



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JUNIALISSON NEPOMUCENO COSTA

**ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO INDEVIDO E MOROSIDADE DA AUDIÊNCIA
DE CUSTÓDIA: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA DA PERTINÊNCIA E EFICÁCIA DO
INSTITUTO**

Salvador
2023

JUNIALISSON NEPOMUCENO COSTA

**ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO INDEVIDO E MOROSIDADE DA AUDIÊNCIA
DE CUSTÓDIA: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA DA PERTINÊNCIA E EFICÁCIA DO
INSTITUTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Fábio Moreira Ramiro.

Salvador

2023

ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO INDEVIDO E MOROSIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA DA PERTINÊNCIA E EFICÁCIA DO INSTITUTO

Junialisson Nepomuceno Costa¹
Prof. Fábio Moreira Ramiro²

RESUMO: O encarceramento provisório é uma prática comum em sistemas de justiça criminal em todo o mundo, mas pode gerar problemas como a violação de direitos humanos e a manutenção de pessoas presas sem condenação. A audiência de custódia é um instituto que busca minimizar esses problemas, garantindo a apresentação de pessoas presas em flagrante a um juiz em até 24 horas após a prisão. No entanto, sua eficácia ainda é controversa e sua implementação é desigual em diferentes partes do país. O trabalho propõe uma análise crítica da audiência de custódia, com base em estudos de casos, jurisprudência e análise da legislação pertinente. Foram identificados os principais desafios na implementação do instituto, como a falta de recursos e resistência de autoridades do sistema de justiça. Além disso, é necessário implementar medidas para garantir a efetividade da audiência de custódia, como a disponibilização de defensores públicos e o monitoramento constante do processo. O trabalho ressalta que a audiência de custódia não é uma solução isolada para os problemas da justiça criminal brasileira. É necessário implementar outras medidas, como políticas de prevenção ao crime e reforma do sistema de justiça criminal de forma mais ampla. Somente assim será possível garantir a proteção dos direitos humanos e a efetividade da justiça criminal no país.

Palavras-Chaves: Encarceramento Provisório; Audiência de Custódia; Morosidade na Audiência de Custódia.

Abstract: Provisional incarceration is a common practice in criminal justice systems around the world, but it can generate problems such as the violation of human rights and the maintenance of prisoners without conviction. The custody hearing is an institute that seeks to minimize these problems, guaranteeing the presentation of people arrested in flagrante delicto to a judge within 24 hours after the arrest. However, its effectiveness is still controversial and its implementation is uneven in different parts of the country. The work proposes a critical analysis of the custody hearing, based on case studies, jurisprudence and analysis of the pertinent legislation. The main challenges in implementing the institute were identified, such as lack of resources and resistance from authorities in the justice system. In addition, it is necessary to implement measures to guarantee the effectiveness of the custody hearing, such as the availability of public defenders and constant monitoring of the process. The work

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Graduando em Criminologia pela Gran Faculdade. Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJBA. E-mail: junialisson.costa@ucsal.edu.br.

² Orientador. Juiz Federal/BA. Mestre em Direitos Fundamentais e Alteridade pela Universidade Católica do Salvador - Ucsal. Professor da Universidade Católica do Salvador – Ucsal. Professor da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB). Graduado em Medicina pela UFBA. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Ex-Promotor de Justiça/BA. Ex-Juiz de Direito/BA. E-mail: fabio.ramiro@pro.ucsal.br.

emphasizes that the custody hearing is not an isolated solution to the problems of Brazilian criminal justice. Other measures need to be implemented, such as crime prevention policies and reform of the criminal justice system more widely. Only then will it be possible to guarantee the protection of human rights and the effectiveness of criminal justice in the country.

Keywords: Provisional Imprisonment; Custody Hearing; Delays in the Custody Hearing.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: QUESTÕES INICIAIS. 2.1. Questões controvertidas da audiência de custódia. 2.2. Das motivações judiciais na audiência de custódia. 2.2.1. Da necessidade da fundamentação correta na audiência de custódia. 3. ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO INDEVIDO E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O tema do encarceramento provisório indevido e da morosidade da audiência de custódia é de extrema relevância no atual contexto da justiça criminal brasileira. A prática do encarceramento provisório pode gerar diversos problemas, como a violação de direitos humanos e a manutenção de pessoas presas por um período prolongado, mesmo sem terem sido condenadas. A audiência de custódia surge como um instituto para minimizar esses problemas, garantindo que pessoas presas em flagrante sejam apresentadas a um juiz em até 24 horas após a prisão, para que possam ter seus direitos garantidos e sejam avaliadas as condições de manutenção da prisão.

No entanto, a implementação da audiência de custódia ainda é desigual em diferentes partes do país e sua eficácia é controversa. Isso se deve em grande parte à falta de recursos e à resistência de algumas autoridades do sistema de justiça em relação à sua implementação. Além disso, a audiência de custódia não é uma medida suficiente para solucionar os problemas do encarceramento provisório indevido, pois ainda há diversas outras questões estruturais que precisam ser enfrentadas.

Diante desse contexto, é fundamental que se realize uma avaliação crítica da pertinência e eficácia da audiência de custódia como um instrumento para reduzir o encarceramento provisório indevido e a morosidade da justiça criminal. Isso envolve a análise dos aspectos teóricos e práticos da audiência de custódia, com base em estudos de casos, jurisprudência e análise da legislação pertinente.

Dentre os principais desafios na implementação da audiência de custódia, pode-se citar a falta de infraestrutura adequada, a falta de capacitação dos profissionais envolvidos e a necessidade de uma cultura de respeito aos direitos

humanos. Além disso, é importante que sejam implementadas medidas para garantir a efetividade da audiência de custódia, como a disponibilização de defensores públicos e a realização de um monitoramento constante do processo.

Nesse sentido, é preciso ressaltar que a audiência de custódia não é uma solução isolada para os problemas da justiça criminal brasileira. É necessário que sejam implementadas outras medidas, como a promoção de políticas de prevenção ao crime e a reforma do sistema de justiça criminal de forma mais ampla. Somente assim será possível garantir a proteção dos direitos humanos e a efetividade da justiça criminal em nosso país.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: QUESTÕES INICIAIS

A doutrina pátria adotou o termo "audiência de custódia", que encontra fonte normativa no direito internacional. A obrigação do Brasil de cumprir os tratados e convenções internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelos Decretos nº 678/92 e nº 592/92. Para atender a esses compromissos, o Brasil precisou regulamentar a audiência de custódia no direito interno.

A audiência de custódia é um procedimento do processo penal que exige que qualquer pessoa presa em flagrante delito seja apresentada à autoridade judiciária competente dentro de, no máximo, 24 horas após sua prisão. O objetivo é analisar a legalidade e a necessidade da prisão, assegurando os direitos e garantias do preso. De acordo com Paiva (2015, p. 45), a audiência de custódia permite a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou advogado e do próprio detido, assegurando um contraditório prévio. O juiz pode analisar a legalidade da prisão, a necessidade da conversão em prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, além de proteger a integridade física e psicológica do detido. A Lei Anticrime, com a adição do artigo 287 do Código de Processo Penal, ampliou a realização da audiência de custódia para casos de prisões decorrentes de cumprimento de mandados de prisão (temporária ou preventiva), não apenas em prisões em flagrante.

O objetivo principal da audiência de custódia é garantir o controle jurisdicional oral da prisão em flagrante, assegurando a participação da acusação e defesa para

dar legitimidade à decisão judicial. A produção antecipada de provas ou o interrogatório não são permitidos, somente a coleta de documentos pelos agentes processuais (LOPES JR.; ROSA, 2015, p. 55). Segundo Teixeira (2015, p. 70), a audiência de custódia oferece diversos benefícios, como o combate à superlotação carcerária, a demonstração do compromisso do Brasil com os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos e a prevenção de atos de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes durante interrogatórios policiais, garantindo o acesso à justiça da pessoa presa.

A partir de tratados internacionais referendados pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a audiência de custódia entrou em nosso ordenamento jurídico desde 1992. No entanto, somente em 2015 ela foi posta em prática em todo o país, através da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que a regulamentou. Antes disso, em fevereiro de 2015, o CNJ em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo desenvolveu um projeto-piloto para a realização de audiências de custódia de forma experimental no estado de São Paulo, o que fez com que os tribunais de justiça de outros estados brasileiros aderissem a esse projeto-piloto, editando sua própria regulamentação.

No entanto, a falta de uma regulamentação única para todos os tribunais brasileiros fez com que os indivíduos presos recebessem tratamentos distintos, o que levou o CNJ a criar a Resolução 213/2015. Essa resolução determina que toda pessoa presa em flagrante delito seja apresentada à autoridade judicial competente em até 24 horas da comunicação do flagrante e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. Esse procedimento é baseado no item 3 do artigo 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no item 5 do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelecem que qualquer pessoa presa deve ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais.

Somente com a Lei 13.964/19, conhecida como Lei do Pacote Anticrime, é que a audiência de custódia foi expressamente positivada no Código de Processo Penal. Antes disso, a audiência de custódia era regulamentada pelo CNJ (Resolução 213/2015), sem definição em lei específica. A Lei Anticrime alterou o artigo 310 do Código de Processo Penal para determinar a obrigatoriedade de apresentação do acusado em até 24 horas à audiência de custódia.

A implementação das audiências de custódia, por meio de resolução do CNJ, foi alvo de muitas críticas negativas por parte da imprensa e de boa parte da sociedade civil. A mídia especializada costuma usar manchetes com títulos como “Trio preso com 150 kg de drogas no RN é liberado em audiência de custódia após flagrante ilegal”, o que parte de uma visão equivocada de que, a partir da prisão em flagrante, a presunção de inocência deixa de existir.

O princípio da presunção de inocência, que tutela a liberdade dos indivíduos, está previsto em nossa Constituição no artigo 5º, LVII, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse princípio é fundamental para evitar excessos do Estado e garantir que não se aponte culpados de forma antecipada.

Em um Estado garantidor de direitos, é necessário respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que lhes são inerentes, presumindo que todos os seus cidadãos são inocentes até que se prove o contrário através de um processo criminal no qual seja respeitado o devido processo legal.

Infelizmente, a locução Direitos Humanos tem ganhado inimigos declarados, sendo frequentemente associada à impunidade. No entanto, afirmar que algum ser humano não merece que a ele seja reconhecido direitos humanos empresta um ar de superioridade incompreensível e pode levar a gestos de ódio que instituem uma violência real ainda maior do que o combate ao crime.

Embora seja verdade que a justiça muitas vezes é lenta em chegar às vítimas do próprio injusto, os fins não podem justificar os meios. É fundamental lembrar que a pessoa lesada pelo crime também tem o direito fundamental à segurança pública e que o combate à violência e à criminalidade deve ser feito sem desrespeitar os direitos humanos e o devido processo legal.

2.1. Questões controvertidas da audiência de custódia

Conforme já mencionado anteriormente, o artigo 310 do Código de Processo Penal estabelece que, após receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deve promover uma audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado ou membro da Defensoria Pública e um membro do Ministério Público. Durante essa audiência, o juiz deverá avaliar se a prisão é legal e necessária, além de decidir se irá relaxá-la, convertê-la em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória. A

audiência de custódia é um direito fundamental assegurado a todos os cidadãos e tem como objetivo evitar prisões desnecessárias e antecipar a culpabilidade do acusado.

É importante destacar que a prisão preventiva não deve ser utilizada como forma de punição, pois sua finalidade é somente a garantia do processo. A audiência de custódia permite que o juiz verifique se os direitos fundamentais da pessoa presa estão sendo respeitados e, assim, atue de forma mais segura nos procedimentos de decretação de prisão cautelar, contribuindo para um processo penal mais justo e instruído.

Considerar as audiências de custódia como incentivo à impunidade é equivocado, pois é dever do Poder Judiciário verificar a legalidade da prisão dentro do estado constitucional de direito, com base na dignidade da pessoa humana. A audiência de custódia humaniza o processo, permitindo que o juiz tenha contato físico com o acusado e possa avaliar suas condições pessoais para decidir sobre a necessidade de medidas cautelares.

Ouvir o acusado após sua prisão não significa esquecer a vítima nem acusar os policiais de torturadores. Se houver indícios de tortura por parte dos órgãos de segurança pública, o magistrado deve encaminhar os autos para o Ministério Público para apuração e punição dos envolvidos.

2.2. Das motivações judiciais na audiência de custódia

A exigência de motivação das decisões judiciais não é algo recente nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Desde o século XVIII, já era percebida a obrigação dos magistrados em explicar os caminhos tomados e as razões para a conclusão a que chegaram. A principal razão para essa exigência era evitar a arbitrariedade dos juízes e contribuir para a resolução de conflitos de forma mais justa.

A fundamentação das decisões judiciais é considerada uma verdadeira garantia contra o arbítrio e reflexo de um Estado Democrático de Direito, em que os casos são julgados com imparcialidade e levando em conta os fatos provados.

Diversos autores, como Luigi Ferrajoli e José Carlos Barbosa Moreira (2012, p. 66), explicam a origem e a importância da obrigação de motivar as decisões judiciais em diferentes países ao longo da história. A regra da motivação das decisões judiciais foi sancionada pela primeira vez em 1774 e, posteriormente, recebeu acolhida em quase todos os códigos oitocentistas europeus.

A exigência de motivação das decisões judiciais foi consagrada na França após a Revolução Francesa, introduzida na Constituição do ano III em 1790, e também adotada pela Prússia em 1793. A motivação das decisões judiciais começou a ser generalizada nas legislações ocidentais a partir da segunda metade do século XVIII, com a imposição em regra qualificada pelo requisito da publicidade.

No Brasil, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais tem precedentes nas tradições luso-brasileiras. O princípio já estava presente no Código Filipino na Ordenação do Livro III. A exigência de fundamentação das decisões judiciais mostra-se como resultado da análise dos princípios constitucionais e norteadores do sistema jurídico, como a necessidade de ser ouvido em juízo e da subordinação do juiz à lei, aspectos intrínsecos à República Federal da Alemanha.

Conforme expresso por Zavarize (1998, p. 30), em 1939, com a criação do primeiro Código de Processo Civil brasileiro, tornou-se obrigatório externar os fundamentos de fato e de direito no *decisum* (art. 280, inciso I a III). Posteriormente, com o Código de Processo Civil de 1973, a explicitação dos fundamentos da decisão judicial foi tratada como requisito essencial da sentença, nos termos do art. 458, inciso II, sendo que a ausência desses motivos comprometeria o ato.

De acordo com Paulo Alkmin da Costa Júnior (2015, p. 30), com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da motivação das decisões judiciais alcançou um novo status jurídico, uma vez que passou a compor o extenso arcabouço de direitos e garantias individuais. Nelson Nery Júnior, citado por Zavarize (1998, p. 35), expressa que ao se entender o referido princípio como manifestação do Estado Democrático de Direito, era possível vislumbrar a sua aplicação como uma garantia individual antes mesmo de norma expressa da Constituição.

A Constituição Federal de 1988 estabelece importantes diretrizes para o direito processual brasileiro, sobretudo quanto à necessidade de respeito ao devido processo legal em situações nas quais o Estado pretende tolher ou limitar o direito dos cidadãos. Ao determinar no art. 5º, LIV e LXI que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal nem preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, a Constituição Federal assegura ao indivíduo um processo justo, em que possa ouvir e ser ouvido, produzir provas e tenha direito a uma decisão devidamente fundamentada, ainda que contra seu interesse.

A Lei n.º 12.403/2011 trouxe uma profunda mudança no sistema de medidas cautelares do processo penal, o que gerou críticas, sobretudo pelo fato de na época estar sendo discutida a necessidade de renovação do Código de Processo Penal. Segundo Aury Lopes Júnior (2019, p. 450), embora tenha sido promulgada às pressas a reforma operada no Código de Processo Penal através do advento da Lei n.º 12.403/2011, o legislador brasileiro efetivou a necessidade de não apenas jurisdicionalizar as medidas cautelares no processo penal, mas também reforçar a necessidade de fundamentação da decisão judicial que a decreta, mantenha ou afaste sua aplicação no caso.

No que se refere à reforma do Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403/2011, embora tenha sido promulgada às pressas, o legislador brasileiro teve o cuidado de não apenas jurisdicionalizar as medidas cautelares no processo penal, mas também reforçar a necessidade de fundamentação da decisão judicial que as decreta, mantenha ou afaste sua aplicação no caso. Essa preocupação pode ser vista no art. 283, que reforça a necessidade de fundamentação em relação à prisão temporária e preventiva, no art. 310, que trata da obrigação do juiz em fundamentar sua decisão ao apreciar e julgar o auto de prisão em flagrante, e no art. 315, que determina que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentada.

Após 2011, não houve mais alterações legislativas no Código de Processo Penal quanto à necessidade de fundamentação das decisões judiciais no capítulo das medidas cautelares.

Atualmente, há um dispositivo importante no Código de Processo Civil, que foi alterado com o advento da Lei n.º 13.015 de março de 2015, que estabelece critérios mínimos para identificar uma decisão judicial desprovida de fundamentos no art. 489, §1º do CPC, que fornece tanto ao julgador quanto às partes esses critérios.

2.2.1. Da necessidade da fundamentação correta na audiência de custódia

Ainda não é comum a obediência aos procedimentos penais e constitucionais em relação às medidas cautelares, especialmente aquelas de natureza pessoal. Infelizmente, no Brasil, ainda persiste uma abordagem arbitrária e inquisitorial em relação às prisões cautelares, que tende a segregar ainda mais os cidadãos de camadas socioeconômicas desfavorecidas e a estigmatizá-los, muitas vezes

sujeitando-os ilegalmente aos aspectos mais odiosos da prisão. É necessário enfrentar as razões pelas quais uma decisão sem fundamentação ou excessivamente genérica sobre a decretação ou manutenção de uma medida cautelar pessoal extrema, como a prisão preventiva, é ainda mais grave quando proferida em audiência de custódia.

Na perspectiva do juiz, o Estado deve fornecer uma resposta à pessoa que supostamente cometeu uma infração penal, seja ela presa em flagrante ou com uma prisão provisória decretada e cumprida. No entanto, essa resposta, muitas vezes, é impregnada de subjetividades e preconceitos. O ordenamento jurídico, por outro lado, assegura ao preso o respeito às suas garantias individuais, incluindo a fundamentação da decisão judicial que decretar uma prisão. É evidente, portanto, a necessidade de o juiz reforçar essa garantia durante a audiência de custódia.

A audiência de custódia trouxe a humanização necessária e urgente ao processo penal, homenageando a presunção de inocência e a liberdade ambulatoria como regra. Isso permitiu que o preso tivesse contato direto com o juiz que decidirá sobre seu estado de liberdade, restringindo-o em maior ou menor grau, ou mantendo-o solto. Embora as melhorias trazidas pela audiência de custódia sejam louváveis, a arbitrariedade, insensibilidade e viés inquisitório de alguns juízes ainda mantêm o processo penal brasileiro na contramão de um tratamento digno às pessoas presas.

Ao apresentar o preso ao juiz e permitir que ele conheça, se for o caso, as razões do Ministério Público para pedir sua prisão, além de seu acompanhamento por um defensor, a audiência de custódia efetiva a ampla defesa e os contraditórios necessários. Isso fornece ao juiz mais elementos para fundamentar sua decisão na referida sessão, pois ele pode conhecer, sem demora, as circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes à prisão do indivíduo. O mais importante é que o juiz pode ouvir diretamente do acusado sua versão dos fatos, os motivos de sua prisão, se houve tortura, maus-tratos ou tratamento desumano ou degradante, além de conhecer suas condições pessoais, como sua situação familiar, se faz uso de drogas, se é morador de rua, entre outros aspectos igualmente relevantes. Isso é um verdadeiro diálogo estabelecido entre o juiz e o preso.

A audiência de custódia é importante por permitir que o juiz responsável pelo caso deixe o ambiente do seu gabinete e se aproxime dos sujeitos envolvidos, o que inclui o preso e as partes interessadas no processo. Essa aproximação é especialmente relevante porque, na maioria das vezes, os sujeitos envolvidos têm

condições de vida muito diferentes, o que torna a audiência de custódia um momento único de contato entre eles.

Embora seja importante humanizar o processo penal e garantir o direito do preso em ser ouvido pelo juiz, ainda existe um dispositivo na legislação processual penal que permite a segregação cautelar de um indivíduo com base na proteção da ordem pública e da ordem econômica. O art. 312 do Código de Processo Penal menciona explicitamente esses motivos como justificativas para a prisão preventiva, o que tem sido criticado por alguns especialistas.

Aury Lopes Júnior (2019, p. 455), por exemplo, argumenta que esse dispositivo é equivocado e sua manutenção no sistema jurídico brasileiro é questionável, dado o seu conteúdo pseudo-constitucional e a porosidade conceitual que permite que o julgador recorra a conceitos vagos e imprecisos para fundamentar a prisão preventiva.

A existência dos termos "ordem pública" e "ordem econômica" no dispositivo que trata da audiência de custódia é a principal causa para a proliferação indiscriminada de decisões genéricas nesse contexto.

Isso ocorre devido à vaguidade e superficialidade dos termos e à sua legitimidade para as subjetividades e preconceitos dos juízes na audiência. Apesar da evolução trazida pela audiência de custódia em relação às medidas cautelares, os juízes ainda lançam mão de discursos genéricos e ilações desarrazoadas, esvaziando por completo os fins da audiência.

Para o autor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 130), não é possível manter ou decretar a prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito ou no clamor social provocado pela suposta prática de determinado delito, pois tais motivos não têm a necessário propósito de acautelar o processo. Embora seja possível decretar a prisão preventiva com base na ordem pública, o magistrado deve realizar um juízo de periculosidade acerca do indivíduo e basear a segregação cautelar em dados concretos e não meras conjecturas e ilações indevidas. No entanto, muitas vezes, o juiz presidente da audiência de apresentação já tomou uma decisão inconscientemente.

Portanto, a prisão preventiva com base na ordem pública é flagrantemente inconstitucional por não ter nenhum teor de cautelaridade para o processo penal.

Muitas vezes, a menção à ordem pública ou ordem econômica é usada como uma forma de ocultar as opiniões do magistrado sobre o crime cometido, a pessoa presa ou até mesmo sobre como o Estado deveria agir nessas situações. Em algumas

decisões, a prisão preventiva é decretada com base em argumentos como a "gravidade do delito", "usuário de drogas detido em flagrante" ou "combate à alta taxa de criminalidade que afeta o país". Esses argumentos são frequentemente baseados em preconceitos e na vontade de prender, motivados pelo público ou pela mídia, e são amplamente utilizados na maioria dos decretos de prisão preventiva devido à sua indeterminação.

Em alguns casos, o magistrado não explicita seu entendimento sobre os motivos pelos quais a prisão preventiva está sendo decretada, limitando-se a transcrever o dispositivo de lei e concluir pela presença dos requisitos da prisão cautelar. Isso não é aceitável na atual conjuntura jurídica brasileira, pois não demonstra os fatos que fundamentam o pronunciamento do magistrado.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 340), essa postura é inadmissível. Nereu José Giacomolli (1990, p. 120) também critica essa prática, afirmando que não há justificção própria nem fundamentação, mas apenas um impulso por relação. Em outras palavras, o decisor simplesmente transcreve o texto da lei para decretar a medida de segregação cautelar extrema, o que, segundo Giacomolli (1990, p. 120-121), resulta em pronunciamentos impregnados do vício de nulidade.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 140) nos traz uma valiosa opinião do Ministro Celso de Mello sobre o clamor público para a prisão do indivíduo: a prisão preventiva não visa punir o suposto criminoso, mas sim resguardar a atividade estatal desenvolvida no processo penal. Portanto, ela não pode ser decretada com base apenas na indignação popular ou comoção social.

O Supremo Tribunal Federal também se posicionou sobre o assunto, afirmando que é inadmissível decretar a prisão preventiva com base apenas em elementos como o clamor popular, o fato do acusado "não querer cooperar com a Justiça" ou a ausência de provas de que o preso pretende interferir na instrução criminal. Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2019, p. 224) afirmam que a prisão não pode ser uma solução para as falhas cometidas pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, pois retirar um indivíduo do meio social com base apenas no clamor público não soluciona o problema. Pelo contrário, reforça a crise de identidade da prisão com fundamento na ordem pública.

Paulo Rangel (2017, p. 30) entende que é impraticável decretar medidas cautelares como solução para o problema da violência, uma vez que esse é um dever

atribuído ao Poder Executivo, por meio da implementação de políticas públicas. Ele argumenta que é inviável substituir o Executivo pelo Judiciário quando se trata de problemas relacionados à administração pública.

Giacomolli (1990, p. 130) acredita que as expressões como "clamor social", "credibilidade da justiça" e "o crime é grave" não são fundamentos suficientes para decretar a prisão cautelar de alguém e que não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a liberdade de um indivíduo com base nesses elementos, pois isso seria uma violação de sua função essencial e a responsabilidade de outros poderes do Estado.

Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 301) critica a ideia de que a manutenção da ordem pública é um pressuposto para decretar a prisão preventiva, argumentando que essa expressão é muito vaga e que a mudança para "prática de infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça a pessoa" deixaria o conceito mais claro e evitaria que juízes decretassem prisões com base no clamor social ou na repercussão do crime na mídia.

Por outro lado, Paulo Rangel (2017, p. 90) argumenta que a vagueza não está no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que decretou a prisão preventiva com esse fundamento e não explicou onde ou como a ordem pública estaria em perigo com a liberdade do indivíduo. Nucci (2012, p. 410), por sua vez, acredita que a menção à ordem pública no decreto de prisão preventiva está ligada a questões de segurança pública e que o Judiciário deve estar atento aos crimes que causam clamor público e possam prejudicar a credibilidade das instituições da justiça, a impunidade e a insegurança.

No entanto, o autor do texto discorda desses pontos de vista e acredita que é impossível manter um pressuposto com um sentido tão amplo e superficial como a ordem pública. Ele acredita que a prisão preventiva deve ter como única finalidade a cautela do processo, garantindo o devido processo legal ao acusado. Proteger a ordem pública não deve ser a função do Judiciário, especialmente no processo penal, onde a falta de clareza desse pressuposto pode facilmente levar a prisões provisórias indevidas.

3. ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO INDEVIDO E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Atualmente, vivemos em uma realidade em que o Estado intervém intensamente na sociedade, especialmente no campo criminal, gerando um constante receio de autoritarismo e impondo medo aos cidadãos. A pena de prisão é banalizada e vista como a solução para todos os problemas sociais, além de ser usada como um meio de amenizar a opinião pública, que busca a proteção de seus direitos.

Conforme afirmado por Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2019, p. 665), no cenário penal brasileiro, a prisão é a protagonista absoluta, sem concorrência. Ela não divide o palco e apenas permite que algumas medidas cautelares sejam usadas em cena para manter a aparência de mudança.

Ao analisar a crescente obsessão pela segurança da sociedade e a negligência do Estado em cuidar das áreas econômica e social, Debora Regina Pastana (2019, s.p.) aponta que as políticas públicas são voltadas para os problemas decorrentes dessa falta de atenção estatal. Como resultado, o estado brasileiro se concentra cada vez mais no campo criminal, gerando um desejo generalizado por punição e repressão, mesmo que simbólicos. Infelizmente, a consequência inevitável disso é o encarceramento em massa das classes populares.

A superlotação das prisões não é apenas um problema do Estado, mas sim um descompasso entre as ações dos poderes executivo, legislativo e judiciário, como explica Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo (2018, p. 14). Enquanto o legislativo cria novos tipos penais incessantemente, o judiciário é sobrecarregado com cada vez mais sentenças condenatórias e decisões que decretam prisões provisórias. Ao mesmo tempo, o executivo é desestimulado, principalmente por motivos políticos, a investir no sistema prisional e nas prisões.

A situação das prisões no Brasil é um problema grave e conhecido há décadas, com proporções notórias. Dados recentes revelam que o país possui a terceira maior população carcerária do mundo, com 711.463 pessoas presas, incluindo aqueles em execução da pena, presos provisórios e em prisão domiciliar. Alarmantemente, 32% dessas pessoas são presos provisórios, ou seja, com processo penal ainda não finalizado por sentença penal transitada em julgado.

Esses números destacam um forte viés de segregação e negligência em relação às pessoas submetidas a um processo penal, em que a garantia constitucional da presunção de inocência é explicitamente violada e, em muitos casos, há diversas prisões ilegais. Essa cultura do encarceramento, presente no sistema judiciário brasileiro, é uma clara manifestação do inimigo no direito penal, conceito introduzido

por Eugenio Raúl Zaffaroni (2010, p. 41). O aumento do poder punitivo do Estado levou à redução significativa da condição humana de alguns indivíduos, considerados nocivos à sociedade e, portanto, legitimamente reclusos de maneira ilegal. Nas palavras do doutrinador, alguns indivíduos foram coisificados, perdendo a condição de seres humanos à medida que foram considerados perigosos.

Retirar os indivíduos da invisibilidade das instituições estatais, especialmente do Judiciário, é um dos benefícios cruciais da audiência de custódia, como afirmam Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Júnior (2019, p. 254). Essa é a primeira etapa essencial para a aceitação da audiência de custódia. Não estamos lidando mais com um "criminoso" imaginário, mas sim com uma pessoa real, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano das primeiras interações com o agente pode modificar a percepção imaginária dos envolvidos no processo penal, possibilitando que decisões mais informadas sejam tomadas sobre o agente, a conduta e a motivação.

Em um caso no Supremo Tribunal Federal sobre a morte de um detento no estado do Rio Grande do Sul, o Ministro Luiz Fux fez importantes observações sobre a situação prisional do país, destacando que o aumento significativo da população carcerária do Brasil, juntamente com o investimento reduzido do Estado nessa área, resultou em um aumento vertiginoso nos conflitos associados às prisões brasileiras, que são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Em seu voto, o Ministro ressaltou a necessidade de o Estado proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, como garantido pela Constituição Federal, sem qualquer distinção, mesmo que alguns indivíduos tenham violado bens jurídicos relevantes para a sociedade, tutelados pelo Direito Penal. Ele concluiu que o exercício do poder punitivo estatal deve respeitar esses direitos assegurados aos acusados e apenados, com destaque para os incisos III, XLVI, XLVII e XLIX do art. 5º da Constituição Federal.

A mensagem transmitida pelo Conselho Nacional de Justiça ao Poder Judiciário com a implantação da audiência de custódia foi clara: ser mais cauteloso na análise das prisões provisórias, especialmente considerando a alarmante população carcerária brasileira, como mencionado anteriormente devido à elaboração da Resolução nº 213. Um balanço realizado pelo Conselho Nacional de Justiça até junho de 2017 apontou que, das 258.485 audiências de custódia realizadas, 55,32% resultaram em prisão preventiva e 44,68% resultaram em liberdade. No entanto, essa análise superficial dos números não permite uma conclusão acerca das decisões

proferidas em cada caso específico. Ainda assim, é indicativo de que ainda há muita prisão sendo decretada no país.

Infelizmente, há evidências de que traços da cultura punitivista persistem na audiência de custódia, visto que a prisão preventiva ainda é decretada com base no crime cometido ou na violência empregada, sem considerar outras circunstâncias apresentadas na audiência. Isso reforça a postura de alguns juízes de tratar a liberdade como exceção. Além disso, prende-se muito e mal, pois em quase metade dos casos não há sequer condenação, conforme relatado pelo IPEA juntamente com o Ministério da Justiça. Esse fato evidencia o uso sistemático, abusivo e desproporcional da prisão provisória pelo sistema de justiça no país.

O problema do encarceramento indevido é agravado pela recente determinação do Conselho Nacional de Justiça de realizar audiências de custódia, já que vários estados ainda não cumpriram a determinação do Supremo Tribunal Federal de implantar a audiência de custódia em todo o território nacional, conforme estabelecido na ADPF 347 de 2015. Na decisão dessa ação, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o relator Min. Marco Aurélio determinou que todos os juízes e tribunais realizassem a apresentação do preso à autoridade judiciária em até 24 horas, respeitando os Tratados Internacionais assimilados pelo Brasil com status de norma supralegal, em um prazo máximo de 90 dias.

A inércia dos entes federativos no cumprimento da decisão foi questionada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) em maio de 2016, quando a associação protocolou a reclamação constitucional (Rcl 23.872). Segundo a ANADEP, poucos tribunais forneceram dados para verificar a efetivação das audiências de custódia, e as providências determinadas pelo STF dentro do prazo de 90 dias estão longe de serem tomadas.

A associação ressalta que a falta de implementação das audiências de custódia em todo o país viola os tratados internacionais de direitos humanos englobados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e pouco mudará na realidade dos presos brasileiros sem o acesso imediato ao judiciário.

Uma das consequências dessa situação é que os juízes receberão apenas cópia do auto de prisão em flagrante, sem ter contato direto com o preso sem demora, nem ouvir os requerimentos da defesa e do Ministério Público após a oitiva do flagranteado. Como resultado, o julgador estará distante do contraditório inerente à audiência de custódia e terá um conjunto de fatos consideravelmente reduzido para

decidir sobre a liberdade do cidadão, o que afetará a fundamentação de sua decisão. Devido à demora do Estado em priorizar a implantação das audiências de custódia em todo o país, o resultado prejudicial será juízes decidindo sobre prisões provisórias com base apenas em cópias de um auto, o que levará a inúmeras prisões ilegais.

De acordo com os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes (2010, p. 90), a prisão deve ser considerada uma exceção, nunca a regra, como determina a Constituição. Por ser um ato excepcional que priva o indivíduo de um de seus mais importantes bens jurídicos (a liberdade), deve ser realizado de acordo com os requisitos legais, constitucionais e internacionais, a fim de evitar o abuso de poder e o uso excessivo da prisão cautelar como medida de controle social pela justiça lenta.

A audiência de custódia tem como objetivo evitar um dos muitos abusos cometidos no sistema carcerário brasileiro, que é a prisão cautelar baseada em decisões judiciais genéricas, distantes das circunstâncias da prisão, das condições pessoais do preso e das alegações das partes envolvidas. Com a implementação da audiência de custódia, houve uma humanização do processo penal e das medidas cautelares, permitindo que a distância entre o preso e o juiz fosse encurtada. Isso ajudou a reduzir o problema do superencarceramento no país, especialmente em relação aos presos provisórios.

No entanto, é essencial que alguns juízes cumpram seu dever de fundamentar suas decisões durante a audiência de custódia. Se isso não ocorrer, haverá uma gradual e indesejada diminuição do papel da audiência de custódia, que deve fornecer ao magistrado informações factuais pelo contato direto com o preso, seu defensor e o Ministério Público para proferir uma decisão justa e devidamente fundamentada.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que o encarceramento provisório indevido e a morosidade da audiência de custódia são problemas sérios e urgentes no sistema de justiça criminal brasileiro. A adoção do instituto da audiência de custódia, como medida para garantir a rápida análise da legalidade da prisão e prevenir a prática de tortura e maus-tratos, se mostra pertinente e eficaz.

Entretanto, a efetividade da audiência de custódia ainda é limitada pela falta de investimentos no sistema de justiça criminal, especialmente na capacitação e formação dos profissionais envolvidos. Ademais, a implementação do instituto deve

ser acompanhada por medidas mais amplas de reforma do sistema carcerário, visando a redução da superlotação e a melhoria das condições de detenção.

Outrossim, é necessário que sejam adotadas medidas mais amplas e eficazes para garantir que o instituto da audiência de custódia seja de fato um instrumento de proteção dos direitos humanos e um meio para reduzir o encarceramento provisório indevido no Brasil. A garantia dos direitos fundamentais dos presos e a efetividade do sistema de justiça criminal são requisitos indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito e para a promoção da justiça social em nosso país.

Ademais, é importante destacar que o encarceramento provisório indevido afeta não apenas a vida dos presos, mas também de suas famílias e comunidades. Muitas vezes, os presos provisórios são privados de sua liberdade por longos períodos de tempo, sem que sejam condenados por qualquer crime. Isso gera impactos negativos em sua vida profissional, social e emocional, além de aumentar a desigualdade e a exclusão social.

Por outro lado, a morosidade da audiência de custódia pode comprometer a efetividade do instituto, pois muitas vezes os presos acabam sendo liberados antes da realização da audiência, o que torna impossível a análise da legalidade da prisão e a garantia dos direitos dos presos.

Nessa esteira, é fundamental que haja um esforço conjunto de todos os atores envolvidos no sistema de justiça criminal para garantir a efetividade da audiência de custódia. É preciso investir na capacitação e formação dos profissionais envolvidos, bem como na ampliação do acesso à justiça para as pessoas em situação de vulnerabilidade.

Entrementes, cabe destacar que a avaliação crítica da pertinência e eficácia do instituto da audiência de custódia deve ser constante e abrangente, buscando sempre o aprimoramento do sistema de justiça criminal e a garantia dos direitos humanos dos presos. A luta pela justiça social e pelo respeito aos direitos fundamentais é uma tarefa coletiva e permanente, que requer a participação ativa de todos os setores da sociedade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral I**. 17.ed., Editora Saraiva, 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I.** Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1966.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral 1**, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal – parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1956, v. I.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. **Curso de derecho penal – parte general.** Barcelona: Experiencia, 2004.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada.** 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal – o criminoso e o crime.** Campinas: Bookseller, 1996.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais.** Por Luiz Flávio Gomes; Antonio Garcia-Pablos de Molina; Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal – 16. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, vol. 1: parte geral.** 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.: **Manual de Direito Penal. Trigésima segunda edição** (vol. 1 a 3): Atlas.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 6ª ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de: **Direito Penal do Inimigo- A terceira velocidade do Direito Penal:** Juruá, 2017.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal, volume 1**, 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. São Paulo: RT, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

ROXIN, Claus. **A culpabilidade como critério limitativo da pena**. Tradução: Fernando Fragoso. **Revista de Direito Penal**. n.09/10, janeiro/junho. São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Júlio Cesar Faira, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal** – parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.