

FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA

CURSO DE DIREITO

EDNA LUZ DE JESUS

**O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Uma Possibilidade de Garantia ao
Contraditório.**

**ANÁPOLIS
2018**

EDNA LUZ DE JESUS

O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Uma Possibilidade de Garantia ao Contraditório.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade do Instituto Brasil – Fibra como requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II (TC II) e para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms. Márcia Beatriz Dias dos Santos

**ANÁPOLIS
2018**

FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA

CURSO DE DIREITO

EDNA LUZ DE JESUS

O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Uma Possibilidade de Garantia ao Contraditório.

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a) **Professora Mestre Márcia Beatriz Dias dos Santos**

Professor (a) convidado 1:

Professor (a) convidado 2:

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

Nota: _____

**ANÁPOLIS
2018**

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo uma averiguar de forma mais aprofundada a respeito do instituto da audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro. Está em trâmite legislativo o Projeto de Lei 554/2011, que estabelece regramentos para a efetivação da audiência de custódia no ordenamento jurídico processual penal brasileiro e que é entendida, na atual conjuntura, enquanto uma possível garantia do indivíduo preso, contudo, já existe previsão legal na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual estabelece que todo preso deverá ser encaminhado de maneira célere e posto diante da autoridade judicial, que deverá avaliar a legalidade e se existe a necessidade da prisão. Com o objetivos de averiguar se o processo penal brasileiro, como um elemento de contenção do poder punitivo, possui (in)suficiência interna para implementar judicialmente e no plano legislativo a sua concretização, o trabalho usa enquanto procedimento metodológico a pesquisa descritiva, exploratória e bibliográfica e remete o estudo à origem histórica da pena de prisão, aborda a influência normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio e analisa a previsão normativa da audiência de custódia, seu objetivo e, também, (des)vantagens.

Palavras chave: Audiência de custódia; Direitos humanos; tratados internacionais e Processo penal.

ABSTRACT

This course conclusion work proposes an in-depth reflection on the call implement "custody hearing" the criminal justice system parental rights. Pending in the Senate through Bill 554/2011, the custody hearing is understood as a guarantee of the prisoner, and has legal provision in the American Convention on Human Rights, which establishes that every prisoner should be conducted without delay, the presence of a judicial authority, which must assess the legality and necessity of prison. In order to ascertain whether the Brazilian criminal procedure, as a containment instrument of punitive power, has (in) internal sufficiency for legally feasible and in law its implementation, the work uses the descriptive methodology, exploratory and bibliographic and refers the study the historical origin of a prison sentence, addresses the normative influence of international treaties on human rights in the Brazilian legal framework and analyzes the normative forecast custody hearing, their purpose and (dis) advantages.

Keywords: Custody hearing; Human rights; International treaties and Criminal proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. ABORDAGEM HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO	9
1.1 Notas Históricas Sobre a Pena de Prisão	9
1.2 Evolução do Instituto da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro	14
2. A ATUAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ESTRUTURA JURÍDICA BRASILEIRA.	21
2.1 Conceituação de Teorização do Tratados Internacionais	21
2.2 A Estruturação da Convenção Americana de Direitos Humanos	23
3. O IMPLEMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.	27
3.1 Conhecimentos preliminares sobre o instituto da Audiência de Custódia.....	27
3.2 A (in) suficiência do regramento jurídico brasileiro.....	29
3.3 Prazo para apresentação do preso à autoridade judicial e competência para presidir o ato.	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado no presente trabalho de conclusão de curso trata do implemento da audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro. Por meio da indagação: Quais alternâncias e (des) vantagens o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que visa a implementação da audiência de custódia poderá causar no cenário jurisdicional brasileiro. O trabalho examina a essência do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que tem como objeto a modificação do parágrafo primeiro do artigo 306 do Código de Processo Penal o que traz a viabilidade de o indivíduo preso ter conhecimento antecedente com o magistrado por intermédio da audiência de custódia, em prazo não superior a 24 horas após realizada a sua prisão.

A efetivação de audiência de custódia está amparada de maneira legal na Convenção Americana dos Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, convenção que foi pactuada pelo Brasil no ano de 1.992, tendo sua publicação feita no mesmo ano por intermédio do Decreto nº 678. Por referir-se de tema que vem causando muita discussão no campo legislativo e, também do judiciário, o trabalho tem como propósito obter um melhor entendimento a respeito da audiência de custódia, onde será averiguada a sua origem no Direito dos tratados internacionais, fundamento normativo, conceituação e as características mais relevantes.

O trabalho foi desenvolvido aplicando o método exploratório, uma vez que tem como principal fundamento a discussão sobre a temática mediante o levantamento de hipóteses que serão retiradas do exame da lei e, consecutivamente, da doutrina especializada. Além do mais, será utilizado o método descritivo, já que a monografia é uma descritiva das peculiaridades do início das prisões e definição dos institutos que constituem o processo penal. considerando a costumeira investigação doutrinária, de leis, artigos e sites, o método bibliográfico também será examinado no neste trabalho de conclusão de curso.

Para tanto, a monografia está dividida em três capítulos. O primeiro capítulo é a respeito das questões históricas da pena de prisão, pois no item 1.1 é destacado sobre as notas históricas sobre a pena de prisão que, segundo os autores citados possuía caráter custodiador com relevante enfoque para a aplicação dos castigos de caráter físico. No segundo subitem do primeiro capítulo a abordagem é sobre o processo histórico da pena de prisão no ordenamento jurídico brasileiro onde as

prisões foram caracterizadas com novos moldes de penalidade e já não mais tinha a finalidade de punir ou de somente tutelar as classes sociais, mas, modificou ao ponto de ter o propósito de reabilitação em relação a moral do indivíduo criminoso.

No segundo capítulo a discussão é sobre a força dos tratados internacionais na sistemática jurídica no Brasil e para isso foram reservados dois subitens, sendo o primeiro deles a versar sobre a definição da questão teórica dos tratados internacionais, pois ao discorrer sobre a temática o viés destaca sobre a influência dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no contexto do Direito Processual Penal brasileiro, constata-se, portanto, que o Processo Penal brasileiro é influenciado de forma intensa pela atividade internacional, por meio de tratados e convenções de natureza internacional. Já no segundo subitem do segundo capítulo a ideia é relatar sobre a sistematização da convenção americana de direitos humanos, denominada pela doutrina como o procedimento de essencial importância na ordenação interamericana, também chamada como Pacto de São José da Costa Rica, é regimentada por 81 artigos, e estabelece os direitos mais essenciais do homem, como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, à integridade pessoal e moral, à educação, e outros.

No terceiro capítulo o propósito é ressaltar, num primeiro momento, a respeito do Instituto da Audiência de Custódia que se estabelece na apresentação do indivíduo preso, no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, diante do magistrado que, impreterivelmente, avaliará a viabilidade e os aspectos legais para a devida aplicação de medida coercitiva. Pois seu principal propósito é a sua consagração em nosso país para estabelecer regulamentação sobre a questão processual penal brasileira de acordo com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Esta temática promove o entendimento de que o propósito maior do Instituto da audiência de custódia está arregimentado para regular os procedimentos que estão relacionados às garantias que foram estabelecidas nos tratados internacionais de direitos humanos, já que o Brasil tenha recepcionado, por meio de Decreto, a anuência do tratado, seus preceitos ainda inexplorados pelo direito interno e, também a o cumprimento do prazo para comparecimento do preso diante do magistrado e, também, a respeito da competência para conduzir o ato.

1. ABORDAGEM HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO

O primeiro capítulo é a abordagem histórica da acerca da pena de prisão, pois no item 1.1 é destacado sobre as notas históricas sobre a pena de prisão que, segundo os autores citados possuía caráter custodiador com especial destaque para a aplicação dos castigos físicos. No segundo item deste capítulo a abordagem é sobre o processo histórico da pena de prisão no ordenamento jurídico brasileiro onde as prisões receberam novos modelos e passou a não ter a finalidade punitiva ou de tutelar apenas as classes sociais, mas passou a ter o viés de recuperação moral do criminoso.

1.1 Notas Históricas Sobre a Pena de Prisão

Retirar a liberdade do indivíduo existe desde o início da civilização, quando havia apenas a finalidade de custódia, pois não havia, a pena, o caráter de punição enquanto instituto penal. O essencial propósito de privar a liberdade era garantir a integridade física da pessoa até o instante do seu veredicto e posterior execução. Antigamente, os governos que possuíam o poder, logo, impunham as penas de maneira que lhes fossem mais adequados, e conforme a posição social que a pessoa que cometeu o delito possuía.

Machado (2010) coloca que o encarceramento era praticado de modo a colocar o indivíduo em buracos, calabouços nos castelos e as masmorras, lugar onde eram aprisionadas pessoas de todas as idades e sexo e ficavam naquele lugar até o chegar o tempo em que seriam julgados e executados. As formas de execução eram uma verdadeira barbárie, pois poderia ir de uma mutilação até a consequência máxima da pena, a morte. Bitencourt (2001, p. 4) afirma que:

os resíduos históricos que nos restaram dos povos e civilizações mais antigos correspondem com o objetivo de que classificavam primitivamente a respeito da prisão por ser um lugar de manter pessoas custodiadas e, também de tortura (BITENCOURT, 2001, p. 4).

Na época da idade média houve o advento da prisão que, inicialmente, tinha uma finalidade muito específica que era a de encarcerar os desafetos políticos do poderio real e daqueles que incorressem no crime de traição. A prisão ainda possuía o caráter custodiador, pois os encarcerados daquela época esperavam o

juízo e, depois receberem a por intermédio das mutilações, pena de morte entre outras. Outra prática, era a aplicação da pena de detenção, que poderia ter um tempo determinado para o seu cumprimento ou poderia ser perpétua (MACHADO, 2010).

Uma situação a ser destacada, era o fato de que os governantes poderiam conceder o perdão dos indivíduos, que receberiam a liberdade e escapavam do encarceramento sem que estivessem sujeitos a receber à pena de execução (MACHADO, 2010). Há também um tipo de pena conhecido como pena de cunho eclesiástico que era aplicada especificamente aos clérigos que fosse contra a vontade real, e dessa maneira eram encarcerados nos conventos, cuja punição era a prática da oração e da penitência para receberem o perdão dos males que tivessem cometido. Outra espécie de aplicação de pena na idade média era o encarceramento canônico, considerado por muitos historiadores como o mais compassivo de todos os existentes à época, pois, neste regime de encarceramento não existia mutilação nem a morte (BITENCOURT, 2001). Assim, Bitencourt (2001, p. 12) coloca que “o ideal do encarceramento eclesiástico era o arrependimento e a compunção que tinha o objetivo voltado para a corrigir o comportamento do a imposição coativa mecânica”.

O ideal estabelecido em relação as penas aplicadas na época da idade média eram marcadas pelo modo perverso e sem eficácia que foi sutilmente modificado pela interferência do sistema encarcerador canônico, que modificou o sistema anterior que tinha como objetivos principal a custódia da pessoa, já o encarceramento canônico se aproximou mais da humanidade que deveria ser aplicada ao indivíduo por intermédio do arrependimento e da reflexão. Cabe destacar a importante influência do Direito Canônico para o que se entende enquanto encarceramento moderno, pois a pena de prisão, modernamente falando, recebe destaque para o objetivo que tem como fundamento a reeducação do indivíduo preso. Contudo, Bitencourt (2001, p. 14) reflete que não é possível fazer uma comparação inequívoca entre a pena de prisão atual e a canônica, uma vez que: “a aplicação da pena Canônica não se compara com as penas prisão atuais, mas considera-se uma premissa de valor para a prisão como conhecemos atualmente, contudo, não se deve considerar as principais diferenciações”.

Na Idade Moderna, contida entre os séculos XVI e o século XVIII, há o aumento de guerra de cunho religioso que marcaram uma época com grandes prejuízos social, pois a criminalidade aumentou de forma considerável e preocupante e diante disso, Bitencourt (2001, p. 17), considerou:

[...] as guerras religiosas haviam arrebatado da Europa uma considerável porção de seus recursos. No ano de 1.556 os mais necessitados representavam quase a quarta parcela da população. Essas vítimas da falta de recursos sobreviviam das esmolas, do roubo e assassinatos (BITENCOURT, 2001, p. 17)

Com o crescimento da pobreza era aterradora a proporção que criminalidade e os delitos aumentaram e, diante disso, a pena de morte já não era mais eficaz, conforme descreve Bitencourt (2001, p. 19):

[...] as divergências religiosas, as prolongadas guerras, as avassaladoras campanhas militares do século XVII, a destruição do país, a expansão dos centros urbanos e a colapso das formas feudais de vida e do modo econômico agrícola ocasionaram um desordenado aumento da violência entre o século XVII e princípio do século XVIII. Acréscimo a extinção dos conventos e a oneração do Estado. A segurança foi derrocada e o enfrentamento de um verdadeiro contingente de desocupados e pedintes e dessa maneira, foi preciso resguardar-se desta eminente ameaça social (BITENCOURT, 2001, p. 19)

O número de indivíduos conduzidos à execução era incontável e a miserabilidade social era superior à delinquência, logo, adquiriam conditas criminosas por motivação da manutenção da própria subsistência (BITENCOURT, 2001). Diante disso, no meio do século XVI, foi inaugurado o movimento que deu início a elaboração da pena privativa de liberdade e com a criação de modelos prisionais que tinham como objetivo de reeducar os aprisionados. Não é exagero afirmar que pena privativa de liberdade foi elaborada com objetivo único do porquê da pena de morte transformou-se ineficaz ou derrepente porque a pena deveria ganhar um caráter mais humanitário ou ainda, que a pena contivesse o objetivo de reestabelecer a condição social daquele indivíduo considerado enquanto delinquente. Na verdade, há razões definidas que foram colocadas por Bitencourt (2001, p. 27), que abonam a sua elaboração:

[...] no início do século XVI há maior valorização da liberdade e se confere gradativamente o ideal racional. As desordens e transformações sociais e econômicas que desenvolveram com a transição da Idade Média para a Idade Moderna, apresentaram resultados negativos em que muitas pessoas estavam em uma condição extremamente lastimável, numa extrema pobreza e por este motivo a mendicância ou a prática de crimes era a solução para salvaguardar a sobrevivência de muitos, por este motivo a pena de morte foi desconsiderada como medida aterrorizante. Por isso, a motivação econômica era um motivo relevante na modificação da aplicação da pena privativa de liberdade, agora à repressão é adicionada uma nova funcionalidade. Agora já não se trata de encerrar os desempregados, mas de dar trabalho aos que estão encerrados e fazê-los úteis à prosperidade geral (BITENCOURT, 2001, p. 27).

Portanto, é possível afirmar que a reforma ocorrida na pena de prisão é devido ao aparecimento de uma sociedade no seu ponto de vista capitalista. Que ocasionou mudança na pena de prisão passando a ser considerada com outro viés pela sociedade europeia que sofreu influências do movimento capitalista à época, pois não poderia ser perdida a mão de obra do apenado que poderia cumprir sua pena e trabalhar ao mesmo tempo em que poderia contribuir para a valorização do capital (MACHADO, 2010).

A Europa em por volta do século XVII insere modelos de prisões que não continham o único objetivo de resguardar o apenado até instante da aplicação da execução como ocorreu na era da Idade Média. As prisões tinham o objetivo de educar e corrigir os apenados com procedimentos disciplinadores e trabalho. Nesse momento, ainda que de maneira sutil observa-se o desenvolvimento da ideia da pena privativa de liberdade sob a modificação de seu caráter antigo, prisão, custódia para prisão, penalidade, citado por Bitencourt (2001, p. 36) *apud* Beccaria (1764), pondera:

[...] que a inauguração desta nova concepção da forma de reclusão punitiva considera um clamor ao implemento do movimento capitalista que corresponde ao imperativo da vontade social do que a exigência de um grande reformador político. A finalidade específica enquanto objetivo é aproveitar a mão de obra e ao mesmo tempo controlar e regular o seu uso conforme as necessidades de valorização do capital (BITENCOURT, 2001, p. 36 *apud* BECCARIA, 1764).

A partir da ascensão do movimento capitalista que a pena de morte passou a cair em desuso e, ao mesmo modo as penas mais degradantes e exageradas, como exemplo a tortura. Aury Lopes Júnior (2009) estabelece o aparecimento da ideia de privação da liberdade o indivíduo enquanto aplicação de pena entre os séculos XVII e XVIII. Com a inauguração de várias casas que tinham o objetivo da detenção, instabilidade era o marco maior, pois não existiam regimentos ou princípios que objetivassem a protetividade dos indivíduos apenados que eram encarcerados. Outra percepção foi destacada por Michel Foucault (1987, p. 05), a respeito da pena de prisão:

Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como “humanização” que autorizava a não o analisar. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena [...]. Punições menos

diretamente físicas, uma certa descrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal (FOUCAULT, 1987, p. 05),

Bitencourt (2001) *apud* Beccaria (1764), afirma que ele possuía uma visão da pena enquanto objeto utilitário, pois, na aplicação da pena ele tinha o objetivo de procurar um exemplo para o futuro e não uma vingança pelo crime cometido no passado. Estava vinculada ao ideal do justo ao útil (BITENCOURT, 2001). Assim, Bitencourt (2001, p. 36), *apud* Beccaria (1764) fundamentou seu posicionamento:

A finalidade não é outra, senão, impossibilitar o delinquente a praticar novamente fatos que podem ser danosos à sociedade e proteger os outros indivíduos a incorrer nos mesmos fatos delituosos. Por conseguinte, devem ser selecionadas aquelas penalidades, e o método de impô-las considerando a proporcionalidade, o que poderá ser mais eficiente e ter maior duração sobre o ânimo dos homens e que seja menos dolorosa para o corpo do réu (BITENCOURT, 2001, P. 36), *apud* BECCARIA, 1764).

Bitencourt (2001) considera que Beccaria estabeleceu que o propósito generalista da pena não deveria ser conseguido por meio do medo, mas sim, com a capacidade e a firmeza da punição. Mesmo levando em conta o caráter preventivo da pena como elemento primário, pois o objetivo de Beccaria não era interpretar tal condição ao caráter aflitivo da aplicação da pena. Os propósitos buscados por Beccaria era a fundamentação da conceituação do contexto de justiça humana e a aceitava a vingança enquanto teor principal do *jus puniendi* (BITENCOURT, 2001). Beccaria não se curvava ao viés de que a aplicação da pena tinha que ser imposta sem demora, o que conjugou a determinar uma limitação prática de maior vulto para alcançar o ideal de reabilitação da pena privativa de liberdade.

Pautado neste pensamento Beccaria promoveu, através de seus estudos, a humanização das penas, pois ele entendia que durante o período que o indivíduo permanecia encarcerado não poderia estar sujeito a privações como por exemplo sujeira e fome, era incontestável defensor da humanidade na aplicação da pena e

apontou contundentes críticas às prisões da sua época (BITENCOURT, 2001). Bitencourt (2001, p. 38) *apud* Beccaria (1764).

“Os ideais de Beccaria foram aceitos no primeiro Código Penal da França, recepcionados pela assembleia constituinte de 1791” (BITENCOURT, 2001, p. 39), *apud* BECCARIA, 1764). Diante disso, os ideais de Beccaria foram disseminados de maneira significativa ao longo do tempo que influenciou positivamente ao ponto de limitar a pena de morte de forma significativa, devido ao aparecimento da pena privativa de liberdade para os delitos mais graves. Bitencourt (2001, p. 40) afirma que John Howard, foi outro defensor da humanização da aplicação da pena em prisões, e em muitos de seus estudos citava os ideais de Beccaria em suas obras, considerando a isonomia entre as convicções apresentadas.

1.2 Evolução do Instituto da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Na época do Brasil colônia, estabelecidos entre os anos de 1.500 a 1.822, nosso país ainda estava submetido aos regimes jurídicos dos documentos jurídicos Afonsinos, Manuelinos e Filipinos. Dotti (1998, p. 41) Os documentos Afonsino, foram escritos por Dom Afonso V e outorgados no ano de 1.446, pois tais documentos foram usados no período da descoberta do Brasil no ano de 1.500 e continham assuntos relacionados a Direito Penal e Processo Penal, contudo classificados como “coletâneas de incongruências e maldades” uma vez que estabelecia formas de castigos exagerados e a pena de morte.

O encarceramento era já estabelecido naquela época e os documentos Afonsinos continham aspectos jurídicos a respeito da aplicação de pena de maneira meramente preventiva, com o objetivo de resguardar a pessoa para que não fugisse sem receber o seu julgamento (DOTTI, 1998, p. 42).

Há alguns anos após o descobrimento Brasil, outro documento passou a ser exigido, qual seja os documentos Manuelinos, escritos por Dom Manuel. Estes eram semelhantes aos documentos Afonsino porque os dois documentos possuíam a mesma raiz, o Direito Português e, também estabelecia matérias relacionadas com Direito Penal e Processual Penal. A prisão era caracterizada como uma medida coercitiva aplicada a pessoa até o exato momento do seu julgamento e a consequente

condenação. Contudo, Dotti (1998, p. 43) descreve que há diferenciações em relação a vigência dos documentos Manuelinos no período após a descoberta:

Conquanto, exista uma formalidade que vigore deste ao implemento das capitanias hereditárias, as ordenações Manuelinas não eram fonte de Direito aplicado ao Brasil, pois o arbítrio dos donatários, na prática, era quem impunha as regras jurídicas (DOTTI, 1988, p. 43).

Com a colocação dos documentos Filipinos, escritos por Dom Felipe II, estabeleciam uma estrutura de infrações que eram colocadas com penalidades extremas. Os crimes que eram praticados contra a religião, a administração pública e o poder real recebiam punibilidade com a pena de morte da forma mais cruel possível, e, para as situações que havia a prática de crime de falsificação de moeda, crime de sodomia ou o incesto, seriam impostos agravamentos à penalidade de morte, tais como, pena de morte por meio de fogo e o esquartejamento (MACHADO, 2010).

Dessa maneira pode-se considerar que o Brasil colônia sucumbiu, desde a descoberta com “as notáveis implicações de procedimentos da punição exagerada”. (DOTTI, 1998, p. 47). Passado a fase que o Brasil condicionou as imposições de documentos portugueses, conquistou a independência e logo surge o período do império, entre os anos de 1.822 a 1.889. Naquela época já era exigido os ideais de reforma que se igualava com uma sociedade que estivesse em sintonia com os novos pensamentos do país. Muitos princípios do Direito Penal europeu cortejavam o Brasil e um deles era o instituto da irretroatividade penal, a isonomia dos homens diante da lei, a individualização da pena e o caráter de utilidade pública da lei penal. (MACHADO, 2010). Em 1.824, foi outorgada a primeira Constituição do Brasil, que estabelecia no artigo 179, a não violação dos direitos civis e políticos do povo brasileiro e como fundamento a segurança individual, a liberdade e a propriedade. E, também houve planejamento de urgência para elaboração de um código criminal, editado no ano de 1.830. Dotti (1998, p. 50) coloca que a Constituição de 1.824 estabelecia em seus artigos abrandamento para a aplicação de pena, pois:

A cessação dos açoites, da tortura, da cicatriz feita com ferro quente e todas as outras penalidades mais cruéis, impediu o confisco de bens e valores e a afirmação de infâmia a família do réu em cada grau, declarou que a pena não seria transmitida além da pessoa do criminoso e exigiu que as prisões deveriam ser bem limpas, arejadas e, também seguras e deveria haver também a separação dos réus, em conformidade com a gravidade dos crimes cometidos (DOTTI, 1988, p.50-51).

Então, as prisões receberam novos modelos e passou a não ter a finalidade punitiva ou de tutelar apenas as classes sociais, mas passou a ter o viés de recuperação moral do criminoso. Dotti (1.998, p. 51), conceituou como o avanço da legislação brasileira. No ano de 1.830 o imperador Dom Pedro I editou o chamado Código Criminal onde nascem os fundamentos da justiça e da equidade. (DOTTI, 1998, p. 51). Este Código estabelecia onze tipos diferentes de aplicação de pena, quais sejam: a de prisão, a de morte, a de galés, rescisão do contrato de emprego, desterro, prisão com a exigência de trabalho, prisão simples, apenas a suspensão do emprego, banimento e desterro. (MACHADO, 2010).

Em 1.889 foi realizada a primeira proclamação da república brasileira e nesta época já havia acontecido a abolição da escravatura, no ano de 1.888 por intermédio da Lei Áurea, o que ocasionou alterações no Código Criminal, trazendo a extinção de alguns crimes. Considerando que Brasil estava passando por uma mudança política de bases institucionais, Joaquim Nabuco, um político, jurista e defensor do abolicionismo, apresentou na Câmara dos Deputados o projeto que autorizava o Ministro da Justiça a publicar uma nova edição do Código Criminal do Império (DOTTI, 1998).

O projeto foi elaborado e exposto pelo conselheiro Baptista Pereira e no ano de 1.890, por meio do decreto 871, o Brasil impôs o cumprimento do novo Código Penal, que inseriu significativas alterações como a redução das penas de caráter perpétuo, calculando o período da prisão de caráter preventivo ao total da prisão e antevendo a prescrição das penas (DOTTI, 1998). Entretanto, depois de algumas décadas o Código foi necessitando de modificações que tinha propósitos de complementar as insuficiências de cunho legal, e, diante disso, no 1.932, acontece a estruturação caracterizada como a Consolidação das Leis Penais.

No ano de 1934 é promulgada a nova Constituição do Brasil, também chamada de Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que estabelece no rol normativo a proibição de aplicar penas de morte, de caráter perpétuo, confisco e pena de banimento às penas de banimento, morte, confisco e de caráter perpétuo. Em relação a aplicação da pena de morte, esta estava adstrita apenas aos casos previstos na legislação militar que estabelecia aquele tipo de penalidade, caso, em momento de guerra com país estrangeiro (MACHADO, 2010).

Diante da lista de garantias estavam normatizadas na Constituição de 1934 questões Principiológicas relacionadas ao processo penal, tais como o princípio do

juiz natural, impedimento de ser detido ou preso de forma arbitrária, de foro privilegiado e tribunais de exceção, a garantia da ampla defesa e o contraditório e, também o instituto do *habeas corpus*, que estabeleciam de forma clara o viés liberal da Constituição (MACHADO, 2010).

No ano de 1.937 foi outorgada uma outra Constituição brasileira, também classificada como a Constituição Polaca por ter fundamento jurídico igual ao da Constituição outorgada da Polônia. Classificada como um autêntico anacronismo para o Brasil, a Constituição de 1.937 estabeleceu também no seu rol normativo a extinção da pena de morte, além da já prevista na legislação militar para fim de:

Atingir as transgressões políticas e, também o homicídio de natureza comum. Não se afirmou frívola a garantia da individualização da pena e se constituiu que a utilização dos direitos e garantias estabelecidos na Constituição era restrito ao bem público, aos imperativos de defesa da paz e da ordem coletiva, bem como às requisições da segurança da nação e do Estado. (DOTTI, 1998, p. 63).

Explodido o golpe de Estado o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, delegou ao professor Alcântara Machado a tarefa de instituir a alteração na legislação penal que vigorava na época. O anteprojeto criado por Alcântara colocava que a pena de morte estava a cargo da discricionariedade do Governo, pois ele era legítimo apoiado na sua não aplicabilidade. O anteprojeto estabelecia também as penas de segregação, multa, detenção e reclusão, que era uma forma de substituir a pena aplicada aos maiores de 18 anos e menores de 21 anos portadores de distúrbios psíquicos, aos índios que não se adaptassem aos modos de convivência social aos deficientes auditivos e mudos (DOTTI, 1998).

Estabelecia ainda, no momento da aplicação da pena e de sua execução uma autonomia, pois a forma de aplicar a pena reconhecida pelo anteprojeto estabeleceu uma forma dupla, compreendendo aplicação de pena e, também medida de segurança (DOTTI, 1998). No mês de abril do ano de 1.940, foi editado o projeto que recebeu auxílio do especialista em Direito Penal Antônio José da Costa e Silva. Posteriormente, no dia 31 de dezembro do ano de 1.940 foi exposto o Código Penal, e conforme estabelece Dotti (1998, p. 67):

Em várias partes do Código Penal se observa o hermetismo em que se estabelece, contestando vigorosamente às cooperações da criminologia e da vitimologia e outras matérias. Na abordagem dos assuntos que tem relação com a exceção da culpabilidade existem importantes referências dessa prescrição que modifica a responsabilidade objetiva (DOTTI, 1998, p. 67).

“O Código Penal integrou a reclusão e a detenção como categorias da pena privativa de liberdade, designando a prisão simples para a Lei de Contravenções Penais” (MACHADO, 2010, p. 123). Apesar de o Código Penal tivesse como propósito reconhecer uma dessemelhança entre o procedimento executório com a reclusão e a detenção, não eram observados os regramentos para o estabelecimento individualizado e em razão disso, aumentaram as preferências pela aplicação da pena de prisão (DOTTI, 1998).

O processo democrático no Brasil somente é retomado no ano de 1.946 com a promulgação da Constituição de 1.946, resultado da autonomia idealizada pelo pluripartidarismo político. Dotti (1998) estabelece que no trecho dos direitos e das garantias individuais as liberdades e os direitos fundamentais do cidadão nacional e dos estrangeiros aqui moradores foram reestabelecidos, e no campo do amparo penal e processual foi consolidada a liberdade plena, ressalvados os casos de prisão em flagrante ou estabelecida por autoridade qualificada, sendo vetado o foro privilegiado, a pena de banimento, pena de morte (apenas estabelecida no âmbito militar, semelhante ao regime aplicado na Constituição de 1.934), confisco de bens e foros de exceção (DOTTI, 1998).

A Constituição de 1946 cuidava especificamente em resguardar os direitos da pessoa e moderar o poder de punir do Estado. Contudo, Dotti (1998) descreve que depois de um período de vinte anos a edição do Código Penal, os preceitos doutrinários e jurisprudenciais já estabeleciam as complexidades e uma verdadeira desmoralização do cumprimento de pena privativa da liberdade e somente no ano de 1.961, o jurista Nelson Hungria é escolhido para escrever um projeto de codificação penal que estivesse adequado as transformações sociais daquela época. O projeto continha as mesmas formas de aplicação de pena já definidas no Código de 1940, contudo, foram acrescentados outros atuais princípios e regras, como o procedimento mais rígido da pena de reclusão, a segmentação dos condenados e a execução estratégica, com foco na reabilitação do apenado. As contribuições estabelecidas por Hungria preencheram os espaços identificados anteriormente no projeto criado por Alcântara, pois o:

[...] plano de Hungria compreendia determinações relacionadas à execução das penas privativas de liberdade com os modelos de instituições penais e a concepção do estabelecimento aberto sob a estrutura de semiliberdade e confiabilidade para os réus condenados

sob a forma primária e de inexistente perigo social e quando a permanência da aplicação da pena não fosse maior que a 05 anos. Conferiu aos Códigos de Processo Penal e das Execuções Penais a detalhada estruturação dos estabelecimentos penais. (DOTTI, 1998, p. 73).

O golpe militar realizado no de 1.964, o Brasil suspendeu, junto ao Congresso nacional a retificação do projeto de Nelson Hungria. E, diante disso, mais uma vez na história do país as tarefas de uma comissão foram atrapalhadas por crises políticas e institucionais. Nos anos de 1.967 acontece o decreto de outorga da Constituição da República Federativa do Brasil. A Constituição de número seis efetivou o regime militar colocando o poder executivo em condições superiores aos outros poderes do Estado brasileiro. Todas as providências eram realizadas pelos militares e com a criação da Constituição não foi desigual, porque o teor do texto estava cheio de regramentos de proveitos militares (BITENCOURT, 2001).

Até esse tempo, no período da ditadura, foi elaborado o Código Penal de 1969 e antes de morrer, Nelson Hungria passou seu projeto ao jurista e ministro Heleno Fragoso que fez importantes modificações no projeto de Hungria (DOTTI, 1998). Dotti (1998, p. 79) descreve que a junta se adiantou na criação do Código de 1969, “a edição do novo código, restou, por equívoco, num verdadeiro rascunho incompleto que necessitaria ser, revisado”.

A codificação penal elaborada no ano de 1.969 e a sua decorrente vigência foi protelada por várias vezes e no ano de 1.798 foi anulado pela Lei de número 6.578/78, já a parte geral do Código Penal foi modificada somente no ano de 1.984 e os legisladores mantiveram a pena privativa da liberdade, nas modalidades de reclusão e, também detenção. As medidas de segurança foram revisadas e houve também a inserção de penalidade de cunho patrimonial e a revogação de penas acessórias (BITENCOURT, 2001).

Ainda no ano de 1.984 foi editada também a Lei de Contravenções Penais que trouxe muitas novidades e modificações com o objetivo de colocar situações de harmonia e integridade social do apenado e do internado. A Constituição Federal, promulgada no ano de 1.988 foi elaborada com o viés garantidor dos direitos coletivos e individuais e tangenciou o Direito Penal e processual penal numa perspectiva transformadora (LOPES JÚNIOR, 2009).

Pois a Constituição de 1.988 estabelece claramente no seu texto normativo e nos demais princípios insculpidos nela, quais sejam o da irretroatividade da lei penal,

proporcionalidade, presunção de inocência, anterioridade e o da legalidade. Todos estes princípios, num determinado momento histórico, foram mencionados e defendidos por Beccaria.

Já no ano de 1.990 a Lei 8.072/90 a lei que normatiza e penaliza os crimes hediondos, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma severidade para aqueles que cometem os crimes estabelecidos na estrutura de sua previsão legal do artigo primeiro e parágrafo único. Para finalizar no ano de 1.995, a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais estabeleceu condutas ilegais de menor potencial lesivo, as denominadas contravenções penais, e a tipificação do tempo de aplicação da penal máxima não mais que dois anos ou não e, também, a aplicação de multa

A legislação que estabeleceu as cortes especiais no Brasil inaugurou o instituto da suspensão condicional do processo e da transação penal com aplicabilidade permitida desde que a conduta delituosa se enquadre nas condições estabelecidas pela lei. Esta legislação é reputada enquanto um grande avanço para o rol de legislações penais no Brasil, pois o que se considera é a forma processual simplificada.

2. A ATUAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ESTRUTURA JURÍDICA BRASILEIRA.

No segundo capítulo a abordagem é sobre a atuação dos tratados internacionais na estrutura jurídica brasileira e é composto por dois subitens, sendo o primeiro a tratar sobre a conceituação da teorização dos tratados internacionais, pois ao discutir o tema sobre a interferência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito processual penal brasileiro, percebe-se que o processo penal brasileiro é acometido de maneira intensa pela atuação internacional, por intermédio de tratados e convenções de caráter internacional. Já no segundo subitem deste capítulo a proposta é descrever sobre a estruturação da convenção americana de direitos humanos, caracterizada pela doutrina como o mecanismo de fundamental importância na sistemática interamericana, denominada como Pacto de São José da Costa Rica, é fundamentada por um total de 81 artigos, e determina os direitos fundamentais do homem, como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros.

2.1 Conceituação de Teorização do Tratados Internacionais

Ao discutir o tema sobre a interferência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito processual penal brasileiro, percebe-se que o processo penal brasileiro é acometido de maneira intensa pela atuação internacional, por intermédio de tratados e convenções de caráter internacional. Contudo, foi no final do século XIX que os tratados internacionais foram se consolidando como fundamento de direito a ser adotado pelos Estados nas relações internacionais. Pois, antigamente, era o Direito vinculado aos costumes dos povos que determinavam quais as fontes que regulamentavam a convivência entre os Estados (MAZZUOLI, 2009).

Flávia Piovesan (2010, p. 24) faz referência a respeito da importância de regular e normatizar o procedimento de construção das convenções internacionais, pois culminou na criação da Convenção de Viena, cujo objetivo foi amparar como sendo a estrutura legal dos Tratados internacionais. O vocábulo tratado, estabelecido na Convenção de Viena a respeito de Direito dos Tratados, de 1969, faz referência ao seguinte entendimento:

Um ajustamento internacional consagrado entre Estados em forma positivada e subordinado pelo direito internacional, que contenha um mecanismo único ou de dois ou mais instrumentos correlatos, qualquer que seja sua intitulação específica. (BAHIA, 2000, p. 13).

A doutrina brasileira confronta tratado referindo-se “[...] todo compromisso formalizado estabelecido entre dois ou mais entes de direito internacional público, e com a finalidade de conceber efeitos jurídicos”. (REZEK, 2014, p. 14). Para que um tratado internacional tenha a disposição legal para vigor no direito interno de um determinado Estado, é imperativo que exista um procedimento de elaboração o qual envolverá as posturas das transação, desfecho e subscrição do tratado. Ações fundamentais que são de atribuição específica do Poder Executivo (PIOVESAN, 2010).

É importante destacar que não é suficiente só a rubrica do Poder Executivo de um determinado Estado para que o acordo firmado produza todos os seus efeitos na estrutura jurídica de um determinado ordenamento jurídico. Depois da rubrica realizada pelo Executivo, este necessitará sujeitar o tratado à juízo do Poder Legislativo que realizará o julgamento quanto sua anuência (PIOVESAN, 2010).

Se determinado tratado for aprovado pelo Poder Legislativo, acontecerá o procedimento de confirmação que é de responsabilidade do Poder Executivo. A confirmação é na realidade um procedimento formal muito importante que é realizado com a finalidade de confirmar as intenções do Estado em firmar tal compromisso e, diante, dos compromissos estabelecidos o Estado está obrigado a executar as exigências do tratado, sob penalidade de o Estado ser responsabilizado, isso no plano internacional do Estado que violou as cláusulas estabelecidas (GEMAQUE, 2011).

Bahia (2000, p. 65) faz menção a respeito do ato de ratificar como àquele que confere veracidade ao tratado, pois irá ratificar a rubrica e lhe determinar a validação do Tratado, pois:

É a ação pelo qual o gestor do executivo de cada Estado, diante de sua soberania, importa dar publicidade às demais autoridades que correspondem aos outros poderes do Estados cujos diplomatas já finalizaram, com os seus pares, um planeamento de tratado, a ratificação que dá a este planejamento e que o faz a partir daquele determinado momento um tratado possuir um caráter de imposição para o Estado que esta autoridade assume nas relações internacionais (BAHIA, 2000, p. 65).

No que se refere às questões hierárquicas das normativas de caráter internacionais e que estabelecem atividade relacionada aos Direitos Humanos, a Constituição de 1988 modernizou, já que introduziu no elenco de direitos

constitucionalmente resguardado, os direitos estruturados nos tratados internacionais os quais o Brasil é subscritor (PIOVESAN, 2010).

Nesse lapso, Flávia Piovesan (2010, p. 52) expõe que “os direitos e garantias estabelecidos na Constituição não suprimem outros direitos resultantes dos tratados internacionais”. E, diante disso ao realizar a integração, na Constituição brasileira outorgou aos direitos internacionais um caráter específico e diverso, que é semelhante ao da normativa constitucional. Assim, a citação de Trindade (1998, p. 102) estabelece:

Deste modo, a atualização do artigo 5º, §2º da Constituição de 1988 representa suplementação, por propositura, ao rol dos direitos constitucionalmente estabelecidos, dos direitos e garantias manifestamente consignados em tratados internacionais sobre protetividade no âmbito internacional dos direitos humanos em que o Brasil é signatário. É animador que as consecuições do direito internacional em benefício da protetividade do homem tragam a projeção para o Direito Constitucional, prosperando, e evidenciando que o desejo mundial de salvaguarda é cada vez mais eficiente em relação as pessoas, e de qualquer maneira, conseguem apoio nos fundamentos do viés internacional e do Direito Constitucional de caráter interno (TRINDADE, 1998, p. 102)

“A Constituição Federal de 1988 não conserva a presunção da de ser perfeita, pois possibilita a ponderação indispensável para moldar-se sempre diante da necessidade de mudanças e contínuo desenvolvimento” (PIOVESAN, 2010, p. 30). Preliminarmente, Gemaque (2011, p. 87) ratifica a interpretação de que as normativas de cunho constitucional desenvolvem um atributo muito importante na estrutura jurídica de um determinado Estado. A seguir, não se pode dar “significado que lhe suprima ou mitigue a razão de ser”.

2.2 A Estruturação da Convenção Americana de Direitos Humanos

Caracterizada pela doutrina como o mecanismo de fundamental importância na sistemática interamericana, Esta Convenção é também denominada como Pacto de São José da Costa Rica, é fundamentada por um total de 81 artigos, e determina os direitos fundamentais do homem, como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros (TRINDADE, 1998).

Flávia Piovesan (2010, p. 256) descreve que a Convenção Americana de Direitos Humanos é “mais ampla de muitos documentos de cunho internacional que versam a respeito de direitos humanos”, uma vez que contém ampliado elenco de

direitos resguardados. Moraes (1997, p. 39) destaca que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem como objetivo “a ratificação, no Continente Americano, da aplicabilidade de uma estrutura de prerrogativas de caráter pessoal e de justiça social, a ser conseguido como reiteração do processo democrático de evidenciação dos direitos humanos fundamentais”.

Assim, esta Convenção é fundamentada como indispensável mecanismo de preservação de direitos, de acordo com a interpretação de Mazzuoli (2009, p. 18):

A convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e que confere suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos seus Estados partes (MAZZUOLI, 2009, p. 18).

A Convenção Americana foi subscrita na cidade de San José, na Costa Rica, no mês de novembro de 1.969, contudo, somente após 09 (nove) anos e depois de ter conquistado o número mínimo de 11 confirmações, é que a Convenção começou a valer (PIOVESAN, 2010). No caso do Brasil, somente aderiu ao Pacto de São José no ano de 1.992 e a promulgação foi fundamentada por intermédio do Decreto de n. 678.

No ano de 1.988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos realizou um procedimento suplementar ao documento de caráter internacional, a Convenção Americana, com respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais. Tal procedimento foi nominado de Pacto de São Salvador e passou a vigor no mês de novembro de 1.999 (PIOVESAN, 2010).

O procedimento denominado de São Salvador destaca quais as condições dos Estados que aderiram em relação aos direitos humanos, sociais, econômicos e culturais, além disso, direitos relacionados aos trabalhadores, seguro social, cultura, educação, os direitos difusos relacionados a crianças e adolescentes; idosos e pessoas com algum tipo de deficiência.

A autora Flávia Piovesan (2010, p. 256) alega que o essencial objetivo do protocolo é impor aos Estados signatários que cumpram as determinações estabelecidas por intermédio de “[...] uma legislação que contenha efetividades, incentivando a utilização de medidas protetivas e que possam conter ou diminuir todo e qualquer tipo de discriminação” (PIOVESAN, 2010, p. 256). Existe ainda um

segundo procedimento de caráter internacional adjunto à Convenção Americana de Direito Humanos, o qual aborda sobre a extinção da pena de morte.

Mazzuoli (2009) destaca que o documento, a Convenção Americana, é equivalente ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos do ano de 1966, visto que resguarda um rol de direitos, semelhantemente àqueles estabelecidos no Pacto, dentre os direitos é destaque o direito de não ser sujeito à escravidão, o direito a ter um julgamento equânime, o direito à prerrogativas relacionadas a consciência e a religião, o direito a prerrogativas vinculadas à associação, o direito à isonomia diante da lei e o direito de proteção judicial.

O autor, Mazzuoli (2009), destaca ainda que os direitos de caráter social, econômico e cultural estabelecidos pela Convenção Americana “não foram consolidados de maneira que impositiva e sancionadora, mas, quando tais direitos são violados”, devem ser interpretados de forma que geral, diante do compromisso firmado pelos Estados em responsabilizar-se e honrar esses direitos. A doutrinadora Flávia Piovesan (2010, p. 257) afirma que cabe ao “[...] Estado signatário assumir as determinações legislativas e de outro caráter que imponham a necessidade de outorgar efetivação aos direitos e prerrogativas estabelecidos”. Desta maneira, Flávia Piovesan (2010, p. 257) considerou:

Os Estados signatários na Convenção Americana têm o compromisso de não só reverenciar esses direitos fundamentados na Convenção, mas de assegurar o seu autônomo e absoluto desempenho. Um governo tem, por conseguinte, responsabilidades efetivas que estão relacionadas à Convenção Americana. Assim, existe a tarefa de não descumprir direitos individuais, como por exemplo, o dever de não torturar um indivíduo ou de não o impedir um julgamento justo. Todavia, o compromisso do Estado vai além desse dever e pode exigir a legitimação de medidas afirmativas importantes (PIOVESAN, 2010, p. 258).

A Convenção Americana considerou ainda, um protocolo de controle e executoriedade dos direitos nela estabelecidos. Pois, esta ferramenta, integrado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em suma, envolve todos os Estados signatários que se compromissaram em cumprir os regramentos (MAZZUOLI, 2009).

A autora Flávia Piovesan (2010, p. 260) menciona que a fundamental finalidade da Comissão Interamericana que é “viabilizar o cumprimento e a proteção dos direitos humanos na América”, e para que isso ocorra, importa a Comissão estabelecer conselhos direcionados aos Estados Signatários para a

finalidade de fomentar a acolhida de medidas apropriadas à protetividade dos direitos fundamentado na Convenção Americana.

Concerne também à Comissão Interamericana avaliar as interlocuções referente as imputações de descumprimento aos direitos celebrados na Convenção Americana. Flávia Piovesan (2010) exhibe que as interlocuções podem ser realizadas tanto por indivíduos quanto por organizações não governamentais. Contudo, para que exista a avaliação Comissão é imperativo que o indivíduo tenha experimentado a violação de um direito que foi assegurado pela Convenção Americana e tenha exaurido os meios internos do Estado para depois ter sua solicitação avaliada pela Comissão. Nesse contexto, Trindade (1998, p. 55), estabelece que:

Devemos considerar um regramento de Direito Internacional em razão da qual se deve oportunizar ao Estado a reparação de um prejuízo no seu plano interno a partir da relação existente entre a o indivíduo e o ordenamento jurídico do seu Estado, precedente que impõe limites para somente depois de esgotada a via interna, possibilitar o acionamento da responsabilização de caráter internacional. O dever de provimento pelos Estados-partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no Direito Interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais (TRINDADE, 1998, p. 55),

O Brasil, como um bom exemplo, considerou a capacidade de jurisdição da Corte Interamericana em dezembro de 1.998, por intermédio do decreto de n. 89 (PIOVESAN, 2010). Compete destacar que a sistemática interamericana tem alcançado especial importância na defesa dos direitos humanos e tem colaborado de maneira eficiente para o fortalecimento do Estado de Direito. A autora (PIOVESAN, 2010, p. 286) considera, a partir da sua percepção que:

As duas, a Comissão e a Corte, vem adotando atitudes revolucionárias de modo que a oferecer para a proteção dos direitos humanos nas Américas, e ambos, indivíduos e organizações não-governamentais, podem encontrar um fértil espaço para futuros avanços (PIOVESAN, 2010, p. 286).

Nesse aspecto, salienta-se que a sistemática interamericana vem demonstrando duas aptidões: evitar as regressões e promover desenvolvimento no que se refere à protetividade dos direitos humanos, debaixo do impulso de uma ordenação centralizada e abalizada na relevância da completa predominância da dignidade humana.

3. O IMPLEMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.

No terceiro capítulo o objetivo é destacar, inicialmente, a respeito do instituto da Audiência de Custódia que se fundamenta no comparecimento do indivíduo preso, no período máximo de 24 horas depois de realizada a prisão, diante da autoridade judicial que, obrigatoriamente, verificará a possibilidade e a legalidade da aplicação de medida coercitiva.

Pois seu essencial objetivo e de sua efetivação em nosso país é regular a questão processual penal brasileira em conformidade com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tal princípio provoca o conhecimento de que a objetivo da audiência de custódia está fundamentado em ajustar os processos às garantias estruturadas nos tratados internacionais de direitos humanos, já que uma vez o Brasil tenha confirmado, mediante Decreto, a aceitação do tratado, suas determinações são ignoradas pelo direito interno e, também a respeito do prazo para apresentação do preso à autoridade judicial e competência para presidir o ato.

3.1 Conhecimentos preliminares sobre o instituto da Audiência de Custódia

Temática de atual debate na perspectiva jurisdicional, o Projeto de Lei de número 554/2011, que tem como finalidade a efetivação da audiência de custódia no processo penal brasileiro, fundamenta-se no comparecimento do indivíduo preso, no período máximo de 24 horas depois de realizada a prisão, diante da autoridade judicial que, obrigatoriamente, verificará a possibilidade e a legalidade da aplicação de medida coercitiva (PAIVA, 2015).

A presunção de legalidade do instituto está fundamentada e vários tratados internacionais de direito humanos, quais sejam:

[...] a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, o qual o Brasil é signatário desde 1992, e na Convenção Americana de Direitos Humanos, pacto que o Brasil também ratificou no ano 1992 (PAIVA, 2015, p. 30).

E é na Convenção Americana de Direitos Humanos que a audiência de custódia está fundamentada e, conforme se verifica a essência do artigo 7.5:

Art. 7. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (OAS, 1969, s/p).

Paiva (2015) destaca que a ideia conceitual da possibilidade da existência de uma audiência de custódia está vinculada ao fato de resguardo e proteção da integridade física e moral do indivíduo e se justifica como instrumento imediato de controle judicial da prisão. De acordo com Paiva (2015, p. 34) o primordial objetivo de sua efetivação em nosso país é “regular a questão processual penal brasileira em conformidade com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. Tal princípio provoca o conhecimento de que a objetivo da audiência de custódia está fundamentado em ajustar os processos às garantias estruturadas nos tratados internacionais de direitos humanos, já que uma vez o Brasil tenha confirmado, mediante Decreto, a aceitação do tratado, suas determinações são ignoradas pelo direito interno.

O doutrinador Lopes Júnior (2015, p. 17) assenta outro objetivo para a ideia conceitual do instituto da Audiência de Custódia vinculada à resguardo da execução de maus tratos e tortura cometida pelos policiais, de maneira que garanta “a eficácia do direito à integridade corporal dos indivíduos tolhidos de sua liberdade”. Já que também existe destaque na Convenção Americana de Direito Humanos, especificamente no artigo 5.2, que a pessoa privada da sua liberdade não deverá ser imposta à tortura. Weis (2013, p. 12) destaca que este artigo em pauta de algum modo “amplia a autoridade e o compromisso dos juízes, promotores e defensores de coagir que os outros fundamentos de justiça criminal comecem a se orientar em fundamentos vinculados a legalidade e eficiência” (WEIS, 2013, p. 12).

Nesse aspecto, Paiva (2015, p. 35) descreve que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já definiu que o comparecimento do indivíduo preso imediatamente diante da presença do magistrado “é fundamental para o resguardo do direito à liberdade individual e para determinar a proteção a outros direitos”. Paiva (2015) expressa ainda, que a temática já destacou a preventiva em relação à tortura pela Comissão Nacional da Verdade, das quais o documento destacou, dentre as orientações, a elaboração da audiência de custódia no sistema jurídico processual pátrio. Contudo, é inevitável de que não se pode imaginar que a audiência de custódia,

unicamente, aniquile a atividade ilegal de tortura policial. Por último o terceiro objetivo da audiência de custódia aparece como finalidade de prevenir as prisões ilegais.

Em relação a este aspecto, Paiva (2015, p. 39) destaca que o juízo a ser executado na audiência de custódia pode ser classificado como complexo, já que:

Não se remete somente ao controle da legalidade do ato já executado, mas, também a medir a utilidade e ajustamento da prisão de caráter cautelar mais adiante no curso o processo. Mas, também se configura como sendo uma atividade retrospectiva, com propósito de avaliar a prisão em flagrante delito, e outra finalidade é a prospectiva, apontada para o futuro, com o cunho de avaliar a utilidade e adequação da preservação da prisão, ou sua comutação por medida diversa da prisão ou até mesmo, a simples extinção da prisão (PAIVA, 2015, p. 39).

Contudo, Nucci (2015) se posiciona no sentido de que o caráter ilegal de uma certa prisão destaca a autonomia da autoridade judiciária, devendo ser resolvida com a simples leitura do auto de prisão em flagrante, que além disso, é analisado no limite de 24 horas. Já Paiva (2015), afirma que a audiência de custódia poderá impedir o aumento de indivíduos encarcerados no país. Em entendimento diverso, do magistrado Ademar Aires Pimenta da Silva, destaca a respeito da prática da audiência de custódia “nenhum magistrado diante da plenitude de suas faculdades mentais quer encarcerar, pelo fato de que a prisão é a confirmação do fracasso do Estado e do indivíduo”. (SILVA, 2015, p. 23).

3.2 A (in) suficiência do regramento jurídico brasileiro

A audiência de custódia tem como objetivo alterar o que está legalmente fundamentado no que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 306 do Código de Processo Penal, que determina:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. §1º: Em até 24 horas após a realização após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 1941, s/p).

A proposta de alteração do artigo tem o propósito de adicionar no contexto do artigo acima mencionado, que o indivíduo encarcerado deverá ser levado diante do magistrado competente no prazo máximo de vinte e quatro horas depois de

efetuada a sua, momento em que, obrigatoriamente, apresentar-se-á o auto de prisão em flagrante em conjunto com todas as oitivas recolhidas e, caso o indivíduo autuado não constitua seu advogado, deverá ser enviada a cópia integral para a Defensoria Pública que designará um defensor público (PAIVA, 2015).

Paiva (2015) afirma que na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o conteúdo do relatório do Projeto de Lei 554/2011 está sob a presidência do Senador Randolfe Rodrigues, que destacou ser adepto à aprovação do projeto, apoiado, inclusivamente, por considerações postulada pela Defensoria Pública da União, que apoia a indispensabilidade do comparecimento do indivíduo preso ao magistrado. Logo depois, o Projeto de Lei foi levado para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, conforme solicitação do Senador Humberto Costa. Para anunciar o relatório da Comissão, foi destacado o Senador João Capiberibe, o qual também tem o entendimento pela aprovação do Projeto de Lei, contudo, determinou medida de substituição (PAIVA, 2015).

A emenda que de caráter substitutivo, determinada pelo então Senador João Capiberibe possuiu enorme relevância, porque não modificaria o artigo 306, mas o artigo 282 do Código de Processo Penal, ampliando a audiência de custódia para todas as espécies de prisão (PAIVA, 2015). Contudo, o Senador João Capiberibe reavaliou a essência do seu voto e destacou simplesmente alterações vinculadas a redação diante da primeira exposição do projeto, dessa maneira desistiu da possibilidade aplicação da audiência de custódia a todas as espécies de prisão, pautando apenas nas prisões em flagrante delito (PAIVA, 2015).

[...] com a reavaliação do Projeto de Lei 554/2011, a Comissão de Direitos e Legislação Participativa aquiesceu por unanimidade o relatório do Senador João Capiberibe. Sendo que depois, o Projeto de Lei foi levado para a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, que restou aprovado (PAIVA, 2015, p. 41).

Logo após a reavaliação, o Projeto de Lei voltou para Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e o então Senador Humberto Costa foi destacado enquanto relator. Contudo a opinião do Senador Humberto Costa está esperando avaliação que será feita pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela casa legislativa. A questão é que o texto que fundamenta a respeito do instituto da audiência de custódia concorre duplicidade de entendimentos, eis que uma parcela

dos operadores do direito posiciona-se positivamente, a favor da modificação do artigo 306, parágrafo único do Código de Processo Penal, já a outra parcela dos operadores são contrários, por considerarem um instituto sem fundamento, que só aumentaria os custos do Estado.

Nesse aspecto, o implemento da audiência de custódia aumentará os custos de caráter material e humano, e que o instituto ne mesmo se destaca enquanto instrumento apropriado para a eficácia da manutenção do respeito à integridade física e dos direitos fundamentais do indivíduo preso, e segundo Andrade (2015, p. 75), serve apenas:

Para a disseminação da impunidade, acima de tudo em condições de libertar indivíduos que foram presos por praticar crimes de grande relevância, por mero descumprimento do parco prazo de 24 horas para a condução do indivíduo preso (ANDRADE, 2015, p. 75).

Contudo, Paiva (2015, p. 57) demonstra que a implementação do instituto no Código de Processo Penal é irrelevante, deficiente, assimétrico e traz poucos benefícios ao indivíduo. Afirmado, que a sistemática jurídica brasileira “não impõe uma forma de controlar o caráter convencional da medida, determinando-se que seja utilizada a norma que mais favoreça o preso”, ou seja, a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nucci (2015, p. 235) tem posicionamento deferente, pois afirma que:

A pratica estabelece uma ineficiência porque não se confere à formação de provas; os juízes não possuem saberes de caráter técnicos para qualificar possíveis utilização de torturas porque não são peritos; não se pode esquecer que os presos em flagrante seriam escoltados diante da presença do juiz por policiais, situação por si só capaz de impedir as imputação de possíveis torturas; a apresentação do investigado diante do magistrado, imediatamente depois da prisão, requer o gasto de poucos recursos públicos com o uso de todo um mecanismo de segurança, como a utilização de viaturas e agentes estatais presentes na condução de detentos (NUCCI, 2015, p. 235).

Isto posto, destaca-se várias oposições em relação ao implemento de tal instituto, que embora não simpatize com a maioria dos operadores do Direito, vem sendo utilizado na maior dos Estado brasileiros, já que o Conselho Nacional de Justiça posicionou diante do primeiro passo para instalar o projeto audiência de custódia. O projeto proposto pelo Conselho Nacional de Justiça fundamenta-se na disseminação da utilização do instituto por todo o país.

No mês de abril de anos de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa subscreveram em três acordos que têm por finalidade impulsionar a realização da audiência de custódia, estabelecer critérios alternativos à prisão e propiciar a política de monitoramento eletrônico (PAIVA, 2015). O ajuste inicial destaca a respeito de uma cooperação para que seja realizada a audiência de custódia, e destaca que:

Apoio técnico e financeiro aos Estado para a criação de Centrais de monitoramento eletrônico, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os aportes de caráter financeiro devem ser advir do Ministério da Justiça para que os Estados possam iniciar o projeto audiência de custódia e, também, serão utilizados para a compra de tornozeleiras eletrônicas. (PAIVA, 2015, p. 67).

Já o segundo compromisso tem como objetivo aumentar a utilização de parâmetros diversos da prisão, como a utilização de medidas protetivas de caráter de urgência para as penas que restringem direitos e medidas de caráter cautelar que são diversas a da prisão, e, também, a conciliação e a mediação (PAIVA, 2015). Por último, o terceiro compromisso tem o objetivo de criar direcionamentos para possibilitar a disseminação de políticas de monitoramento eletrônico com a utilização de tornozeleiras eletrônicas, especialmente em na condição de duas circunstâncias, quais sejam:

No monitoramento de medidas cautelares utilizada para os acusados de crimes diversos, com exceção aos acusados por crimes dolosos penalizados com aplicação da pena privativa de liberdade maior a quatro anos ou que já reincidente na condenação por outro crime de caráter doloso, e na monitoração de medidas protetivas de caráter urgente utilizadas para os acusados de crimes que implique em violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, enfermo ou pessoa com deficiência. (PAIVA, 2015, p. 67).

O presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o ministro Ricardo Lewandowski, destacou que o instituto é fundamental porque muitos indivíduos presos “não demonstram grau elevado de periculosidade, não são violentos, dessa forma, não demonstram nenhuma situação de risco para a sociedade”. (BRASIL, 2015, s/p). Outra informação importante é a de que o projeto de implementação da audiência de custódia já é utilizado em 26 Estados, segundo os índices indicadores oficiais do Conselho Nacional de Justiça. Contudo, na ausência de legislação específica, cada Estado está constituindo provimentos e resoluções com o caráter de regular o a metodologia de aplicação da audiência de custódia (PAIVA, 2015).

3.3 Prazo para apresentação do preso à autoridade judicial e competência para presidir o ato.

A Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza o vocábulo “sem demora” em destaque ao caráter temporal em que o indivíduo preso, após sua prisão deverá ser levado, imediatamente, diante da autoridade judicial. Paiva (2015, p. 44) menciona que a Convenção Americana contempla num primeiro momento a legislação interna do país, para as situações que o Estado Soberano estabeleça um determinado tempo para condução do preso, fazendo, após dois julgamentos:

Um quanto à consideração do prazo estipulado pelo próprio Estado Soberano, conseqüentemente, motivando o descumprimento do mandamento da apresentação mais rápida se for desobedecida a legislação local, e outro, quanto à ponderação deste mesmo prazo, diante da Convenção Americana de Direitos Humanos. (PAIVA, 2015, p. 44).

Dessa maneira, estabelece-se de que o prazo estipulado na legislação interna não finaliza a condição de apreciação a respeito da eficácia da aplicação da garantia em virtude da eficácia da expressão “sem demora” que deve ser interpretada como “uma definição autônoma da Convenção Americana de Direitos Humanos, que não deve limitar-se simplesmente ao cumprimento da questão legal do Estado Soberano”. (PAIVA, 2015, p. 44). Desse modo, a afirmação de Paiva (2015) é no sentido de que existe uma conformidade na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos em relação a conceituação da frase “sem demora”, o qual terá que ser concebido conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse aspecto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se posicionou que há de fato o desrespeito à Convenção, para os casos concretos em que o indivíduo preso seja levado diante do magistrado depois de, por exemplo, uma semana depois de realizada a sua prisão (PAIVA, 2015). Doutra sorte, Corte Interamericana já se posicionou que a condução do indivíduo preso no prazo de um dia depois de realizada a sua prisão não transgride o que foi estabelecido no artigo 7 e item n. 5 da Convenção Americana (PAIVA, 2015).

Paiva (2015), ainda sustenta que no caráter geral, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas destacou que o tempo de 48 horas é razoável para conduzir o indivíduo preso e prepara-lo para a audiência judicial,

destacando ainda, que se o indivíduo presa for menor de 18 anos, deverá ser aplicado um tempo ainda menor do que o costumeiro, indicando para a execução do ato o tempo máximo de 24 horas.

O Código de Processo Penal brasileiro estabelece no artigo 306 e parágrafo primeiro, que o auto de prisão em flagrante será enviado ao magistrado competente no tempo de 24 horas. Paiva (2015, p. 46) conclui que este tempo é ponderável e que é possível “usar o mesmo tempo, o de 24 horas, para a encaminhamento do preso até diante do magistrado”.

Em sentido diverso, Silva (2015, p. 239) depõe que as prerrogativas existentes na terminologia da condução do indivíduo preso “sem demora” diante do magistrado competente e de ser ouvido dentro de prazo razoável:

Já estão previstas na legislação processual brasileira na parte que estabelece a respeito do direito do réu de ser interrogado, já previstos nos artigos 185 e seguintes do Código de Processo Penal. No sistema processual brasileiro, os acusados têm o direito de ser ouvidos pelo juiz do processo e, sendo o réu preso, de acordo com o entendimento jurisprudencial já firmado, está garantido julgamento rápido, sob pena de relaxamento de prisão por exagero de prazo. (SILVA, 2015, p. 239).

Paiva (2015) destaca ainda, que em certas circunstâncias, o regramento do prazo máximo de 24 horas poderá caracterizar uma exceção, desde que exista uma justificação manifestamente fundamentada. E caso não aconteça a condução do indivíduo preso ao magistrado no tempo que foi determinado, o entendimento da legalidade da prisão não poderá postergar, impondo ao magistrado cumprir o que está descrito no artigo 310 do Código de Processo Penal e, em num outro momento, corrigir ou modificar a decisão quando da execução da audiência de custódia.

Outra circunstância a ser estudada é a respeito de qual autoridade o preso deverá ser levado, pois além de caracterizar de que o preso deve ser levado diante do juiz, os Tratados Internacionais, que regimentam o assunto estabelecem que o ato poderá ser realizado diante de outra autoridade, desde que permitida por lei a executar funções de caráter jurisdicional (PAIVA, 2015). Diante de tal consideração, surge a seguinte questão problemática: a audiência de custódia pode ser executada por outra pessoa que não seja o magistrado? Nesse aspecto, Paiva (2015, p. 47) sugere que:

Se a condução do preso guarda objetivos vinculados à precaução de cometimento de métodos de tortura e proibição a prisões desnecessárias, ilegais ou prescindíveis, a autoridade encarregada pela execução da audiência de custódia pode ter a autonomia de realizar desde que imparcial e, sobretudo, poder para impedir de modo imediato qualquer condição de ilegalidade (PAIVA, 2015, p. 47).

Desse modo, se o comparecimento do preso diante do magistrado se adequa com os objetivos de propiciar um controle judicial imediato da prisão, a autoridade qualificada para dirigir as audiências de custódia é o magistrado “sob o prejuízo de diminuir a segurança jurídica e o potencial normativo do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos”. (PAIVA, 2015, p. 47).

Paiva (2015, p. 51) destaca que não existe a viabilidade de conceder aos delegados de polícia a incumbência de conduzir as audiências de custódia, sob o contexto de que “responsabilizar a proteção do direito à integridade física dos presos ao policial, desconsidera por inteiro a natureza da condução do indivíduo preso ao magistrado que detém função jurisdicional, enquanto o delegado não”. Dessa maneira, o delegado de polícia Roberth José de Souza Alencar discute a respeito de qual instituição poderá realizar a tarefa de conduzir os presos e conduzi-los ao magistrado:

[...] é fundamental destacar que um dos argumentos para a implementação da audiência de custódia é o destacamento de agentes policiais civis para cumprirem suas atividades-fim, qual seja, a de investigação. Outrossim, se pertencer à Polícia Civil a condução dos presos, o trabalho e investigação tornar-se-á ainda mais prejudicado. Se, de outra forma, tal encargo for determinado à Polícia Militar, o prejuízo para a sociedade será menor, vez que essa instituição detém efetivo bem maior de policiais. Todavia, o contingente usado na realização da audiência não será desprezível, o que também nos parece, de certo modo acarretar prejuízos à sociedade, pois o trabalho de patrulha ostensiva poderá também ser prejudicado (ALENCAR, 2015, p. 21).

Além disso, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, contra o Provimento Conjunto n. 3 de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo declarada a validade da audiência de custódia (PAIVA, 2015).

Outra observação que dever ser considerada é se o Ministério Público se enquadra na categoria de uma outra autoridade permitida legalmente para executar funções, manifestadamente de caráter jurisdicional. Paiva (2015) destaca que não, já que o MP é detentor da perseguição de caráter acusatório, o que lhe inviabiliza qualquer possibilidade de ser uma instituição interpretada enquanto entidade com características de parcialidade, àquele atributo constitucional vinculado ao magistrado.

Nesse aspecto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se posicionou em respeito a esta questão de que a o indivíduo preso não deverá ser levado à presença do Ministério Público, pois tal situação descumpriria o que está disposto no 7 e item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (PAIVA, 2015). Para encerrar, Paiva (2015, p. 49) estabelece que:

Não tendo, o Ministério Público, no Brasil, poder para relaxar uma prisão de caráter ilegal ou autorizar a liberação de caráter provisório no caso de prisão despropositada, nem, contudo, admoesto, possibilidade para impedir de forma imediata a prática de tortura ou maus tratos contra o preso, fica completamente apartada a capacidade de seus membros dirigirem audiências de custódia (PAIVA, 2015, p. 49)

Outra questão que é importante de destacar ao final deste capítulo é se a audiência de custódia subordina ao pedido precedente do interessado. Por versar a respeito da garantia do direito à liberdade e a integridade do indivíduo, Paiva (2015, p. 55) destaca que o seu comparecimento diante do magistrado não depende de antecipada solicitação, porque é “uma obrigatoriedade de ofício e função de proteger o direito do indivíduo preso”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se com a escrita deste trabalho de conclusão de Curso, que a audiência de custódia ainda permanece com *status* de caráter, já que o Conselho Nacional de Justiça instituiu o delineamento da audiência de custódia, que como foi mencionado no corpo do trabalho, vem sendo produzido nos Estados-Membros e no Distrito Federal. O Instituto da audiência de custódia nasce no âmbito jurídico brasileiro carregando uma natureza jurídica que está, formalmente, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos que foi confirmada pelo governo brasileiro no ano de 1.992, por intermédio do Decreto de número 678, que recebeu o *status*, dessa maneira, de normativa supralegal, àquela que está abaixo da Constituição Federal de 1988 e superior aos outros instrumentos normativos que integram o sistema jurídico do nosso país.

O argumento que foi colocado por aqueles que defendem a aplicação do Instituto da audiência de custódia se pauta como forma eficaz para obstar um problema antigo e conhecido por todos, a superlotação do sistema carcerário. E, mais especificamente, no Brasil, devido ao fato de que o comparecimento do indivíduo preso ao magistrado seria uma das formas de livrar de um provável evento de tortura. Nesse aspecto, o Projeto de Lei do Senado de número 554/2011 tem como proposta a modificação do artigo 306, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, determinado o período de 24 horas para que o indivíduo preso seja apresentado diante do magistrado que é competente para conduzir e possibilitar medida protetiva diversa da prisão.

Neste aspecto, questiona-se o porquê de impor limite de 24 horas como está descrito no Projeto de Lei de número 554/2011, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza a terminologia sem demora e não a utilização de um prazo preestabelecido, o de 24 horas. Além disso, resta a incerteza em relação a autoridade competente para gerir o tal atividade, pois de fato, seria apenas a pessoa do magistrado?, ou, tal audiência, também seria possível a realização por outra autoridade, que é o magistrado?; Uma vez que a Convenção Americana estabelece que esta audiência pode ser conduzida por autoridade, desde que autorizada, por instrumento legal, a realizar funções de caráter judicial, e no Brasil, por ato normativo estabelecido na Constituição Federal, o delegado de polícia corresponde à

denominação de autoridade permitida a praticar, de forma atípica, as funções essencialmente jurisdicionais, mesmo que este não seja integrante do Poder Judiciário.

Constatou-se, também que dentre os objetivos da audiência, o Projeto de Lei de número 554/2011 e, também, a Convenção Americana de Direitos Humanos asseguram que o comparecimento imediato do indivíduo preso tem à finalidade de extinguir a violência policial no instante da realização da abordagem no momento do flagrante, pois o cometimento de ações com elemento de tortura seria reportado no mesmo instante a ciência do magistrado. Contudo, o entendimento de que a execução da audiência de custódia de nenhum modo poderia contribuir para a execução de atos de tortura ou maus tratos pudessem ser mitigados, até porque, os policiais, obrigatoriamente, estão adstritos ao entendimento a respeito da legislação brasileira e do direito fundamental estabelecido no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, que impõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

No entanto, subentende-se que em momento antecedente a utilização da audiência de custódia o indivíduo preso não tinha tal proteção resguardada. E como agir para os casos em que o indivíduo preso venha omitir para o magistrado, colocando culpa ao policial em respeito ao cometimento de atos de tortura ou maus tratos, tal informação mencionada na audiência de custódia poderia servi apenas como meio de prova para, por exemplo, para responsabilizar ao preso o crime de denúncia caluniosa. Desse modo, entende-se que a discussão do tema é muito subjetiva, e carece de mais debates. Ademais, quem por dever da lei desempenha até então, a direção do exercício da função do policial é o Ministério Público, ministério que é legítimo para apurar quaisquer irregularidades à integridade corporal e mental dos indivíduos presos.

O outro aspecto que estabelece a possibilidade da concretização audiência no ordenamento jurídico brasileiro está relacionado ao propósito de coibir qualquer tipo de prisão realizada de maneira ilegal ou arbitrária. Tal objetivo, diante de tal discussão doutrinária, insinua o entendimento de que o magistrado, mesmo ao verificar um evento de flagrante descumprimento de requisito legal na prisão, conservava o indivíduo preso, o que não é verdade. Pois, o policial é extremamente prudente ao proceder a lavratura do auto de prisão em flagrante, pontualmente, para que não aconteça nenhum evento que poderá ser considerado enquanto uma

ilegalidade formal. Contudo, um evento de ilegalidade, seja formal ou material, não é algo que não é identificado pelo magistrado.

O Conselho Nacional de Justiça tem como objetivo, diante do projeto, que o número carcerário no Brasil seja diminuído, contudo, não compreende de que a problemática não está contida na forma de como o magistrado examina a aplicação das penas as prisões, e sim, na deficiente e pobre estrutura das penitenciárias que o Brasil possui.

Foi destacado de que a não realização da audiência não promove efeitos peculiares, até porque a efetuação da audiência é somente um projeto de proposta do Conselho Nacional de Justiça, já que o Projeto de Lei 554/2011 está, atualmente parado, e aguarda a avaliação Câmara de Constituição Justiça e Cidadania, e, dessa maneira, cabe aos Estados-Membros promover os ajuste que perceberem ser necessários para a efetivação da audiência.

No aspecto, de avaliar o entendimento do juiz, promotores de justiça e outros operadores do Direito, é pacífico a compreensão de que a prática não conseguirá invalidar os atos que já foram realizados em que não foi oferecido ao indivíduo preso a possibilidade de ter realizada a audiência de custódia.

Por fim, a audiência de custódia necessitará resguardar todos as espécies de prisões ou somente ao indivíduo preso em flagrante, visto que a Convenção Americana somente destaca a respeito do indivíduo preso em flagrante delito. Finalizando este entendimento acima, compreende-se que os questionamentos não contêm resultados específicos, visto que a audiência de custódia está num momento embrionário de realização, motivo pela qual os debates e dúvidas acerca da dinâmica procedimental irão continuar, até que promova a realização da normatização do Instituto.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Roberth de Souza. **Audiência de custódia em delegacia pode ser solução.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-30/roberth-alencaraudiencia-custodia-delegacia-solucao#author>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de custódia e as consequências de sua não realização.** Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** 1.764. Prefácio: René Ariel Dotti. Tradução e Notas: Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin (2005).

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

_____. Código Penal. **Decreto Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

_____. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

_____. **Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

_____. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

_____. **Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf>. Acesso em: 04 de abr. de 2018.

GEMAQUE, Sílvio César Arouk. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro**. Brasília: CJP, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audienciacustodia-parte>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Mitos da audiência de custódia**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção americana de direitos humanos. Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
SILVA, Ademar Aires Pimenta. **A audiência de custódia é cara e inútil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-28/ademar-silva-audiencia-custodia-carainutil>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cansado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Brasília: UnB, 1998.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Disponível em: <[www.iddd.org.br/boletim_audienciacustodia_rede de justiça criminal/](http://www.iddd.org.br/boletim_audienciacustodia_rede_de_justica_criminal/)>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.