, e, por fim, se existe ou não a premente necessidade de se mantê-la.

Pacelli (2017, p. 258) ao relatar sobre este ponto, diz:

Naturalmente que as partes (Ministério Público e Defesa) devem também ser ouvidas, mas

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

<sup>15</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigues. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 2. ed. rev. atual e ampl. De acordo com a Resolução nº213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 66.

<sup>16</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 08 de set de 2019.





**ISSN 2595-5519**

não para fins de esclarecimento do crime e para a inquirição do preso sobre os fatos. Para isso já é previsto o interrogatório, após regular instauração do inquérito. Não fossem suficientes tais argumentos, é de se ver também que, ainda quando realizada (a audiência) em contraditório e na presença do juiz, não será de processo que se cuidará, mas apenas da fase inicial e nascedoura da investigação. Bem por isso, eventual confissão assim obtida não deverá ser considerada como antecipação do procedimento previsto no art. 185 e seguintes do CPP. Primeiro, em razão da inexistência de processo e de efetivo exercício jurisdicional penal, e, segundo, por não ser aquele o momento procedimental adequado para a matéria, do que resultará violação ao devido processo legal.<sup>17</sup>

Assim, consagra-se a finalidade e funcionalidade da audiência de custódia. Não busca provas relacionadas ao fato, nem se discute sobre o mérito do ato supostamente criminoso. Sua real função é combater abusos, maus-tratos, torturas, prisões arbitrárias e evitar o arbitramento de prisões como regra no sistema processual.

Com a audiência, imprime-se o objetivo de baixar o número de prisões em massa. Confrontando a deliberalidade, e se restringindo à prudência no cerceamento da liberdade de locomoção. É, portanto, a instrumentalização e vocalização dos termos das últimas reformas ocorridas no sistema processual brasileiro, principalmente, em relação ao rol de medidas diversas da prisão, ofertadas pela conjuntura da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que, por seu turno, procura dinamizar e dar mais eficiência a aplicação das restrições de liberdade ambulatorial.

Com o implemento das medidas alternativas à prisão, nasce uma espécie de restrição apenas parcial da liberdade do constrito, seja impondo limites ou estipulando obrigações a serem cumpridas, evitando-se a prisão provisória. Assim, busca-se atingir os efeitos necessários e capazes de garantir um processo sem interferências que possam prejudicá-lo, e, se possível, sem enclausurar o susposto delinquente, antes do trânsito em julgado.

A audiência é na verdade um mecanismo apto a aproximar o juiz do preso, para que se tenha maior precisão das impressões ou percepções do magistrado em relação a pessoa consduzida. Esse contato tem o fito de consolidar os objetivos da audiência de custódia, garantindo que os direitos básicos estão realmente sendo preservados. Face a face com o custodiado, o presidente da audiência deve amainar a aplicação da prisão, só a impondo se inevitável para o bom andamento do processo que se iniciará adiante.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>18</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1281.



**ISSN 2595-5519**

Nesta perspectiva, seria, em regra, inviável o uso da videoconferência para substituir o encaminhamento pessoal. Em que pese as alegações, relatando sobre a falta de estrutura nas comarcas, e o alto custo para os transportes, não poderia se dar permissão a isso, visto que, sem qualquer esboço de dúvida, restaria inócua as intenções do instituto, embora excepcionalmente pudesse ser usado para sanar uma situação inusitada, com a visível possibilidade de prejuízo se não realizada desta forma.<sup>19</sup>

### **3. APLICAÇÃO E SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA**

Uma das principais bandeiras da audiência de custódia é a subsidiariedade na aplicação da prisão preventiva. Seu implemento nasceu de uma espécie de um misto de ativismo judicial e tratamento de conformidade do sistema processual interno com os tratados e convenções internacionais.

Provocado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 e, apreciado as condições de “estado de coisas inconstitucional” no conjunto de justiça penitenciária do país, o STF agiu, e posteriormente o CNJ, provocado .

Apostou-se numa solução para as superlotações nos presídios, passando a requisitar a moderação das prisões provisórias, para combater o excesso de prisões pela via das audiências de custódias, uma vez que a “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos inseridos no sistema prisional brasileiro no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica (...) era manifestamente grande frente a “inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura (...).<sup>20</sup>

Neste desiderato, a audiência de custódia é oportunidade na qual o juiz avaliará a premente necessidade de, *ex officio* (contexto do art. 310, II do CPP), *ou* mediante requerimento do ministério

---

<sup>19</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Afinal, quem ainda tem medo da audiência de custódia? (parte 3).Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 09 de set de 2019.

<sup>20</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1283.



**ISSN 2595-5519**

público ou da autoridade policial, estabelecer uma prisão cautelar (preventiva), mas seja qual for seu contexto, sempre em *ultima ratio*. Esta também é a posição de Norberto Avena<sup>21</sup>.

Demais, a tutela cautelar no processo penal, investe-se de três modalidades, sendo: medidas cautelares de natureza patrimonial; medidas cautelares relativas à prova; e medidas cautelares de natureza pessoal. Aqui ater-se-á apenas na de natureza pessoal, mais especificamente à prisão preventiva. Ao discorrer sobre ela e suas nuances, Renato Brasileiro de Lima franqueia como se dá a prisão preventiva. Mas antes é preciso conhecer como era anteriormente à mudança legislativa de 2011.

Neste passo, antes do advento da Lei nº 12.403/11, essa cautelar de natureza pessoal se resumia a um modelo caucado na chamada “bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”<sup>22</sup>, conforme era chamado pela doutrina. Se admitia somente duas opções: prisão cautelar ou liberdade provisória, e se aplicava apenas ao preso em flagrante.

O novel diploma trouxe um rol de nove medidas cautelares diversas da prisão, para que o juiz aprecie a melhor alternativa no caso concreto, com fulcro na legalidade e proporcionalidade, para estabelecê-las, podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente, conforme a necessidade.

Assim, Eugenio Pacelli sustenta que há três situações em que se poderá estabelecer a prisão preventiva, que não ocorre apenas em virtude da audiência de custódia. São elas:

a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP); como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP).<sup>23</sup>

A prisão preventiva, portanto, poderá vir autonomamente (durante a investigação ou processo); no contexto da audiência de custódia (conversão da prisão em flagrante em provisória), ou mesmo para substituir medida cautelar diversa da prisão que tenha sido ineficiente, isto é, não cumprida pelo constrito.

Diante destas possibilidades, resta saber quais os requisitos e circunstâncias legitimadoras para a sua imposição. E para respaldar tais pontos, tem-se os dispositivos legais: artigos 312 e 313

<sup>21</sup> AVENA, Norberto. Processo penal – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 663.

<sup>22</sup>

<sup>23</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 261.



ISSN 2595-5519

do Código de Processo Penal, que estipulam seu alcance.

No art. 312, tem-se que são sempre, no mínimo, três os requisitos: prova da existência do crime (materialidade) mais os indício suficiente de autoria, e mais uma das situações descritas no art. 312 do CPP, as quais são: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal<sup>24</sup>.

No art. 313, apresenta-se que a prisão só será admissível quando juntamente com ao menos um dos requisitos anteriores, houver a prática de crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (inciso I); se o acusado tiver sido condenado por outro delito doloso, em sentença transitada em julgado (inciso II), e por fim; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso III)<sup>25</sup>.

Em que pese ter se mostrado as regras gerais, não se pode olvidar que no caso da situação de preventiva em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida, há uma exceção. Não incidirá as circunstâncias do art. 313, sendo obrigatória a apreciação apenas dos requisitos do art. 312, para os casos de descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão impostas anteriormente. Pois, conforme diz Pacelli, não há outra versão crível a se chegar a não ser esta. Assim, ele explica:

Quanto à possibilidade de decretação da preventiva de modo subsidiário, sem o limite do art. 313, I, há que se ponderar ser essa a única conclusão possível, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão, nos casos em que a pena cominada ao crime doloso seja igual ou inferior a quatro anos (o teto estabelecido no art. 313, I). A prisão preventiva para garantir a execução das medidas cautelares, portanto, não pode se submeter aos limites do apontado inciso I, do art. 313, CPP.

Por conseguinte, é ainda preciso se atentar para a fundamentação de tais elementos retro mencionados, pois citar termos da lei ou referências soltas, sem a consistência do caso concreto e sua total subsunção ao dispositivo legal, não confere sustentação, podendo ser esta decisão judicial de prisão, caso ocorra, facilmente ser combatida por meio de habeas corpus, pois haverá aí um flagrante contrangimento ilegal a quem for concedida a constrição. Assim fundamenta Guilherme

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 364.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.367.



ISSN 2595-5519

souza nucci, dizendo:

A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há “prova da materialidade”, “indício suficiente de ser o réu o autor” e para “garantir a ordem pública”, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão.<sup>26</sup>

Este é um dos mandamentos constitucional em face das decisões judiciais. É necessário a fundamentação legal em todos os seus termos, sob pena de ação reparadora.

Reiterando sobre a conversão do flagrante em prisão preventiva, em que muitas destas oportunidades se dará em sede de audiência de custódia, quando do seu objeto de apreciação pela autoridade judicial competente, invocar-se-á a sua subsidiariedade, como prevê o dispositivo legal do artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal. É o que se afirma pelas palavras de Norberto Avena:

Com efeito, também a conversão do flagrante em preventiva, de acordo com o art. 310, II, do CPP, condiciona-se a que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; e, igualmente, a custódia ordenada em razão do descumprimento dessas medidas, determinando o art. 282, § 4.º, que o juiz, nesse caso, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.<sup>27</sup>

Assim, a medida progressiva de onerosidade processual penal, é estabelecida, preservando sempre as liberdades processuais em detrimento da prisão preventiva, pois seu caráter é indubitavelmente excepcional, fazendo da mesma uma medida de *última ratio*.

Isso significa que é somente em último caso, ou seja, quando já não é mais possível impor medida cautelar diversa da prisão, uma vez que *o fumus commissi delicti*, (fumaça do cometimento de um delito) e *o periculum in mora/periculum libertatis*, e os demais requisitos para se estabelecer a prisão preventiva, por si só, são insuficientes para invocar a medida mais grave. É, pois, medida que deverá ser tomada somente quando inadequadas ou insuficientes as outras medidas cautelares.

É o que apresenta o artigo 282, §6º do Código de Processo Penal, que diz: § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Demais disso, o artigo 319 possui um rol taxativo, mas não exaustivo de medidas plausíveis

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 366.

<sup>27</sup> AVENA, Norberto. Processo penal – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 672.



ISSN 2595-5519

para a conveniência do caso prático, visto na íntegra, conforme o texto legal com nove alternativas, sendo elas:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>28</sup>

São, portanto, novidades da reforma implementada no Código de Processo Penal brasileiro, em 2011, que calharam perfeitamente com as demais providências posteriormente tomadas no âmbito do sistema processual, em direção à regra de liberdade em face da prisão processual.

Essa é a posição do doutrinador Norberto Avena, que repisa sobre o tema, asseverando que:

Não é de hoje que a jurisprudência vislumbra na prisão preventiva uma medida excepcional, podendo ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. Tal excepcionalidade, com as modificações introduzidas pela Lei 12.403/2011, passou a incorporar o Código de Processo Penal, dispondo o art. 282, § 6.º, que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (entre as estipuladas nos arts. 319 e 320 do CPP, é lógico).<sup>29</sup>

<sup>28</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 de out de 2019.

<sup>29</sup> AVENA, Norberto. Processo penal – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 672.



ISSN 2595-5519

Em suma, a subsidiariedade da prisão provisória, conforme visto, é o que se espera de um sistema processual em mudança de paradigma, superando velhas culturas e parâmetros caucado na busca de solução para os problemas da segurança pública, com sustentação da medida em si própria.

#### 4. ESTUDOS E INFORMAÇÕES SOBRE O ALCANCE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Apresentado a audiência de custódia como mecanismo de equilíbrio (redução da taxa de prisões) para o número de enclausuramentos, encontra-se antagonicamente um número exacerbado de pessoas cautelarmente aprisionadas no país.

Quando se fala em encarceramentos realizados no mundo, o Brasil carregava em 2014 a terceira posição, com base nos dados coletados pelo ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres, em comparação num ranking mundial, ultrapassando a posição da Rússia<sup>30</sup>. Era um total de 676.400 mil presos. Isso significava que o Brasil possuindo apenas a 5ª maior população do mundo<sup>31</sup>, possuía desproporcionalmente elevado número de pessoas presas, sendo que dentre essas, uma grande parcela se devia às prisões cautelares (total de 41%<sup>32</sup> das prisões [grande parte: prisão preventiva]).

Por conseguinte, já era evidente a cultura do encarceramento em detrimento da liberdade individual (em que pese [aqui vale-se da observação], existirem motivos outros para que se tenha um número elevado de pessoas presas). No cenário judiciário nacional há esse reconhecimento de notório uso indiscriminado da prisão provisória como solução para todos os problemas de

<sup>30</sup> Agência CNJ de Notícias. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira/>>. Acesso em: 08 de out de 2019.

<sup>31</sup> BRASIL ESCOLA: Países mais populosos do mundo. Disponível em:

<<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/paises-mais-populosos-mundo.htm>>. Acesso em: 09 de out de 2019.

<sup>32</sup> SANTOS, Thandara (org.); Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al.]. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN, Atualização - Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. 2017. p. 13. Disponível em: <

<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/r>

[elatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/r)>. Acesso em: 11 de out de 2019.



**ISSN 2595-5519**

segurança pública. Em relatório levantado pelo CNJ – Audiência de Custódia –, relatou-se esta realidade, exarada nos seguintes termos:

As audiências de custódia são uma providência concreta para fazer frente à ideia de que com a prisão tudo se resolve. Essa cultura se instalou entre todos nós e está arraigada na forma como agem os atores da justiça criminal. Ela contamina o pensamento de todos os setores da sociedade, que têm dificuldade de perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade. Mais presos, mais presídios e mais prisões não estão trazendo a segurança que todos desejam.<sup>33</sup>

Ao arripio do sentido de excepcionalidade trazido pelas prisões cautelares, e mais, mesmo com a implementação da audiência de custódia, com seu início a partir de 2015, que, como visto, por sua vez tem como um dos seus objetivos frear o número de prisões, para se chegar a números aceitáveis; apenas pôde se perceber uma diminuição sensível no número de prisões de lá para cá. Prisões estas provisórias, ou seja, expedidas antes de se efetivar o transitado em julgado, perdurando assim, a continuidade de elevado número de prisões.

Isto (diminuição sensível) é evidente pelo que se mostra os dados da última pesquisa, colhidos em junho de 2016. Conforme os números apresentados pelo infopen (levantamento nacional de informacoes penitenciarias), menos de um ano após a implementação das audiências, baixou de 41% para 40% o percentual de pessoas presas no Brasil que estavam aguardando julgamento, isto é, pessoas presas cautelarmente.

Todavia, deve-se observar que houve também mudança no número populacional do país e intensificação da atuação dos tribunais para que as audiências de custódia sejam efetivamente realizadas em todas as localidades, não se obtendo dados comparativos atualizados.

Segundo relatório<sup>34</sup> das Nações Unidas divulgado na segunda-feira (17/06/2019), o país passou a ocupar a sexta posição populacional no ranking mundial, cedendo o posto para o Paquistão, dado importante para se fazer um paralelo com a próxima pesquisa que for realizada para aferir o número de prisões sem julgamento no Brasil.

Atento a esta realidade, questiona-se o papel da audiência em comento, sua aplicabilidade,

<sup>33</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Audiência de Custódia. – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 12 de out de 2019.

<sup>34</sup> DW. Made for minds. Notícias. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-de-ser-a-5-na%C3%A7%C3%A3o-mais-populosa-do-mundo/a-49250797>>. Acesso em: 11 de out de 2019.





**ISSN 2595-5519**

alcance, e os critérios praticados. Se se tem apresentado resultados positivos, ou mesmo não passou de uma vontade exprimida apenas em sede do conselho nacional de justiça e supremo tribunal federal, com vistas a alinhar o sistema processual penal brasileiro, com os tratados e convenções internacionais aderidos pelo país.

No âmbito legislativo, observa-se que a vontade popular na pessoa de seus representantes está ficando para trás, sendo aplacada pelo desforço ocorrido nas câmaras de audiência de custódia pelo país a fora, um contrasenso a seu propósito incipiente. Isso se afirma, porque, conforme apreciado em tópico supra, em 2011 ocorreu uma expressiva reforma no sistema processual penal nacional, que corrobora a excepcionalidade da prisão provisória.

Para tornar o processo mais eficaz e ao mesmo tempo respeitar os direitos fundamentais de toda a pessoa humana, o instituto da audiência de custódia, ao contrário, não consegue diminuir o número de prisões provisória no país, em números expressivos. E, muita das vezes subverte seu propósito pela prática deturpada no caso concreto.

Para explicar isso, estudos acadêmicos, apuram determinados motivos relevantes, que merecem ser apreciados. Em artigo científico desenvolvido por Camila Maués dos Santos Flausino (defensora pública), ela questiona o discurso bastante explorado pelo CNJ (quando da proposição do mecanismo) e pelos defensores da instrumentalidade da audiência de custódia, como objeto de garantia dos direitos fundamentais do preso e sua liberação, que tornaria como consequente ganhos para o erário e para a humanização do sistema processual.

Ao desconstruir algumas supostas falácias, ela sustenta a porosidade do que foi propagado em larga escala. É prova de que há muitas barreiras não rompidas, uma vez que sucessivos massacres assolam presídios pelo país com mortes coletivas promovidas por facções criminosas. E isso está diretamente ligado, dentre outras causas, à superlotação nos presídios, casos fatídicos que anunciaram o excesso de presidiários, que levou ao desencadear de conflitos e efeitos desastrosos para o sistema de justiça.

A autora aponta que um dos óbices à materialização de finalidades da audiência de custódia, está no processo de apuração da cautelaridade da prisão preventiva, que por ela são resumidos pelo seguinte:

consiste na aqui denominada cláusula de contenção argumentativa, consistente na vedação



**ISSN 2595-5519**

de se antecipar a análise do mérito por parte, em especial, do preso, cujas declarações colhidas em sede extrajudicial e compiladas no auto de prisão em flagrante, respeitantes ao mérito, já foram suficientemente apreciadas pela autoridade judicial para fundamentar eventual prisão preventiva<sup>35</sup>.

Trata-se da vedação existente no âmbito da audiência de custódia, de que não se pode abordar o mérito do fato supostamente criminoso. Porém, a autora afiança que esse cerceamento, compreendido como cláusula de constrição argumentativa, deixa de fora apenas o defensor, prejudicando o seu contraditório, que fica oculto por vedação expressa do art. 8º, §1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ.

Mas em contrapartida, quando em sede policial, não se importam em realizar a oitiva do acusado (colheita de declarações), tratando diretamente do mérito, que posteriormente são redusidos em auto de prisão em flagrante, e encaminhada às mãos da autoridade judicial. O mérito dos fatos, portanto, já apreciados, passará a ser usado para fundamentar a prisão cautelar, o que reduz as chances do contraditório e ampla defesa realizado pelo defensor, quando da estipulação da custódia cautelar.

Pelas próprias palavras de Camila em seu estudo, ela faz uma síntese desta situação, e diz:

Vê-se que a cláusula de contenção argumentativa pesa sobre circunstâncias específicas, em que o preso e seu Advogado, ou Defensor Público, tentam contra-argumentar, durante a audiência de custódia, as alegações veiculadas pela autoridade policial na representação ou pelo Ministério Público em seu requerimento de decretação da preventiva ou temporária, de forma a implementar, assim, em sede cautelar, o contraditório a respeito da medida prisional (art. 282, §3º, do CPP). No entanto, o preso e seu Advogado ou Defensor Público são silenciados ao pretenderem discutir sobre a materialidade e a autoria/participação durante a audiência de custódia sob o pretexto de que o art. 8º, §1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, proíbe “perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação”, conquanto o mérito já fora tangenciado por meio do debate deflagrado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público em seus respectivos pedidos de decretação de prisão preventiva (ou temporária) concernente à prova da materialidade e indícios de autoria ou participação e devidamente valorados pela autoridade judicial ao apreciar tais pleitos<sup>36</sup>.

Neste sentido, quando da apreciação das provas de materialidade e indícios de autoria ou

<sup>35</sup> REVISTA LIBERDADES. Edição nº 24 julho/dezembro de 2017. p. 10. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024\\_06\\_Artigo3.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024_06_Artigo3.pdf)>. Acesso em: 15 de out de 2019.

<sup>36</sup> REVISTA LIBERDADES. Edição nº 24 julho/dezembro de 2017. p. 10. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024\\_06\\_Artigo3.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024_06_Artigo3.pdf)>. Acesso em: 15 de out de 2019.



**ISSN 2595-5519**

participação, está se falando diretamente do mérito da imputação. Em tais circunstâncias, mesmo realizado um juízo em âmbito cautelar, afeta-se o mérito dos fatos pela valoração realizada pelo juiz, ao apreciar os termos e postulações da autoridade policial e membro do ministério público.

Neste raciocínio, a pesquisadora sustenta que na cognição sumária para a próvisória, não são considerados a versão do ocorrido trazida pelo custodiado, sendo rechaçadas todas as eventuais alegações formuladas para desfazer os indícios de autoria ou participação, que se recebidas fossem poderia influir para refutar a prisão preventiva/temporária. Assim, as declarações do preso não importam em antecipada produção de provas, se despresada na instrução processual.

Na mesma toada, Caio Paiva afirma que é:

(...) surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público.

O autor, que também é defensor público, compartilha de uma cosmovisão olística do que já foi retro apresentado. Neste embate, reclama da incoerência de não se permitir a existência do contraditório e ampla defesa na audiência em questão, uma vez que a relação processual em sede de judicialização do flagrante, não pode ser entendida com parte pré-processual, mas sim natureza de ato processual, o que reclama compor os princípios do contraditório e ampla defesa.

São visões que, quiza, retratam a falência da contenção de prisões na audiência de custódia, pois a sua realização na prática judiciária, reafirmam e mostram posição de neutralidade ou baixa eficiência frente aos objetivos do mecanismo em voga, arrefecendo os indicativos e desenho construído pelo sistema processual penal brasileiro nos últimos anos.

Outrossim, por outros argumentos, Guilherme de Souza Nucci consigna os preceitos republicano albergado pelo direito e alçados pela constituição federal de 1988. Assim, ratifica que “a liberdade é a regra, no Estado Democrático de Direito, constituindo a prisão, exceção”.<sup>37</sup> Visão esta que se amolda a um prisma garantista, no qual está cavado a essência dos princípios e direitos fundamentais, aqueles cultivados pelo mais alto valor dentro da engrenagem do estado democrático de direito.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.71.



**ISSN 2595-5519**

Demais, ao se falar sobre a possibilidade de ter a nulidade da prisão pela não realização da audiência de custódia, ela não se sustenta. No processo penal nacional há alguns supedâneos que cristalizam determinados fatores. Um deles se trata da nulidade dos atos, mas ela se opera apenas se demonstrar o prejuízo obtido pela sua não realização.

Quanto a audiência de custódia, ela segue a mesma regra e, embora seja uma obrigação estabelecida pela resolução do CNJ, muita das vezes deixa de ser realizada pelos diversos motivos possíveis, e disso não acarreta a nulidade dos atos posteriores, se disso não advir danos à parte. Esta tem sido a posição dos tribunais superiores e doutrina majoritária até o momento, principalmente com relação à posterior decretação de prisão preventiva, pois diz-se ter nesta nova prisão fundamentos diversos ao que se levou a prisão do flagrante, tornando-a autônoma, ileza de nulidades.

Assim, para falar sobre o assunto de nulidades, invoca-se os argumentos de Norberto Avena, que bem o distrincha sobre as nulidades relativas (aquelas de ordem processual legal) e sobre as nulidades absolutas (aquelas que ofendem a ordem constitucional), nos seguintes dizeres:

O princípio geral de que não se declara a nulidade do ato se dele não houver resultado prejuízo para as partes – pas de nullité sans grief – alcança tanto as nulidades relativas como as absolutas. Neste contexto, não se pode falar na existência de uma presunção de prejuízo, impondo-se, em qualquer caso, a devida comprovação. Trata-se da posição adotada pelo STF e pelo STJ. Ressalvam desta posição, contudo, situações específicas, nas quais a presunção de prejuízo é estabelecida por lei expressa, tal como ocorre na hipótese de procedência da exceção de suspeição suscitada contra o juiz da causa.<sup>38</sup>

Portanto, quanto a nulidade de uma eventual prisão preventiva, restaria fadada ao fracasso se não demonstrado que houve prejuízo à parte que alega. Todavia, há obrigatoriedade para a realização da audiência de custódia, exceto se ainda não implementada pelo tribunal correspondente, conforme se depreende do texto extraído da resolução de nº 213 do CNJ.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A audiência de custódia, num olhar holístico, sem observar casos específicos, mas

---

<sup>38</sup> AVENA, Norberto. Processo penal – 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p 717.



**ISSN 2595-5519**

considerando o estudo em voga, não tem sido aplicada da maneira conforme se espera pelos fundamentos e regulamentações existentes no ordenamento jurídico brasileiro e tratados internacionais.

Há números computados por relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que orientam este entendimento, pois embora tenha havido uma redução superficial no número de prisões cautelares no país, saindo de 41% das prisões em 2014 e indo para 40% das prisões em 2016, menos de um ano após a introdução das audiências na prática forense, os números ainda são elevados e representam uma cultura de encarceramento.

Discorrido pelos meios de sua internalização e implementação no âmbito nacional, o instituto (audiência de custódia) ainda não é pacífico de forma segura, como se teria se já houvesse uma Lei promulgada de sua realização; embora se tenha o Projeto de Lei nº 554 de 2011 em trâmite (emperrada) no congresso nacional, que regulará a sua prática.

O ponto controverso e até tido como justificador da não celeridade da audiência e, por vezes da sua não exigência, é visto nos embates doutrinários. Esse discurso extrai-se da imprecisão dos textos dos tratados, quando dizem: “prazo razoável” (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas) e “sem demora” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos [Pacto de São José da Costa Rica]), bem como de sua regulamentação ter vindo de uma resolução do CNJ e não do poder legislativo.

Consabido, deu-se ênfase à prisão cautelar (preventiva) pela sua natureza comedida, pois, é ela instrumento coercitivo que deve ser moderado em sua aplicação, para que se possa atender o fim elementar da composição das medidas restritivas de liberdade diversas da prisão, pela mais pura prudência do sistema jurídico nacional, que põe a prisão como elemento de *ultima ratio*.

É o caso específico da prisão preventiva, que muita das vezes será apreciada durante a audiência de custódia, a qual não poderá em hipótese alguma perder o seu caráter residual ou subsidiário.

O estudo, portanto, mostrou que há um estreitamento entre a audiência de custódia e a prisão preventiva. Essa ligação é resultado da vontade do legislador quando inovou com a Lei nº



**ISSN 2595-5519**

12.403 de 2011, que começou um incipiente ruminar da tese que culminaria na oposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em 27 de agosto de 2015, apreciada e votada pelo STF, numa decisão histórica, para que as audiências fossem implantadas pelos tribunais.

Com o resultado desta decisão, veio em 2015 a expedição da resolução do CNJ de número 213, regulando a exigência de implementação e forma procedimental de realização da audiência de custódia.

Por fim, compreendeu-se que é ardente a aplicação da prisão preventiva, num contrassenso que está ao arepio de uma das finalidades da realização do instituto da audiência de custódia, pois não se tem nele apenas o objetivo de registrar e apurar eventuais abusos policiais cometidos contra o custodiado, quando do momento da captura ou durante o cerceamento de sua liberdade até chegar à audiência. Nela tem outras finalidade e, em especial, a ideia de dar efetividade e eficácia ao processo, o protegendo de eventuais interferência do imputado, mas de forma que seja minimamente oneroso para o constrito, uma vez que a presunção de inocência, neste íterim processual, ainda é garantia constitucional do réu.

## **REFERÊNCIAS**

AVENA, Norberto. Processo penal – 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigues. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 2. ed. rev. atual e ampl. De acordo com a Resolução nº213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 66.

Agência CNJ de Notícias. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira/>>. Acesso em: 08 de out de 2019.

BRASIL ESCOLA: Países mais populosos do mundo. Disponível em:

<<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/paises-mais-populosos-mundo.htm>>. Acesso em: 09 de out de 2019.



**ISSN 2595-5519**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283498>>. Acesso em: 08 de set de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Audiência de Custódia. – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 12 de out de 2019.

BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO (03/12/2008 - TRIBUNAL PLENO) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 06 de set de 2019.

BRASIL. HABEAS CORPUS 90.172-7 SÃO PAULO (05/06/2007 SEGUNDA TURMA). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc90172.pdf>>. Acesso em: 06 de set de 2019

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 07 de set de 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 08 de set de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Aprovada a resolução que regulamenta as audiências de custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 05 de abr. de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf). Acesso em: 06 de abr. de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 06 de abr. de 2019.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 08 de abr. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e IPEA. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas, 2014. (doc. 10). Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>. Acessado em 30



ISSN 2595-5519

de abril de 2019.

BRASIL. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em: 03 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 07 de set de 2019.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 05 de set de 2019.

COSTA, Thiago. Audiência de Custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório? Disponível em: <http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-a-o-sistema-acusatorio>. Acesso em: 26 de abr. de 2019.

DW. Made for minds. Notícias. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-de-ser-a-5-na-C3%A7%C3%A3o-mais-populosa-do-mundo/a-49250797>. Acesso em: 11 de out de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Liberdades*, São Paulo, v. 17, p.11-23, set. 2014, p. 13-14. Quadrimestral. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia\\_de\\_custodia\\_e\\_a\\_imediata\\_apresentacao\\_do\\_preso\\_ao\\_juiz\\_Rumo\\_a\\_evolucao\\_civilizatoria\\_do\\_Processo\\_Penal.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia_de_custodia_e_a_imediata_apresentacao_do_preso_ao_juiz_Rumo_a_evolucao_civilizatoria_do_Processo_Penal.pdf). Acesso em: 06 de set de 2019.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Afinal, quem ainda tem medo da audiência de custódia? (parte 3). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-part-e>. Acesso em: 09 de set de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.





**ISSN 2595-5519**

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura de encarceramento. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 960, p. 77-120 (outubro de 2015), 2017. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/Rtrib\\_n.960.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/Rtrib_n.960.05.PDF)>. Acesso em: 08 de set de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

PACELLI; Eugênio. Curso de processo penal. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas . disponível em: <[http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html)>. Acesso em: 05 de set de 2019.

REVISTA LIBERDADES. Edição nº 24 julho/dezembro de 2017. p. 10. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024\\_06\\_Artigo3.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024_06_Artigo3.pdf)> . Acesso em: 15 de out de 2019.

SANTOS, Thandara (org.); Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al.]. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN, Atualização - Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. 2017. p. 13. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 11 de out de 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.