

**CURSO DE DIREITO**

Caroline Netto da Silva

**O IMPLEMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Santa Cruz do Sul  
2015

Caroline Netto da Silva

**O IMPLEMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Martin Albino Jora  
Orientador

Santa Cruz do Sul  
2015

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Caroline Netto da Silva adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Me. Martin Albino Jora  
Orientador

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso propõe uma reflexão aprofundada acerca do implemento da chamada “audiência de custódia” no sistema processual penal pátrio. Em tramitação no Senado Federal por meio do Projeto de Lei 554/2011, a audiência de custódia é compreendida como uma garantia do preso, e possui previsão legal na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual dispõe que todo preso deverá ser conduzido sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá aquilatar a legalidade e a necessidade da prisão. Com o propósito de averiguar se o processo penal brasileiro, como um instrumento de contenção do poder punitivo, possui (in)suficiência interna para viabilizar judicialmente e no plano legislativo a sua implementação, o trabalho utiliza a metodologia 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, sua finalidade e (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

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>A ORIGEM HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1</b>	<b>A pena de prisão no Brasil .....</b>	<b>14</b>
<b>3</b>	<b>A INFLUÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>21</b>
<b>3.1</b>	<b>A eficácia e aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no direito interno.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1.1</b>	<b>A Convenção Americana de Direitos Humanos.....</b>	<b>29</b>
<b>4</b>	<b>O IMPLEMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>34</b>
<b>4.1</b>	<b>A (in)suficiência do regramento jurídico brasileiro.....</b>	<b>36</b>
<b>4.1.1</b>	<b>Prazo para apresentação do preso à autoridade judicial e competência para presidir o ato .....</b>	<b>39</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Realização da audiência de custódia por videoconferência .....</b>	<b>43</b>
<b>4.1.3</b>	<b>Âmbitos de garantia da audiência de custódia.....</b>	<b>45</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

## 1 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 explora o teor do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que objetiva a alteração do parágrafo primeiro do artigo 306 do Código de Processo Penal trazendo a possibilidade da pessoa presa ter contato imediato com o juiz por meio da audiência de custódia, em prazo não superior a 24 horas após efetuada a sua prisão.

A realização de audiência de custódia encontra amparo legal na Convenção Americana dos Direitos Humanos, também denominada de Pacto de São José da Costa Rica, convenção que foi ratificada pelo Brasil no ano de 1992, tendo sua promulgação ocorrido no mesmo ano por meio do Decreto nº 678.

Por se tratar de assunto que vem gerando muita polêmica no âmbito legislativo e jurisdicional, o trabalho busca uma melhor compreensão acerca da audiência de custódia, onde será examinada a sua origem no direito dos tratados internacionais, previsão normativa, definição e principais características.

O trabalho se desenvolve utilizando o método exploratório, porquanto visa o aprimoramento do tema através da construção de hipóteses que serão extraídas da pesquisa em lei e doutrina. Além disso, é empregado o método descritivo, já que o trabalho descreve as características da origem das prisões e conceituação dos institutos que integram o processo penal. Tendo em vista a recorrente análise de doutrina, de leis, artigos e *sítes*, o procedimento bibliográfico também será explorado no presente trabalho de conclusão de curso.

Para tanto, o trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo aborda o contexto histórico da origem da pena de prisão nas idades média e moderna, passando por diversos marcos caracterizadores como a prisão eclesiástica, a influência canônica, o surgimento do capitalismo, o utilitarismo, e o projeto panótico de Jeremy Bentham.

Após, faz-se uma análise da origem da pena de prisão no Brasil, submetendo o estudo ao período colonial e imperial, passando pela outorga da primeira constituição do Brasil em 1824 e posteriormente, pelo primeiro Código Criminal da

história do Brasil, sancionado em 1830. Com a proclamação da república do Brasil em 1889, sobrevieram edições ao Código Criminal do Império de 1830, surgindo em 1932 a Consolidação das Leis Penais, chegando enfim, ao Código Penal de 1940.

O segundo capítulo aborda a influência dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua aplicabilidade e eficácia no direito interno, passando após, à análise da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, o terceiro capítulo verifica a (in)viabilidade do implemento da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, questionando o prazo para apresentação do preso à autoridade judicial, bem como a qual autoridade compete presidir o ato. Indaga-se, também, se a audiência poderá ser realizada por meio do sistema de videoconferência e quais serão os âmbitos de garantia da audiência de custódia.



## 2 A ORIGEM HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO

A privação de liberdade existe desde o início da civilização, quando possuía mera finalidade de custódia, sendo desconhecida a sua natureza de sanção penal. O principal objetivo da privação de liberdade era assegurar a integridade física do indivíduo até o momento do seu julgamento e posterior execução.

Na época, os governantes detinham o poder, logo, imputavam as penalidades da forma que lhes fosse conveniente, bem como de acordo com a classe social a que pertencia o indivíduo que cometera o delito.

Machado (2010) relata que o aprisionamento era realizado em fendas subterrâneas, calabouços nos palácios e masmorras, onde mulheres, crianças, homens e velhos aguardavam o momento em que seriam julgados e executados. Os meios de execução eram bárbaros e terríveis, podendo variar de mutilações corporais até a temida pena de morte.

Bitencourt (2001, p. 4) aduz que “os vestígios que nos chegam dos povos e civilizações mais antigos coincidem com a finalidade que atribuíam primitivamente à prisão: ligar de custódia e de tortura”.

Na idade média surge a prisão Estado que reunia em encarceramento os inimigos políticos do poder real e os que cometessem o crime de traição. A prisão Estado se dava na forma de prisão custódia, onde os prisioneiros aguardavam até o julgamento para após sofrerem a execução por meio das mutilações, pena de morte entre outras. Também se aplicava a pena de detenção, que poderia ser temporal ou perpétua (MACHADO, 2010).

Cumprido ressaltar que o detentor do poder real poderia perdoar os indivíduos, que então seriam libertados do cárcere sem serem submetidos à execução (MACHADO, 2010).

A prisão Eclesiástica era destinada aos clérigos rebeldes, que eram recolhidos aos mosteiros para que por meio de oração e penitência, pudessem se arrepender do mal causado. A prisão canônica era mais humana que a do regime prisão-custódia, sendo possível equipara-la às prisões modernas, porquanto não havia sevícias e mutilações (BITENCOURT, 2001).

Dessa forma, Bitencourt (2001, p. 12) afirma “o pensamento eclesiástico de que o arrependimento e a contrição contribuem mais para a correção do que a mera força da coação mecânica”.

O aspecto de penas da idade média caracterizado pelo sistema impiedoso e

infrutuoso é afastado pela influência canônica, que passou a implementar um sistema oposto ao da prisão-custódia, visando a reeducação e reabilitação do indivíduo por meio do arrependimento e da reflexão.

Insta salientar a importância do direito canônico para o surgimento da prisão moderna, principalmente a introdução da ideia de reeducação do delinquente. No entanto, Bitencourt (2001, p. 14) cita que não se deve exagerar na comparação da prisão moderna com a prisão canônica “já que não são equiparáveis, trata-se de um antecedente importante para a prisão moderna, mas não se deve ignorar suas fundamentais diferenças”.

Passada a Idade Média ingressa-se na Idade Moderna, compreendida entre os séculos XVI a XVIII, onde as guerras religiosas deixaram vastos prejuízos à sociedade e o aumento da criminalidade era assustador, Groote (1970), citado por Bitencourt (2001, p. 17), consignou:

as guerras religiosas tinham arrancado da Europa uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 pobres formavam quase a quarta parte da população. Essas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos.

Logo, como o aumento da pobreza era terrificante e a criminalidade e delinquência cresciam de forma vultosa, a pena de morte começou a se tornar ineficaz, Hentig (1967), citado por Bitencourt (2001, p. 19) assim descreveu:

os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e início do século XVIII. Acrescente-se a isso a supressão dos conventos e o endividamento do estado. Tinha-se perdido a segurança, tinha de se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por questões religiosas ou sociais, diante dos danos que os exércitos estrangeiros tinham feito.

Eram incontáveis números de indivíduos a serem levados para a execução e a miséria era maior que a delinquência, logo, tornavam-se criminosos por razão de prejuízo a própria subsistência (BITENCOURT, 2001).

Então, na metade do século XVI, se inicia o movimento que desencadeou a criação das penas privativas de liberdade, com a formação de prisões destinadas a reeducação dos acoimados.

Não obstante, é ingênuo cogitar que a pena privativa de liberdade fora criada

apenas porque a pena de morte se tornou ineficaz ou porque era necessária uma pena mais humana, ou ainda, que visasse a recuperação do delinquente.

Existem causas específicas delimitadas por Bitencourt (2001, p. 27), que justificam a sua criação:

a partir do século XVI começa-se a valorizar mais a liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo. Até o século XVII o mal, com tudo o que tem de violento e desumano, não se compreende e nem se castiga se não for exposto à luz do dia para compensar a noite em que o crime surgiu. Os transtornos e mudanças socioeconômicas que se produziram com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, tiveram como resultado a aparição de grande quantidade de pessoas que sofriam de uma pobreza extrema e que deviam dedicar-se à mendicância ou a praticar atos delituosos, a pena de morte caiu em desprestígio. Finalmente a razão econômica foi um fator muito importante na transformação da pena privativa de liberdade, à função de repressão adiciona-se uma nova utilidade. Agora já não se trata de encerrar os desempregados, mas de dar trabalho aos que estão encerrados e fazê-los úteis à prosperidade geral.

Portanto, não se pode negar que o reformismo da pena de prisão se dá devido ao surgimento da sociedade capitalista. O que fez com que a prisão começasse a ser vista com outros olhos pela antiga sociedade européia foi a forte influência do movimento capitalista à época, pois não poderia ser desperdiçada a mão de obra do trabalhador-apanado, que se executado, não contribuiria com a valorização do capital (MACHADO, 2010).

A Europa em meados do século XVII implanta prisões que não possuíam apenas o objetivo de preservar o indivíduo para o momento da sua execução como na Idade Média, mas sim, visavam educar e corrigir os apanados com métodos de disciplina e trabalho. Eis que começa a se desenvolver a ideia da pena privativa de liberdade.

Sobre a transformação da prisão-custódia em prisão-pena, Beccaria (1764), citado por Bitencourt (2001, p. 36), assevera:

é que a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador. O fim específico almejado é evitar que a mão de obra seja desperdiçada e ao mesmo tempo poder controlá-la, regulando a sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital.

É a partir da manifestação do capitalismo que a pena de morte passa a ser menos utilizada. E aos poucos as penas infamantes e as torturas foram desvanecendo no tempo.

Lopes Júnior (2009) aponta o surgimento da ideia de privação de liberdade como pena entre os séculos XVII e XVIII. Com a criação de diversas casas de detenção, a precariedade ainda era ponto relevante, porquanto inexistiam princípios ou regras de encarceramento que visassem a proteção dos apenados submetidos ao cárcere.

No período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, a obra de Cesare Beccaria, denominada “Dos delitos e das penas”, a obra de John Howard intitulada “O Estado das Prisões na Inglaterra e no País de Gales” e a obra “Teoria de las penas y de las recompensas”, escrita pelo filósofo Jeremy Bentham, causaram grande revolução quanto ao direito de punir (BITENCOURT, 2001).

Beccaria expressou em sua obra uma teoria que englobou importantes aspectos penológicos onde é criado um sistema criminal que substituiria o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal da época (BITENCOURT, 2001).

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava na aplicação da pena um exemplo para o futuro e não uma vingança pelo delito cometido no passado. Subordinava-se a ideia do justo ao útil (BITENCOURT, 2001).

Desta forma, Beccaria (1764), citado por Bitencourt (2001, p. 36), explanou:

o fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Consequentemente devem ser escolhidas as aquelas penas e aquele método de impô-las, que, respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja menos dolorosa para o corpo do réu.

Bitencourt (2001) assevera que Beccaria ponderava que o objetivo preventivo geral da pena não devia ser obtido através do terror, mas sim, com a eficácia e a certeza da punição. Mesmo considerando a prevenção geral da pena como elemento primordial, não queria que a atribuíssem em caráter aflitivo.

Os objetivos almejados por Beccaria eram o alicerçamento do conceito de justiça humana e a recuperação do infrator para a sociedade. Beccaria não admitia a vingança como um fundamento do *jus puniendi* (BITENCOURT, 2001).

Beccaria insurgia o entendimento de que a pena tinha que ser imposta sem demora, passando a constituir uma das limitações práticas de maior relevância para atingir o objetivo reabilitador da pena privativa de liberdade.

Nesse particular, Beccaria defendeu a humanização das sanções criminais, considerava que durante o cárcere não poderia haver sujeira e fome, era ferrenho defensor da humanização das prisões e realizou fortes críticas às prisões do seu tempo (BITENCOURT, 2001).

Beccaria (1764), citado por Bitencourt (2001, p. 38) suscitou o que segue:

porque parece que no presente sistema criminal, segundo a opinião dominante, prevalece a ideia da força e a prepotência da justiça, porque se atiram confundidos em uma mesma caverna os denunciados e os condenados.

Suas ideias foram recepcionadas no primeiro Código Penal da França, adotado pela assembleia constituinte de 1791, restando a quantidade de delitos imputados com pena de morte limitados de forma significativa, devido ao surgimento da pena privativa de liberdade para os delitos graves.

John Howard, também foi grande defensor da humanização das prisões, Howard por vezes mencionava as ideias de Beccaria em suas obras, tendo em vista a igualdade entre as suas convicções (BITENCOURT, 2001).

Howard não concordava que o sofrimento desumano fosse uma consequência da pena privativa de liberdade, não se conformava com as precárias condições das prisões inglesas. Foi persistente e lutou pela construção de estabelecimentos adequados para o cumprimento do cárcere.

Foi incisivo quanto a importância do trabalho, pois acreditava ser o meio adequado para a regeneração da moral (BITENCOURT, 2001).

Sua extrema religiosidade levou a considerar que a religião também era o meio adequado de moralizar o detento, pois entendia que o arrependimento e a reflexão eram favorecidos com o isolamento.

Bitencourt (2001) narra que Howard propusera a separação dos detentos em três classes: os processados, os condenados e os devedores. Instituiu também a necessidade de separação dos detentos homens das mulheres e os jovens dos velhos.

As denúncias efetuadas por Howard serviram para estimular o nascimento do primeiro sistema penitenciário britânico. Com Howard nasce o penitenciarismo e sua obra é o marco incipiente da luta pela humanização das prisões e a reforma do criminoso. Bitencourt (2001, p. 44), classifica Howard como “um correccionalista prático, considerando que suas ideias determinam o início do progresso dos

preceitos penitenciários”.

Não há dúvidas de que Howard efetuou de forma inequívoca a separação do direito penal da execução penal, porquanto realizou uma visão do direito penal de forma retributiva e intimidativa da pena, adotando a reforma do apenado durante a execução da pena.

Partindo dessas premissas, Bitencourt (2001, p. 45), descreve as ideias formuladas por Howard:

Howard apresenta todo um programa de idéias que hoje constitui em grande parte do núcleo dos sistemas penitenciários vigentes. Com ele nasce a corrente penitenciária que revolucionaria o mundo das prisões, tornando-as mais humanas e dotando a execução penal de um fim reformador.

Já o filósofo e jurista Jeremy Bentham, buscava um sistema de controle social de acordo com o princípio ético do utilitarismo, que segundo Bitencourt (2001, p. 46), se traduzia como sendo a “procura da felicidade para a maioria ou simplesmente da felicidade maior”.

E é justamente o utilitarismo que consolida a teoria da pena formulada por Bentham, que considerava o fim principal da pena como uma prevenção aos delitos semelhantes.

Desta forma, Bentham (1826), citado por Bitencourt (2001, p. 48), consignou:

o negócio passado não é mais problema, mas o futuro é infinito: o delito passado não afeta mais que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena.

Ao seu tempo, afirmava que a pena não poderia ser considerada como expressão de vingança contra o delinquente e sim, como um sacrifício indispensável para a salvação.

Bentham repugnava as penas infamantes por acreditar que estas descartavam as hipóteses de reabilitação do apenado. Suas convicções trouxeram forte avanço quanto a racionalização do direito penal, pelo fato de ser persistente quanto a função não vingativa da pena (BITENCOURT, 2001).

No âmbito penológico, sua contribuição mais relevante foi o panóptico, que segundo Bittencourt (2001, p. 51) consistiu num “projeto de prisão circular, onde os presos poderiam ser observados de vários locais”.

O desenho do panótico não foi formulado visando somente a segurança ou até mesmo a dominação, mas sim como uma forma de estimular a correção do réu. Bentham defendeu a ideia de que durante o cárcere os detentos deviam ter tratamento ífero ao estado originário, ou seja, inferior àquele vivenciado antes do cárcere, Bentham (1826), citado por Bitencourt (2001, p. 53), firmava o seguinte entendimento:

a severidade é essencial, porque uma prisão que oferecesse aos delinquentes uma situação melhor que a sua condição originária no estado de inocência seria uma tentação para os homens fracos e desgraçados, ou, pelo menos, não teria o caráter da pena que deve intimidar quem se sente tentado a cometer um delito.

Bitencourt (2001) sustenta que embora não tenha ocorrido o pleno desenvolvimento do panótico, muitas ideias de Bentham continuam atualíssimas, tanto no ponto de vista da doutrina penitenciária quanto no plano arquitetônico. Bentham logrou êxito com suas críticas, pois fez com que servissem para o declínio significativo dos castigos imoderados produzidos nas prisões da época.

## **2.1 A pena de prisão no Brasil**

O Brasil colonial, compreendido entre os anos de 1500 a 1822, era uma colônia portuguesa, logo, submetia-se ao regime jurídico das Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

Dotti (1998, p. 41) assevera que as Ordenações Afonsinas, redigidas por Dom Afonso V e promulgada no ano de 1446, foram utilizadas ao tempo da descoberta do Brasil no ano de 1500 e traziam uma noção de Direito Penal e Processo Penal, embora classificada como “acervo de incongruências e maldades” já que previa castigos imoderados e a pena de morte.

A prisão já era prevista na época, eis que nas Ordenações Afonsinas possuía caráter meramente preventivo, a fim de resguardar o indivíduo para que o mesmo não empreendesse em fuga antes de seu julgamento (DOTTI, 1998).

Poucos anos após a descoberta, o Brasil passou a ser regido pelas Ordenações Manuelinas, elaboradas por Dom Manuel. Esta se assemelhava às Ordenações Afonsinas por ambas serem oriundas do direito de Portugal e por prever as matérias de Direito Penal e Processual Penal em seus livros. A prisão era considerada uma medida de coerção do indivíduo até o momento do seu julgamento e posterior condenação.

Todavia, Dotti (1998, p. 43) refere que há divergências quanto a vigência das Ordenações Manoelinas no período pós-descoberta,

embora formalmente estivessem vigorando ao tempo das capitâneas hereditárias, as *ordenações manoelinas* não constituíam a fonte de direito aplicável ao Brasil, pois o arbítrio dos donatários, na prática, era quem impunha as regras jurídicas. (Grifo original).

Já as Ordenações Filipinas, criadas por Dom Felipe II, traziam um rol de infrações imputadas com penas extremamente severas. Os crimes praticados contra a fé, a administração pública e o poder real eram punidos com a pena de morte cruel, e, nos casos em que houvesse a incidência do crime de moeda falsa, crime de sodomia ou o incesto, seriam imputadas agravantes à pena de morte, tais como, pena de morte pelo fogo ou de forma cruel pelo esquartejamento (MACHADO, 2010).

Destarte, pode-se afirmar que o Brasil colonial padeceu desde a sua descoberta com “as graves consequências de regimes fantásticos de terror punitivo”. (DOTTI, 1998, p. 47).

Superado o período em que o Brasil subordinava-se as ordenações portuguesas, eis que conquistara a sua independência, entra em cena o período imperial, compreendido entre os anos de 1822 a 1889.

À época, já se observava os ideais de uma reforma que se coadunava em estrita harmonia com a nova sociedade brasileira. Alguns princípios do Direito Penal europeu chamavam atenção no Brasil, entre eles, a irretroatividade da lei penal, a igualdade de todos perante a lei, a personalidade da pena e a utilidade pública da lei penal. Princípios, estes, que em momento posterior baseariam a legislação brasileira (MACHADO, 2010).

No ano de 1824, foi outorgada a primeira constituição do Brasil, que ostentava em seu artigo 179, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, tendo por base a segurança individual, a liberdade e a propriedade, além de projetar a urgente criação de um código criminal. Segundo Dotti (1998, p. 50) a Carta Política também previa em seus artigos,

a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, proibiu o confisco de bens e valores e a declaração de infâmia aos parentes do réu em qualquer grau, proclamou que a pena não passaria da pessoa do delinquente e que as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas de separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes.



Logo, a prisão em seus novos moldes não teria função de punição ou tutela de classes, e sim, caráter de reforma moral para o delinquente.

Barreto (1976), citada por Dotti (1998, p. 51), definiu o progresso da legislação brasileira:

os historiadores admitem que a mudança verificada no Brasil após 1821, e desenvolvida nos anos seguintes, não se limitou a conduzir o país à Independência; ela proporcionou as condições fundamentais para a aquisição de uma soberania nacional.

Então, no ano de 1830 o imperador Dom Pedro I sancionou o denominado Código Criminal do Império do Brasil, que floresce em “bases de justiça e equidade”. (DOTTI, 1998, p. 51).

O Código Criminal do Império previa onze classes de penas, entre elas: a morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego e a perda do emprego (MACHADO, 2010).

Não obstante, houve a redução das hipóteses em que a pena de morte era aplicada, bem como a eliminação da crueldade em sua execução.

No ano de 1889 foi proclamada a primeira república do Brasil. A escravidão já havia sido abolida no ano de 1888 por meio da Lei Áurea, o que acarretou mudanças no Código Criminal do Império, ocasionando a supressão de alguns crimes.

Tendo em vista que o país passava por transição política e institucional, Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo, 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 organizado e apresentado pelo conselheiro Baptista Pereira e no ano de 1890, por meio do decreto 871, o Brasil ordenou a aplicação do novo Código Penal, que introduziu notáveis mudanças, reduzindo as penas perpétuas, computando o período da prisão preventiva ao total da prisão e prevendo a prescrição das penas (DOTTI, 1998).

Entrementes, algumas décadas após, o Código foi carecendo de alterações que visavam suprir suas deficiências legais, então no ano de 1932, ocorre a sistematização da denominada Consolidação das Leis Penais.

No ano de 1934 é promulgada a nova Carta Magna do Brasil, denominada de

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que traz em seu diploma legal a vedação às penas de banimento, morte, confisco e de caráter perpétuo. Quanto a pena de morte, a única ressalva encontrava-se na legislação militar, que previa a pena de morte em tempo de guerra com país estrangeiro (MACHADO, 2010).

Dentre o rol de garantias que restaram previstas na Constituição de 1934, podem-se ressaltar os princípios aplicáveis ao processo penal, como a instituição do juiz natural, proibição de detenção ou prisão arbitrárias, de foro privilegiado e tribunais de exceção, a garantia da plenitude de defesa e os mecanismos de proteção de direitos como o habeas corpus, que caracterizavam de forma nítida o sentido liberal da Constituição (MACHADO, 2010).

Dotti (1998) sustenta o teor do projeto de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira, que abrangia princípios elencados na política criminal moderna, dentre eles, a humanização do processo de execução, a indicação de medidas alternativas que visava a redução das penas curtas de prisão, a multa, o perdão judicial, o *sursis* e a custódia doméstica.

Porém, o golpe de Estado de 1937 interrompeu a marcha do projeto que já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados e seguia para a apreciação da Comissão de Justiça do Senado. No mesmo ano, foi outorgada a Constituição de 1937, também denominada de Constituição Polaca por ter baseamento jurídico semelhante ao da constituição impositiva da Polônia.

Conhecida como um verdadeiro retrocesso para o Brasil, a Constituição de 1937 trouxe em seu diploma legal a previsão da pena de morte, além da já prevista na legislação militar para fim de

alcançar as infrações políticas e também o homicídio de natureza comum. Não se declarou fútil a garantia da personalidade da pena e se estabeleceu que o uso dos direitos e garantias previstos na Constituição era limitado ao bem público, às necessidades de defesa da paz e da ordem coletiva, bem como às exigências da segurança da nação e do Estado. (DOTTI, 1998, p. 63).

Deflagrado o golpe de Estado o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, designou ao professor Alcântara Machado a incumbência de estudar a mudança na legislação penal vigente.

O anteprojeto elaborado por Alcântara deixava a pena de morte a critério do Governo, porquanto era defensor da sua não aplicação. O anteprojeto previa também as penas de reclusão, detenção, multa e a segregação, que consistia em

uma medida substitutiva aplicada aos maiores de 18 anos e menores de 21 anos portadores de anomalia psíquica, aos indígenas inadaptados e aos surdos-mudos (DOTTI, 1998).

Sustentava ainda, a existência de uma autonomia entre o momento da aplicação da pena do momento da execução da pena. O anteprojeto de Alcântara adotou o modelo dualista, abrangendo penas e medidas de segurança (DOTTI, 1998).

Em abril de 1940, houve uma edição do anteprojeto de Alcântara Machado, que contou com o auxílio do penalista Antônio José da Costa e Silva. O anteprojeto foi analisado por uma comissão composta por Néelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra.

Após a comissão ter concluído o projeto, Dotti (1998, p. 66) refere que Alcântara criticou ferrenhamente o trabalho de revisão, reportando-se a “linha política da revisão face ao novo regime, as incorreções de linguagem, a desumanização e o texto primitivo”.

Em 31.12.1940 foi publicado o Código Penal, e segundo afirma Dotti (1998, p. 67),

em vários trechos do Código Penal se percebe o hermetismo em que se radica, opondo-se fortemente às contribuições da criminologia e da vitimologia e outras disciplinas. No tratamento das causas de exclusão da culpabilidade existem marcantes exemplos dessa orientação que conduz à responsabilidade objetiva.

O Código Penal incorporou a reclusão e a detenção como espécies da pena privativa de liberdade, reservando a prisão simples para a Lei de Contravenções Penais (MACHADO, 2010).

Embora o Código Penal visasse estabelecer uma diferença entre o processo de execução com a reclusão e a detenção, não eram cumpridas as regras para o tratamento individualizado e em decorrência disso cresceram as adesões à pena de prisão (DOTTI, 1998).

No ano de 1946 o Brasil retorna à democracia e no mesmo ano ocorre a promulgação da Constituição de 1946, fruto da independência ideológica e do pluripartidarismo político.

Dotti (1998) refere que no capítulo dos direitos e das garantias individuais as liberdades e os direitos fundamentais do cidadão nacional e dos estrangeiros aqui residentes foram restituídos, e no âmbito da proteção penal e processual restou solidificada a liberdade plena, salvo os casos de prisão em flagrante ou determinada

por autoridade competente, sendo proibido o foro privilegiado, os foros de exceção, o banimento e o confisco de bens, e a pena de morte passou a ser prevista apenas na legislação militar como na Carta Magna de 1934.

A Constituição de 1946 preocupava-se estritamente em tutelar as liberdades da pessoa humana e limitar o poder punitivo do Estado.

Não obstante, Dotti (1998) expõe que vinte anos após a publicação do Código Penal, a doutrina e a jurisprudência já vislumbravam as dificuldades e a desmoralização da execução das penas privativas de liberdade. Então, em 1961, Nelson Hungria é incumbido da tarefa de elaborar um projeto de Código Penal que retratasse as modificações sociais.

O projeto possuía as mesmas penas previstas no Código de 1940, no entanto, foram introduzidos novos princípios e regras, tais como, o regime mais rigoroso da reclusão, a separação dos condenados e a execução programada, visando a recuperação do condenado. Hungria preencheu as lacunas deixadas por Alcântara no projeto anterior,

o projeto de Hungria continha disposições relativas à execução das penas privativas de liberdade com os tipos de estabelecimentos penais e a criação do estabelecimento aberto sob regime de semiliberdade e confiança para os condenados primários e de nenhuma ou escassa periculosidade e quando a duração da pena não fosse superior a cinco anos. Atribuiu aos Códigos de Processo Penal e das Execuções Penais a pormenorizada regulamentação dos estabelecimentos penais. (DOTTI, 1998, p. 73).

Desta forma, Hungria (1955), citado por Dotti (1998, p. 74), assim explanou na Jornada de Direito Penal de Buenos Aires:

tenho sido, como tal, um dos autores de um Código eminentemente retribucionista, que é o Código Penal Brasileiro. Mas a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual, levaram-me a uma revisão de pensamento, a uma revisão de raciocínio, para renegar, repudiar, a *pena-castigo*, a pena retribuição de que nada vale, que é de resultado ineficaz. Devemos marchar para essa unidade estreita entre a pena e a medida de segurança. (Grifos originais).

E no ano de 1964, o Brasil sofre um novo golpe de Estado e a revisão do projeto de Hungria foi suspenso junto ao Congresso Nacional. E mais uma vez na história do país os trabalhos de uma comissão foram abalados por dificuldades políticas e institucionais.

E em 1967 ocorre o decreto de outorga da Constituição da República Federativa do Brasil. A sexta constituição brasileira formalizou o regime militar

deixando o executivo em posição superior aos demais poderes. Todas as medidas eram tomadas pelo militares e com a elaboração da constituição não foi diferente, porquanto o texto era repleto de dispositivos de interesse militar (BITENCOURT, 2001).

Ainda no período ditatorial, fora desenvolvido o Código Penal de 1969, outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Antes de falecer, o ministro Hungria transmitiu seu anteprojeto ao ministro Heleno Fragoso que realizou os retoques finais do anteprojeto de Hungria (DOTTI, 1998).

Dotti (1998, p. 79) aduz que a comissão se precipitou na elaboração do Código de 1969, “a publicação do novo código, resultou, por engano, de um rascunho inacabado que deveria ser, necessariamente, revisto”.

O Código de 1969 foi modificado em 1973, e a sua vigência foi postergada por inúmeras vezes, e no ano de 1978 restou revogado pela Lei 6.578/78.

A Parte Geral do Código Penal Brasileiro foi reformulada no ano de 1984, onde fora mantida a pena privativa de liberdade nas modalidades reclusão e detenção, também trouxe significativas transformações, tais como, o repúdio à pena de morte, a revisão das medidas de segurança, novas penas patrimoniais e a extinção das penas acessórias (BITENCOURT, 2001).

No mesmo ano foi promulgada a Lei das Execuções Penais (1984, [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)) a qual trouxe inovações e avanços, e conforme seu inalterado artigo primeiro tem como objetivo até os dias de hoje “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

No ano de 1988, o Brasil tem promulgada a atual constituição, também denominada de “Constituição Cidadã”, que vai além das funções garantistas e individuais e traz ao Direito Penal e Processo Penal uma função social transformadora (LOPES JÚNIOR, 2009).

A Constituição dispõe expressamente em seu diploma legal os princípios penais, são eles, o princípio da anterioridade, da legalidade, da irretroatividade da lei, da proporcionalidade das penas, da presunção de inocência, princípios ferrenhamente defendidos por Beccaria em suas obras.

Em julho de 1990 a Lei 8.072/90 (1990, [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)) que trata dos crimes hediondos, institui um regime severo a quem pratica os crimes previstos no rol taxativo previsto em seu artigo primeiro e parágrafo único.

Por fim, em 1995 é incorporada ao ordenamento jurídico a Lei 9.099/95, que

dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (1995, [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)) e introduz as infrações de menor potencial ofensivo, dentre elas, as contravenções penais, e os crimes com pena máxima não superior a dois anos cumulada ou não com multa.

A Lei dos Juizados Especiais também criou o instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo, aplicada desde que o delito praticado permita sua aplicação bem como, que o indivíduo preencha os requisitos. A Lei 9.099/95 é considerada um grande avanço, haja vista sua simplicidade processual.

### 3 A INFLUÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao adentrar na temática da influência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito processual penal pátrio, verifica-se de que o processo penal brasileiro sofre constante influência internacional, por meio de tratados e convenções.

No entanto, foi no fim do século XIX que os tratados internacionais passaram a se consolidar como fonte de direito a ser seguida pelos Estados nas relações internacionais. Pois anteriormente, era o direito costumeiro e o direito consuetudinário que estabeleciam quais as fontes que regulamentariam as relações entre os Estados (MAZZUOLI, 2009).

Piovesan (2010, p. 44) refere que a necessidade de disciplinar e regulamentar o processo de formação dos tratados internacionais “resultou na elaboração da Convenção de Viena, que teve por finalidade servir como a Lei dos Tratados”.

A palavra tratado contida na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, nos remete ao seguinte significado,

um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (BAHIA, 2000, p. 13).

Já a doutrina brasileira classifica tratado como sendo “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. (REZEK, 2014, p. 14).

Para que um tratado internacional passe a vigorar no direito interno de um país, é necessário que haja um processo de formação o qual abarcará atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado. Atos estes que são de competência exclusiva do Poder Executivo (PIOVESAN, 2010).

Aquino (2010, [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)) aduz que a assinatura do tratado é um dos atos pelo qual o Estado irá se vincular as condições ali impostas:

com efeito, a assinatura do texto traduz-se em ato importante na fase de elaboração de um tratado internacional para garantir às partes envolvidas, a autenticidade e a definitividade do texto produzido, não sendo admitida posterior modificação, salvo se as partes acordarem novamente sobre o caso. Caso ocorra reserva, o Estado deixa de aceitar uma ou várias causas do tratado. A parte que assim proceder fica desobrigada pelo cumprimento

dessas cláusulas.

Cumprido ressaltar, que não basta apenas a assinatura pelo poder Executivo para que o tratado internacional tenha eficácia no ordenamento jurídico interno. Após a assinatura pelo Executivo, este deverá submeter o tratado à apreciação do Legislativo que decidirá quanto sua aprovação (PIOVESAN, 2010).

Aprovado o tratado pelo Poder Legislativo, haverá o ato de ratificação pelo Poder Executivo. A ratificação nada mais é que o ato formal necessário, que faz com que o Estado se obrigue a cumprir as disposições do tratado, sob pena de responsabilização internacional do Estado violador (GEMAQUE, 2011).

Bahia (2000, p. 65) refere que a ratificação é o ato que irá conferir validade ao tratado, pois irá confirmar a assinatura e lhe outorgar validade,

é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais.

No que tange à hierarquia das normas internacionais que versam sobre direitos humanos, a Constituição de 1988 inova, já que inclui entre o rol de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos elencados nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário (PIOVESAN, 2010).

Nesse ínterim, Piovesan (2010, p. 52) refere que “os direitos e garantias previstos na Carta Magna não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, eis que ao efetuar a incorporação, a Constituição brasileira atribuiu aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Dessa forma, Trindade (1998, p. 102) consignou:

assim, a novidade do art. 5º, §2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista, quanto constitucionalista.

A Constituição de 1988 não detém a pretensão da plenitude, eis que permite



a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento (PIOVESAN, 2010).

Por fim, Gemaque (2011, p. 87) reforça o entendimento de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento jurídico. Logo, não se pode dar “interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser”.

### **3.1 A eficácia e aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no direito interno**

Antes de exteriorizar o entendimento acerca da eficácia e aplicabilidade dos tratados de direitos humanos no direito interno, é imprescindível apontar suas principais características.

Trindade (1998) nos remete às características gerais inerentes aos direitos humanos, são elas: a universalidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a historicidade, a indivisibilidade e a interdependência.

A universalidade está relacionada ao fato de que os direitos humanos pertencem a todos, sem discriminação ou distinção. Já a irrenunciabilidade nos remete a não disponibilidade e abdicação dos direitos humanos, já que o ser humano não pode se desfazer deles, por ser considerada uma condição inerente à pessoa humana (TRINDADE, 1998).

A inalienabilidade está disposta na forma de que os direitos humanos não podem ser objeto de mercancia. A imprescritibilidade traz a proteção e a concretização dos direitos humanos pelo efeito e decurso do tempo (TRINDADE, 1998).

A característica da historicidade está relacionada à evolução gradativa dos direitos humanos, que foram construídos e solidificados em diferentes momentos da história. Por fim, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, características compreendidas como um único conjunto de direitos, as quais afastam a ideia de que há hierarquia entre as características de modo que todas devem ser exigidas ao mesmo tempo (TRINDADE, 1998).

Quanto a eficácia dos tratados de direitos humanos no sistema brasileiro, verifica-se, primeiramente, que enquanto os demais tratados internacionais detêm força normativa infraconstitucional, os direitos elencados em tratados internacionais de direitos humanos apresentam valor de norma constitucional.

Partindo dessas premissas, Canotilho (1993), citado por Piovesan (2011, p. 59), observa:

a paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional, como por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Portanto, o raciocínio lógico é de que os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas do Estado (PIOVESAN, 2010).

Gemaque (2011, p. 89) cita o teor da Opinião Consultiva nº 2, de 1982, proveniente da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição.

Há, ainda, doutrinadores que sustentam o caráter de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, por entenderem que tais normas encontram-se abaixo da Constituição Federal de 1988, mas acima das demais normas que integram o ordenamento jurídico interno.

Piovesan (2010) descreve quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção aos direitos humanos, que sustentam basicamente, a hierarquia supraconstitucional, a hierarquia constitucional, a hierarquia infraconstitucional mas supralegal, e a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No sentido de apaziguar a discussão quanto o caráter normativo dos tratados de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu ao artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo terceiro, veja-se:

Art. 5º [...]

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O objetivo da Emenda Constitucional nº 45, foi justamente resolver as inúmeras controvérsias acerca da hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

O implemento do parágrafo terceiro à Carta Magna foi bastante criticado por parte da doutrina, já que entendiam que antes do advento da referida Emenda, os

tratados internacionais de direitos humanos já possuíam natureza material constitucional:

ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza da norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2010, p. 226).

Piovesan (2010) expõe que com o implemento do parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, surgem duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: os materialmente constitucionais, e os material e formalmente constitucionais.

A partir disso, o impacto na inovação apresentada na Emenda Constitucional nº 45, fez com que os tratados de direitos humanos passassem a ter uma condição de supralegalidade, ou seja, condição infraconstitucional, abaixo da constituição, mas condição superior às demais leis.

Tanto que a Magna Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal, realçou o seu posicionamento jurisprudencial, concluindo também, pela “supralegalidade dos tratados de direitos humanos”. (PIOVESAN, 2010, p. 75).

No que tange à incorporação dos tratados de direitos humanos, é de suma importância trazer à baila a sistemática da incorporação automática e da incorporação legislativa do Direito Internacional (GEMAQUE, 2011).

Piovesan (2010) faz a diferenciação entre as formas de incorporação, e cita a incorporação automática como sendo aquela que faz com que os tratados internacionais sejam absorvidos de imediato ao direito nacional em virtude do ato da ratificação, enquanto que na incorporação legislativa os tratados internacionais necessitam de legislação que os implemente, já que sozinhos, são incapazes de produzir efeitos jurídicos.

A sistemática de incorporação se divide em duas concepções, são elas, a monista e a dualista.

Destarte, Piovesan (2010, p. 88) assim descreveu a teoria monista:

em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato da ratificação, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional como na interna, sem necessidade de uma norma de direito

nacional que a integre ao sistema jurídico. Essa sistemática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna.

Por sua vez, a teoria dualista é descrita de forma que,

na sistemática da incorporação legislativa, o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem interna. Por isso, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, faz-se necessária sua reprodução ou transformação por uma fonte interna. Nesse sistema, o Direito Internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas distintas, pelo que aquele só vigorará na ordem interna na medida que cada norma internacional dor transformada em direito interno. (PIOVESAN, 2010, p. 89).

Expostas as duas sistemáticas, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal, utiliza um sistema misto, o qual abrange ambas teorias, monista e dualista, já que para fim de incorporação de tratados de direitos humanos utiliza-se a sistemática automática, e para fim de incorporação dos demais tratados internacionais é aplicada a sistemática legislativa (PIOVESAN, 2010).

Para que o tratado internacional de direitos humanos produza efeitos internos, é necessário que aconteça sua ratificação, sendo necessária a edição do ato normativo interno. No nosso país esse ato é o decreto de execução expedido pelo Presidente da República, que faz com que o tratado seja cumprido no direito interno.

Ressalvadas as hipóteses de tratados internacionais de direitos humanos que terão sua aplicabilidade de forma automática, como já referido acima.

A aplicabilidade automática desses tratados está amparada pelo princípio da aplicabilidade automática das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, eis que assim que ratificados, os tratados de direitos humanos já passam a irradiar efeitos interna e externamente, sendo dispensado o decreto de execução pelo Presidente da República (GEMAUQUE, 2011).

Sobre o sistema misto de incorporação dos tratados, Trindade (1998, p. 115) reflete o entendimento de que,

no sistema misto o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas matérias. As normas internacionais respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação, ao contrário, todas outras vigoram apenas mediante transformação. Esse sistema é conhecido por sistema da cláusula geral de recepção semiplena. Esse sistema resulta da ação cumulativa de concepções monistas e dualistas quanto às relações

entre o Direito Internacional e o Direito Internacional.

Acrescente-se, ainda, que o sistema de incorporação automático adotado pela Constituição Federal de 1988 quanto aos tratados que versam sobre os direitos humanos, também vem sendo bastante utilizado como “tendência em algumas Cartas contemporâneas, como é o caso da Constituição portuguesa de 1976 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha”. (PIOVESAN, 2010, p. 94).

No direito interno brasileiro, no ângulo estritamente jurídico, um primeiro impacto é observado, a Constituição Federal de 1988 contém inúmeros dispositivos que são reprodução idêntica de enunciados contidos em tratados de direitos humanos.

Gemaque (2010) cita como exemplos o artigo 5º, incisos III e LVII, da Carta Magna que possuem os seguintes enunciados “todos são iguais perante a lei”, “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel desumano ou degradante” e ainda, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dessa forma, a reprodução de disposições de tratados internacionais de direito humanos,

não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 98).

Gemaque (2011, p. 93) vai mais além e aponta um segundo impacto decorrente da incorporação do Direito Internacional dos direitos humanos pelo ordenamento jurídico interno, “o qual resulta no alargamento do universo de direitos humanos nacionalmente garantidos”.

A partir dos inúmeros tratados internacionais que integram nosso ordenamento jurídico, pois restaram ratificados pelo Estado brasileiro, é possível encontrar incontáveis direitos que estão enunciados em tratados de direitos humanos.

Com efeito, o direito internacional que versa sobre direito humanos, permite, ainda, em dadas hipóteses, o preenchimento de lacunas que venham a surgir no direito interno (PIOVESAN, 2010).

Gize-se, em síntese, que o direito internacional de direitos humanos pode integrar e complementar dispositivos normativos do direito brasileiro, permitindo, assim, que o direito nacional seja reforçado.

Por fim, é de suma importância referir que havendo conflito entre o direito internacional de direitos humanos e o direito interno “adotar-se-á o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima”. (PIOVESAN, 2010, p. 105).

Ou seja, em outras palavras, a preferência será pela norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana.

### **3.1.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos**

Considerada pela doutrina como o instrumento de maior importância no sistema interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é composta por 81 artigos, e estabelece os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros (TRINDADE, 1998).

Piovesan (2010, p. 256) refere que a Convenção Americana de Direitos Humanos é “mais extensa que muitos instrumentos internacionais de direitos humanos”, já que possui vasto rol de direitos assegurados.

Moraes (1997, p. 39) expõe que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem como propósito “a consolidação no Continente Americano da aplicação de um regime de liberdades pessoais e justiça social, a ser alcançado com reafirmação democrática dos direitos humanos fundamentais”.

Dessa forma, a Convenção é conceituada como principal instrumento de proteção de direitos, conforme o entendimento 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.

A Convenção Americana foi assinada na cidade de San José, na Costa Rica, em novembro de 1969, porém apenas nove anos depois, após ter obtido o número mínimo de 11 ratificações, é que a Convenção entrou em vigor (PIOVESAN, 2010).

O Brasil aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica no ano de 1992, tendo

sua promulgação ocorrido no mesmo ano por meio do Decreto nº 678.

Em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um protocolo adicional à Convenção Americana, atinente aos direitos sociais, econômicos e culturais. Tal protocolo foi denominado de Protocolo de San Salvador e entrou em vigor em novembro de 1999 (PIOVESAN, 2010).

O Protocolo de San Salvador evidencia quais as obrigações dos Estados aderentes quanto aos direitos humanos, sociais, econômicos e culturais, tais como os direitos trabalhistas, direito à seguridade social, direitos culturais, direitos educacionais, direito das crianças e dos idosos, e do direito das pessoas portadoras de deficiência.

Piovesan (2010, p. 256) refere que o principal objetivo do protocolo é fazer com que os Estados possam cumprir com essas obrigações por meio de uma “lei efetiva, estimulando o uso de medidas de proteção e contenção da discriminação”.

Há ainda, um segundo protocolo à Convenção Americana de Direito Humanos, o qual versa sobre a abolição da pena de morte.

Mazzuoli (2009) refere que a Convenção Americana é similar ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, porquanto assegura uma série de direitos igualmente estabelecidos no Pacto, entre eles destaca-se o direito a não ser submetido à escravidão, o direito a um julgamento justo, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de associação, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial entre outros.

Não obstante, Mazzuoli (2009, p. 255) salienta que os direitos sociais, econômicos e culturais abrangidos pela Convenção Americana “não são estabelecidos de forma a imputabilidade e codificações de sanções, quando da violação de tais direitos”, e sim previstos de maneira genérica, mediante o comprometimento dos Estados em assumir e respeitar esses direitos.

Ante o vasto rol de direitos que integram a Convenção, caberá a cada Estado-parte a obrigação de honrar e garantir o livre e pleno exercício de tais direitos e liberdades, sem que haja qualquer discriminação (PIOVESAN, 2010).

Nesse íterim, Mazzuoli (2009, p. 263) elucida que,

os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

Cumprer ressaltar, que somente os Estados-membros integrantes da Organização dos Estados Americanos poderão aderir à Convenção Americana.

Piovesan (2010, p. 257) aponta que caberá “ao Estado-parte adotar as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados”.

Destarte, Buergenthal (1984), citado por Piovesan (2010, p. 257), explanou:

os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de respeitar esses direitos garantidos na Convenção, mas também de assegurar o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais, por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu ainda, um mecanismo de monitoramento e execução do rol de direitos nela elencados. Logo, o aparato responsável para que seja possível o monitoramento é composto pela Comissão Interamericana de Direito Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2010).

Sendo assim, Buergenthal (1984), citado por Piovesan (2010, p. 258), aduz que,

a convenção estabelece uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos e confere a elas a competência de tratar dos problemas relacionados à satisfação das obrigações enumeradas pela Convenção por parte dos Estados.

A Convenção Americana estabeleceu ainda, um aparato de monitoramento e execução dos direitos nela enunciados. Mecanismo, este, integrado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em síntese, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos engloba todos Estados-partes que aderiram a Convenção Americana e todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (MAZZUOLI, 2009).

Piovesan (2010, p. 260) cita que o principal objetivo da Comissão Interamericana é “promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América”, e para isso, compete à Comissão elaborar recomendações dirigidas aos Estados-partes para o fim de promover a adoção de medidas pertinentes à proteção



dos direitos enunciados na Convenção Americana.

Compete também à Comissão Interamericana analisar as comunicações acerca das denúncias de violação aos direitos consagrados na Convenção Americana. Piovesan (2010) aduz que as comunicações poderão ser feitas tanto por indivíduos quanto por entidades não governamentais.

No entanto, para que haja apreciação pela Comissão é necessário que a pessoa que sofreu a lesão de um direito garantido pela Convenção Americana, tenha esgotado os recursos internos do Estado para então ter seu pedido apreciado pela Comissão.

Nesse sentido, Trindade (1998, p. 55), afirma que:

estamos diante da regra de Direito Internacional em virtude da qual se deve dar ao Estado a oportunidade de reparar um dano dentro do seu próprio ordenamento jurídico interno, antes de que se possa invocar sua responsabilidade 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.

Feito o exame da matéria, a Comissão buscará uma solução amistosa entre as partes. Alcançada a solução, será emitido um informe ao sujeito que teve o direito lesionado e ao Estado parte da Convenção. E caso reste infrutífera a composição, a Comissão elaborará um relatório com recomendações ao Estado-parte violador (TRINDADE, 1998).

Se mesmo assim, o problema não restar solucionado entre as partes e não for submetido à Corte Interamericana, a Comissão por maioria absoluta de votos, irá emitir sua conclusão, que conterà as recomendações pertinentes fixando um prazo para que o Estado tome as medidas cabíveis para sanar a situação (PIOVESAN, 2010).

Piovesan (2010) sustenta que a Comissão ainda poderá, de acordo com a gravidade e urgência do caso, solicitar ao Estado a adoção de medidas cautelares a fim de evitar danos irreparáveis.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos é apresentada como órgão jurisdicional do sistema regional e possui uma competência consultiva e contenciosa.

A competência consultiva está relacionada à interpretação das disposições elencadas na Convenção Americana. Por sua vez, a competência contenciosa tem

caráter jurisdicional e possui o objetivo de solucionar controvérsias decorrentes da interpretação da Convenção Americana (PIOVESAN, 2010).

Trindade (1998) assevera que a Corte não apresenta uma interpretação estática dos direitos enunciados na Convenção Americana, e sim, realiza uma interpretação dinâmica e evolutiva, permitindo, inclusive, a expansão de direitos.

A Corte Interamericana possui jurisdição para averiguar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte tenha violado um direito protegido pela Convenção Americana. E, caso reconhecida essa violação, a Corte determinará a adoção de medidas para que o direito violado seja restaurado (PIOVESAN, 2010).

Frize-se de que a decisão da Corte terá força vinculante e obrigatória perante os Estados, que deverão iniciar seu cumprimento de imediato. Trindade (1998) afirma ainda que se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão servirá como título executivo.

Todavia, ressalta-se de que é necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte Interamericana, já que tal jurisdição se apresenta sob a forma de cláusula facultativa (PIOVESAN, 2010).

O Brasil, por exemplo, reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do decreto nº 89 (PIOVESAN, 2010).

Cabe salientar que o sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância para a proteção dos direitos humanos e tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito.

Piovesan (2010, p. 286) finaliza o entendimento assegurando que,

ambas, a Comissão e a Corte, têm adotado medidas inovadoras de modo que a contribuir para a proteção dos direitos humanos nas Américas, e ambos, indivíduos e organizações não-governamentais, podem encontrar um fértil espaço para futuros avanços.

Nesse sentido, destaca-se de que o sistema interamericano vem revelando duas vocações: impedir retrocessos e fomentar avanços no que tange à proteção dos direitos humanos, “sob a inspiração de uma ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade humana”. (PIOVESAN, 2010, p. 286).

## 4 O IMPLEMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Tema de recente discussão no âmbito jurisdicional, o Projeto de Lei 554/2011, que visa a implementação da audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro, consiste na apresentação do preso, em até 24 horas após efetuada a prisão, à presença de autoridade judicial que deverá exercer o controle de legalidade e necessidade da medida coercitiva.

A previsão normativa da audiência de custódia está descrita em diversos tratados internacionais de direito humanos, tais como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil é signatário desde 1992, e na Convenção Americana de Direito Humanos, pacto que o Brasil também ratificou no ano 1992, como visto no capítulo anterior.

E é na Convenção Americana de Direitos Humanos que a audiência de custódia está tipicamente prevista, conforme se extrai do teor 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.

Paiva (2015) refere que o conceito de custódia está atrelado ao ato de guardar, proteger, e se justifica como instrumento imediato de controle judicial da prisão.

Para Paiva (2015, p. 34) a principal finalidade de sua implementação em nosso país é “ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”.

Tal premissa acarreta o entendimento de que a finalidade da audiência de custódia está embasada em adequar os processos às garantias elencadas nos tratados de direitos humanos, já que embora o Brasil tenha ratificado o tratado, suas disposições são desconhecidas pelo direito interno.

Lopes Júnior (2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) descreve outra finalidade à audiência de custódia relacionada à prevenção da prática de maus tratos e tortura por parte dos policiais, de modo que assegure “a efetivação do direito à integridade corporal

das pessoas privadas de liberdade”.

Já que também há previsão na Convenção Americana de Direito Humanos, notadamente no artigo 5.2, que a pessoa privada da sua liberdade não deverá ser submetida à tortura.

Weis (2013, [www.iddd.org.br](http://www.iddd.org.br)) aponta que a disposição “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”.

Nesse sentido, Paiva (2015, p. 35) consiga que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a apresentação do preso de forma imediata à presença do juiz “é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos”.

Paiva (2015) aduz ainda, que o tema da prevenção à tortura já foi ressaltado pela Comissão Nacional da Verdade, cujo relatório veiculou, entre as recomendações, a criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, é inegável de que não se pode esperar que a audiência de custódia, sozinha, elimine a prática de tortura policial.

Por fim, a terceira finalidade da audiência de custódia surge como propósito de evitar prisões ilegais.

Quanto a isso, Badaró (2014), citado por Paiva (2015, p. 39), refere que o júízo a ser realizado na audiência de custódia pode ser considerado complexo, já que,

não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou sua substituição por medida alternativa à prisão ou até mesmo, a simples revogação.

No entanto, Nucci (2015, [www.genjuridico.com](http://www.genjuridico.com)) defende o entendimento de que a ilegalidade de uma prisão salta aos olhos da autoridade judiciária, podendo ser sanada com a breve leitura do auto de prisão em flagrante, que inclusive, é apreciado no prazo de 24 horas.

Já Paiva (2015) sustenta que a audiência de custódia poderá combater o grande número de encarcerados no país, podendo tirar o país do vergonhoso 3º lugar do ranking dos países com maior população carcerária.

Em sentido diverso é o entendimento do Juiz de Direito Ademar Aires Pimenta da Silva, que afirma que a alegação de que a audiência de custódia

implicaria na redução da população carcerária do país não prospera.

Silva afirma que “nenhum juiz no gozo de suas faculdades mentais gosta de prender, porque a prisão é o atestado da falência do Estado e do indivíduo”. (2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)).

Silva (2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) enfatiza que a superpopulação carcerária é problema que cabe ao Poder Executivo resolver, uma vez que é o responsável pela administração do sistema prisional.

#### **4.1 A (in)suficiência do regramento jurídico brasileiro**

A audiência de custódia visa dar alteração ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 306 do Código de Processo Penal, que dispõe:

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 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.

Tal modificação tem o escopo de incluir no supramencionado artigo, que a pessoa presa deverá ser conduzida à presença de juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas após realizada a sua prisão, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, deverá ser remetida cópia integral à Defensoria Pública.

Paiva (2015) sustenta que na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o relatório do Projeto de Lei 554/2011 ficou a cargo do Senador Randolfe Rodrigues, que manifestou ser favorável a aprovação do projeto, acolhendo, inclusive, ponderações realizadas pela Defensoria Pública da União, que defende a imprescindibilidade da apresentação do preso ao juiz.

Posteriormente, o Projeto de Lei seguiu para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa a pedido do Senador Humberto Costa. Para apresentar o relatório da Comissão, foi designado o Senador João Capiberibe, o qual também concluiu pela aprovação do Projeto de Lei, todavia, impôs medida substitutiva.

A emenda substitutiva formulada pelo Senador João Capiberibe teria grande

mérito, eis que não alteraria o artigo 306 e sim o artigo 282 do Código de Processo Penal, estendendo a audiência de custódia para todas as modalidades de prisão (PAIVA, 2015).

No entanto, o Senador João Capiberibe reexaminou o teor do seu relatório e fez apenas algumas modificações redacionais à primeira versão do projeto, deixando de aplicar a audiência de custódia a todas as modalidades de prisão, utilizando-a somente nas prisões em flagrante (PAIVA, 2015).

Então, com o reexame do Projeto de Lei 554/2011, a Comissão de Direitos e Legislação Participativa aprovou por unanimidade o relatório do Senador João Capiberibe. Sendo que após, o Projeto de Lei seguiu para a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, onde restou aprovado (PAIVA, 2015).

Posteriormente, o Projeto de Lei retornou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e o Senador Humberto Costa foi designado para ser o relator. No entanto, o parecer do Senador Humberto Costa está aguardando apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da casa legislativa.

Deve ser ponderado, que o texto que implementa a audiência de custódia enfrenta duplicidade de posicionamentos, eis que parte dos operadores do direito manifestam-se favoravelmente à alteração do artigo 306, parágrafo único do Código de Processo Penal, e outros entendem se tratar de medida infundada, que só elevaria os custos do Estado.

Nesse sentido, Andrade (2015, [www.paginasdeprocessopenal.com](http://www.paginasdeprocessopenal.com)) frisa que a implementação da audiência de custódia elevará os custos materiais e humanos, e que tal medida sequer se afigura como medida adequada para a efetiva garantia do respeito à integridade física e dos direitos fundamentais da pessoa presa, prestando-se somente,

para o fomento da impunidade, sobretudo em hipóteses de soltura de pessoas presas pela prática de crimes de extrema gravidade, por mero descumprimento do exíguo prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa presa.

Já Paiva (2015, p. 57) refere que a normativa do Código de Processo Penal mostra-se insuficiente, desarmônica e pouco benéfica para o preso. Concluindo, que o regramento jurídico interno “não passa por um controle de convencionalidade, impondo-se que seja aplicada a norma mais favorável”, ou seja, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nucci (2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) tem entendimento diverso, pois entende

que,

o ato constitui uma inutilidade porque não se destina à produção de provas; os magistrados não têm conhecimentos técnicos para avaliar eventuais práticas de tortura porque não são peritos; não se pode perder de vista que os presos em flagrante seriam conduzidos à presença dos magistrados por policiais, circunstância por si só apta a inibir denúncias de eventuais torturas; a condução do investigado à presença do juiz, logo após a prisão, demanda o dispêndio de escassos recursos públicos com a utilização de todo um aparato de segurança, como o emprego de viaturas e agentes estatais envolvidos no deslocamento de detentos.

De outra banda, Sarlet (2015, [www.ajuris.org.br](http://www.ajuris.org.br)) sustenta que,

embora a necessidade de afinar algumas questões jurídicas e logísticas, além de atender, ainda que tardiamente, uma exigência do sistema internacional de direitos humanos, guarda sintonia com a nossa Constituição Federal e apenas aperfeiçoará o controle jurisdicional da legalidade das prisões, ademais de contribuir para assegurar com maior eficácia a integridade física do preso.

Destarte, verifica-se a grande contraposição de opiniões que cercam a polêmica audiência, que embora a contragosto, vem sendo desenvolvida em grande parte dos estados do Brasil, já que o Conselho Nacional de Justiça teve a iniciativa de implementar o projeto audiência de custódia.

O projeto lançado pelo Conselho Nacional de Justiça consiste em incentivar a difusão das audiências de custódia por todo país.

Em abril deste ano, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa assinaram três acordos que têm por objetivo incentivar a prática da audiência de custódia, buscar medidas alternativas à prisão e promover a política de monitoração eletrônica (PAIVA, 2015).

O primeiro acordo trata da cooperação para que seja implementada a audiência de custódia e prevê,

apoio técnico e financeiro aos estados para a implementação de Centrais de Monitoração eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas. (PAIVA, 2015, p. 67).

Já o segundo acordo pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de medidas protetivas de urgência, utilização de penas restritivas de direitos e medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e a mediação (PAIVA, 2015).

Por fim, o terceiro acordo tem a finalidade de elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica, principalmente em duas situações específicas, quais são,

no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenados por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crimes que envolva a 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 Ricardo Lewandowski, declarou que a audiência de custódia é importante porque muitos dos presos “não são perigosos, não são violentos, portanto, não apresentam nenhum risco para a sociedade”. (2015, [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)).

Outro dado relevante é que o projeto audiência de custódia já vem sendo utilizado em 26 estados, segundo informações do Conselho Nacional de Justiça (2015, [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)).

No entanto, na falta de legislação específica, cada Estado está estabelecendo provimentos e resoluções com a função de disciplinar o procedimento da audiência de custódia.

No Rio Grande do Sul, o projeto audiência de custódia foi lançado em 30 de julho de 2015. Na capital, por exemplo, as audiências são promovidas diariamente pelo Serviço de Plantão do Foro Central de Porto Alegre, em salas do Presídio Central e da Penitenciária Feminina Madre Peletier. São submetidos ao procedimento todos os casos de prisão em flagrante (2015, [www.oabrs.org.br](http://www.oabrs.org.br)).

#### **4.1.1 Prazo para apresentação do preso à autoridade judicial e competência para presidir o ato**

A Convenção Americana de Direitos Humanos emprega a expressão “sem demora” em referência ao aspecto temporal em que o preso, após sua captura deverá ser conduzido à presença da autoridade judicial.

Paiva (2015, p. 44) consigna que a Convenção Americana observa primeiro a legislação interna do país, caso este venha a fixar um prazo para a apresentação do preso, fazendo, após, dois juízos:

um quanto ao respeito ao prazo estabelecido pelo próprio país, logicamente



considerando violado o preceito da apresentação célere se for descumprida a legislação local, e outro, quanto à razoabilidade deste mesmo prazo, em face da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Portanto, conclui-se de que o prazo estabelecido na legislação interna não encerra o juízo de avaliação acerca do cumprimento da garantia, até porque a expressão “sem demora” deve ser entendida como “um conceito autônomo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo alcance não pode ficar limitado apenas à atividade legislativa interna”. (PAIVA, 2015, p. 44).

Paiva (2015) diz que há um consenso na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos quanto a definição do termo “sem demora”, o qual deverá ser interpretado de acordo com as características de cada caso concreto.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que haverá violação à Convenção, caso o preso seja conduzido à presença da autoridade judiciária em uma semana após efetuada a prisão (PAIVA, 2015).

Por outro lado, a Corte Interamericana já decidiu que a apresentação do preso no prazo de um dia após efetuada a prisão não viola a disposição contida no artigo 7.5 da Convenção Americana (PAIVA, 2015).

Paiva (2015) assevera que no âmbito global, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas manifestou que o prazo de 48 horas é suficiente para transladar a pessoa presa e prepará-la para a audiência judicial, observando ainda, que se a pessoa presa for menor de idade, aplicar-se-á um prazo especialmente reduzido, sugerindo para a realização do ato o prazo de 24 horas.

O Código de Processo Penal brasileiro prevê em seu artigo 306, parágrafo primeiro, que o auto de prisão em flagrante será remetido ao juiz competente no prazo de 24 horas. Paiva (2015, p. 46) entende ser razoável “utilizar o mesmo prazo de 24 horas para a apresentação do preso à autoridade judicial”.

Em contrapartida, Silva (2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) sustenta que as garantias de ser conduzido “sem demora” à presença de juiz competente e de ser ouvido dentro de prazo razoável,

já estão contempladas na legislação processual brasileira na parte que trata do direito do réu ser interrogado, 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, tratando-se de réu preso, conforme jurisprudência consagrada, está assegurado julgamento célere, sob pena de relaxamento de prisão por excesso de prazo.

Paiva (2015) pondera que em dadas situações, a regra das 24 horas poderá ser excepcionada, desde que haja uma justificativa devidamente comprovada.

E caso não ocorra a apresentação do preso ao juiz no prazo assinalado, o juízo de legalidade da prisão não poderá ser adiado, devendo a autoridade judicial seguir o disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal e, em momento posterior, ratificar ou alterar a decisão quando da realização da audiência de custódia.

Outra questão a ser analisada é a qual autoridade o preso deverá ser apresentado, pois além de estabelecer que o preso deve ser conduzido à presença de um juiz, os Tratados que regulamentam a matéria prevêm também, que o ato poderá ser feito na presença de outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais (PAIVA, 2015).

Então surge a indagação: a audiência de custódia pode ser realizada por outra pessoa que não seja o juiz?

Nesse sentido, Paiva (2015, p. 47) entende que,

se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e repressão a prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela realização da audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, poder para fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade.

Portanto, se a apresentação do preso ao juiz cumpre finalidade de promover um controle judicial imediato da prisão, a autoridade competente para presidir as audiências de custódia é o magistrado “sob pena de reduzir a eficácia e potencialidade normativa do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos”. (PAIVA, 2015, p. 47).

No entanto, há opinião diversa defendendo que esse controle da prisão poderá ser realizado pelo delegado de polícia, eis que se enquadra perfeitamente no disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ricci (2015, [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br)) defende essa posição:

quando a pessoa detida lhe é apresentada, nos termos do artigo 304, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, a Autoridade Policial não se limita à mera materialização da prisão que lhe é comunicada e conduzida pelo agente policial. Ele exerce juízo de valor. Avalia se, efetivamente, é caso de manutenção, hipótese de ratificação ou de relaxamento da prisão em flagrante. Trata-se de verdadeira concessão, ainda que de forma restrita, de parcela da função jurisdicional a outra Autoridade que não o Juiz de Direito. É perfeitamente possível apontar que a figura do Delegado de Polícia se enquadra na definição de “outra autoridade autorizada por lei a

exercer funções judiciais”, prevista no artigo 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, o delegado de polícia do Distrito Federal, Thiago Costa, consigna que,

analisando o conceito sob a ótica do ordenamento jurídico interno, depreende-se que o delegado de polícia é a autoridade autorizada e habilitada pela Constituição Federal e por diversas leis federais a exercer funções tipicamente judiciais, por exemplo, quando arbitra fiança como condição para concessão da liberdade provisória, quando homologa a prisão em flagrante e determina o recolhimento do conduzido à prisão. Por isso tudo, o delegado de polícia está inserido no conceito amplo de autoridade previsto nos tratados de direitos humanos, razão pela qual se conclui que o direito processual penal brasileiro não só está de acordo com os tratados internacionais como vai além e estabelece um duplo controle de legalidade da prisão em flagrante. (COSTA, 2015, [www.thiagofscosta.jusbrasil.com.br](http://www.thiagofscosta.jusbrasil.com.br)).

Já Paiva (2015, p. 51) expressa que não há possibilidade de conferir aos delegados atribuição para presidirem audiências de custódia, sob o argumento de que “confiar a tutela do direito à integridade física dos presos à autoridade policial, despreza por completo a essência da apresentação em juízo”.

Sendo assim, o delegado de polícia Roberth José de Souza Alencar questiona a qual instituição competirá a tarefa de transportar os presos e apresentá-los à autoridade judicial:

é importante salientar que uma das justificativas para a adoção da audiência de custódia seria a liberação de policiais civis para realizarem suas atividades-fim, qual seja, a investigação. Contudo, se couber à Polícia Civil a apresentação dos presos, o serviço investigativo ficará ainda mais comprometido. Se, por outro lado, tal incumbência ficar com a Polícia Militar, o prejuízo para a sociedade será menor, vez que essa instituição conta com um número bem maior de policiais. Ainda assim, o contingente utilizado na viabilização da audiência não será desprezível, o que também nos parece prejudicial à população, pois o patrulhamento ostensivo será prejudicado. (ALENCAR, 2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)).

Aliás, recentemente restou julgada pelo Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, contra o Provimento Conjunto nº 3 de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo reconhecida a validade da audiência de custódia (PAIVA, 2015).

Outro apontamento pertinente a ser feito é se o Ministério Público se encaixa na condição de outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

Paiva (2015) entende que não, já que o Ministério Público é titular da

persecução acusatória, o que lhe retira qualquer tentativa de ser uma instituição compreendida como parte imparcial.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já manifestou o entendimento de que a apresentação do preso ao Ministério Público não cumpre com o direito consagrado no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (PAIVA, 2015).

Para finalizar, Paiva (2015, p. 49) conclui que,

não tendo, o Ministério Público, no Brasil, poder para relaxar uma prisão ilegal ou conceder liberdade provisória no caso de prisão desnecessária, nem tampouco, advirta-se, meios para fazer cessar imediatamente atos de tortura ou maus tratos contra o preso, fica absolutamente afastada a possibilidade de seus membros presidirem audiências de custódia.

Outra hipótese que cabe ser analisada no presente estudo é se a audiência de custódia depende de prévio requerimento do interessado.

Por se tratar de garantia à liberdade e a integridade do cidadão, Paiva (2015, p. 55) diz que sua apresentação em juízo independe de prévio requerimento porquanto se trata de “uma obrigação oficiosa de resguardar um direito do preso”.

No entanto, e se o preso dispensar a realização da audiência de custódia?

Andrade (2015, [www.paginasdeprocessopenal.com](http://www.paginasdeprocessopenal.com)) aduz que por se tratar de garantia conferida ao cidadão, e não à sua defesa técnica, a não realização da audiência de custódia somente poderá ser acolhida se o preso e seu advogado ou defensor público assinarem o pedido.

#### **4.1.2 Realização da audiência de custódia por videoconferência**

A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que a pessoa presa deve ser conduzida à presença da autoridade judicial.

No entanto, questiona-se se a audiência de custódia poderia ser realizada pelo sistema de videoconferência.

Lopes Júnior (2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) sustenta que em alguns estados americanos a audiência de custódia é realizada pelo sistema de videoconferência, porém, refere que “tal modalidade gera desconfiança, dadas as condições de pressão que podem ser ocasionadas no estabelecimento penal”.

Por óbvio, quando da realização da audiência de custódia, ainda que por videoconferência, o preso estará acompanhado de seu defensor que poderá

participar conjuntamente do ato.

Lopes Júnior (2015, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) salienta ainda que o uso da tecnologia poderia ser importante para a realização da audiência de custódia, já que é bastante utilizada em diversos locais do mundo. No entanto, ressalta que não se pode banalizar o uso da videoconferência sob pena descaracterizar o caráter pessoal da audiência de custódia.

Paiva (2015, p. 53) refere que a realização do ato por meio de videoconferência seria um avanço considerável, comparado ao sistema cartorial, contudo, seria reduzido “o impacto humanizatório da medida”.

Nesse sentido, cabe salientar que na tramitação do Projeto de Lei 554/2011, o Senador Francisco Dornelles apresentou emenda propondo que a audiência de custódia pudesse ser realizada pelo sistema de videoconferência.

Dessa forma, Paiva (2015, p. 54) transcreve a justificativa esgrimida pelo Senador Francisco Dornelles:

a apresentação através do sistema de videoconferência possibilita que o juiz tenha contato direto com o preso, sem que este tenha que ser deslocado até as dependências do Poder Judiciário. Pelo referido sistema é possível que o juiz converse diretamente com o preso, visualizando-o em tempo real, o que não altera a finalidade do projeto originário.

No entanto, a emenda proposta pelo Senador Francisco Dornelles recebeu rejeição pelo Senador Humberto Costa, que manifestou que embora sejam válidos os argumentos do parlamentar, entende-se que a presença física do preso perante a autoridade judiciária se mostra necessária, pois além de ser mais fidedigna, permite ao magistrado, avaliar o caráter, a índole e compreender a personalidade do preso (PAIVA, 2015).

De outra banda, Alencar (2015, [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)) cita o teor da manifestação da Corregedoria do Ministério Público do Estado de São Paulo, opinando favoravelmente quanto a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência:

nada impede, que, uma vez implantada definitivamente a audiência de custódia, seja ela realizada pelo sistema de vídeo conferência, asseguradas todas as garantias legais, dotando-se o Poder Judiciário e a Polícia Civil de salas adequadas, em especial quando se cuidar de pessoa presa de alto grau de periculosidade, não só por questão de segurança, mas para evitar custo operacional desnecessário.

Paiva (2015, p. 55) expõe sua opinião de forma diversa, considerando que a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência além de violar a

Convenção Americana “manteria o Brasil distante das finalidades a que se atribui a esse expediente”.

Paiva (2015) considera inconcebível crer, que o preso poderia narrar a ocorrência de tortura e maus tratos dentro de um estabelecimento prisional, que em muitos lugares é administrado por forças policiais ou empresas que de alguma forma possuem ligação com o setor de segurança pública.

Para finalizar, Paiva (2015, p. 55) entende que a utilização do sistema de videoconferência somente poderia ser autorizado “em hipóteses excepcionais e justificadas, notadamente quando a condução do preso implicar em risco para a segurança”.

#### **4.1.3 Âmbitos de garantia da audiência de custódia**

Os tratados internacionais de direitos humanos que tratam da realização da audiência de custódia não restringem a prática do ato apenas aos casos de prisão em flagrante (PAIVA, 2015).

A exceção encontra amparo legal na Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que seu art. 5.3 estabelece o que segue:

Art. 5.3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

Portanto, indaga-se se a audiência de custódia deverá ser garantida também nos casos de prisão preventiva e temporária.

Paiva (2015, p. 85) traduz o entendimento de que a audiência de custódia também deve ser garantida nessas prisões, já que “a finalidade da realização do ato será predominantemente prospectiva, voltada para o futuro”, a fim de aquilatar a necessidade da prisão, mormente os fundamentos que ensejaram a sua decretação.

Nesse sentido, Badaró (2014), citado por Paiva (2015, p. 85) também compartilha o mesmo entendimento:

já no caso de prisão temporária ou de prisão preventiva, por decorrerem de prévia e fundamentada decisão judicial, não é necessária uma posterior análise de sua legalidade. Todavia, mesmo assim, a pessoa presa tem

direito, com fundamento no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser levada, sem demora, perante um juiz, que deverá ouvi-la e reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada, ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstância do caso assim o indicarem adequado.

Ademais, no Projeto de Lei 554/2011 foi sugerido que a audiência de custódia também seria aplicada aos casos de prisão preventiva, porém, nenhuma das Comissões do Senado Federal opinaram quanto a essa disposição (PAIVA, 2015).

E se tratando de prisão temporária, transcreve-se o teor do artigo 2º, parágrafo terceiro da Lei 7.960/89:

Art. 2º. A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

Paiva (2015) sustenta que tal disposição normativa é insuficiente, porquanto prevê a apresentação do preso como uma faculdade e não como uma obrigação do juiz.

Ademais, a realização da audiência de custódia em momento posterior à decretação da prisão temporária teria como mérito principal, fazer com que o juiz procedesse a oitiva do conduzido sobre os argumentos que ensejaram sua prisão, mormente quando se tratar da hipótese prevista no artigo 1º, inciso II, da Lei 7960/89, a qual dispõe que caberá a prisão temporária “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.

Nesse caso, se o acusado for encontrado e fornecer o seu atual endereço na audiência de custódia, poderá haver sua imediata soltura (PAIVA, 2015).

Para Paiva (2015, p. 86), também cabe a realização da audiência de custódia nos casos de decretação da prisão preventiva, pois tal garantia propiciaria ao magistrado a oportunidade,

de ratificar as razões que o levaram a agir daquela maneira. Cite-se como exemplo, o costume dos juízes de, verificando que o acusado se encontra em local incerto e não sabido para ser citado, decide pela suspensão do processo e do prazo prescricional nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, assim como decretar a prisão preventiva.

No entanto, não há opinião oposta nem posição normativa, ao menos por enquanto, acerca da possibilidade de realização da audiência de custódia nos casos das prisões temporária e preventiva, muito embora seja possível encontrar em pesquisas às jurisprudências dos tribunais do país, magistrados que estão estendendo o entendimento de que a audiência de custódia possa se aplicar a essas duas modalidades de prisão.

Quanto ao âmbito da execução penal, sabe-se que nesse ponto, não há mais juízo de legalidade ou necessidade da prisão, pois já há uma pena definitiva, que deve ser executada como determina a Lei 7210/84.

Portanto, a audiência de custódia na execução penal não teria nenhuma das finalidades anteriormente expostas.

Nesse sentido, Paiva (2015, p. 86) afirma que na execução penal, pode surgir uma quinta finalidade para a audiência de custódia, qual seja,

a de propiciar ao apenado uma execução penal mais humanizada, propiciando-lhe a levar ao juiz questionamentos sobre os prognósticos da pena, sua saúde, exercício da defesa técnica, contato com a família, enfim, contribui para que o preso não se sinta esquecido pelo Estado.

Paiva (2015) consigna ainda, que tal expediente já vem sendo utilizado em algumas Varas de Execuções Penais do Estado de Santa Catarina.

Outro questionamento pertinente a se fazer, é se a audiência de custódia deve ser garantida também quando houver apreensão de adolescente infrator.

Paiva (2015) entende que sim, afirmando que sua realização deverá ocorrer em prazo mais célere.

Destarte, cite-se o teor da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/90, que dispõe:

nenhuma criança será privada da sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção e a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que por apropriado.

Paiva (2015, p. 87) refere ainda, que o Comitê da Organização das Nações Unidas já decidiu interpretando a normativa acima descrita de forma que “todo menor detido e privado da sua liberdade, deverá ser colocado à disposição de uma autoridade em prazo de 24 horas para que se examine a legalidade desta”.

Ademais, os artigos 171 do Estatuto da Criança e do Adolescente restringe a



apresentação do adolescente infrator aos casos de prisão por ordem judicial. Já o artigo 175 do mesmo diploma legal prevê que o adolescente apreendido em flagrante deverá ser encaminhado ao Ministério Público.

No entanto, Paiva (2015) entende que a apresentação do adolescente ao Ministério Público viola o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, já que o ente ministerial não pode ser considerado autoridade judicial.

Por fim, questiona-se se seria pertinente a realização da audiência de custódia no âmbito da justiça militar.

Paiva (2015, p. 87) responde de forma positiva, devendo a audiência ser estendida no âmbito da Justiça Militar, tanto da União, quanto dos Estados, ressaltando que “o preso ou detido deverá ser conduzido à presença de um juiz-auditor da Justiça Militar”, por ser a autoridade competente que se encaixa na garantia prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Depreende-se, portanto, que as disposições acerca da aplicabilidade da audiência de custódia ainda não encontram regulamentação específica, sendo que cada Estado aderente ao projeto implementado pelo Conselho Nacional de Justiça está adequando sua realidade e aplicando a referida audiência da forma que convém mais adequada.

## 5 CONCLUSÃO

Percebe-se com o estudo realizado no trabalho de conclusão de curso, que a audiência de custódia encontra-se em fase experimental, já que o Conselho Nacional de Justiça implementou o projeto audiência de custódia, que como referido anteriormente, vem sendo desenvolvido em 26 estados e no Distrito Federal.

A audiência de custódia surge no cenário jurídico brasileiro apregoada como uma garantia prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos que restou ratificada pelo Brasil no ano de 1992, por meio do Decreto 678, detendo, portanto, caráter de norma supralegal, abaixo da constituição e acima das demais leis que integram o ordenamento jurídico.

A justificativa esgrimida por seus defensores é que a audiência de custódia surge como um meio eficiente de combater a superlotação carcerária que o Brasil possui, aliado ao fato de que a apresentação do preso à autoridade judicial seria uma forma de evitar a disseminação da tortura.

Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 tem como objetivo a alteração do artigo 306, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, disponibilizando o prazo de 24 horas para que a pessoa presa seja conduzida no à presença de autoridade competente.

No entanto, indaga-se o porquê do limitado prazo de 24 horas estabelecido pelo Projeto de Lei 554/2011, já que a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe o termo “sem demora” e não 24 horas.

Ademais, remanesce a dúvida se a autoridade competente para presidir o ato seria somente a pessoa do juiz, ou a audiência de custódia também poderia ser realizada pela autoridade policial, já que a Convenção Americana dispõe que o ato pode ser presidido por “autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, e no Brasil, por força da Constituição Federal, o delegado de polícia se encaixa no conceito de autoridade autorizada a exercer atipicamente as funções tipicamente judiciais, mesmo que não integre o Poder Judiciário.

Entre as finalidades da audiência de custódia, o Projeto de Lei 554/2011 e a Convenção Americana de Direitos Humanos resguardam que a apresentação imediata do preso tem o escopo de eliminar a violência policial no momento da abordagem no flagrante, pois a alegação de tortura seria levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judiciária.

No entanto, entendo que a realização da audiência de custódia de nada

contribuiria para que a prática de tortura ou maus tratados diminuísse, até porque, os agentes da lei devem ter conhecimento acerca do direito fundamental disposto no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, que revela que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Portanto, creio ser ilógico que em momento anterior ao implemento da audiência de custódia o preso não possuía tal garantia assegurada.

E como proceder caso o preso venha mentir para a autoridade judicial, imputando ao agente da lei a prática de maus tratos ou tortura, tal depoimento prestado na audiência serviria como meio de prova para, por exemplo, para imputar ao preso o crime de denúncia caluniosa. Portanto, verifica-se que a questão é bastante vaga.

Além do mais, quem por atribuição da lei exerce, até então, o controle da atividade policial é o Ministério Público, instituição que possui legitimidade para averiguar eventuais ofensas à integridade corporal e mental dos apenados.

O outro propósito que embasa a efetivação da audiência de custódia no regramento jurídico interno está atrelado ao combate às prisões ilegais e arbitrárias.

Tal finalidade, a meu ver, transmite o entendimento de que o juiz, mesmo ao averiguar um caso de ilegalidade na prisão, mantinha o sujeito preso, o que é uma inverdade. Pois a autoridade policial é bastante cautelosa ao realizar a lavratura do auto de prisão em flagrante, justamente para que não ocorra a ilegalidade formal.

Ademais, uma ilegalidade, seja formal ou material, não é algo que passa despercebido aos olhos do julgador.

O Conselho Nacional de Justiça espera como resultado do projeto, que a população carcerária do país seja reduzida, porém, não verifica que o problema não está na maneira que a autoridade judicial analisa as prisões, e sim, na precária e falida estrutura penitenciária que o país possui, já que somos detentores da quinta maior população carcerária do mundo e convivemos com altos índices de criminalidade.

Outrossim, compete ao Poder Executivo solucionar o problema da superpopulação carcerária, eis que é o responsável pela administração do sistema carcerário brasileiro. Além do mais, atirar a responsabilidade no poder judiciário só irá agravar mais a situação, porém, ao que parece, é melhor atulhar o judiciário do que implantar penitenciárias.

Sabe-se que a sua não realização não gera consequências específicas, até porque a realização da audiência é apenas um projeto de iniciativa do Conselho

Nacional de Justiça, já que o Projeto de Lei 554/2011 encontra-se estático aguardando apreciação pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, cabendo, portanto, aos estados realizar as adequações que entenderem necessárias para a realização do ato.

No entanto, ao analisar o posicionamento de magistrados, promotores de justiça e outros operadores do direito, é uníssono o entendimento de que a prática não poderá anular os atos anteriores em que não foi concedida ao preso a garantia da audiência de custódia.

Quanto mais se examina a audiência de custódia, mais indagações surgem, tais como o teor dos questionamentos que poderão ser feitos ao preso, e no caso do preso confessar o crime, se esse depoimento poderá servir como meio de prova.

E a audiência de custódia deverá ser garantida em todos os tipos de prisão ou apenas ao preso em flagrante delito, já que a Convenção Americana dispõe apenas sobre o preso em flagrante delito.

Arrematando o entendimento acima exposto, verifica-se que as perguntas não têm respostas, já que a audiência de custódia está num momento inaugural de implementação, razão pela qual as discussões e incertezas acerca da dinâmica procedimental persistirão, até que ocorra a normatização do ato.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Roberth de Souza. *Audiência de custódia em delegacia pode ser solução*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-30/roberth-alencar-audiencia-custodia-delegacia-solucao#autor>>. Acesso em: 03 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *A audiência de custódia nas delegacias de polícia*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/43085/a-audiencia-de-custodia-nas-delegacias-de-policia>>. Acesso em: 03 out. 2015.

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: 03 out. 2015.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Tratados internacionais teoria geral*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7652](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652)>. Acesso em: 21 set. 2015.

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

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/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 04 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 04 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 04 out. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia alia mudança cultural e economia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80816-audiencia-de-custodia-alia-mudanca-cultural-e-economia-diz-presidente-do-cnj>>. Acesso em: 30 out. 2015.

COSTA, Thiago. *Audiência de custódia: avanço ou risco ao sistema acusatório*. Disponível em: <<http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 03 out. 2015.

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

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

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 17 out. 2015.

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

MAINIERI, Alysson. *Audiências de custódia são implantadas no Estado com cooperação*. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/audiencias-custodia-sao-implantadas-no-estado-cooperacao-oabrs/18769>>. Acesso em: 17 out. 2015.

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: 17 out. 2015.

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](http://www.cidh.oas.org/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 03 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção europeia de direitos humanos*. Assembléia Geral das Nações Unidas, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle>>. Acesso em: 03 out. 2015.

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.

RICCI, Marcelo Assis. *Audiência de custódia: inviabilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/audiencia-de-custodia-inviabilidade/15623>>. Acesso em: 03 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/08/17/a-audiencia-de-custodia-por-ingo-wolfgang-sarlet/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

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-cara-inutil>>. Acesso em: 03 out. 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *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: 03 out. 2015.