

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Matheus Felipe de Castro; Sebastian Borges de A. Mello; Maria Auxiliadora de Almeida Minahim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-603-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador, teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I no dia 14 de junho, no turno da tarde.

Durante mais de 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos diversos trabalhos, com uma pauta que discutiu questões atuais e relevantes para o Direito Penal Contemporâneo, sobretudo com um viés crítico e contemporâneo.

A atualidade dos trabalhos pode ser vista em temáticas como audiência de custódia, monitoramento eletrônico e questões relativas à justiça restaurativa.

Também merece destaque a abordagem própria de um Direito Penal da pós-modernidade, em que crise da legalidade, ativismo judicial, crimes de perigo abstrato, incertezas sobre a ideia de bem jurídico, bem como questões que implicam Direito Penal e moralidade mostram que o grupo está conectado com as principais questões que envolvem as relações entre Direito penal e Constituição, em que a ideia de segurança jurídica, tão cara nas origens do Direito Penal ciência, vai se relativizando e gerando situações de insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O Direito Penal Econômico também se fez presente, com abordagens sobre lavagem de dinheiro, bem como no campo do Direito Penal Tributário. Há também trabalhos de estudos de caso sobre condições penitenciárias, e abordagens críticas sobre violência doméstica e racismo.

Ainda que haja uma multiplicidade temática, as relações com a Constituição e a preocupação com um Direito Penal democrático são traços essenciais de um conjunto de apresentações que ressaltam a importância da academia e da pesquisa em direito como forma de equacionar teoria e prática.

A linha argumentativa desenvolvida traz preocupações político-criminais que reconhecem no Direito Penal um instrumento fragmentário e subsidiários, sem descurar, contudo, do desafio para a academia no sentido de trazer respostas para novas realidades e demandas sociais.

Assim, a leitura dos textos permitirá ao leitor observar o denodo com que cada autor pesquisou, bem como a relevância de cada tema e a possibilidade de que tais estudos repercutam na práxis jurídica, e que poderão decerto fomentar modificações legislativas e práticas materiais e que permitam fazer do Direito Penal e Processual Penal adequado à pauta principiológica da Constituição Federal.

Desejamos boa leitura a todos!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Maria Auxiliadora De Almeida Minahim – UFBA

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DEBATENDO A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

DEBATING CUSTODY'S HEARING ON BRAZIL

**Fabiane Grando
Higor Oliveira Fagundes**

Resumo

A audiência de custódia foi inserida no direito brasileiro como uma medida de cumprimento da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis. Ora, no ano de 2015, através da Resolução 213, o Conselho Nacional de Justiça ratificou em âmbito nacional a sua aplicabilidade; fato que vem gerando muitos debates pelos juristas brasileiros, notadamente sobre a sua real efetividade. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça vem se manifestando favoravelmente à aplicação imediata do procedimento, desenvolvendo um projeto de lei para tanto

Palavras-chave: Audiência, Custodia, Efetividade, Cnj, Tratados internacionais

Abstract/Resumen/Résumé

The custody hearing was inserted into Brazilian law as a measure of compliance with the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil Rights. In 2015, by means of Resolution 213, the National Council of Justice ratified the applicability of the law at the national level; a fact that has been generating many debates by the Brazilian jurists, especially about their real effectiveness. In addition, the National Council of Justice has been expressing itself favorably to the immediate application of the procedure, developing a bill to do so

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Audience, Custody, Effectiveness, Cnj, International treaties

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a legislação que, por sua vez, dará força normativa aos tratados internacionais de Direitos Humanos em que a República Federativa do Brasil faça parte, no que se refere à audiência de custódia.

Nessa conjuntura, o Projeto de Lei 554/2011, propondo a alteração do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, trata da matéria que atualmente se verifica na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça que, por sua vez, determina que seja uma medida imprescindível, salientando as indagações acerca das alternâncias e vantagens que este Projeto ira fomentar no Processo Penal Brasileiro.

Assim, a audiência de custódia visa resguardar a manutenção da privação de liberdade do acusado, sem demora, após a prisão em flagrante. Esclareça-se que o seu procedimento não visa à apreciação do mérito da infração penal, mas a legalidade da prisão.

Diante deste enfoque, surge o problema principal, que se insere no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Processual Penal, a ser elucidado por esta pesquisa: Quais são os proveitos de ordem jurídica que a instauração da audiência de custódia proporcionará ao ordenamento jurídico brasileiro?

A atual averiguação tem o intuito geral analisar o procedimento da Audiência de Custódia em sua legalidade, constitucionalidade e convencionalidade.

No que diz respeito aos objetivos específicos são: verificar os fundamentos jurídicos da audiência de custódia; zelar pela efetividade e concretização dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal em consonância com os Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário; compreender o Projeto de Lei 554/2011 e analisar o problema da hiperlotação das carceragens tendo em vista ser a prisão a última *ratio*.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A título de esclarecimento é imprescindível definir que, segundo Paiva (2015), “O conceito de Audiência de Custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger a integridade física e moral do preso”. Nesse raciocínio, de acordo com o mesmo autor, ela consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, não versando sobre o mérito da infração,

mas somente sobre a sua manutenção e legalidade, demonstrando-se como um instrumento pré-processual.

Salienta-se, no raciocínio de Paiva, o magistrado terá 24 (vinte e quatro) horas para decidir acerca do manejo da privação da liberdade do acusado.

Oportuno se torna inferir que, antes de decidir sobre a manutenção da prisão, deverá ser analisada a sua legalidade, devendo a prisão preventiva ser a última punição atribuível ao caso.

Pois segundo entendimento de Badaró (2015), “o depoimento do preso realizado na audiência de custódia não poderá ser juntada aos autos principais, devendo ser apartados e, depois da audiência ser arquivado”. Nessa esteira, não será possível utilizar-se da entrevista do acusado para o prosseguimento e utilização no inquérito policial (se houver), pois a Audiência de Custódia não tem por finalidade, fazer provas em relação ao mérito da infração penal, valendo-se somente acerca da prisão cautelar.

De acordo com esta visão, é válido salientar que a audiência de custódia não será na forma de interrogatório. Será apenas uma espécie de entrevista buscando assegurar os direitos e garantias que o preso possui, e principalmente, a legalidade da prisão e a sua manutenção.

Por tanto, para Badaró (2015), além de o magistrado ter de decidir sobre a imposição ou não da concessão da liberdade provisória ao acusado, deverá apreciar questões relativas à conduta, conduzindo-o, resguardando sua integridade, às possíveis maus tratos, coações morais e torturas.

Nesta índole, verifica-se que ao invés de ser enviado para o juiz apenas o auto de prisão em flagrante enquanto o imputado é encaminhado à entidade carcerária, devendo ser apresentado pessoalmente à autoridade judiciária competente. Assim, a regra valer-se-á apenas para prisões processuais (aquelas que ocorrem antes de uma sentença penal condenatória), ou seja, para a primeira etapa das litigâncias policiais.

Em que diz respeito a este sentido, na linha de pensamento de Andrade (2016), o intuito deste ato é admitir que, logo após a prisão em flagrante, os autos sejam analisados os motivos e a legalidade da privação de liberdade, versando sobre sua necessidade ou não.

No mesmo contexto, vale salientar que em cumprimento a inferência do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal todas as decisões judiciais devam ser fundamentadas, o magistrado deva aplicar o artigo 310 do Código Processo Penal. A luz disso, Paiva (2015) ensina:

O magistrado deverá decidir conforme normas presente no artigo 310 do Código de Processo Penal, relaxando a prisão ilegal, quando fato não constitui crime; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória, com ou sem fiança.

Diante disso, se a autoridade judicial se convença que o sujeito não deva permanecer preso, ela deverá conceder a liberdade provisória ao acusado e se versar sobre a ilegalidade da prisão deverá relaxá-la.

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, de acordo com Reis (2015), mencionando a doutrina de Badaró (2015), está totalmente em consonância com os métodos procedimentais da Audiência de Custódia. Com o intuito de aprofundar o entendimento, segue alguns fragmentos da Constituição Federal da República que, por sua vez, demonstram, *in verbis*:

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

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

(...)

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Vale salientar que, para que a decisão seja justa, o magistrado deve reverenciar as garantias constitucionais elencadas na Constituição Federal, em respeito à integridade física e moral do acusado, a inafastabilidade do controle jurisdicional, ao contraditório e a ampla defesa. A ausência da motivação nas decisões importa, sem dúvida alguma, em sua nulidade, pois, a audiência de custódia deixou de atingir sua finalidade.

Como se demonstra, Reis (2015) preconiza que a Audiência de Custódia está em perfeita harmonia e total adequação a luz da Constituição Federal, não havendo qualquer fragmento de inconstitucionalidade contida em lei.

Buscando na doutrina clássica do Direito Constitucional, Lassale (1933) menciona que a junção dos “fatores reais de poder” se constitui em verdadeiros direitos quando colocados em uma folha de papel que, por sua vez, passa a ter força imperativa ao passo que quem às afronte seja submetido à sanção.

Nesse sentido, Silva (2005) aduz que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas jurídicas, reputando-se inválidas as que afrontem. Pensamento que, por sua vez, confirma que a Constituição deva apresentar força normativa.

Diante do exposto, fica claro que o procedimento da audiência de custódia tutela os direitos e garantias fundamentais do cidadão, uma vez que o cuidado com a legalidade da prisão por consequência viabiliza a integridade do texto constitucional.

2.2 FUNDAMENTOS SUPRALEGAIS

A previsão normativa a respeito da Audiência de Custódia se verifica especialmente em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, nos quais o Brasil é signatário. São eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificados este em 1969 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também ratificados em 1966. *In verbis*.

Artigo 7º, item 5 – “Direito à liberdade pessoal [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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.” (Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

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

Acerca desta previsão normativa não estarem presentes taxativamente no ordenamento pátrio, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou a respeito da supralegalidade, mencionando que a Constituição Federal está acima das normas internacionais de Direitos Humanos que foram incorporadas pelo processo legislativo de lei ordinária, mas que as mesmas estão acima da legislação ordinária, tendo um caráter supra legal.

Para a positivação acerca da questão, um dos julgados do STF menciona, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSE DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DE ORDEM. 1 A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São Jose da Costa Rica n direito nacional. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (Art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar

específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (STF - HC: 96967 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/12/2008, Data de Publicação: DJe-240 DIVULG 17/12/2008 PUBLIC 18/12/2008) (grifo nosso).

Em outros termos, se as Normas Internacionais de Direitos Humanos estiverem em desconformidade com a legislação ordinária, prevalecerão às normas internacionais de Direitos Humanos, pois hierarquicamente esta acima.

Nesse enfoque, Novelino (2014) esclarece muito bem, a mesma assertiva inferida pelo STF, onde com o advento da emenda constitucional n.45, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados sob o processo legislativo ordinário passam a ter o caráter supralegal:

Os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 ou pelo processo legislativo ordinário podem servir como parâmetro apenas para um controle de supralegalidade (ou controle de convencionalidade). Por terem status supralegal, não podem ser invocados como normas de referência para o controle de constitucionalidade. Por sua vez, tratados e convenções internacionais que não tenham como objeto os direitos humanos, por terem o status de uma lei ordinária, podem ser invocados apenas em controle de legalidade.

Portanto, a Audiência de Custódia passa a ser devida já que prevista na legislação supralegal, tornando seu dever juridicamente pacificado e de aplicação axiomática.

2.3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Inicialmente faz-se necessário analisar que no ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Ministro da justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, deram origem ao projeto de implementação das audiências de Custódia em Âmbito Nacional. Como é sabido, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão do Poder Judiciário, positivado no artigo 92, I-A da CF/88.:

Vale destacar que o CNJ não tem a jurisdição competente para julgar matéria de natureza legislativa, uma vez que as demandas desta ótica são de competência exclusiva da União representada por via do Congresso Nacional.

O artigo 22, I da Constituição Federal estabelece que “Compete privativamente a União legislar sobre: Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo,

Aeronáutico, Espacial e do Trabalho”, no qual é competência do Congresso Nacional e não pelo Conselho Nacional de Justiça, pois sua função normativa é meramente atípica (grifo nosso).

Acerca deste tema, em reverencia ao principio da Separação dos Poderes, salienta Silva (2005), *in verbis*:

Esse é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta de seu artigo 2 que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Poder Judiciário.

Nesse sentido, Bonavides (2001) complementa:

Razões ideológicas já presentes em Montesquieu, seu principal teorista, fizeram com que a separação, de simples técnica de organização do governo, se convertesse em princípio constitucional de tutela da liberdade contra os abusos e as usurpações do poder. A interpretação de todas as normas constitucionais vem, portanto regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema.

Nesse bojo, na defesa da legalidade constitucional, com fulcro no § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal, as atribuições do CNJ estão restritas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos do poder judiciário, ficando, conseqüentemente tão somente possível a fiscalização das atividades dos magistrados e Tribunais no cumprimento das normas constitucionais e supralais.

Com esse raciocínio, incumbe aos magistrados, na Audiência de Custódia, desenvolverem o controle judicial de constitucionalidade, via difusa (no caso concreto), acerca da legalidade da prisão.

Todavia, é necessário destacar que o Conselho Nacional de Justiça, se faz o principal incentivador da prática de tal instrumento processual no Direito pátrio, apresentando a plena constitucionalidade material, visto que tem o intento de aplicar o texto maior, alegando que a audiência de custódia trata-se, em sinopse:

Da apresentação do preso em flagrante delito perante uma autoridade competente, permitindo-lhes o contato pessoal, de modo a resguardar o os direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, submetendo o ordenamento jurídico pátrio esteja em consonância aos os tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Não obstante, Novelino (2014) infere a clara distinção de inconstitucionalidade material e formal, sendo a primeira concernente “ao conteúdo de leis ou atos emanados dos poderes públicos” ao contrariar norma constitucional. Quanto à segunda, é relativa à maneira de “elaboração de um determinado ato”.

De acordo com isso, fica palpável a incompetência do CNJ para legislar sobre Direito Processual Penal, com a usurpação do princípio fundamental da separação dos poderes, ficando

manifesta a inconstitucionalidade formal orgânica da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

3. O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 554/2011

Inicialmente faz-se imprescindível verificar que a os objetivos de ordem social que motivam a existência da Audiência de Custódia no mundo jurídico, exprimindo: a regulamentação almejada através do Projeto de Lei nº 554 de 2011, defesa preventiva dos atos de tortura, prisões ilegais e a redução da hiperlotação carcerária.

A grande tese é que o Brasil ratificou os Tratados Internacionais de Direitos Humanos há mais de vinte anos atrás, existindo, assim eficácia jurídica mas não social. Com o advento da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da supralegalidade dos Tratados incorporados sob o rito de Lei ordinária, a eficácia jurídica passou a ser ainda mais valorizada.

Com o advento do Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal, com o intuito de contribuir para o ordenamento jurídico pátrio, no sentido de se conferir a eficácia social até então obscura, passou a trazer o tema à tona. Nesse rumo, o referido Projeto de Lei disponibilizou os seguintes argumentos:

É, portanto, no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz. Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como 3 parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária. Essa definição de tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardadas, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário. Finalmente, cumpre observar que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil.

Sublinha-se que, o principal sentido de sua implementação é adequar o ordenamento jurídico pátrio com as previsões normativas existentes em normas supra legais ratificadas pelo Brasil.

De acordo com Paiva (2015), o principal objetivo da implementação da Audiência de Custódia consiste na tangente que, se o Brasil, todavia é signatário do Tratado em questão, tem-se como orientação ajustar seu ordenamento jurídico para que fique em conformidade com as regras ratificadas.

Ensina Valente (2009) que:

Quando lemos ou ouvimos falar de segurança, pensamos imediata e erroneamente, em coação, em restrição de direitos, de liberdades e garantias. São poucos os que pensam na segurança como um direito garantístico do exercício dos demais direitos, liberdades e garantias, i. e., como direito garantia. (...). A segurança como bem jurídico coletivo ou supra – individual não pode ser vista em uma perspectiva limitativa dos demais direitos fundamentais, mas, tão só e em uma visão humanista e humanizante, como garantia da liberdade física e psicológica para usufruto pleno dos demais direitos fundamentais.

Sobretudo, o Projeto de Lei 554/2011 do Senado Federal trouxe a esperança de uma possível eficácia social da audiência de custódia e a devida adequação do Código de Processo Penal aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Federal.

3.1 DEFESA PREVENTIVA AOS ATOS DE TORTURA E PRISÕES ILEGAIS

Para se garantir a concretização do texto constitucional e supralegal é imprescindível se coibir a sucessivos tratamentos degradantes no seio dos órgãos policiais.

Com a implementação da Audiência de Custódia em âmbito nacional, é relevante que o imputado em um curto prazo seja apresentado ao juiz, evitando qualquer tipo de tratamento desumano contra o cidadão nos interrogatórios policiais. Tais barbáries ocorrem na maior parte dos casos com o intuito de promover confissões e coações na prestação de informações.

Nesta idéia, menciona Paiva (2015) que “a medida pode contribuir para a redução da tortura policial num dos momentos mais emblemáticos para a integridade física do cidadão”, o qual corresponde às primeiras horas após a prisão, quando o cidadão fica absolutamente fora de custódia, sem proteção alguma diante da (provável) violência policial.

Arrimando-se aos requisitos da norma jurídica, o art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”, no mesmo sentido que o artigo 5, inciso III, da Constituição Federal aduz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, embora isso se trate, na era contemporânea, de um transtorno generalizado.

A luz de tais noções, segundo a Human Rights Watch (organização internacional sobre Direitos Humanos) (2015), a tortura se trata de um problema presente e preocupante:

A tortura é um problema crônico em delegacias de polícia e centros de detenção. Entre janeiro de 2012 e junho de 2014, a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos recebeu 5.431 denúncias de tortura e de tratamento cruel, desumano ou degradante (cerca de 181 denúncias por mês) de todo o país por meio do Disque Direitos Humanos (Disque-

100). Um total de 84 por cento dessas denúncias se referiam a abusos em presídios, cadeias públicas, delegacias de polícia, delegacias que operam como unidades prisionais e unidades de medida sócio educativa.

Como verificado o problema se estima em torno de 84% (oitenta e quatro por cento) das denúncias perante a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, são casos de abusos a seres humanos privados de suas liberdades.

Nessa linha, Carvalho (2008) evidência que “Contra este regime de ilegalidades toleradas pelo poder público restam poucas alternativas aos apenados vítimas da violência oficial”.

Na seara das ilegalidades nas prisões, ensina Paiva (2015) que, “fica mais difícil interpretar a legalidade da mesma, baseado apenas no auto de prisão em flagrante, o qual possui somente a interpretação do caso feita pela acusação” (delegado de polícia), não possuindo, portanto, a manifestação da defesa, desrespeitando princípios fundamentais, sendo eles o contraditório e a ampla defesa, presentes nas cláusulas pétreas e esculpido de forma expressa na Constituição Federal, podendo ser encontrado no artigo 5º inciso LV, no rol dos direitos e garantias individuais.

Concernente a tais razões, a Audiência de Custódia atribui a prerrogativa de uma defesa técnica no momento pós-prisão em flagrante, a fim de garantir à consonância da prisão a observância das Leis processuais. Não se relata que não há o interrogatório do preso, mas este jamais pode ser visto como uma defesa real, em virtude de que muitas vezes o sujeito prefere utilizar o seu direito em se silenciar.

Pois então, Audiência de Custódia se verifica de suma importância para a prevenção aos maus tratos, tal como aos abusos de poder das autoridades policiais aos acusados na fase pré-processual.

3.2 A HIPERLOTAÇÃO DAS CARCERAGENS

Cumprir trazer a tona que a realidade carcerária se tem apresentado caótica ante a ausência de recursos e a omissão do poder público em prestações positivas para com os órgãos de reclusão.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2016), mundialmente mencionando, o Brasil é o terceiro país no mundo que mais encarcera, e terceiro também por prisões cautelares, com a taxa mais elevada sob a ótica do crescimento carcerário, sendo em torno de 711.463 presos, como é possível verificar:

Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar. Os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se se considerarem os mandados de prisão em aberto – 373.991 – a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas.

No mesmo raciocínio, de acordo com Human Rights Watch (organização internacional sobre Direitos Humanos) (2015), a hiperlotação sem dúvidas supera 37% (trinta e sete por cento) da capacidade prisional, como se verifica:

Muitas prisões e cadeias enfrentam problemas de grave superlotação e violência. A taxa de encarceramento do país subiu 45 por cento entre 2006 e 2013, de acordo com Sistema Integrado de Informação Penitenciária do Ministério da Justiça (InfoPen). A população carcerária adulta supera meio milhão de pessoas — 37 por cento além da capacidade do sistema prisional, de acordo com dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em junho de 2014. Além disso, mais de 20.000 adolescentes estão cumprindo medidas que implicam privação de liberdade. Os atrasos no sistema de justiça contribuem para a superlotação. Mais de 230.000 indivíduos são presos provisórios.

Bem como analisado, ambas as pesquisas denotam a realidade lastimável do sistema carcerário brasileiro.

Nesta ótica, segundo Badaró (2015) perante estes dados e a pura realidade prática, “é possível verificar urgentemente a necessidade de o Estado providenciar mudanças no sistema carcerário do país”. Por isso, a Audiência de Custódia, em umas de suas amplitudes, busca também, diminuir a hiperlotação nos presídios nacionais, que só vem aumentando nos últimos tempos de forma descontrolada.

Ademais, o objetivo da Audiência de Custódia é relativo ao acusado ser tão somente encaminhado a prisão se verifica a plena legalidade da mesma, pois se a prisão for necessária, o sujeito será mantido preso. Em outras palavras, o juiz verificará a legalidade da prisão e só manterá preso quando esta for a medida mais adequada, valendo-se da prisão como ultima *ratio* e respeitando a regra de que todos são inocentes até que seja comprovado o contrário por meio de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

O Conselho Nacional de Justiça elencou as possíveis consequências a fim de desinflar a hiperlotação carcerária por intermédio da realização da Audiência de Custódia em território nacional:

O relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal);
A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal);
A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal);
A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial);

A análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas;
Outros encaminhamentos de natureza assistencial.

A vista disso não resta dúvidas de que a Audiência de Custódia viabiliza a humanização do processo penal brasileiro, para a melhor aplicabilidade do Direito, em todas as suas esferas, no intento de contribuir para a melhoria da realidade prisional.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A princípio faz-se relevante refletir que, para a garantia da concretização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em que o Brasil é signatário, são necessários mecanismos que tornem sua força normativa concreta.

Além de compatíveis com a Constituição, as normas internas devem estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país, condição a que, por sua vez, denomina-se como Controle de Convencionalidade.

O Controle de Convencionalidade para Bianchini (2016) demonstra que “a validade de uma lei (e sua conseqüente eficácia) depende do exame de sua compatibilidade exclusivamente com a Constituição do Estado”. Hodiernamente, verifica-se que a adequação das leis com a Constituição (controle de constitucionalidade) é apenas o primeiro passo a fim de se garantir validade à produção do Direito pátrio.

Bem como salienta Mazzuoli (2009) não é satisfatório que a legislação infraconstitucional observe a Constituição Federal desrespeitando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, necessitando-se de uma compatibilidade vertical entre “as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional”, devendo “ser exercido pelos órgãos da justiça nacional”, ante ao compromisso firmado entre o Estado e o plano externo.

Nesse entendimento, o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos situa que:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Ainda sob o raciocínio de Mazzuoli (2009), o Controle de Convencionalidade deva também ser exercido pelos Tribunais Internacionais instituídos pelos Estados por intermédio de Convenções. Tal controle, do mesmo modo que o Controle de Constitucionalidade, pode se manifestar na forma difusa, tal como concentrada. Quanto ao difuso, se verifica desde a promulgação da Constituição de 1988. Já o concentrado existe desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

Nessa ênfase, faz-se indispensável compreender o que Giacomolli (2015) trabalha em sua obra, argumentando que quando o Brasil ratificou Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tornou suas normas equivalentes aos direitos fundamentais tipificados na Constituição da República Federativa do Brasil, com amplitude *Supra legal*, como se vê:

Estão em um patamar entre a legislação ordinária e a CF; [...] Mesmo que não tenham sido recepcionados pela EC nº 45 e não sejam equivalentes às emendas constitucionais, os direitos e garantias, conformadores do devido processo, integram, materialmente, a normatividade constitucional, no mesmo patamar dos demais direitos e garantias fundamentais, integram materialmente o “bloco de constitucionalidade”, com aplicação imediata, incidindo, em caso de conflito, a regra pro homine. Essa perspectiva é a que outorga maior proteção, constituindo-se na tutela mais efetiva dos direitos fundamentais.

Bem como assevera Mazzuoli (2009) o Controle de Convencionalidade abrange aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados sob o processo legislativo ordinário, bem como aos incorporados sob o procedimento das Emendas Constitucionais (constituindo o chamado bloco de constitucionalidade).

Em suma, o Controle de Convencionalidade se manifesta relevante para a concretização da Audiência de Custódia no cenário brasileiro, permitindo a efetividade da força normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que a prevê, transcendendo a eficácia meramente jurídica para uma eficácia social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca dos argumentos expostos sobre as Audiências de Custódia, é possível considerar se apresenta como uma consequência do processo civilizatório, estando previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Sobre Direitos Cívicos e Políticos nos quais o Brasil é signatário, resguardando, por decorrência a força normativa da Constituição Federal de 1988. Neste enfoque já deveria estar em exercício há muitos anos, afinal, no ano de 1992, o Brasil ratificou e colocou em vigor tais tratados.

Lembrando-se que o problema vai além adequação do Código de Processo Penal brasileiro às normas supralegais e constitucionais, mas da fiscalização pelo Conselho Nacional de Justiça a atividade dos magistrados, a atitude do Poder Legislativo para que exerça a função legislativa com eficiência, o Controle de Convencionalidade (e de Constitucionalidade) nas vias difusa e concentrada sob o procedimento da Audiência de Custódia.

Nesta alçada, para as pessoas que argumentam contra a aplicabilidade das Audiências de Custódia no sentido de que o nosso Estado não tem a estrutura necessária para o magistrado presidir a mesma, é possível argumentar que os processos que não tem a urgência sejam paralisados, pois nesta ótica, nada é mais urgente que decidir sobre a privação de liberdade do acusado.

Deste modo, percebe-se a importância da aplicação do controle de convencionalidade no processo penal, uma vez que além de contribuir para o cumprimento dos direitos fundamentais, esta medida poderá trazer grande significado em relação ao número de prisões ilegais existentes no país.

Portanto, faz-se necessário reiterar que a menção que a aplicabilidade das audiências de custódia, irá contribuir ao ordenamento jurídico em inúmeras prisões ilegais, aliviando o sistema carcerário e evitando o encarceramento em massa, resguardando os preceitos e garantias constitucionais e supralegais presentes no ordenamento jurídico existente.

6. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany, **parecer ao Instituto de Defesa do direito de Defesa e a Defensoria Pública da União**, 2º Ed. São Paulo, Saraiva 2014.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José de Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 20 Agosto 2016.

BERNARDES, Juliano Tavares; FERREIRA, Olavo Augusto Viana Aves. **Direito Constitucional Positivo**. 4ª Edição, Ed. JusPODIVM, 2015.

BERNIERI, Natali. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Disponível em <<http://soac.imed.edu.br/index.php/mic/ixmic/paper/viewFile/193/27>> Acessado em Julho de 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed.15. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dez. de 1998.** Diário Oficial da União. Brasília, 04 de dez. de 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 13 agosto 2017.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 678/92. Promulga a convenção interamericana sobre direitos humanos de 22 de novembro de 1969.** Brasília: Presidência da República, 1992.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal.** 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DARLAN, Siro. **Audiência de custódia, um direito a ser respeitado.** Disponível em<<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2015/02/27/audiencia-de-custodia-um-direito-a-ser-respeitado/>>. Acesso em: 4 junho de 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2015.

Human Rights Watch. **Relatório Mundial 2015: Brasil.** Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103> >. Acesso em 15 Setembro 2017.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. Edições e publicações Brasil, São Paulo, 1933.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 7ª Ed. São Paulo, Método, 2007.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 4ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Publicado em: 03 de abril de 2009. Acesso em: 26 outubro 2017.

LUCHETE, Felipe. **Audiência de custódia.** <https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/audiencias-custodia-liberaram-65-mil-presos-pais-2016>. Acesso em 3 de Novembro de 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** Ed.9. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

- NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014
- PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: **Empório do Direito**, 2015
- SANNINI NETO, Francisco Sannini. **Inquérito Policial e Prisões Provisórias**. São Paulo: Ideias e Letras, 2014.
- SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático – Coleção Para entender direito**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014
- SILVA, José Afonso da. **Curso d Direito Constitucional Positivo**. Ed.24. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito. Informativo Rede Justiça Criminal**, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_ReddeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em: 15 agosto 2017.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. – 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. Ed.9. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- Human Rights Watch. **Relatório Mundial 2015: Brasil**. Disponível em:<<https://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103> >. Acesso em 1 de Novembro 2017.
- LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stönnner. Edições e publicações Brasil, São Paulo, 1933.