

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

NADJA KELLY DIAS NETO

A APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

CAMPINA GRANDE - PB

2018

Nadja Kelly Dias Neto

A Aplicabilidade da Audiência de Custódia no Brasil

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo curso de Direito em: **CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI.**

Orientador (a): Prof. Me. **CAMILO DE LÉLIS DINIZ DE FARIAS.**

Campina Grande
2018

-
- D541a Dias Neto, Nadja Kelly.
 A aplicabilidade da audiência de custódia no Brasil / Nadja Kelly Dias
 Neto. – Campina Grande, 2018.
 40 f.
- Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-
 FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2018.
 "Orientação: Prof. Me. Camilo de Lélis Diniz de Farias".
1. Direitos Humanos. 2. Audiência de Custódia – Brasil. I. Farias,
 Camilo de Lélis Diniz de. II. Título.

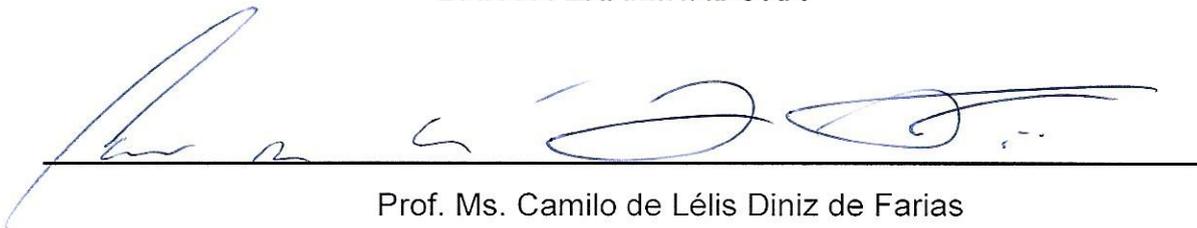
CDU 342.7(81)(043)

NADJA KELLY DIAS NETO

A INVIABILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTODIA NO BRASIL

Aprovada em: 14 de Dezembro 2018.

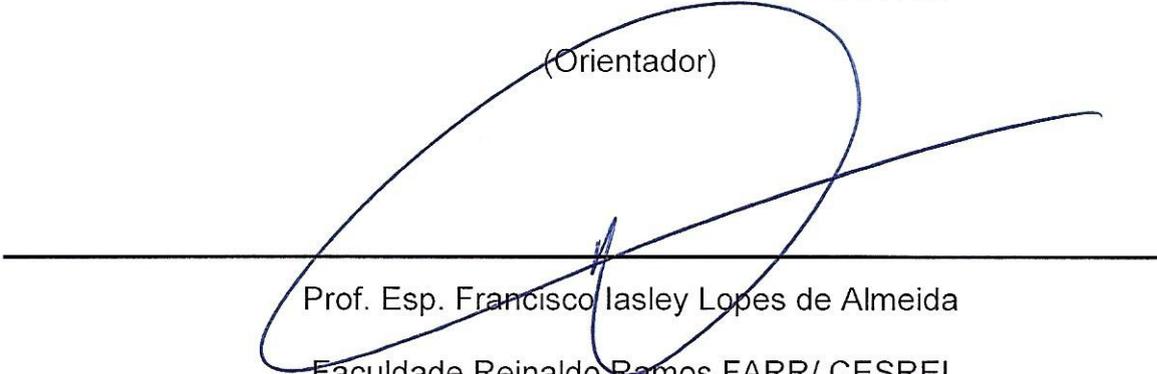
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Camilo de Lélis Diniz de Farias

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

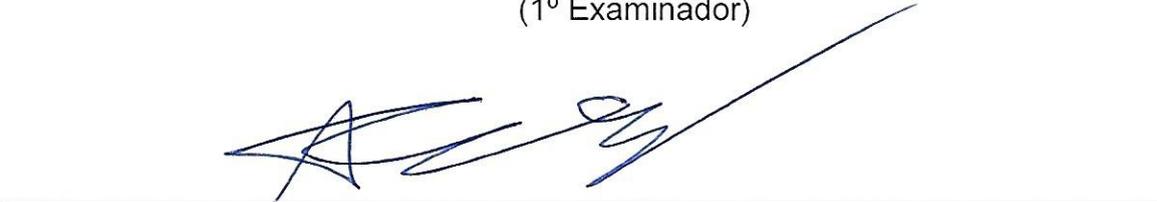
(Orientador)



Prof. Esp. Francisco Lasley Lopes de Almeida

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Esp. André Gustavo Santos Lima Carvalho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades, não somente nestes anos, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta faculdade, seu corpo docente, direção e administração que proporcionaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu orientador, pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

Agradeço a minha mãe Maria do Socorro, heroína que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Aos amigos, companheiros de trabalho e irmãos na amizade que fizeram parte dessa conquista e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

Dedicatória

“Dedico esse trabalho a Deus, que sempre iluminou o meu caminho.
A fé que tenho no senhor me ajudou a vencer as dificuldade

Epigrafe

*O único dia fácil foi ontem.
Filosofia dos SEALS da marinha dos Estados Unidos.*

RESUMO

Esta monografia tem como tema a Aplicabilidade da Audiência de Custódia no Brasil, sendo esta uma análise crítica, ao processo penal brasileiro que não consegue gerir o sistema de prisões como a lei obriga e que busca através de meios alternativos uma forma mais humanizada e que lese minimamente os direitos humanos dos custodiados presos. Assim por não conseguir aplicar corretamente o Processo Penal e a Lei de Execuções Penais, o Brasil, recepciona a garantia da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o “Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de Nova York” que por sua vez assegura uma apresentação rápida do preso ao juiz, onde será apreciado os aspectos de legalidade, da necessidade, da adequação e da continuidade da prisão, buscando aperfeiçoar o processo penal do Brasil. Nesta perspectiva será analisado, o efeito causado na sociedade, uma vez que o não raro os casos, o acusado ameaça e lesa direitos fundamentais de terceiros e são postos na rua em pouco tempo. A problemática deste trabalho gira em torno da incapacidade do Estado, na aplicação do *Jus Puniend* com eficácia, lotando os presídios com acusados sem condenações, surgindo então à necessidade da utilização da audiência de custódia como alternativa para aliviar o sistema carcerário, pois há casos em que presos demoram anos esperando por um julgamento, violando assim princípios como, dignidade da pessoa humana, da não tortura, tratamento desumano e cruel. O objetivo principal é discutir a aplicabilidade da audiência de custódia já que é garantia constitucional conforme o art. 5 § LXII, da CF e art. 306 §1, do CPP e qual é o ponto de vista sociedade da sociedade, pois o sistema penal brasileiro ainda se revela para a sociedade como castigo e não como meio de recuperação, de tal sorte, que reflete o sentimento que instituições perdem a credibilidade, aumentando, a sensação de insegurança e impunidade. A pesquisa foi feita por meio de revisão literária e pretende-se assim dar foco na análise da legislação vigente, manchetes, redes sociais, relatórios internos, depoimentos, entre outros.

Palavras Chaves: Direitos Humanos, Audiência de Custódia, Impunidade, Insegurança

ABSTRACT

This monograph has as its theme the Inapplicability of the Hearing of Custody in Brazil, this being a critical analysis, to the Brazilian penal process that can't manage the prison system as the law obliges and that seeks through alternative means a more humanized and the human rights of those in custody arrested. Because of failing to correctly apply the Criminal Procedure and the Law on Criminal Executions, Brazil receives the guarantee of the Inter-American Convention on Human Rights (Pact of St. Joseph of Costa Rica) and the "International Covenant on Civil and Political Rights of New York "Which in turn ensures a quick presentation of the prisoner to the judge, where the aspects of legality, necessity, adequacy and continuity of the prison will be assessed, seeking to perfect the Brazilian criminal procedure. In this perspective will be analyzed, the effect caused in society, since the not infrequently the cases, the accused threatens and damages the fundamental rights of third parties and are put on the street in a short time. The problem of this work revolves around the incapacity of the State to apply the Jus Puniend effectively, filling the prisons with defendants without convictions, and then arises from the need to use the custodial audience as an alternative to alleviate the prison system. cases in which prisoners spend years in prison awaiting trial, thus violating principles such as the dignity of the human person, non-torture, inhuman and cruel treatment. The main objective is to discuss the viability of the custody hearing since it is constitutional guarantee according to art. 5 § LXII, of CF and art. 306 §1 of the CPP and what is the society's society viewpoint, because the Brazilian penal system still reveals itself to society as punishment and not as a means of recovery, in such a way that it reflects the feeling that institutions lose credibility , increasing, the feeling of insecurity and impunity. The research was done through a literary review and aims to focus on the analysis of current legislation, headlines, social networks, internal reports, testimonials, among others.

Key Words: Human Rights, Hearing of Custody, Impunity, Insecurity

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| CAPITULO 2 | 13 |
| 2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS | 13 |
| 2.1 DIREITOS HUMANOS | 13 |
| 2.2 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS | 14 |
| 2.3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS Erro! Indicador não definido. | |
| 2.4 DIREITOS HUMANOS: Atuação e posição na Constituição Federal de 1988 | 16 |
| 2.5 DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS | 18 |
| CAPITULO 3 | 21 |
| 3.1 HISTÓRIA DAS PENAS NO BRASIL | 21 |
| 3.2 JUS PUNIEND E GARANTISMO JURIDICO | 22 |
| 3.3 REGRAS DE MANDELA | 23 |
| 3.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL | 24 |
| 3.5 PRINCÍPIO DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS | 25 |
| CAPITULO 4 | 28 |
| 4.1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL | 28 |
| 4.1.1 FUNDAMENTAÇÃO | 29 |
| 4.1.2 CONCEITO | 30 |
| 4.2 FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA | 31 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 37 |
| REFERÊNCIAS | 39 |

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho de conclusão de curso foi escolhido para que haja esclarecimentos do sistema normativo quanto à proteção de direitos humanos do acusado preso e da vítima. A opção pelo tema se dá pela necessidade de criar-se um amplo debate acerca das recorrentes indagações da sociedade quanto a credibilidade das instituições de segurança pública, sensação de impunidade.

Esse tema foi escolhido por ter uma relevância jurídica e social muito grande e rotineiramente vem sendo destaques na mídia, sobretudo, por analisar questões de grandes valores para a sociedade trazendo críticas sobre a deficiência do estado quanto ao tratamento dos presos.

Nesse diapasão, segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil é o terceiro país com o maior número de encarcerados, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China. O total de pessoas presas no Brasil ultrapassa a casa dos 700 mil, havendo significativo crescimento anual, sendo que mais da metade desta população tem entre 18 e 29 anos.

O objetivo principal deste trabalho é analisar se o Estado Brasileiro comporta o mínimo necessário para que o processo criminal seja respeitado, que a figura da vítima seja levado em consideração e não apenas acusado. Diante deste contexto qual deveria ser postura adotada diante dos dispositivos constitucionais e internacionais atinentes ao tema, para assegurar aos presos um processo criminal conforme a lei determina?.

A problemática do tema exige urgentemente, que a sociedade, em especial a comunidade acadêmica reflitam amplamente sobre as alternativas de recuperação e adequação da política prisional a esta nova realidade vez que o artigo nº 4 da lei de execuções penais imputa ao estado essa obrigação, de que ele deve recorrer a cooperação da comunidade nas atividades da execução das penas.

Esta pesquisa intenta demonstrar que a capacidade do sistema penitenciário brasileiro em realizar sua atividade principal não é compatível com aos ditames constitucionais e por isso a figura da audiência de custódia se faz em parte necessária para evitar que demais danos ocorram aos presos, percebe-se ao artigo 03 da lei de execuções penais, que há ênfase de que o condenado não terá

restringido direitos não alcançados pela condenação penal apenas sua liberdade, o que realmente ocorre é diferente.

Para tanto, audiência de custódia tem levantado amplos debates a cerca da sensação de insegurança e da credibilidade de algumas instituições brasileiras. É mister salientar que o objeto da aplicabilidade da pena vista pela sociedade brasileira ao indivíduo que cometeu um crime é de punir, assim, o Brasil por não ter uma estrutura educacional como de países desenvolvidos a implantação da audiência de custódia tem feito com que a sociedade coloque as instituições de segurança publica contra parede.

A relevância do tema se justifica na medida em que direitos humanos são bens jurídicos tutelados pelo Estado e no sistema prisional brasileiro são lesados pelo próprio Estado. Sendo assim, um dos propósitos deste trabalho é trazer para o debate acadêmico a realidade no que tange os direitos humanos dentro do sistema prisional brasileiro frente as previsões contidas na lei de execução penal, fazendo uma análise do ser ao dever ser do sistema, ou seja, um enfoque entre a realidade e a previsão normativa.

O trabalho é dividido em 4 (quatro) capítulos. No primeiro, introdução, segundo trata-se dos Direitos Humanos, sendo expostos os conceitos e fundamentações bem como suas gerações do seu surgimento, a distinção entre os direitos fundamentais os resguardados pela Constituição Federativa do Brasil e suas garantias e suas características, quais sejam: irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, essencialidade, demonstrar o valor e o dano humanístico causado por uma simples violação.

No terceiro capítulo, a pesquisa abordará a historicidade das penas, jus puniend, bem como o sistema das prisões os objetivos da lei de execuções penais, que moldada as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos “Regras de Mandela” apresentará como se deveria aplicar e garantir o respeito aos direitos humanos nas execuções das penas, com todas as suas garantias constitucionais e o respeito ao princípio da humanização das penas.

No quarto e último capítulo será tratado o conceito e surgimento das audiências de custódia como mecanismo de amenizar eventuais violações de direitos humanos em prisões irregulares e na tentativa de diminuição da população carcerária, versus a reprovabilidade social quanto a flexibilidade no tratamento

desses presos, haja vista que a cultura da sociedade brasileira se inclinar a não querer ressocializar e sim castigar o preso.

Assim, a fim de discutir a aplicabilidade da audiência de custódia no Brasil, pretende-se efetuar uma pesquisa de abordagem quantitativa, com emprego da pesquisa bibliográfica. Essa opção é pertinente, uma vez que tenhamos o ensejo de averiguar a definição dos direitos humanos, a audiência de custódia e como deve se dar a sua aplicação penal; bem como, discutir a lei de execução penal, e o Princípio da Humanização das penas. Pretende-se dar foco na análise da legislação vigente, os depoimentos divulgados em matérias, manchetes, redes sociais, relatórios internos, depoimentos, entre outros. Os tratamentos de pesquisa em documentos dessa magnitude e em ações metodológicas desse tipo são para validar nosso objetivo.

CAPITULO 2

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 DIREITOS HUMANOS

O direito internacional dos direitos humanos ganha força no Pós II Guerra Mundial. segundo Rodas (2015), a comoção mundial com os horrores do holocausto levou à conclusão de que seria importante estabelecer uma proteção supranacional dos direitos humanos, exercida a partir de organizações internacionais.

Os direitos humanos, conforme estabelecido pelas declarações internacionais, são universais, inalienáveis e incondicionais, não havendo quaisquer requisitos para sua titularidade além da própria condição humana.

Conforme está compilado no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, [...]. (DUDH, 1948).

O conceito de direitos humanos de uma maneira simplificada independe para sua aplicação condições como; o grau de instrução, não depende do país que nasceu ou que vivem ou da etnia que a pessoa se origina, são direitos que as pessoas tem de viver dignamente, que consigam ter uma vida em plena condições de executar seus projetos, que consigam realizar o seu potencial como pessoa humana, tendo os mesmos direitos que todo mundo tem por ser um humano, Sobre isso, Flávia Piovesan diz que;

a concepção contemporânea de direitos humanos, é marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de

direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2012, p. 53).

Pode-se afirmar assim que os direitos humanos apresentam as seguintes características: universalidade, relatividade, essencialidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, complementaridade, efetividade, interdependência, concorrência e historicidade conforme BARRETO (2014), sendo os direitos humanos bens jurídicos que não podem ser negociados, perdidos ou relativizados.

2.2 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS

Os direitos de primeira geração ou dimensão são aqueles historicamente afirmados nos primórdios do Estado Nação, e cuidam de garantias essencialmente individuais, efetivadas mediante ausência de intervenção do Estado, sendo por isso denominados direitos negativos.

Essa primeira geração de direitos ou dimensão, como fala Paulo Bonavides, impôs limitações ao império do Estado, Bonavides escreve que:

[...] os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade tem por titular o individuo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição o Estado. (BONAVIDES, 2006, p. 561).

Já a segunda geração/dimensão é marcada pela afirmação dos direitos sociais, ocorrida num contexto de crítica ao Estado liberal e de constatação da insuficiência da tutela generalista oferecida pela primeira geração. Paulo Bonavides diz que.

[...] os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter eficácia recusada com aquela finalidade de argumentação do caráter programático da norma, uma vez garantida são cumulativas. (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Os direitos de terceira geração/dimensão foram afirmados, inicialmente, a partir do Pós II Guerra, sendo conhecidos como “direitos de fraternidade”. Esses direitos são exemplificados por TORRANO (2015, n.p. online):

Os principais direitos à solidariedade são: o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade e a comunicação, o direito à autodeterminação entre os povos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Esses direitos encontram-se em inúmeras fontes internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981), na Carta de Paris para uma nova Europa, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997), relaciona as três gerações dizendo o lema da revolução francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” que onde a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos a igualdade, a terceira dos direitos difusos e coletivos.

Os direitos humanos ou os direitos fundamentais formam o centro mais valioso dos direitos e se relacionam à vida, liberdade, propriedade, segurança, igualdade, com todos os seus desdobramentos.

A categoria “direitos humanos” é utilizada, principalmente, pela filosofia do direito, encontrando abrigo, também, no campo do direito internacional, ao passo que o termo “direitos fundamentais” é mais utilizado no contexto do direito interno, especialmente pelo direito constitucional.

Os direitos fundamentais são os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos que são previstos nas Constituições Federais de cada nação. Não há, no entanto, antagonismo entre os dois termos, sendo os direitos fundamentais, também, direitos humanos.

Acerca desta divisão, Ingo Wolfgang Sarlet confere ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção:

Direitos humanos e direitos fundamentais comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 2012).

Sinteticamente, a questão espacial, critério majoritariamente empregado para distinguir as duas noções, nos adverte de algo importante: os direitos fundamentais, ainda que guardem em si valores de grande relevância e humanismo, por estarem sujeitos ao regime de direito interno, sofrem maior influência de contextos políticos desfavoráveis, podendo vir a ser reduzidos, ou mesmo suprimidos, enquanto os direitos humanos, baseados em uma tutela supranacional e em um conceito de universalidade, se revestem de maior “blindagem”, não estando tão sujeitos a variações negativas.

2.4 DIREITOS HUMANOS: Atuação e posição na Constituição Federal de 1988

No que diz respeito às relações entre os direitos humanos (direito internacional) e a ordem jurídico-constitucional, ou seja, o direito interno dos Estados são duas as principais teorias; o dualismo jurídico e do monismo jurídico.

De acordo com (MACHADO, p. 140. 2006), “o dualismo não existe conflito na relação externa e interna, pois são esferas que não se tocam, de tal sorte que o ato internacional só opera efeitos se incorporado pela ordem jurídica interna”. O monismo jurídico, o direito se torna unitário, de tal forma que o Direito Internacional Público e o Direito Interno integram o sistema jurídico. No âmbito do monismo, verifica-se uma disputa entre os que sustentam a tese de que no caso de conflito prevalecerá a ordem interna, ao passo que outros defendem a ideia de que o conflito deva ser resolvido em favor da ordem internacional.

Nesse contexto o professor Valério Oliveira Mazzuoli diz que,

Importa destacar que a doutrina brasileira majoritariamente sustenta a tese do monismo jurídico, com primazia do direito internacional, ou seja, de que o tratado internacional (direito internacional) prevaleceria sobre o direito interno. (MAZZUOLI, 2014, p.53)

O que gerou consequências e o STF teve de se pronunciar partir do RE 80.004/SE (julgado em 1977) situando-se na linha do que se pode designar de um dualismo moderado, no sentido de que existe paridade hierárquica entre os tratados internacionais regularmente ratificados pelo Brasil e a legislação infraconstitucional, e passou-se a regular a incorporação dos tratados para o direito interno ocorrendo conforme afirma BARROSO (2010, p.37). “mediante ato complexo, que abrange a

celebração pelo poder executivo, a aprovação pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo, seguida por Decreto Executivo” posteriormente tendo em conta a inserção, por meio da EC 45/2004, de um § 3.º no art. 5.º da Constituição Federal 88, dispondo que.

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. (BRASIL, 1988)

Segundo Sarlet (2012) é possível afirmar que as relações entre tratados internacionais e a ordem jurídica interna, no que diz respeito à hierarquia dos tratados em relação ao direito interno, uma vez ratificados, obedecem, no Brasil, às seguintes diretrizes de que os tratados em geral, possuem hierarquia de lei ordinária, prevalecendo a tese da paridade entre o tratado e a lei.

Todavia, há hipóteses nas quais não se aplica a regra geral de paridade que são:

Os tratados em matéria de direitos humanos ratificados antes da EC 45 ou não aprovados pelo rito do art. 5.º, §3.º, da CF, possuem, de acordo com a atual orientação do STF, hierarquia supralegal.

Os tratados em matéria de direitos humanos aprovados pelo rito qualificado estabelecido no art. 5.º, §3.º, da CF, serão equivalentes às emendas constitucionais, de tal forma que terão hierarquia de direito constitucional derivado, e que só caberia ação de inconstitucionalidade por violação de requisitos formais (procedimental) ou por violação de “clausulas pétreas” da Constituição Federal. (SARLET, 2012, p.200.).

Diz a Constituição Federal de 1988, nos art. 5.º, §3.º:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção e 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; §3.º 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. (BRASIL, 1988).

Atualmente a Carta Magna do Brasil é a Constituição de 1988, considerada uma constituição moderna que se apresenta de um documento sistematizado, promulgada, e elaborada de forma democrática, com direitos e garantias com um rigoroso sistema para preservação dos seus direitos e garantias fundamentais bem como a fácil efetivação destes direitos neste sentido destaca Ingo Wolfgang que;

Pelo menos três coisas passaram a ficar bem definidas no âmbito do constitucionalismo contemporâneo: a) É o Estado que existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado; b) Os princípios fundamentais (e/ou os assim chamados valores superiores) e os direitos e garantias fundamentais, embora não tenham primazia normativa formal, no sentido de permitirem a declaração de inconstitucionalidade de outros dispositivos da constituição, merecem proteção e uma normatividade reforçada e servem de critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais [...]; c) as constituições, em maior ou menor medida, explicitam uma ordem preferencial de valores. (SARLET, 2012, p. 63)

É precisamente por esta razão que alguns princípios fundamentais e os direitos fundamentais, são acompanhadas de garantias especiais, como é o caso das assim chamadas “clausulas pétreas”, de aplicabilidade imediata e vinculação direta de todos os órgãos estatais aos direitos fundamentais, determinados instrumentos processuais para sua proteção na esfera judiciária entre outros, como a ordem preferencial de valores (SARLET, p 70).

A Constituição de 1988, mais extensa de todas as Cartas Magnas da história do Brasil destaca-se, também, por ser uma das mais avançadas em todo mundo no que se refere à tutela dos direitos fundamentais, elegendo a dignidade da pessoa humana como princípio central. A sua construção, no pós-ditadura, foi uma resposta a um momento terrível na história do país e para Estado Democrático de Direito, na qual vários direitos constitucionalmente garantidos outrora foram suprimidos, daí surge a necessidade de resguardar o máximo de direitos fundamentais possível, incluindo aqueles já previstos em tratados internacionais.

2.5 DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos e os direitos fundamentais e garantias fundamentais se confundem a medida que os dois últimos derivam da primeira, mas o fato é que embora estejam interligados, direitos e garantias fundamentais não são sinônimos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, elenca no seu título II os direitos e garantias fundamentais. Tais direitos só passam a ser efetivados se vierem com suas respectivas garantias que assegurem e tornem viáveis os exercícios de tais direitos, que à distinção entre a titularidade de direitos fundamentais é justificada pela capacidade jurídica do código civil, (SARLET p, 303). Diz que “sendo a

titularidade, para alguns efeitos, seguramente mais ampla que a capacidade jurídica” registrando assim essa distinção entre capacidade de gozo e a capacidade de exercício de direitos desta forma, são a capacidade de exercer essas garantias fundamentais que dão consistência aos direitos fundamentais.

A despeito de a Constituição Federal ter atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país (art.5.º, caput), também no direito constitucional brasileiro encontrou abrigo o princípio da universalidade, a exemplo são as garantias os remédios constitucionais, a ação popular a qual poderá ser proposta por qualquer cidadão nacional desde que no uso de sua plena cidadania, mandado de injunção, habeas corpus, e habeas data, mandado de segurança, e ação civil publica, para situações em que não haja cumprimento publico de um direito essencial o cidadão podendo-se usar os “direitos-garantias”, sempre que há supressão de um direito elementar.

A Constituição consagra o princípio da cidadania, dignidade da pessoa humana, direitos individuais e os valores sociais, condicionando assim que as normas de direitos e garantias fundamentais tenham aplicabilidade imediata mas devendo estas ser observadas e protegidas pelo Estado conforme Ingo Wolfgang explicando que,

à partir do disposto no art. 5.º, §1.º, da CF, é possível sustentar a existência das garantias fundamentais ao lado do dever de aplicação imediata também um dever, por parte dos órgãos estatais (com ênfase aos órgãos jurisdicionais aos quais incumbem a revisão de atos dos demais entes estatais nos casos de violação da Constituição) de atribuição máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais. (SARLET, 2012 p. 315.)

Nesta perspectiva, continua Ingo, “por terem direta aplicabilidade, as normas de direitos fundamentais terão a seu favor pelo menos uma presunção de serem sempre também de eficácia plena” (SARLET, 2012, p. 316) por tanto, qualquer restrição ou impedimento de manifestação destes direitos seriam considerados uma taque direto à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

Entendida essas garantias associando-se com os direitos fundamentais ela engloba e protege uma serie de outros direitos, mesclando os direitos humanos da primeira geração e segunda geração, garantindo a todo cidadão que é o final detentor destas garantias o poder de usar e fruir de suas liberdades publicas sociais e individuais, garantidos na Constituição Federal como nas normas Internacionais

recepcionadas pelo sistema normativo Brasileiro assim como o direito vida, mas não só viver mais ter condições de viver dignamente, ter privacidade, ser igual, ter liberdades de (expressão, locomoção, religião, segurança pessoal, entre outras) ser todos iguais perante a lei, sem distinção sem discriminação de qualquer natureza, ser representado, ter um devido processo legal, ser presumidamente inocente, ser digno em ter uma vida em condições pessoa humana, de ter saúde física e psíquica, de não ser torturado nem entre outros inerentes a sua condição.

CAPITULO 3

3.1 HISTÓRIA DAS PENAS NO BRASIL

A história mostra que as penas existentes não tinha o quinhão algum de ensinar ao apenado alguma lição, pelo contrário era fazer com que o sofrimento do apenado ensinasse a quem presenciasse o fato.

As penas sempre tiveram condão punitivo e de vingança, relata Foucault (2014) que as penas eram cruéis e degradantes, a exemplo da pena capital, e castigos cruéis, como mutilação, açoite, queimaduras e outras penas igualmente desumanas, como confisco de bens e humilhação pública dos réus. Não havia, portanto, nesta fase inicial, a ideia da prisão como um espaço de vigilância ou privação de liberdade.

Segundo Panont et al (2015, p. 177).

[...] Desde os primórdios da humanidade tem-se conhecimento da pena de morte, como comportamento humano, no mínimo, execrável, atingindo as raias do inacreditável, transmitido de povos a povos e de geração em geração como herança negativa.

Em 1824, uma nova Constituição no Brasil reforma o sistema punitivo e bane as penas de açoite, tortura e outras penas cruéis e determinavam que as cadeias fossem “seguras, limpas e arejadas”, em 1830 com o Código Criminal do Império a pena de prisão foi introduzida no Brasil em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpetua), em 1852 são criadas em Rio de Janeiro e São Paulo os primeiros modelos de penitenciárias, as “casas de correção” com a introdução de oficinas de trabalho, pátios e celas individuais (ENGBRUCH, 2016).

Segundo Engruch (2016) havia quatro tipos de prisão: célula; reclusão em “fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares” destinadas aos crimes políticos; prisão com trabalho que era cumprida em penitenciárias agrícolas, para esse foi destinada, ou em presídios militares; e disciplinar cumprida em estabelecimentos especiais para menores de 21 anos, sendo em que em 1890, o novo Código Penal aboliu as penas de morte, penas perpétuas.

3.2 JUS PUNIEND E GARANTISMO JURIDICO

O *ius puniendi* ou o dever de punir do Estado é a condição imposta ao descumprimento de uma norma penal, que sendo cumulativamente praticados por qualquer cidadão fato típico, ilícito e antijurídico, deve o Estado mostrar o seu direito de punir, pois este teria cometido crime.

Nesse sentido, Greco nos informa que:

Embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal. (GRECO, 2010, p. 461)

Assim sendo, a Constituição de 1988, construída após longo processo de evolução histórica, permeado por duas ditaduras durante o período republicano, aboliu uma série de penas, consideradas cruéis e desumanas. O inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal 1988, diz, “portanto, que não haverá penas: a) de morte, salvo no caso de guerra declarada, nos termos do seu art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Trata-se, portanto, de um documento essencialmente garantista, isto é, que visa garantir os direitos dos seus cidadãos ainda que em situação de pena ou de processo penal, de maneira que os direitos humanos passam a constituir limite ao poder punitivo do Estado

Michael Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, que não deixa de atacar o Estado, reconhece a necessidade da pena de prisão:

Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e, entretanto, ela surgiu ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado. Pareceu sem alternativa, e levada pelo próprio movimento da história. (FOUCAULT, 2014 p.63)

Segundo as lições de Maggiore (1951), “a pena - como impulso que reage com um mal ante o mau delito – é contemporânea do homem;” Historicamente a prisão não tinha caráter punitivo apenas manter sob custódia o indivíduo que praticava algum delito até que fosse condenado a uma determinada pena, Nesta

época, o direito era exercido através do Código de Hamurabi ou a Lei do Talião, tendo como um de seus princípios o “olho por olho, dente por dente”, cuja base segundo Foucault (2014) “era religiosa e moral vingativa”, assim foi dado ao Estado a soberania do direito de punir (jus puniendi), qualquer cidadão infrator, que coloque a paz social em desordem.

3.3 REGRAS DE MANDELA

Por sua vez, já fora do contexto histórico das penas também surgiu à necessidade de um documento ampliar o respeito e a dignidade dos presos, garantindo o acesso à saúde e defesa, regulamento das punições disciplinares, tais como isolamento solitário e redução de alimentação e em junho de 2015 a ONU – Organização das Nações Unidas – atualizou as Regras Mínimas para tratamento de Presos, as quais teriam sido criadas em 1955 e posteriormente alteradas.

Esta recomendação da ONU deu-se o nome de “Regras de Mandela”, considerando o fato de terem sido concluídas na África do Sul, do ex-presidente Nelson Mandela, contudo o objetivo das referidas regras não era criar um sistema penitenciário que fosse ser um modelo a ser seguido por todo o mundo, mas dar um norte para o seguimento, sendo apenas exemplificativo de como poderia existir um plano para organizar melhor as carceragens, como aponta Cappellari no Canal de Ciências Criminais (CCC, 2015)

Contudo, o objetivo das referidas regras, conforme se retira do próprio documento, não é descrever um sistema penitenciário modelo, mas estabelecer princípios e regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento dos presos, razão pela qual se deixa claro que dadas às variações de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas existentes no mundo, estas regras servem para o estímulo constante de superação das dificuldades práticas, sem, no entanto, se mostrarem impositivas de um todo.(CAPPELLARI, 2015).

O princípio fundamental que norteia as regras é a imparcialidade, ou seja, sem nenhum tipo de discriminação, observado isto, as regras são divididas em aplicações gerais, direcionada a uma determinada categoria como outras aplicações especiais como, por exemplo, a incidência, reincidência em comportamentos

disciplinares ou por questão de gênero, doença ou tipo de crime. (CAPPELLARI, 2015).

Desta forma, entende-se que as Regras de Mandela compõem o sistema global de proteção aos direitos humanos.

3.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A execução da pena mudou com o avançar do mundo e o aperfeiçoamento dos direitos inerentes aos humanos, desta forma Santos (1998, p. 73), vai dizer que atualmente “a Execução Penal tem por finalidades básicas tanto o cumprimento efetivo da sentença condenatória como a recuperação do sentenciado e o seu retorno à convivência social”.

Destarte, obedecendo à carta constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos respeitando o princípio da humanização das penas, que além de seguir como norte as Regras de Mandela e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos constituído pela ONU, sendo o principal precursor a Lei de Execuções Penais (LEP) lei nº 7.210 que surgiu, em 1984 e é definida por Capez (2011) como:

[...] a fase da persecução penal que tem por fim propiciar a satisfação efetiva e concreta da pretensão de punir do Estado, agora denominada pretensão executória, tendo em vista uma sentença judicial transitada em julgado, proferida mediante o devido processo legal, a qual impõe uma sanção penal ao autor de um fato típico e ilícito. (CAPEZ, 2011, p 182).

A Lei de Execuções Penais LEP dispõe o seguinte em seu artigo. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. No entendimento de Mirabete (2007, p. 28),

Além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se no diploma legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social.

É tanto assim que o governo presta através da assistência social amparo para os dependentes do preso, no caso o auxílio reclusão à família do detento regido pela lei 8212.

Ainda nesse sentido, Castro (2014) diz que “a lei é expressa em dizer que o objetivo da execução da pena é a reintegração à sociedade daquele punido por sanção penal”. Sendo o principal objetivo a busca de condições harmoniosas para reintegração do apenado a sociedade.

Por assim ser a execução da pena no Brasil, surpreende uma maioria de estudiosos, o fato de o crime estar banalizado, não parecer haver preocupação por parte dos criminosos em estar com o direito à liberdade restringida, tanto é assim que os crimes atualmente não têm mais um padrão, exemplo: os crimes começaram a serem praticados a luz do dia. O avanço nas conquistas novos direitos fundamentados nos direitos humanos, ter garantido muitos benefícios e hipóteses assecuratórias desses direitos referentes aos presos o lhes trás uma certa zona de conforto os deixando menos preocupados com possíveis consequências.

3.5 PRINCÍPIO DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

A partir da Carta de 1988 importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil dentre eles, destaque-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989.

O Artigo 75 do Código Penal brasileiro deixa claro que “O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos” (BRASIL, 1940) ninguém ficará mais de 30 anos preso no Brasil, esse artigo remete ao princípio da humanidade da pena quando ele veda expressamente que ninguém poderá através de uma pena ter suprimida toda a esperança de ter uma vida após o cumprimento de determinada sentença condenatória o que por si só seria desumano, nem ser forçado a trabalhar, nem ter sua vida ceifada, ter data e hora marcada para morrer, nem tão pouca as penas cruéis, aquelas que impõem aquele ilegal e intenso sofrimento, mesmo sabendo que toda pena impõe sofrimento.

Tudo aquilo que transcende a lei e que trás situações de restrições mínimas de direitos como, a falta de cuidado médico de uma alimentação adequada, a privação do banho de sol, são exemplos de maior intensidade ao sofrimento, sendo possível ser caracterizada a pena cruel haja vista que os efeitos de uma sentença

condenatória só alcançam o direito de ir e vir da pessoa e não o da dignidade da pessoa humana.

Assim em seu artigo 5º e inciso III, a Constituição de 1988 diz que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, ainda no seu inciso XLVIII “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade, e o sexo do apenado” no inciso XLIX “é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”, dando real importância aos tratados ratificados e buscando proteger o princípio da humanidade das penas resguardou também seu no artigo 5º no seu inciso XLVII, e alíneas que “Não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarado; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; ou cruéis”.

Apesar de adotado tais medidas visando proteger a pessoa humana um dos maiores problemas enfrentado pelo Brasil é resguardar esses direitos quanto ao seu sistema punitivo, quanto a aplicação penal dado a crise no sistema carcerário.

Para tanto que a LEP, Lei de Execuções penais no corpo da sua lei elenca diversas formas garantidoras para que o princípio da humanização das penas se efetive por meio das suas atribuições assistenciais para fazer com que o preso volte a sociedade capaz de ter uma vida digna, sendo o Estado obrigado a fornecer assistência material, jurídica, a saúde, educacional, social e religiosa enquanto cumpre a pena e depois, assim como dispõe o art 10º parágrafo único (BRASIL, 1984) “estende aos egressos o direito à assistência, para que o processo de ressocialização tenha maior chance de êxito e o preso não volte a delinquir”, e no Art 11º suas respectivas formas de assistência, *in verbis*:

A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

Medidas que ao serem proporcionada aos detentos visarão reingressar a sociedade o individuo em condições harmoniosas de retorno ao convívio social.

Na formulação da lei, há uma obsessão em não cometer injustiças e isso faz com que o processo seja demorado, faz com que a defesa tenha inúmeros recursos

e que na maioria dos casos leva os acusados a responderem em liberdade acaba levando a sociedade justamente o sentimento contrário acaba-se levando injustiças.

Na área criminal a segregação por vezes é necessária, a pessoas de extremas agressividades e tem que ficar segregada não só por fins de recuperação quando possível, mas também para que se evite agredir os demais.

CAPITULO 4

4.1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A audiência de custódia é nova no ordenamento jurídico brasileiro, começou com um movimento pela defensoria pública do estado de São Paulo, e foi adotado pelo TJSP, surgindo uma resolução em janeiro de 2015.

Em fevereiro de 2015, o TJSP com apoio do CNJ implantaram a Audiência de Custódia, que resulta em garantir uma apresentação do preso ao juiz nos casos de prisão em flagrante como preceitua a legislação Brasileira e a legislação internacional através do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O real objetivo é que o acusado tenha a oportunidade de ser apresentado e uma entrevista perante o juiz, uma audiência em que terá a dinâmica de ouvir as manifestações do Ministério Público e o Advogado do preso.

De início surgiu várias controvérsias sobre a audiência de custódia e se existia previsão legal ou não no ordenamento jurídico pátrio, diante este empasse estudiosos utilizaram como argumento a própria Constituição Federal no art. 5º, inciso LXII, o do CPP, Código de Processo Penal, no Art. 306, §1º a previsão de que “o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juízo competente no prazo de 24hrs vinte e quatro horas”.

A legislação brasileira assegura que toda pessoa presa ou retida deve ser imediatamente apresentada ao um juiz, entretanto a maioria dos presos permanecem durante meses privados nas cadeias públicas do exercício de vários direitos que não deveriam ser atingido, como por exemplo: direito ao trabalho, a privacidade, a saúde e a sua dignidade enquanto esperam pelo primeiro contato com um juiz.

Durante a entrevista na audiência de custódia o juiz analisará os aspectos de legalidade da prisão, além da necessidade do preso continuar detido ou se pode haver uma adequação dessa prisão para uma concessão de liberdade ou medidas cautelares. Além dos aspectos legais da prisão o juiz também tem amplos poderes para tomar conhecimento de suposta ocorrência de maus-tratos, tortura que o preso tenha sofrido.

4.1.1 Fundamentação

A audiência de custódia é o instrumento utilizado hoje em dia para promover o primeiro encontro do preso com o magistrado, um instrumento que tem se mostrado eficaz quanto seu objetivo, que por mais amparo que o preso tenha na constituição antes da existência da audiência de custódia era menosprezado.

Segundo Badaró (2014)

A Constituição de 1988 assegura uma série de garantias em relação à prisão cautelar, visando conter abusos e estabelecer um conjunto de meios protetivos para evitar que tal prisão possa implicar qualquer outra restrição além daquelas estritamente previstas na lei. (BADARÓ, 2014, p.02).

Ademais restam outras garantias fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988 que fazem referencia a pessoa presa são elas, *in verbis*:

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem estrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

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;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

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.

Mister salientar que além deste respaldo da Constituição de 1988 para audiência de custódia o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, que no art.7 item 5, traz a previsão de que toda pessoa presa ou detida, será apresentada sem demora, a presença de autoridade judiciaria competente para analisar a legalidade daquela prisão.

Art. 7º 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 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. (CADH, 1969).

Neste caso em específico a incorporação destes tratados no ordenamento brasileiro tem status de supralegal, pois, ao passarem pelo sistema bicameral não foram aprovados com os 3/5 como exige o art.5. § 3 da Constituição de 1988 que dariam o aporte de emenda constitucional, entretanto, estão abaixo da constituição e acima de leis ordinárias, assim o STF entende que haveria previsão legal para a audiência de custódia no Brasil, pois leis supralegal tinham força normativa.

Ademais, diversos tratados internacionais foram utilizados para fortalecer o embasamento jurídico sobre as Audiências de Custódias, O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), na mesma linha diz que

Art. 9. 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. (PIDCP, 1992)

Diante destas fundamentações não restam dúvidas que a audiência de custódia é um instrumento que possui legitimidade para ser utilizado no Brasil até por questão de respeito as normas internacionais assinadas pelo Brasil.

4.1.2 Conceito

O Conceito da palavra Custódia, refere-se ao ato de guardar, proteger, manter sob a guarda, no entanto a Audiência de Custódia para Carlo Masi (2017, não paginado, online) é o seguinte,

É um ato judicial que assegura o direito fundamental que todo cidadão preso tem em face do Estado de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a depender

de eventual prerrogativa de foro) competente para a aferição da legalidade de sua prisão (“princípio do controle judicial imediato”). (MAIS, 2017 n.p)

Nesta apresentação terá a oportunidade o preso de ser ouvido pelo juiz, também terão a oportunidade de se pronunciar a acusação e a defesa tanto quanto pontos que se fizerem relevantes para sua prisão além das consequências, além do mais será realizada uma avaliação quanto a integridade do preso, psíquica e física, se houve maus-tratos ou até sinais de tortura e adiante o magistrado formulará uma decisão que precisa ser fundamentada sobre a continuidade da prisão ou não do indiciado.

4.1.3 Finalidades da Audiência de Custódia

Antes de qualquer coisa é precípua reconhecer que uma das finalidades da execução das audiências de custódia no Brasil é respeitar e ajustar o processo penal aos tratados internacionais de direitos humanos a que o próprio Brasil se submeteu a respeitar quando os ratificou.

Pereira, (2013) falando em assegurar direito à apresentação ao juiz diz que é um dever do Estado e em adequar o processo penal a convenção americana dos direitos do homem fala que;

Um aspecto importante relativo ao preso cautelar diz respeito ao problema da exigibilidade da sua apresentação ‘pessoal’ perante o juiz competente para a análise da regularidade da prisão. Tal questão tem sido negligenciada não apenas pela doutrina processual penal brasileira, mas também pela magistratura nacional, a revelar a apatia história de ambos os setores pelo direito internacional em geral e aquilo que Günther Teubner chama de ‘nacionalismo metodológico’. (PEREIRA, 2013)

Outra finalidade da audiência de custódia converge a com a prevenção de maus-tratos, assegurando a integridade pessoa das pessoas que tiveram seu direito à liberdade restringida baseado no art 5. 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos que afirma “Ninguém se 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”.

Assim a Corte Interamericana de Direitos Humanos luta para que a apresentação imediata ao juiz seja essencial para a proteção do indivíduo “É

essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal” (CIDH, 1992), ainda no mesmo escopo a CIDH, busca a satisfação em ver executada o seu texto advertindo que não basta.

O simples conhecimento por parte de um juiz de que a pessoa está detida não satisfaz a garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar a sua declaração ante o juiz ou autoridade que tiver competência jurisdicional. Uma terceira finalidade da audiência de custódia é a propósito a mais visível que é a de evitar que ocorram prisões ilegais, arbitrárias ou por motivos desnecessários.

Aqui registrasse uma quarta finalidade das audiências de custódias que é a preocupação da superlotação dos presídios, Segundo Ana Paula Favarin (2017, não paginado, online)

A superlotação viola as normas e princípios constitucionais, trazendo como consequência para o preso, uma “sobrepêna”, uma vez que a convivência no presídio trará uma angústia maior do que a própria sanção imposta.

A prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, estará em uma situação muito pior do que quando entrou. (Favarin, 2016)

A superlotação dos presídios no Brasil se dá pelo número exorbitante de presos provisórios que estão em condições de condenados que segundo o DEPEND, são em volta de 222 mil pessoas, a audiência de custódia tenta reverter esse quadro que além de diminuir a população carcerária evita que pessoas não condenadas passem a sofrer como se condenados fossem.

4.2 Inviabilidade da Audiência de Custódia no Brasil

A inviabilidade da audiência de custódia se pauta na necessidade do Brasil ter uma estrutura social, econômica e jurídica para que ela possa ser executada conforme a sua fundamentação, tornando assim a instauração imprescindível à audiência de custódia não só por ser um importante compromisso político com a validade dos direitos fundamentais, é no sentido da audiência de custódia ser garantidora de direitos fundamentais.

É um instituto histórico, porém, novo, e como toda coisa nova traz muitos questionamentos, e que infelizmente por razão e uma inércia histórica o legislativo

em se debruçar sobre isso, acabou partindo de uma resolução do CNJ que talvez não fosse a seara mais adequada ou mais competente para tratar deste instituto e que fez uma reforma pontual haja vista que não tem atribuição para fazer algo tão amplo tanto é assim que diversas entidades tentaram barrar por forças de ADI's.

Alguns diriam que o CNJ não criou a audiência e custódia então não inovou na ordem jurídica, naturalmente por ser o Brasil signatário o Pacto e São José da Costa Rica, que foi interpretado pelo STF como uma norma infraconstitucional supralegal e o CNJ só veio regulamentar aquilo que já deveria ser uma obrigação histórica o Brasil em implementar mais de 25 anos, Decreto nº 678 (1992).

É um instituto que gera muita discussão, por um lado temos a resistência conceitual que sabem como é uma audiência e custódia e não concordam com ela, e tem aquele imenso público que não sabe exatamente o que é a audiência de custódia, não sabe pra que serve nem suas finalidades, mas criticam pelo simples fato de criticar, naquele intuito ou naquela concepção de massa de que audiência de custódia serve bem pra livrar bandido e prender policial.

Vivemos em uma sociedade que peca ao criar conceitos prévios da audiência e custódia em determinadas situações por força da violência no Brasil, que tem atingindo índices alarmantes, situação essa que se por uma pesquisa perguntar a população se querem que alguém fique preso quando levado em flagrante delito é possível que tenhamos um bom índice dessa sociedade que escolheria "sim, uma prisão perpetua com tortura diária", bem, naturalmente que as consequências jurídicas não são essas.

Percebe-se também uma série de consequências práticas quanto à audiência de custódia haja vista ter sido idealizada pelo CNJ e imposta aos tribunais, onde não levaram em consideração as questões e problemas estruturais, materiais e de pessoal, em certos momentos fica muito difícil reunir os autores do sistema de justiça criminal para que a audiência de custódia seja realizada a tempo e a hora como idealizada.

Nesse contexto o autuado em flagrante vivia uma realidade muito perversa no que diz respeito à agilidade do judiciário quanto às prisões veja: A pessoa era presa pela policia militar em flagrante delito, era conduzido a policia civil onde seria lavrado a prisão em flagrante e eles tinham 24hrs, 1 (um) dia para comunicar esse fato ao judiciário, digamos que ai já se passou 1 (um) dia, esse papel (auto de prisão em

flagrante) chegava para o poder judiciário onde chegava no setor que fazia a digitalização cadastramento de processo e distribuição pra vara, até isso acontecer já se vai mais 1 (um) dia, esse auto de prisão em flagrante era distribuído para uma vara, onde iria pra uma fila do cartório que o cartório dentre tantas coisas a realizar.

Vai receber esse auto de prisão em flagrante e vai fazer-lo concluso para o magistrado perceber que ai é viável que também já se tenha passado mais 1 (um) dia, o juiz em meio a tantas audiências, despachos, decisões e sentenças para proferir, se da conta de que lá existe um auto de prisão em flagrante, onde iria uma análise puramente documental ele viria se era caso de aparente de relaxamento desse flagrante e não sendo, ele ouviria o ministério publico, defensoria publica ou defensor privado constituído se houvesse, então dai, até ele dar essa decisão já teria se passado mais 1 (um) dia, logo, esse processo iria voltar para fila do cartório de novo, e ai o cartório se dando conta que ele estava lá e daria vista eletronicamente ao ministério publico e a defesa, nisso já teria se passado também mais 1 (um) dia, suponha-se que esses autores se manifestassem muito rapidamente em 1 (um) dia.

Nesse curso o processo voltaria para o cartório que o fará concluso para o juiz, e até que o juiz consiga decidir é razoável que se aguardasse mais 1 (um) dia, então percebemos que levava muito tempo para que o juiz conseguisse ter a primeira decisão de um auto de prisão em flagrante, estamos falando de mais de 8 dias quando rápido, e mesmo que o juiz decidisse que era caso de soltura daquela pessoa, onde ele decidiria e o processo voltaria ao cartório onde no cartório alguém deveria fazer um alvará de soltura que o juiz deveria assinar esse alvará e que ao final iria intimar um oficial de justiça que iria até a delegacia onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante pra tentar fazer a soltura do cidadão, e que possivelmente o cidadão não estaria mais lá, pois nem toda delegacia tem convenio ou contrato para fornecimento de alimentação e condição de abrigar preso, onde ele iria peregrinar pelas delegacias da cidade até soltar a pessoa, muitas vezes antes mesmo do flagrante ser decidido ou pra pessoa ser posta em liberdade já tinha decorrido tempo suficiente para ter denúncia.

Então percebesse que a pessoa fica preso todo esse tempo aguardando o primeiro pronunciamento sobre sua prisão era descumprir o já era resguardado pelo

disposto no art. 5º LXXVIII CF, e art. 282º §3º do CPP além dos tratados internacionais, assim pontifica Masi (2015, p.83)

Com a implantação da audiência e custódia na prática, haverá um potencial auxílio na redução do alto índice de presos provisórios no país, que é de 42% da população carcerária, segundo recentes dados do CNJ, amenizando a superpopulação carcerária e o déficit de vagas, de modo a propiciar melhorias nas condições de cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais, aliadas a redução de custos (MASI, 2015, p. 83)

A audiência de custódia vem melhorar essa dinâmica e ao mesmo tempo tirar presos provisórios de delegacias, se o sistema prisional não é o lugar ideal pelas condições que apresenta de custódia de pessoas, as delegacias são muito piores.

Diante essa condição o juiz fica em uma situação de empasse, onde, ao decidir sem cautela pode deixar alguém preso, muitas vezes alguém já em situação de hipossuficiência de dignidade humana e seja mandado para um presídio que custa quase 3 mil reais para o Estado, Cármen Lúcia (2016), onde pode estar a cometer mais uma injustiça, pois o sistema prisional não consegue oferecer o tratamento condigno com o mal que lhe aflige além de o expor a ser capitado por organizações criminosas, onde o preso que está ali foi pego roubando uma manteiga e sairá como um assaltante de banco.

Entretanto por outro lado vale ressaltar a problemática grave na sociedade quanto ao cumprimento da audiência de custódia, que é a sensação de impunidade e hipossuficiência das instituições de defesa e segurança pública, pois a população não enxerga preso como pessoa detentora de direitos e que é inadmissível uma pessoa que cometa um crime por menor que seja ser solto com 24 horas, é algo intrinsecamente relacionado com a cultura de punição e ódio existente no país, segundo Araújo (2016, online).

A soltura do sujeito perigoso, reincidente nos termos da lei, poucas horas após a empreitada criminosa, retira a credibilidade das instituições públicas em especial, do próprio Poder Judiciário, cria nas polícias Civil e Militar um clima de desânimo e inquietação e desconta na população a falta de vagas nos presídios. (ARAUJO, 2016)

Ainda assim em entrevista a promotora Henriqueta Di Belli, se posiciona contra a audiência de custódia enfatizando justamente essa sensação de impunidade que a sociedade sofre e a falta de credibilidade que resta às instituições

e segurança pública como a Polícia Militar que muitas vezes tem o trabalho de muito esforço sem resultados.

É uma solução que pra mim, esta sendo mal implementada, acredito que a intenção é boa, é um avanço, mas, a gente tem notado muita reincidência depois da implementação das audiências de custódia.

[...]

Vai chegar um momento que a sociedade vai amargar muito esses resultados, eu acho que já estamos amargando, está desvirtuada essa historia, por que o policial obviamente por uma razão pratica sabe que um primário que ele leva a audiência de custódia por um crime considerado de pouca gravidade, ele vai ter todo o trabalho burocrático de fazer a autuação em flagrante na delegacia sabendo que menos de um dia o delinquente vai estar na rua. (DI BELLI, 2017)

A sensação acaba sendo de frustração, pois visivelmente parece ser um enfraquecimento do Estado, dando margem negativamente as instituições tornando desestimulante entre os agente enfrentar a criminalidade nas ruas, pois são cientes de que a maioria das prisões resultará em liberdades nos dias seguintes, como não bastasse esta situação naturalmente aumenta o numero de bandidos destemido de sansões estatal, já que a sensação e impunidade encoraja o cometimento de mais delitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo exposto, conclui-se que a audiência de custódia ao ser implementado no Brasil abruptamente pelo CNJ por reconhecimento de que esse direito havia sido ignorado por muito tempo, trouxe algumas consequências, bem nota-se embora cheia de boa-vontade, o projeto apresenta muitas falhas quanto a sua aplicação.

O brasileiro ainda não consegue digerir que presos ou pessoas que cometam crimes recebam tratamentos benevolentes e humanizados, leis como a de execução penal, tratados internacionais de direitos humanos que versam sobre a ressocialização quais intentam erradicar tratamentos desumanos, degradantes e torturas nas prisões são banalizados e relativizados o tempo todo. A sociedade espera que o Estado puna e não salve, quem sofre a lesão ou ameaça de lesão espera que o preso sofra como pagamento, a justiça deve ser feito por meio de vingança.

Neste contexto, não era de se esperar que a audiência de custódia fosse implantada no Brasil com 100% (cem por cento) de aceitação, audiência essa que coloca em média 50% (cinquenta por cento) dos presos em flagrantes pra responder em liberdade dados do CNJ.

Por mais que existam diversas leis, tratados internacionais, garantias fundamentais sobre o direitos ao cidadão independentemente da sua condição, é muito difícil para parcela da população Brasileira ver que alguém comete um crime e ser posto em liberdade 24hrs depois, isso é tido como uma afronta a sua integridade moral, sem falar na sensação de hipossuficiência dos órgãos de defesa do Estado em prestar segurança, quais perdem a credibilidade e confiança da população desmerecidamente.

Por tanto, percebe-se que além de tentar ser respeitoso com a garantia que o preso tem de ser levado a autoridade judiciaria em 24h também foi adotada uma politica criminal de desencarceramento ao implantar-se a audiência de custódia onde visa tão somente ser uma válvula de escape para maquiar a crise econômica e estrutural que o Estado vive diante das dificuldades de manter o sistema penitenciário respeitando os números de vagas e direitos fundamentais dos presos. Assim sacrificando a credibilidade dos órgãos de polícia, o qual se mostra menos

eficiente no combate a violência e a criminalidade depois da implantação da audiência e custódia, pois popularmente se tomou a ideia de que “a polícia prende e a justiça solta”.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Fernando Cocito. **Contra a audiência de custódia: “Reflete a incapacidade do Estado”**, Redação DA REDAÇÃO 2016. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/ponto-de-vista/a-audiencia-de-custodia-reflete-apeenas-a-incapacidade-do-estado>>. Acesso em 01 de dezembro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos – Coleção Sinopses para Concursos**. JusPODIVM, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany, **Parecer ao Instituto de Defesa do direito de Defesa e a Defensoria Pública da União**, 2014. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF 5 de outubro . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro. 2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execuções Penais. Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 19 de outubro. 2018.

_____. **Decreto Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Brasília, DF, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro. 2018.

_____. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF, 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 19 de outubro. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Brasília, DF 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Você sabe o que são as “Regras de Mandela”?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/296135439/voce-sabe-o-que-sao-as-regras-de-mandela>>. Acesso 11 de novembro de 2018. CRIMINAIS, Canal Ciências, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal Simplificado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Leonardo. **Lei 7.210/84 - Resumo da Lei de Execução Penal**, São Paulo, SP, 2014. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/310916668/lei-7210-84-resumo-da-lei-de-execucao-penal>> Acessado em 05 de novembro de 2018.

DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 27 de out. de 2018.

DEPARTAMENTO Nacional Penitenciário. **DEPEN, Levantamento Nacional de informações penitenciárias INFOPEN**, Brasília, DF, Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 02 de novembro de 2018.

DI BELLI, Henriqueta. **Críticas sobre sistema de audiência de custódia**. Reportagem: Renata Gorga. Balanço Geral, 2017. (ca. 0 min 37 s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZCHMjVHVm3c>>. Acesso em 01 de dezembro de 2018.

ENGBRUCH, Werner. A Evolução História do Sistema Prisional, **Revista pré.univesp**. São Paulo. Nº.61 UNIVERSO, 2016.

FAVARIN, Ana Paula. **A audiência de custódia frente à superlotação carcerária**. 10 de maio de 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-custodia-superlotacao/>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 42 ed. 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HUMANOS, Convenção Americana de Direitos. **Pacto de São José da Costa Rica**, Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**. Do paradigma clássico ao pós 11 de setembro. 3 ed. Coimbra, 2006.

MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**; parte generale. 5 ed., Bologna. 1951.

MASI, Carlo Velho. **O direito à audiência de custódia continua ignorado no Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-brasil/>>. Acesso em: 10 outubro. 2018.

MASI, Carlo. Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

OUA, **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Addis Abeba, Etiópia 21 de outubro de 1986. Disponível em <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

PANONT, Denise Aparecida; MOURA, Stella Maris; PANONT, Valdir. **Pena de Morte: Retrocesso ou Avanço? Uma breve reflexão quanto a pena de morte e seu enquadramento frente ao atual estado democrático de Direito**. Disponível em:<[http://facnpar.com.br/revista/arquivos/13/7_panont,_moura_e_panont_pena_d_e_morte\[1\].pdf](http://facnpar.com.br/revista/arquivos/13/7_panont,_moura_e_panont_pena_d_e_morte[1].pdf)> Acesso em: 09 de setembro de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Assegurar direito à apresentação ao juiz é dever do Estado**. Consultor Jurídico, online; 15 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-15/ruitemberg-nunes-assegurar-direito-apresentacao-juiz-dever-estado>>. Acesso em 25 de novembro de 2018.

RODAS, João Grandino, A Segunda Guerra Mundial transformou o Direito Internacional. Revista **Conjur**, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-27/olhar-economico-segunda-guerra-mundial-transformou-direito-internacional> >. Acesso em 18/06/2018

SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos Práticos da Execução Penal**. São Paulo: Editora Universitária de Direito. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2012.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem? . **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948>>. Acesso em: 10 outubro 2018.