

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

DAVI FERREIRA SILVA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES MILITARES**

CAMPINA GRANDE-PB

2016

DAVI FERREIRA SILVA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES MILITARES**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Felipe Augusto de Melo e
Torres

CAMPINA GRANDE-PB

2016

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

S586a Silva, Davi Ferreira.
Audiência de custódia e sua aplicabilidade aos crimes militares / Davi Ferreira
Silva. – Campina Grande, 2016.
55 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR –
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2016.
"Orientação: Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres".

1. Direitos Fundamentais. 2. Audiência de Custódia. 3. Justiça Militar. I. Torres,
Augusto de Melo. II. Título.

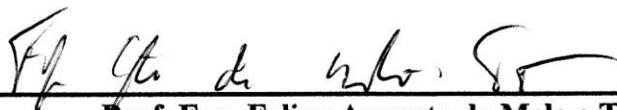
CDU 351.712.2 (043)

DAVI FERREIRA SILVA

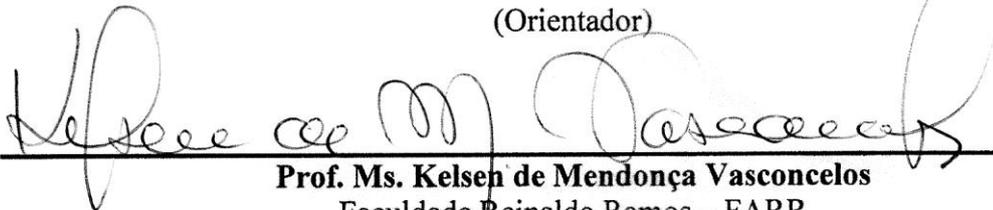
**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES
MILITARES**

Aprovada em: 28 de NOVEMBRO de 2016.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)



Prof. Ms. Kelsen de Mendonça Vasconcelos
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)



Prof. Ms. Aécio de Souza Melo Filho
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

A minha esposa Giovandra, meu bálsamo, pelo carinho, pela paciência, pelo apoio, respeito e incentivo nos momentos difíceis desta longa caminhada.

Aos meus filhos, David e Darwin Pela oportunidade de experimentar a mais pura forma de amor e por terem me acompanhados com paciência, no decorrer deste curso, revelando-me a certeza de que todos os dias, ao lado deles, são maravilhosos.

Com amor e carinho, dedico-lhes este trabalho

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida, paz e tranquilidade, sempre essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia;

A minha esposa e aos meus filhos, pela paciência e compreensão, pela minha ausência durante a realização deste sonho;

Ao meu pai Antônio Calisto, minha mãe Maria Magi, pela minha vida e formação;

Aos meus 10(dez) irmãos e irmãs: Antônio de Pádua, Stela Maris, Maria da Conceição, José William, Iremar, Maria do Socorro, Paulo Cesar, Maria das Graças, Maria Luiza e Francisco de Sales, pelo carinho e torcida pela vitória desta Graduação;

Ao Prof. Felipe Augusto de Melo e Torres pelo incentivo, pelos ensinamentos que me foram transmitidos, pela orientação desta monografia e por ter acreditado em mim;

Aos Professores da CESREI que estiveram conosco ao longo desses dez semestres, compartilhando conhecimentos e experiências profissionais do mundo Jurídico;

A todos os colegas de curso pela amizade que me fortaleceram durante esta longa e difícil caminhada;

Enfim, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a obtenção deste título.

Muito Obrigada!

“Onde Não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”

(Ingo Sarlet – Juiz e Jurista brasileiro)

RESUMO

Audiência de custódia e sua aplicabilidade aos crimes militares foi o tema escolhido a ser tratado por esta pesquisa. O objetivo maior da ação implementada pelo Conselho Nacional de Justiça é o encontro do preso com o juiz, que traz entre outros benefícios, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa e a redução das prisões desnecessárias. Muitos Estados brasileiros já estão implantando-a, entretanto, o benefício atende a princípio aos civis, não contemplando de todo a Justiça Militar, dessa forma, o tema ora proposto se justifica em razão da polêmica surgida em face da inovação jurídica proporcionada pelo Conselho Nacional de Justiça com a implantação do Projeto audiência de custódia e também por ser um assunto novo não só no mundo jurídico como também nos estudos acadêmicos. Do ponto de vista metodológico a pesquisa caracteriza-se como um estudo bibliográfico, dedutivo, exploratório e de abordagem qualitativa. A audiência de custódia vem sendo implantada desde o ano de 2015 e segundo seus elaboradores tem apresentado resultados positivos, principalmente em relação ao número de prisões desnecessárias que antes apresentava alto índice e como demonstrado na pesquisa com esta ação se fará um economia anual de 4,3 bilhões de reais, ao se deixar de prender 120 mil dessas pessoas, se evitará a construção de 240 presídios o que representará uma economia de 9,6 bilhões. A medida que sendo aplicada ao âmbito civil também recebe críticas por suas limitações, dificuldade de transporte riscos de locomoção, dispêndios com aparato policial às audiências, entre outros. Outra questão é que se audiência de custódia tem como base tratado internacional como o Pacto de San José da Costa Rica que afirma o direito de toda pessoa detida ou retida ser conduzida a presença de um juiz sem demora ou de outra autoridade, este direito ainda não contempla a Justiça Militar, posto que não se verifica matéria a respeito do assunto com ressalva para Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, e Minas Gerais que estão aplicando audiência de custódia, neste sentido só tivemos acesso a estas informações e nenhuma quanto a ampliação deste debate com qual se possa afirmar legitimidade ou não, se assim podemos dizer, uma vez que os profissionais desta área são regidos por um código específico.

Palavras chaves: Audiência de custódia, Direitos fundamentais. Justiça Militar.

ABSTRACT

Custody hearing and its applicability to military crimes was the chosen theme to be studied by this research. The main objective of the action implemented by the National Council of Justice is the meeting of the prisoner with the judge, which brings among other benefits, respect for the fundamental rights of the arrested person and the reduction of unnecessary arrests. Many Brazilian states are already implementing it, however the benefit meets firstly civilians, not contemplating, completely, the Military Justice, thus the theme in question is justified due to the controversy that arose in the face of legal innovation provided by the National Commission of Justice with the implementation of the custody hearing Project and also for being a new issue not only in the legal world as well as in academic studies. From a methodological point of view, the research is characterized as a bibliographic, deductive, exploratory and qualitative approach study. The custody hearing has been implemented since the year 2015 and according to its makers, it has shown positive results, especially regarding the number of unnecessary arrests that presented high rates and as demonstrated in research with this action, it will be made an annual saving equals to 4, 3 billion reais, in not arresting 120,000 of these people, to avoid the construction of 240 prisons which will represent a saving of 9, 6 billion. As being applied to civil matters, this measure also receives criticism for its limitations, difficulty of transport, risks of transportation, expenditures on police apparatus to the audience, among others. Another issue is that if custody hearing has the international treaty base as the San José Pact in Costa Rica that affirms the right of every arrested or held person to be conducted before a judge without delay or other authority, this right still does not contemplate military justice, since it is not verified a case relating to the subject with remark for the states of Rio de Janeiro, São Paulo and Minas Gerais which are applying custody hearing, in this sense we only had access to these information and none regarding the expansion of this debate with which it can be asserted legitimacy or not, so to speak, since the professionals in this area are governed by a specific code.

Key words: Custody Hearing, Fundamental Rights, Military Justice.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1: Características dos Direitos Humanos.....	22
Ilustração 2: Fluxograma da audiência de custódia.....	35
Ilustração 3: Taxa de presos sem condenação por unidade da Federação.....	37

LISTA DE SIGLAS

APAC- Associação de Proteção e Assistência ao Condenado

CDIH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CPP – Código de Processo Penal.

CDHA – Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CF- Constituição Federal

CPM – Código Penal Militar

IDH – Índice do Desenvolvimento Humano.

ONU- Organização das Nações Unidas

OEA - Organização dos Estados Americanos

OAB- Ordem dos Advogados do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
I CAPÍTULO ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	16
1.1 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	16
1.1.1 Os Direitos Humanos no Brasil	20
1.2 DIFERENÇAS CONCEITUAIS DE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.2.1 Características dos Direitos Humanos	21
1.2.2 Características dos Direitos Individuais	23
1.3 DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL	24
II CAPÍTULO AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	28
2.1 EVOLUÇÃO DAS PENAS E DAS PRISÕES	29
2.2 CARACTERIZAÇÕES DOS TIPOS DE PRISÕES VIGENTES NA ORDEM CONSTITUCIONAL	31
2.3 A CONCRETIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL	33
III CAPÍTULO A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA MILITAR	41
3.1 A ATIVIDADE MILITAR	41
3.2 O CRIME E JUSTIÇA MILITAR	45
3.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O número de pessoas em privação de liberdade no Brasil atingiu no ano de 2014 a marca de 62.202, este número confere ao país o quarto lugar em população penitenciária no mundo, a situação considerada como grave, mobilizou os órgãos competentes a encontrar solução para reduzir este número e uma das soluções encontradas foi à implantação do Projeto audiência de custódia, que consiste na apresentação rápida do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A audiência de custódia está em consonância com os pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil tais como: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

As discussões em torno do assunto têm revelado que nem todos os operadores do Direito estão de acordo com sua implantação, para uns a audiência de custódia vem a melhorar as práticas da justiça em relação a possibilidade de uma leitura constitucional do processo penal na qual se respeita os direitos e as garantias fundamentais do preso. As opiniões contrárias referem-se às limitações, custos, transporte e locomoção do preso, além da questão do tempo estabelecido para se apresentar o preso ao juiz que, de acordo com a resolução que trata do assunto é de vinte quatro horas. Considerando os prós e os contras apresentados, os debates e discussões tornam-se interessantes e fundamentais uma vez que está se falando de mudanças nas leis e na proteção dos direitos fundamentais e esses aspectos não são apenas de interesse de toda sociedade como é um direito de todos participar dessas discussões exercendo assim seu papel de cidadão.

A audiência de custódia está referenciada no Pacto de San José da Costa Rica, no qual se afirmar que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida a presença de um juiz sem demora ou de outra autoridade, conforme o documento o direito a audiência de custódia estende-se a todas as pessoas, portanto, deveria contemplar a classe militar, dessa forma questiona-se: esse direito é aplicável a militares de forma geral? A pergunta se faz em face deste grupo pertencer a categoria que tem atuação profissional baseada em código específico que é o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar e alcança os integrante das forças armadas, policias militares e bombeiros.

Partimos do pressuposto que a aplicabilidade da audiência de custódia, nos chamados crimes militares, não recebe a devida atenção visto que os militares são regidos por Lei Especial, qual sejam os códigos: Penal e Processual Penal Militar Lei 1001 e Lei 1.002 ambas de 21 de outubro de 1969, portanto, não estariam sendo abrangidos por tal instituto supra legal que vem sendo aplicado em boa parte das capitais brasileiras e também o fato de que pela História do Brasil ter passado por uma ditadura militar aqueles que hoje governam como remanescente daquele período, adotaram uma política de deixar os militares de fora.

O militar quer seja das Forças Armadas, quer seja Estaduais, surgem no seio da sociedade, são pessoas humanas como quaisquer outras, apenas desempenham funções públicas, de risco, que muitas vezes, são despercebidos pela sociedade brasileira, especificamente, quando se trata de garantias e direitos fundamentais do ser humano. Não obstante olvidar, a falta de atenção para com a matéria de direito penal e processual militar que sequer é mencionada e ensinada em grande parte das universidades e faculdades brasileiras.

O tema ora proposto se justifica em razão da polêmica surgida em face da inovação jurídica proporcionada pelo Conselho Nacional de Justiça com a implantação do Projeto audiência de custódia, lançado no Brasil, no ano de 2015 através da Resolução n. 213/2015 e com base no Projeto de Lei do Senado n. 554/2011 que altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), estabelecendo que, no prazo máximo de 24 horas, o preso em flagrante deverá ser conduzido à presença do juiz. Por ser um assunto novo e interessante, não só ao mundo jurídico, mas também aos estudos acadêmicos, resolvemos estudar a legalidade dos referidos projetos, com base no estudo das regras do ordenamento jurídico interno e as regra dos tratados e convenções internacionais.

Por fim, justificamos ainda que, a escolha deste tema também se dirige a analisar a possibilidade de sua aplicação aos crimes militares praticados por seus agentes buscando, com isso, contribuir com nossos ensinamentos acadêmicos trazendo à tona um contato, mesmo que incipiente com o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar, que embora sejam tão importantes quanto os demais ramos, tem sido relegado nos diversos Cursos de Direito de nosso País.

Para responder a tais questionamentos estabelecemos como objetivo geral: estudar a legalidade do Projeto de Audiência de Custódia e a possibilidade de sua aplicação aos crimes militares cometidos pelos seus agentes.

Quanto aos objetivos específicos definimos: examinar a legalidade do Projeto de audiência de custódia através do estudo das regras do ordenamento jurídico interno e as regras dos tratados e convenções internacionais além analisar a possibilidade da aplicação do Projeto de audiência de custódia aos crimes militares com base no estudo das normas contidas nos artigos 7, item 5 e 8, item 1 do Pacto de San José da Costa Rica.

A metodologia a ser aplicada nesta pesquisa obedece aos critérios necessários ao seu desenvolvimento, dessa forma a mesma caracteriza-se como estudo bibliográfico, na qual utilizamos como procedimento técnico o levantamento de trabalhos já realizados e publicados por outros pesquisadores de fontes confiáveis que foram fundamentais a elaboração da redação final, em que apresentamos os resultados obtidos com o estudo em questão.

Quando se elabora pesquisa é necessário “que o pesquisador conheça os procedimentos e os percursos a serem realizados desde o início até a sua finalização”. Em relação a metodologia a ser aplicada a este trabalho, decidimos utilizarmos o método dedutivo que sugere uma análise de problemas do geral para o particular, através de uma cadeia de raciocínio decrescente (PRADONOV; FREITAS, 2013, p.47).

Do ponto de vista da abordagem a pesquisa é qualitativa, pois “o ambiente natural é fonte direta para coleta de dados, interpretação de fenômenos e atribuição de significados” (PRADONOV FREITAS, 2013, p.128).

A decisão em adotar esta abordagem deve-se ao fato de que não requer a abordagem de técnicas estatísticas, pretende buscar informações importantes e densas sobre o tema relacionado, interpretando fenômenos e atribuindo significados ao instituto pesquisado. A pesquisa qualitativa preocupa-se com a construção da realidade, mas de forma que não pode ser exposta em números, pois estão ligados a crenças, valores, significados e outras questões sociais. O enfoque principal da pesquisa é o seu próprio processo e não os resultados, de modo que estes são atribuídos através da interpretação dos fenômenos estudados, sem enumerar o medir esses eventos (PRADONOV FREITAS, 2013).

De acordo com seus objetivos o estudo caracteriza-se exploratório pois visa ampliar a familiaridade com o problema com vista a torná-lo explícito ou a compor teorias. Possui a finalidade básica de desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias para a formulação de abordagens posteriores. Dessa forma, este tipo de estudo visa proporcionar um maior conhecimento para o pesquisador acerca do assunto, a fim de que esse possa formular problemas mais precisos ou criar hipóteses que possam ser pesquisadas por estudos posteriores. As pesquisas exploratórias visam proporcionar uma visão geral de um determinado fato, do tipo aproximativo (GIL, 1999, p. 43).

Quanto à estrutura da redação final, dividimos trabalho em três capítulos além desta introdução. No primeiro capítulo abordamos a questão dos direitos humanos contemplando sua trajetória histórica, diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos como também suas características e finalizamos o capítulo com a abordagem sobre direitos humanos e os tratados internacionais no Brasil.

No segundo capítulo abordamos a audiência de custódia e para tanto iniciamos discutido brevemente sobre pena de prisão, em seguida a evolução das penas e prisões e por último, sua concretização das audiências no Brasil. O objetivo deste capítulo é conhecer o projeto e entendemos que para isso é importante também entender o contexto em que ela acontece e como está garantida na ordem constitucional.

No terceiro capítulo apresentamos os resultados e discussões e para tanto utilizamos os fundamentos teóricos abordado nos capítulos anteriores conduzindo as discussões sobre a audiência de custódia como possibilidade de ser estendida a classe militar, neste sentido discorreremos sobre o trabalho do militar, as leis aplicadas à categoria como o Código Penal Militar direcionando a abordagem para a discussão do tema.

Nas considerações finais apresentamos os principais resultados obtidos com a pesquisa e sem a intenção de esgotar o assunto, até mesmo que dada a sua complexidade não seria possível, mas, como forma de colaborar para futuras pesquisas a esse respeito do tema.

I CAPÍTULO ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A audiência de custódia está em consonância com a garantia dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal e com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou “Pacto de San José da Costa Rica”, sendo assim, acreditamos que para adentrar nas discussões sobre o assunto o qual esta pesquisa se debruça se faz necessário antes, entender os significados de direitos fundamentais e humanos, da sua origem aos dias atuais perpassando pelos conceitos e diferenças entre um e outro e a relação entre os direitos humanos e os tratados internacionais no Brasil.

1.1 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Discorrer sobre a trajetória dos direitos humanos não é uma tarefa fácil posto que os trabalhos apresentados, os quais discutem a questão, ora se referem à história dos direitos fundamentais, ora se referem aos direitos humanos, dessa forma e não sendo possível desvincular um do outro, nos reportaremos a história considerando suas semelhanças como tem feito os autores pesquisados.

Nas palavras de Costa (2015) os primeiros indícios do surgimento dos direitos humanos, foi no período entre 4.000 a.C até 476 d.C, nessa época surgiram os princípios e diretrizes fundamentais presentes atualmente. Desde então, os direitos humanos foram avançando e conquistando novos direitos através de revoluções, lutas e conquistas como demonstram os registros históricos.

De acordo com Casado Filho (2012), as ideias de igualdade, liberdade, justiça e tratamento digno às pessoas sempre estiveram presentes nas mais diversas histórias das civilizações, embora estas ideias não tenham sido defendidas por forças de lei ou por um sistema legal, trouxeram significativas contribuições para o que hoje se conhece como direitos humanos ou fundamentais neste sentido, o autor destaca as contribuições do povo da Mesopotâmia, da Grécia e de Roma. Os mesopotâmicos ofereceram ao mundo jurídico a primeira lei de que se tem notícia, conhecida como Código de Hamurabi,

tal conjunto normativo, notabilizado pela chamada Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), já trazia algumas noções elementares aos direitos

humanos. A guisa de exemplo, no prólogo do Código há previsão de que seu objetivo é evitar a “opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo” (CASADO FILHO, 2012, p.28).

Como defendia este código, o indivíduo que o infringisse estaria desobedecendo à lei de Deus e por isso era submetido aos castigos conforme fosse o erro cometido e se aplicava ao comércio, à família, ao trabalho a propriedade e quanto as leis criminais vigora a pena de morte que era largamente aplicada e de diversas formas como: na fogueira, na forca, por afogamento ou empalação (CASADO FILHO, 2012)

A Grécia por sua vez, trouxe valiosas contribuições, pois por volta do ano de 400 a.C dava ênfase à questão da igualdade e da liberdade, destaca-se a importância do ideário de Péricles a respeito de participação política e a crença na existência um direito natural, anterior e superior a qualquer outra forma de lei escrita. A ideia de democracia também é originada da Grécia e que fundamenta o conceito de democracia na contemporaneidade (CASADO FILHO, 2012).

Conforme assevera o pesquisador acima, as contribuições de Roma baseiam-se nas Leis das XII Tábuas, estas agrupavam grande parte dos direitos e deveres dos cidadãos e previam punições severas a quem as desrespeitassem.

Além das contribuições desses povos o autor destaca o papel de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. O primeiro dividia as normas existentes em leis terrenas e leis eternas, oriundas de Deus, a noção que ele tinha sobre estas leis, serviu à humanidade assim como também serviu para a consolidação de noção de direitos e garantias. O segundo classificava as leis em três categorias: leis naturais, que eram produzidas pela razão divina e conhecida pelos homens, à lei divina, aquelas ditadas por Deus, presentes na Bíblia e nos evangelhos e as leis humanas consideradas como junção das duas anteriores. São Tomás se notabilizou pela importância que deu ao livre-arbítrio do homem, consagrando a ideia de liberdade.

A trajetória dos direitos humanos foi marcada por diversos fatos, que de uma forma ou de outra trouxeram significativas contribuições como defendidas por Casado Filho. Outros fatos históricos também são representativos no contexto histórico sobre os direitos humanos. Na Idade Média surgiu a Carta Magna “documento reconhecido como o maior destaque no que diz respeito aos direitos humanos devido à influência que posteriormente exerceu no

direito constitucional moderno e no reconhecimento dos direitos humanos” (TAIAR, 2009, p.149).

A Idade Moderna foi caracterizada como um período de grandes revoluções e acontecimentos, nessa época os direitos humanos deixam de ser exclusivamente das elites passando a ser uma conquista da classe emergente. O caráter universalista dos direitos humanos foi influenciado por vários fatos ocorridos naqueles tempos e considera-se que os mais importantes foram: a Revolução Gloriosa, a Declaração de Virgínia, a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa (COSTA, 2015).

Conforme a autora, a Revolução Gloriosa foi importante para os direitos humanos porque ela reafirmou os direitos da Magna Carta, “dando ênfase a propriedade a e proibição da detenção arbitrária, afirmou também que nenhum homem livre seria detido ou aprisionado e nem despojado de seu feudo, suas liberdades, nem exilado em virtude de sentença” (COSTA, 2015, p.1).

A Declaração de Virgínia tinha o propósito de proclamar os direitos naturais e positivamente inerentes ao ser humano, como o direito de se rebelar com um governo que não fosse adequado, garantiu a igualdade entre os homens, afirmou a separação dos poderes como premissa de organização do Estado, a liberdade de imprensa e o direito do acusado de conhecer a causa de sua detenção, entre outras garantias (TAIAR, 2009).

A Declaração de Independência foi preponderante a limitação do poder estatal e a valorização da liberdade individual e deu surgimento a primeira Constituição Americana. Depois veio a Revolução Francesa que marcou a transição da Idade Moderna para a Contemporânea e tornou-se importante porque foi realizada pela burguesia com ajuda do povo, eles lutavam contra o regime absolutista parasitário da monarquia e da Igreja que a sustentava.

A Revolução Francesa foi o mais importante movimento social do mundo moderno. Ocasinou o fim do feudalismo europeu seus princípios foram consolidados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional, em 1789, após a derrubada da monarquia francesa. A declaração também estabeleceu separação entre Estado e Igreja. Caberia ao Estado à obrigação de oferecer educação, saúde e segurança para toda a população. O povo, por sua vez, participaria de eleições, escolhendo representantes para tomarem decisão em seu nome (CASTILHO, 2011, p.91).

Além de tudo isso, a Revolução Francesa também criou a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão que viria a se tornar fundamental no Direito Internacional, a ideia central deste documento é de que ao lado dos direitos do cidadão exista obrigação do Estado e garantia os direitos humanos.

O asseguramento dos direitos dos indivíduos ganhou ênfase com as duas guerras mundiais, pois até a Segunda Guerra Mundial os direitos humanos era assunto interno dos Estados, sendo que os direitos das pessoas só eram “internacionalmente considerados quando um país desejava proteger um cidadão em outro país ou quando queria enviar um diplomata a outro país” (HEINTZE, 2010, p.24).

Desde os horrores da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional traçou, em 1945, a meta de “preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra”, que deveria ser alcançada por meio de um sistema de segurança coletiva, através da ONU. Concluiu-se que todos os Estados-Membros deveriam cooperar estreitamente em todas as áreas da vida internacional. Por meio da cooperação, graves violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas e boas experiências, trocadas. Essa abordagem está consubstanciada no art. 55 da Carta das Nações Unidas¹ (HEINTZE, 2010, p.25).

De acordo com as palavras de Heintze, a carta da ONU declara que as Nações Unidas tem o objetivo de estabelecer a cooperação internacional com o objetivo de consolidar e promover o respeito aos direitos humanos para todos, sem nenhuma distinção que seja de raça, língua, sexo ou religião. O autor ressalta que este documento mesmo tratando dos direitos humanos e liberdades fundamentais, não contém uma definição para os termos, dessa forma, por se tratar de um acordo internacional são aplicadas as regras de interpretação da Convenção de Viena, de 23/5/1969 e de acordo com seu artigo 31:

os acordos de boa-fé, em conformidade com os sentidos comuns de suas disposições, devem ser interpretados no seu contexto, à luz de seus objetivos e propósitos. Entrementes, essa regra geral de interpretação não continuou ajudando, pois, em 1945, a compreensão de direitos humanos diferia significativamente entre os Estados (HEINTZE, 2010, p.27).

A falta de definição sobre direitos humanos e fundamentais na carta da ONU foi esclarecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Este documento consolida a afirmação de uma ética mundial, para os valores relativos dos direitos humanos e trata de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (CASTILHO, 2011).

¹ A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça é parte integrante da Carta. Disponível em< <https://nacoesunidas.org/carta>>

1.1.1 Os Direitos Humanos no Brasil

No Brasil, os direitos humanos também passaram por processo de evolução e estão presentes em nosso ordenamento constitucional desde a primeira constituição de 1824, entre esta e a última que foi de 1988, o país vivenciou períodos de retrocessos que implicou na invisibilidade dos direitos humanos, mas também muitas foram às conquistas. As Constituições de 1824, 1891 e 1934, garantir diversos direitos aos indivíduos, como por exemplo, na primeira Constituição foram garantidos direitos como: liberdade de expressão, de convicção religiosa, instrução primária gratuita, na segunda houve separação da Igreja do Estado, criou-se o *habeas corpus*, assegurou aos acusados a mais ampla defesa, a terceira instituiu normas de proteção ao trabalhador, cuidou dos direitos sociais e culturais, direito a educação a todos e obrigatoriedade do ensino gratuito (CASADO FILHO, 2012).

O retrocesso, como afirmou Casado Filho, ocorreu na Constituição de 1937, o então presidente Getúlio Vargas, impôs nova ordem ditatorial no Brasil, denominado Estado Novo, dissolveu o Congresso Nacional, revogou a constituição e a substituiu por uma nova Carta, nesta, os direitos humanos não eram respeitados visto que o país vivia em época de regime ditatorial, e o Brasil ficou em estado de emergência com suspensão do direito de ir e vir. A Constituição de 1946, foi inspirada nos textos de 1891 e 1934, consolidou o sistema político fundado na democracia representativa, restaurou os direitos e garantias individuais.

Segundo Casado filho em 1967, o clima no Brasil era de instabilidade intensa, pois com o golpe de Estado em 1964 iniciou-se um período caracterizado por um regime de força, dirigido por governos militares. Esta Constituição sofreu influência da Constituição de 1937, aumentou o poder concernente à união, reduziu a autonomia individual com a permissão da suspensão de direitos e garantias constitucionais, em relação ao campo dos direitos humanos houve retrocesso e os direitos fundamentais foram prejudicados, pois não houve harmonização com a doutrina dos direitos humanos.

Por último veio a Constituição de 1988, reconhecida como Constituição-cidadã que expressou os anseios da sociedade, consagrou os direitos individuais, dando atenção especial ao princípio da dignidade humana, rompeu com o passado autoritário, “fez surgir novos valores que favoreceu a redução das desigualdades sociais, aos direitos fundamentais e a todos os valores ligados a dignidade humana” (CASADO FILHO, 2012, p.91), (VAINER, 2010).

Conforme discutido acima, no Brasil, a questão dos direitos humanos teve seus avanços e retrocessos e a Constituição de 1988, embora apresente divergências entre seu texto e a realidade social não se pode negar os avanços em matéria de direitos fundamentais.

1.2 DIFERENÇAS CONCEITUAIS DE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme assevera Casado Filho (2012) existe uma diferença entre os dois tipos de direitos, assim direitos fundamentais referem-se aos valores e direitos positivados na Constituição, enquanto que direito humano refere-se a valores consagrados nos tratados internacionais, a não identificação destas diferenças segundo o pesquisador, ocorre devido à convergência entre tais direitos, no caso brasileiro os direitos fundamentais são na sua maioria uma réplica dos direitos assegurados nos tratados internacionais, sendo portanto assim assimilados. Dessa forma, convém destacar o conceito de direitos humanos que é

um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico (CASADO FILHO, 2012, p.21).

Compartilhando desse mesmo entendimento sobre a conceituação de direitos, Cavalcante Filho esclarece que direitos humanos são atribuídos à humanidade em geral por meio dos tratados internacionais, já os direitos fundamentais refere-se àqueles em um determinado ordenamento jurídico, por exemplo, a Constituição Brasileira, portanto, em suas palavras: os direitos fundamentais “são aqueles considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica” (CAVALCANTE FILHO, s.d.p.6).

1.2.1 Características dos Direitos Humanos

Partindo da explicação de Casado Filho sobre a convergência dos direitos fundamentais comuns no Brasil, verificamos que as características atribuídas a estes dois tipos de direitos estão muito próximas e assim deve ser pelas mesmas razões mencionadas pelo autor acima que também caracteriza os direitos conforme a ilustração abaixo e as suas definições.

Ilustração 1: Características dos direitos humanos



Fonte: Casado Filho (2012)

A universalidade atribuída aos direitos humanos decorre do fato de possuir validade e ser legítima para todos os indivíduos que devem ser respeitados em relação a sua raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, ou de qualquer outra natureza e conforme afirma a Declaração de Direitos Humanos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (CASADO FILHO, 2012) (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, 1946).

A historicidade decorre das condições materiais de uma época, ela foi sendo construída obedecendo a uma linha evolutiva, na qual se acrescenta a inclusão de novos direitos e garantias conforme o desenvolvimento de uma sociedade, seu caráter evolutivo impede qualquer retrocesso, ou seja, não existe a hipótese de abolição de um direito visto que estão assegurados no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição.

A indisponibilidade deixa claro que os direitos não podem ser transmitidos, mas que apesar dessa afirmação existe situação em que o indivíduo “no livre exercício de sua vontade, renunciam a direitos fundamentais e têm sua decisão confirmada por tribunais”.

Direitos humanos e dignidade humana estão intrinsecamente relacionados e por isso são imprescritíveis, ou seja, não deixam de ser exigidos com o decorrer do tempo, não se sujeitam à prescrição, isto é, veda-se ao legislador que estipule prazo para o exercício do direito de ação com vistas a preservá-los (CASADO FILHO, 2012), (CASTILHO, 2011).

Os Direitos Humanos “formam um sistema indivisível, interdependente e complementar entre si. As normas sobre direitos fundamentais se complementam, garantindo

assim, a efetividade plena que elas buscam alcançar” esta é definição para a penúltima característica dos direitos humanos e a última que se refere à aplicabilidade imediata e caráter declaratório é reconhecida pela importância que os direitos humanos possuem no ordenamento jurídico, assim pelo “simples fato de terem sido declarados, já devem ser garantidos a todos e são declarados para que sejam recordados, pois, de fato, eles já existem antes mesmo da sua manifestação expressa” (CASADO FILHO, 2012 p.25).

1.2.2 Características dos Direitos Individuais

Para Cavalcante Filho (s.d) as características dos Direitos fundamentais são: historicidade, relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, eficiência vertical horizontal, aplicabilidade direta e a conflitualidade. Como podem ser verificado algumas das características são semelhantes às apresentadas no item acima, sendo portanto, dispensáveis os comentários a respeito.

Conforme acrescenta o autor, os direitos fundamentais eram reconhecidos pela Revolução Francesa como liberdade, igualdade e fraternidade como varia de acordo com o tempo os direitos fundamentais foi estendido às questões atuais como, por exemplo, o direito ao meio ambiente e a igualdade dos sexos, ambos garantidos na constituição Federal. Os direitos humanos são reconhecidos como básicos, mas conforme explica o pesquisador não são absolutos à medida que podem ser relativizados, explica-se:

Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto (CAVALCANTE FILHO, s.d. p.7).

E como ainda explica o autor, os direitos podem ser objeto de limitação, mas não ilimitados,

essas limitações que os direitos fundamentais sofrem não são ilimitadas, ou seja, não se podem limitar os direitos fundamentais além do estritamente necessário. Por outro lado, a restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (CAVALCANTE FILHO, s.d. p.7).

A explicação acima se refere à Relatividade. Outra característica apresentada pelo autor é a da eficácia vertical e horizontal e da conflituosidade. A primeira refere-se ao

entendimento de que diferente de outros tempos na qual se acreditava que os direitos fundamentais incidiam na relação entre Estado e cidadão, o primeiro entendido como superior e o segundo como inferior (eficácia vertical), mas atualmente entende-se que “os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)” (CAVALCANTE FILHO, s.d. p.9).

A conflituosidade refere-se à possibilidade dos direitos fundamentais entrarem em conflito e exemplo disso é direito a vida X liberdade de religião ou direito de intimidade X liberdade jornalística e como explica Cavalcante Filho, nesses casos não se pode estabelecer “abstratamente qual direito deve prevalecer, sendo necessário à análise do caso que é possível com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca) para definir qual direito deve prevalecer” (CAVALCANTE FILHO, s.d. p.11).

Conforme exposto acima pelos pesquisadores, as diferenças entre um direito e outro são mínimas, mas também o suficiente para entender o contexto no qual cada um se insere, ou seja, direitos humanos direcionam-se para a proteção da dignidade humana e os direitos fundamentais estão incorporados na esfera do Direito Constitucional.

1. 3 DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL

De acordo com as discussões sobre a trajetória dos direitos humanos, muitos foram os fatores que contribuíram para sua evolução, o tempo dessa trajetória foi longo e pelo que podemos notar de muitas lutas, desafios e conquistas. Dentre as diversas conquistas na luta pelos direitos humanos destacamos o dos tratados internacionais que são “acordos internacionais concluídos por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer constem de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos anexos, qualquer que seja sua denominação específica” (CASTILHO, p. 100).

Sendo um documento formal, não admite outra forma de existir que não a escrita, conforme está determinada no texto da Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais de 1928, em seu artigo 2º, a seguinte afirmação, que “é condição essencial nos tratados a forma escrita” (JUNIOR; SANTOS; GABRIEL, s.d. p.8).

Desde os tempos mais remotos, os tratados já existiam, embora fossem acordos informais de cunho pessoal entre os chefes de Estados das nações e estes duravam o tempo de vida do líder de um dos Estados pactuantes, de seu Rei ou Imperador. Com a evolução do tempo, as relações internacionais passaram a ser regulados pelos costumes, pois os envolvidos elaboravam rotinas que, com o passar do tempo e das repetições acabavam-se se tornando compromisso tácito entre as partes. A partir de 1960 a doutrina passou a considerar que o tratado substituiria o costume com principal fonte do Direito Internacional e sendo assim, abrange também pactos, convenções, cartas, convênios e protocolos firmados entre os países. O processo de formação dos tratados internacionais está regulado pela Convenção de Viena de 1969 (CASADO FILHO, 2012,) (JUNIOR; SANTOS; GABRIEL, s.d).

Os modos pelos quais os tratados podem ser admitidos pelo ordenamento nacional variam de país a país. Cada qual, exercendo sua soberania, estabelece os requisitos para a celebração e a incorporação dos tratados internacionais. No Brasil, as regras pertinentes encontram-se na Constituição: art. 49, I, e art. 84, VIII (CASTILHO, 2011, p. 103).

O processo de formação de um tratado passa pelos Poderes Executivo, Legislativo e em seguida sucede a apreciação e sua aprovação pelo Poder Legislativo e por fim, tem-se o ato ratificado pelo Poder Executivo. A fase de negociação compreende os atos de negociação, conclusão e assinatura levados a efeito pelo Poder Executivo, em seguida vem a deliberação e aprovação pelo Poder Legislativo, por último a ratificação ou adesão pelo Poder Executivo. Após a ratificação do Tratado, o mesmo deverá ser promulgado por Decreto da Presidência da República e publicado no Diário da União. Esses passos são adotados no Brasil, para que dessa forma possa se implementar sua aplicabilidade e executoriedade das normas no ordenamento jurídico interno. Sendo concluído de forma regular,

o tratado se torna fonte de direito previsto na Constituição Federal e a promulgação é consequência dessa constatação, Sua promulgação é consequência dessa constatação e não apenas o implemento prático do que foi estabelecido, mas sim, uma exigência constitucional implícita que não terá o efeito de transformá-lo em direito interno, mas sim de conferir-lhe força de norma executória (JUNIOR; SANTOS; GABRIEL, s.d p.10).

A esse respeito é possível encontrar diversos estudos que discutem a hierarquia ou não dos tratados internacionais referentes a direitos humanos no ordenamento jurídico, a questão foi resolvida com o decreto com a Emenda Constitucional de 30 de Dezembro de 2004. Antes dessa Emenda discutia-se a controvérsia existente nos artigos 5º, § 2º, e 102, III, b da Constituição Federal,

diz o art. 5º, § 2º, da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O dispositivo constitucional afirma categoricamente: direitos e garantias consagrados em tratados internacionais firmados pelo Brasil integram o catálogo de direitos fundamentais do texto constitucional. Mas integram de que forma? (CASTILHO, 2011, p.116).

Respondendo a este questionamento, o autor diz entender que, não havendo na norma nenhuma ressalva e os direitos fundamentais tendo materialmente natureza constitucional, conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos, à luz deste art. 5º, § 2º, da CF, possuem hierarquia constitucional. A discussão sobre a hierarquia ou não, dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno é extensa e complicada posto que as interpretações sobre o assunto são diversas e nesse sentido Piovesan defende que

a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2013, P.113).

Para além destas discussões, a pesquisadora avalia quais os impactos jurídicos do Direito internacional dos direitos humanos no Direito brasileiro considerando a incorporação das normas internacionais de direitos humanos pelo ordenamento brasileiro, nesse sentido Piovesan afirma que um primeiro impacto foi à reprodução dos enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, provando com isso que o Brasil busca e se inspira nesses instrumentos de modo a ajustá-los com a harmonia e consonância às obrigações internacionalmente assumida pelo Estado brasileiro. O segundo impacto é o alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos, “com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam a Carta de Direitos prevista constitucionalmente, inovando-a, integrando-a e completando-a com a inclusão de novos direitos” (PIOVESAN, 2013, p.151).

A pesquisadora destaca ainda que o Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda permite, em determinadas hipóteses, o preenchimento de lacunas apresentadas no Direito brasileiro e que

pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais, ou quando estes reproduzem preceitos enunciados da ordem internacional ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna (PIOVESAN, 2013, p. 156)

Entre os exemplos de instrumentos internacionais que podem preencher as lacunas do Direito brasileiro, Piovesan cita a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA- Organização dos Estados Americanos em 1969.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento mais importante do sistema interamericano, foi assinada em San José, Costa Rica, no ano mencionado acima e entrou em vigor em 1978. Apenas Estados- membros da OEA têm o direito de aderir a esta Convenção que até 2012 era composto por 25 Estados-parte. A Convenção reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similares ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que são:

o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido a escravidão, direito à liberdade, direito a julgamento justo, direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judícia (PIOVESAN, 2013, p.343)

Nos últimos tempos, o pacto tem ganhado destaque posto que, o Projeto de Audiência de Custódia baseia na premissa deste pacto no seu artigo 7º “que diz que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz”. O projeto tem chamado a atenção dos estudiosos do assunto e o mesmo tem sido justificado pela necessidade de se preservar a proteção do direito à liberdade pessoal e evitar prisões ilegais. Além dessas justificativas, os especialistas na área afirmam que outra vantagem deste projeto é o ajustamento do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos.

II CAPÍTULO AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Relatório da Anistia Internacional² de 2014/15 denuncia que em todo mundo está ocorrendo um retrocesso em relação a proteção e o respeito aos direitos humanos e isso é evidenciado em situações como a de insegurança pública, discriminação, o não acesso a justiça, negação os direitos fundamentais e quando se trata das condições prisionais a situação e ainda mais preocupante, pois em todo Continente Americano os governos não estão se preocupando em assegurar instalações carcerárias que cumpram as normas internacionais dos direitos humanos.

Os responsáveis por este relatório apontam que no Brasil a população vivencia constantemente estado de violação de direitos humanos, embora tenha avançado na conquista de muitos outros, ainda registra-se deficiência na proteção à pessoa humana, a exemplo do que acontece nos presídios. Nesse sentido, a prática da audiência de custódia representa um avanço naquilo que se refere a respeitar “os direito fundamentais da pessoa submetida a prisão” como se refere o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016, p. 10).

A audiência de custódia trata-se de uma

ação do Conselho Nacional de Justiça mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão (BRASIL, 2016, p.10).

Este avanço é resultado de processos históricos, sociais e econômicos que demonstravam a necessidade de mudanças no sistema de justiça, a propósito é interessante destacar os antecedentes dessa transformação projetada pelo Conselho Nacional de Justiça, pois retrocedendo no tempo verificamos que a história das penas e das prisões foi caracterizada pela ausência de justiça e desrespeito a dignidade humana, mas que foi se

² A Anistia Internacional é um movimento global de mais de 7 milhões de pessoas que se mobilizam para criar um mundo em que os direitos humanos sejam desfrutados por todos.

modificando até chegar a aplicação de ações como a audiência de custódia como forma de melhorar as práticas do Direito Penal em relação ao cidadão que comete crimes.

2.1 EVOLUÇÃO DAS PENAS E DAS PRISÕES

A realidade do sistema penitenciário brasileiro e sua falência é resultado de um processo histórico que ao longo do tempo foi se intensificando e tornando-se cada vez mais problemático. A superlotação dos presídios é um problema grave e uma das razões que explica a situação é o fato de existir confinamento de presos que não foram condenados e a falta de agilidade processual é uma das mais cruéis mazelas do sistema posto que

tortura “os criminosos não perigosos e concorre para a degeneração dos presos provisórios. Muitos desses detentos costumam passar anos nas cadeias do Brasil sem ao menos terem sido condenados (ARRUDA, 2011, p.2).

De acordo com Arruda, a prisão surgiu como um instrumento para substituir a pena de morte e as torturas públicas e cruéis, tal afirmação nos remete aos estudos de Capez; Bonfim (2004), Greco (2016), Fadel (2012) que apresentam em seus trabalhos o contexto histórico e os fatos que contribuíram para o modelo prisional que se tem atualmente.

Conforme assevera os autores acima, o Direito Penal pode ser analisados por fases, mas que não guardam interdependência entre si, não se sucederam de forma linear e as características de cada fase penetrava em outras, estas fases foram assim divididas: vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período científico, este último, também denominado período criminológico.

A vingança privada era fundamentada na retribuição, ou seja, a vítima vingava-se de quem lhe fizera a ofensa ou até mesmo dos membros da família do agressor e quando a infração era praticado por alguém do próprio grupo a punição era o banimento, conhecido como perda de paz e a pessoa ficava à mercê das tribos rivais.

Na fase da vingança divina, a Igreja e o Estado no exercício do poder se confundiam, e o crime era tido como um pecado que feria diretamente o poder Divino. Esse período ficou caracterizado pela crueldade das penas e eram os sacerdotes os responsáveis pela administração da justiça e pela aplicação das penas.

A vingança pública surgiu em decorrência do desenvolvimento e da organização da sociedade, a tutela penal deixa de considerar situações particulares e passa a ser centralizada nas mãos dos soberanos neste sentido, o castigo atribuído ao transgressor da lei era decidido pelo Estado e seu objetivo era proteger a coletividade.

A fase humanitária surgiu na época do Iluminismo e teve fundamental importância no pensamento punitivo, a razão que era característica dessa época, passou a prevalecer pois, antes a punição era baseada no despotismo, agora precisava de prova para ser realizada, nesse período tanto o processo penal foi modificado como também as penas que poderiam ser impostas, o homem deixou de ser objeto de fúria do Estado, que antes era submetido a castigos sem razão ou fundamentos que as justificassem (GRECO, 2016).

Na última fase denominada período científico ou criminológico, o Direito Penal passou ser estudado de maneira científica e metodológica passando a se desenvolver conceitos e teorias jurídicas, sociais e antropológicas, sendo assim o criminoso, bem como as causas que o levaram a cometer o delito, passaram a ser objeto de investigação.

No início a prisão do acusado era tida com uma custódia da natureza cautelar, aguardava-se a apuração da responsabilidade do indivíduo pelo crime e sendo comprovada, este seria condenado e a pena que poderia ser de morte ou pena corporal, no segundo caso o castigo seria aplicado e o indivíduo logo era libertado. Entre os períodos da Antiguidade e Idade Média a prisão como pena privativa era caracterizada pelos tormentos os quais os presos eram submetidos, eles não eram tratados de forma digna e não se cogitava cuidar do ser humano de forma digna, até mesmo porque o próprio grupo a que pertencia o acusado demandava por um espetáculo de terror, o povo sentia prazer em presenciar os castigos e o sofrimento do acusado. As cadeias daquele tempo em muito se assemelha com as que se conhece atualmente no Brasil (GRECO, 2016).

No século XVII surgiram novos modelos de penitenciária e tinham como objetivo preservar a dignidade da pessoa humana, desprezando os castigos e torturas desnecessários e no século XX buscou-se fazer

com que o condenado após cumprir sua pena pudesse voltar ao convívio em sociedade. A busca pela ressocialização fez com que fossem implementadas, em muitos países, políticas prisionais destinadas à capacitação do egresso, permitindo-lhe, ao sair do sistema, buscar alguma ocupação lícita (GRECO, 2016, p.105)

Entretanto, essa ideia não foi adiante nem teve êxito uma vez que faltava as condições mínimas para o cumprimento de privação de liberdade e isso fez com que o plano de ressocialização fosse esquecido. Essa questão da ressocialização dos presos é um assunto debatido constantemente, assim como a questão da superlotação das cadeias e as condições inadequadas de prisão, estes representam um grave problema pois como asseveram os especialistas da área, aumenta a tensão e eleva a violência entre os próprios presidiários. Tudo isso reforça o que o diz a pesquisa da Anistia Internacional sobre o sistema carcerário no Brasil ou seja,

a Superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência continuaram sendo problemas endêmicos nas prisões brasileiras. Nos últimos anos, vários casos relativos às condições prisionais foram encaminhados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto a situação nos presídios continua preocupante (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p.72).

A realidade do sistema carcerário no Brasil é grave e complexo e por isso mesmo demanda tomadas de decisões que de fato venham a mudar esta situação que coloca o Brasil numa perspectiva negativa no contexto dos tratados internacionais, e mais do que isso, desrespeita a dignidade dos indivíduos privados de liberdade.

Neste sentido, iniciativas como aplicação da audiência de custódia e a parceria com a Associação de Proteção e Assistência ao Condenado – APAC³ tem sido apontadas como um bom começo para mudar esta realidade de irregularidades e de dificuldades que o país enfrenta em relação a problemática.

2.2 CARACTERIZAÇÕES DOS TIPOS DE PRISÕES VIGENTES NA ORDEM CONSTITUCIONAL

No sentido jurídico prisão é a privação do “direito de liberdade de locomoção de uma determinada pessoa, ou seja, é a restrição do seu direito constitucional de ir e vir” O ordenamento jurídico também faz a distinção entre as espécies de prisão e os tipos identificados recentemente pela doutrina que estão de acordo com alterações determinadas pelas Leis nº

³ APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - é uma entidade civil de Direito Privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. O trabalho da Apac dispõe de um método de valorização humana, vinculada à evangelização, para oferecer ao condenado condições de se recuperar. Busca também, em uma perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, a promoção da Justiça e o socorro às vítimas. Disponível em < <http://ftp.tjmg.jus.br/>

11.689/08 e 11.719/08 prisão processual que ocorre quando o indivíduo ainda não foi condenado em definitivo, conforme a Constituição Federal esse tipo de prisão só é autorizada diante de indícios do fato. Os tipos de prisão processual são: prisão preventiva, temporária, e prisão em flagrante. (NETO, 2009), (CRUZ, 2016).

A prisão preventiva pode ser decretada tanto durante as investigações, quanto no decorrer da ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação e os fundamentos para este tipo de prisão são:

a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida). (BRASIL, 2009, p.1).

Segundo Neto (2009) considerando que a prisão preventiva possui natureza cautelar, não viola o princípio da inocência e nem o direito ou garantia assegurados na Constituição e exige apenas do indivíduo o sacrifício para sua execução, que seja a privação de sua liberdade.

Conforme o Supremo Tribunal Federal-STF, a prisão temporária é utilizada durante uma investigação e é decretada para assegurar o sucesso de uma determinada diligência e ela será cabível nas seguintes circunstâncias:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros (BRASIL, 2009, p.1).

A prisão para fins de extradição é realizada com fim de garantir a efetividade do processo extrajudicial e condição para se iniciar o processo de extradição. A Extradição será requerida depois da Prisão Preventiva para Extradição, por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de governo a governo.

Define-se prisão em flagrante como: “uma espécie de prisão provisória, de natureza cautelar e processual, que independe de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, desde que a pessoa se encontre em determinadas circunstâncias expressamente previstas em lei”. (NETO, 2009, p.19).

Conforme o autor acima este tipo de prisão é um ato administrativo como se pode verificar no artigo do CPP, está prevista na Constituição Federal e é cabível

não só com relação à prática de crime, em sentido estrito, como a de contravenção. É evidente, pois, que o princípio da presunção de inocência consagrado no art. 5º, LXVII, da CF (BRASIL, 1988), não impede a prisão em flagrante, de natureza processual, que não foi suprimida pelo legislador constitucional (NETO, 2009, p.20).

A prisão em flagrante possui diversas modalidades que são: Flagrante próprio, impróprio, presumido, preparado ou provocado, retardado, forjado. Outra característica deste tipo de prisão é que ela pode ser decretada por “qualquer do povo” que presenciar o cometimento de um ato criminoso. As autoridades policiais têm o dever de prender quem esteja em “flagrante delito”. Entretanto, as pessoas que possuem imunidade diplomática não podem ser sujeitos passivos de prisão em flagrante, o Presidente da República não está sujeito à prisão em flagrante nem às prisões temporária e preventiva, como se depreende o art. 86, § 3º, da Constituição Federal. De acordo com o art. 53, § 1º, da CF podem ser autuados em flagrante de delito apenas nos crimes inafiançáveis os membros do Congresso Nacional, os deputados estaduais, os magistrados, também não pode ser autuado em flagrante quem presta pronto e integral socorro à vítima de delito de trânsito segundo dispositivo do Código Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97. (NETO, 2009)

2.3 A CONCRETIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A audiência de custódia visa garantir os direitos fundamentais da pessoa que for presa e também “garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva” (CNJ, 2016, p. 10).

A audiência de custódia está prevista nos tratados internacionais de direitos humanos e para a Corte Interamericana de Direitos Humanos representa

um meio de controle idôneo para evitar as capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o não culpado de maneira coerente com a presunção de inocência (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, apud BALLESTEROS, 2016, p.17).

Segundo a autora acima, dos 35 países que fazem parte da OEA- Organizações dos Estados Americanos já se adequaram a decisão dos tribunais superiores às determinações das normas externas com o intuito de assegurar que o ato da prisão em flagrante submeta-se a ao escrutínio judicial quanto a sua legalidade e estrita necessidade. Como exemplo ela cita a Argentina onde o preso deve ser apresentado a uma autoridade judicial no prazo de seis horas, o Chile que em se tratando de flagrante, a apresentação deve ser feita em 12 horas a um promotor que poderá decidir pela soltura ou pela apresentação em 24 horas. A Colômbia pelo Código do Processo Penal o indivíduo preso em flagrante deve ser levado a juízo em no máximo, 36 horas e no México, os indivíduos detidos em flagrante precisam ser entregues imediatamente aos promotores, este por sua vez devem apresentar os suspeitos a um juiz no prazo de 48 horas ou liberá-los (BALLESTEROS, 2016, p.17).

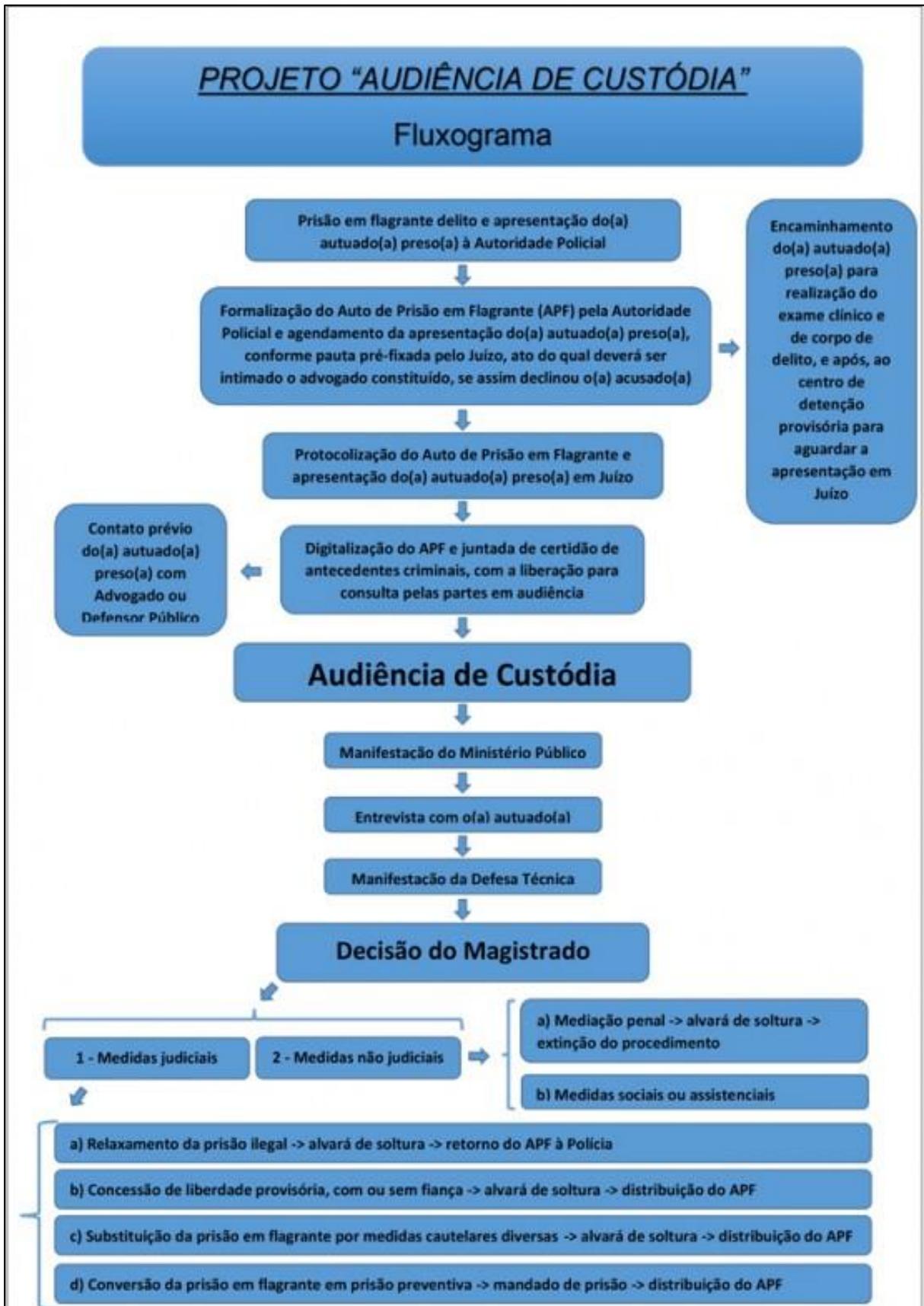
A implantação da audiência de custódia no Brasil tem recebido apoio de muitos operadores do Direito, mas também recebe críticas, para aqueles que a defende os argumentos são de que sua prática impõe-se como uma obrigação ética “a uma justiça supostamente fundada na “dignidade da pessoa humana”. A dignidade, além de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CRFB), deve ser vista como “pressuposto da ideia de justiça humana” (MACHADO, 2015 p. 47)

O autor acima também defende que quando se prenda alguém o faça de maneira legítima e consciente que se está diante de um sujeito e sendo assim merece ter sua dignidade preservada o que implica que este deva ser no mínimo ouvido sem intermediações ou artificialidade, isto é nas palavras de Machado contato humano, além disso a maneira como deve ser tratado o preso diz respeito aos seus direitos fundamentais. Na prática, no Brasil, o preso deverá ser apresentado a um juiz no prazo de 24 horas conforme Resolução CNJ n. 213/2015 que

disciplina a “apresentação de toda a pessoa presa à autoridade judicial em 24 horas”, prevendo que “independentemente da motivação ou natureza do ato”, as pessoas presas em flagrante devem ser ouvidas sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão. Além de detalhar outros elementos e etapas que devem fazer parte da audiência e de seus atos preparatórios. (BALLESTEROS, 2016, p. 21).

A audiência de custódia ocorre seguindo a um fluxograma que se inicia após o ato da prisão em flagrante, a apresentação do preso ao juiz conforme verifica-se no fluxograma a seguir.

Ilustração 2: Fluxograma da audiência de custódia



Segundo Ballesteros, o artigo 8º da Resolução elenca quais devem ser as principais atribuições do juiz em relação à pessoa presa

I- esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar (BALLESTEROS, 2016, p. 21/22)

As justificativas apresentadas pelo Conselho para a aplicação da audiência são as seguintes: evitar as prisões desnecessárias, o que por sua vez atenua a superlotação das cadeias como também os gastos decorrente para a manutenção do preso provisório, tomada de providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura. Com isso o CNJ aponta alguns resultados possíveis com a aplicação da audiência de custódia como:

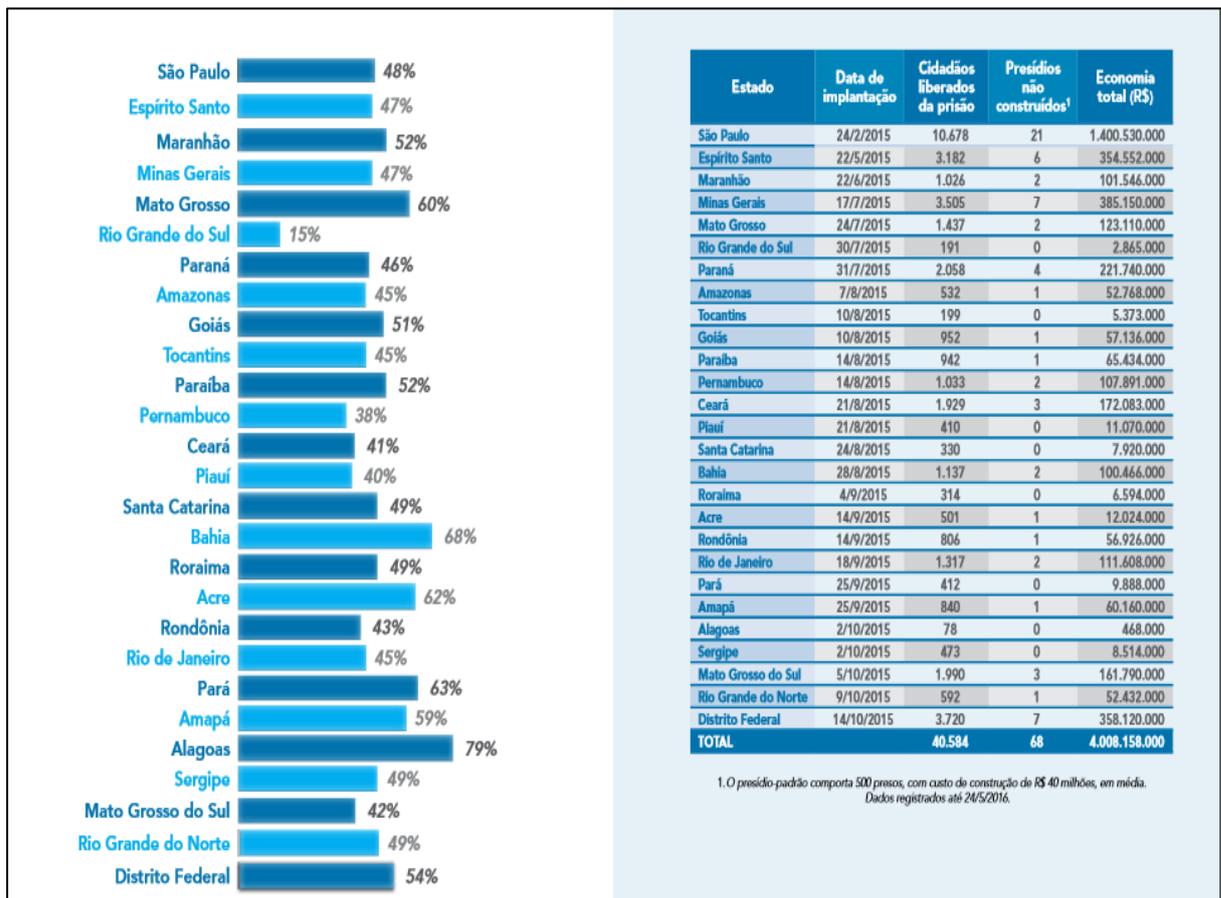
➤ O relaxamento de eventual prisão ilegal;

➤ A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança;

- A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas;
- A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva
- A análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora para a instituição de práticas restaurativas;
- Encaminhamentos de natureza assistencial (BALLESTEROS, 2016, p.10)

Os resultados esperados estão de acordo com o que prega os artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal e segundo o CNJ, os Estados que já implementaram a audiência de custódia verificaram que 50% das prisões preventivas são desnecessárias e o Conselho estima considerável redução do número de pessoas antes de terem sido condenadas o que gerará “uma economia anual de 4,3 bilhões de reais. Além disso, ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais. (CNJ, 2016, p.16).

Ilustração 3: Taxa de presos sem condenação por Unidade da Federação



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2016)

Segundo o presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, a implantação da audiência de custódia não só reduz os custos de manutenção de um preso como também visa

adequar o sistema de execução penal e carcerário aos padrões estabelecidos pela Constituição e por tratados e convenções internacionais de direitos humanos. “A audiência de custódia é uma obrigação legal imposta pelo Pacto de São José da Costa Rica, mas que não vinha sendo cumprida desde 1992”, (FREIRE, 2016, p.37)

A implantação da audiência de custódia na Paraíba tem o objetivo de revolucionar o tratamento da questão penal e carcerário do Estado, pois antes da audiência um preso poderia ficar meses esperando para ser ouvido por um juiz, sendo a prisão preventiva a principal medida adotada, agora essa situação é diferente e o prazo para o preso ser apresentado a um juiz é de 24 horas e a liberdade provisória deve ser a regra nos casos que envolvem menor gravidade. O primeiro caso de audiência na Paraíba ocorreu no mesmo dia da adesão ao projeto e o caso

envolvia a prisão em flagrante de um homem de 20 anos, supostamente envolvido na ocultação de uma arma de fogo na vizinhança. Desempregado e dividindo a casa com a mãe, a mulher e a filha, ele recebeu a chance de responder ao processo em liberdade com a condição de informar eventuais mudanças de endereço (ZAMPIER, 2016, p.85).

Ao terminar a citada audiência a então juíza Higyna Josita explicou que a intenção da implantação da audiência não é para trazer impunidade aos crimes cometidos, mas sim impedir que pessoas de baixa periculosidade entrem nas prisões sem necessidade e de lá saiam pior do que chegaram. Na ocasião a juíza afirmou que a sociedade poderia ficar tranquila que a justiça iria continuar prendendo aqueles que representem perigo a sociedade. O projeto foi implantado primeiro em João Pessoa e para tanto o Fórum da capital passou por reforma para abrigar o projeto e para dar início a aplicação das audiências foram escalados dois juízes, três servidores e um oficial de justiça. A próxima cidade paraibana a receber o projeto deverá ser Campina Grande e posteriormente e estenderá para outras cidades do Estado (ZAMPIER, 2016, p.85).

Considerando a importância da audiência de custódia, pesquisadores como Lopes Junior e Paiva discutem alguns pontos sobre sua aplicabilidade que se não bem discutidos podem entrar em desacordo com o que prega a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, neste sentido eles ressaltam que de acordo com a Convenção “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”. A expressão sem demora é questionada, pois segundo os autores citados

o que deve significar a expressão “sem demora”? Falemos, primeiro, do que não corresponde a tal garantia. A Corte IDH já reconheceu a violação do direito à audiência de custódia pela ofensa à celeridade exigida pela CADH em casos de condução do preso à presença do juiz (a) quase uma semana após a prisão,²⁰ (b) quase cinco dias após a prisão,²¹ (c) aproximadamente trinta e seis dias após a prisão,²² (d) quatro dias após a prisão,²³ entre outros precedentes nos quais restou potencializada a expressão “sem demora” para garantir um controle judicial imediato acerca da prisão (LOPES JUNIOR; PAIVA, 2014, p. 18).

Partindo desta observação Lopes Junior e Paiva questionam se de fato o auto da prisão em flagrante, satisfaz a contento a exigência da audiência de custódia? Segundo eles mesmos a resposta é

evidentemente negativa, sendo bastante clara a insuficiência do regramento jurídico interno. A esse propósito, a Corte IDH tem decidido reiteradamente que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”,²⁴ e ainda, que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”, concluindo que “o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no art. 7.5 da Convenção”(LOPES JUNIOR; PAIVA, 2014, p. 18).

Em suas palavras não satisfaz porque a norma contida Código de Processo Penal – CPP não apresenta convencionalidade quando comparada com os Tratados Internacionais como a CADH, e uma vez que seus preceitos sejam desrespeitados o país pode vir a ser responsabilizado pela Corte IDH.

Segundo Ballesteros (2016) O Brasil baseado na premissa de que “para se alcançar um devido processo, esse deve ser, não apenas legal e constitucional, mas também convencional” como se refere Lopes Junior; Paiva, assim desde que ratificou o acordo o país tem seguido suas propostas, além disso, muitas são as providências que o Estado verifica ser necessárias implantar para que na prática a audiência de custódia surta o efeito desejado, assim seus responsáveis pretendem cuidar para que as audiências de custódia sejam operadas de forma a destinar-se estritamente ao que se propõe, ou seja, garantir os direitos das pessoas presa em flagrante e verificar a imprescindibilidade da manutenção da prisão; quanto aos profissionais consideram que a longo prazo formalize-se os critérios objetivos que combinem o perfil profissional com a impessoalidade das indicações; também consideram importante ofertar

capacitação aos profissionais para que atuem de forma adequada, esta mesma capacitação deverá ser estendida a ordem os advogados do Brasil – OAB, para evitar o despreparo sobre os procedimentos adotados numa audiência de custódia

Estas são algumas das providências a serem adotadas, pois como todo processo está apenas iniciando, algumas situações podem apresentar falhas que não são interessantes e que precisam de atenção e administração competente para se alcançar os objetivos desejados nessa proposta de justiça.

III CAPÍTULO A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA MILITAR

Conforme discussões anteriores, a audiência de custódia, está de acordo com os tratados internacionais, reforça o compromisso do Brasil em relação a proteção dos direitos humanos e segundo os textos desses tratados os direitos se estendem a todos sem distinção, dessa forma, a presente pesquisa que tem o objetivo de discutir o assunto no âmbito militar e neste capítulo discutimos as possibilidades da mesma ser aplicada aos crimes militares.

3.1 A ATIVIDADE MILITAR

A atividade militar e a forma que se desenvolve a mesma é fruto de fatos e ocorrências históricas que ao longo do tempo moldaram sua prática atravessando os períodos e consequentemente sofrendo transformações, assim o modelo que conhecemos hoje é produto histórico ocidental da maneira de administrar a guerra a partir da Idade Média e da sucessão das classes que a protagonizaram e conforme afirma Huntington existe três momentos que delimitam esta trajetória: da Idade Média até o século XVII, o século XVIII e o século XIX, os dois primeiros caracterizados como a fase pré-profissional e o último como o século emergente do profissionalismo militar (MOREIRA, 2011)

Conforme Moreira, na primeira fase, a força militar era marcada pela figura do oficial mercenário e aristocrata amador, estes não consideravam a atividade como profissão, era apenas um negócio ofertado aos reis e chefes políticos em troca de contrapartida pecuniárias ou patrimoniais. No término do século XVII e durante o século XVIII implantou-se um sistema que era chefiado por cavaleiros oriundos da nobreza feudal e o recrutamento dos guerreiros variava entre o alistamento e o voluntariado consoante as possibilidades de pagamento dos soldados. A função primordial da força militar era atender aos interesses da aristocracia e as indicações eram ditadas pela riqueza, origens familiares, influência pessoal e políticas. Esses fatos marcaram a fase pré-profissional da força militar que era completamente destituída de critérios profissionais.

Na segunda fase considerada profissional, segundo Moreira, ocorre no século XIX, é o Estado prussiano que consagrou este processo, os prussianos foram os primeiros a abolir distinções de classe no acesso ao corpo dos oficiais e passaram a pautar seu ingresso com base na educação geral e específica, de promoção na carreira por merecimento e desempenho e a

valorizar e investir no estabelecimento social das instituições formativas militares e no sistema aprimorado e eficiente de estado maior.

Segundo Huntington, mencionado por Moreira (2011, p.11), o profissionalismo militar tem suas bases, “na especialização tecnológica no nacionalismo competitivo, no conflito entre democracia e aristocracia, na presença da autoridade legítima e estável e no serviço militar obrigatório”.

Quanto a especialização, esta decorrente das tecnologias, do desenvolvimento urbano que acarretou a divisão do trabalho e especialização e repercutiram na organização dos exércitos, neste sentido, os exércitos e as forças armadas tiveram aumento de indivíduos que foram divididos por centenas de especializações, a função do profissional militar se concretizou e se especializou o que provocou a distinção de político e de polícia com as quais tinham ligação no passado. A competição entre os Estados possibilitou a criação de um corpo permanente de especialistas com reconhecida utilidade pública e política dedicados aos interesses da segurança pública, a emergência dos partidos e ideais democráticos forneceram as bases para substituição do ideal aristocrático para o representativo, este foi um aspecto que acabou com o monopólio dos nobres no corpo dos oficiais e possibilitou o recrutamento em todas as classes sociais e no século XX o recrutamento militar obrigatório permitiu compor a tropa e a fórmula “nação armada” se impõe como marca do Estado moderno, após a derrota da França em 1870, atribuída ao fato dos prussianos terem mais zelo com a preparação guerreira de seus combatentes.(MOREIRA, 2011).

Segundo dados históricos o marco inicial da atividade policial no Brasil foi a vinda da família real.

As primeiras policiais foram criadas antes mesmo da independência do Brasil. Foi nesse período que surgiram as duas principais instituições policiais que se conhecem hoje no Estado: a Polícia Civil e a Polícia Militar. Esse processo de criação das forças policiais foi condicionado pelas disputas políticas entre o poder central e as lideranças locais, bem como pela realidade social e econômica da época marcada por uma sociedade conservadora de base escravista (HOLLOWAY *apud* SOUSA; MORAES, 2011, p. 10).

A força militar no Brasil, também foi sendo construída e modificada ao longo da história e dos conflitos ocorridos e desde o período colonial a Guerra da Independência e marco jurídico de instituição da Justiça militar no Brasil ocorreu no ano de 1808 quando se criou o conselho Supremo Militar e da justiça. Também é a única justiça especializada

prevista na primeira Constituição de 1981 e Foi “na Constituição Federal de 1934 que se encontrou a solução original de vincular a Corte ao Poder Judiciário, como perdura até hoje, pois, inicialmente, a Justiça Castrense integrava o Poder Executivo (VIERA; CARVALHO, s.d).

A atividade militar é considerada juntamente com a Medicina e com a Advocacia como clássica, “no sentido de que foram as primeiras a reunir, no mundo Ocidental, aquele conjunto de características que são típicas de uma profissão no sentido atual do termo” (Viegas, 2003, p.1)

Conforme menciona Viegas, o militar compartilha com o médico ou com o advogado características que constituem um tipo ideal de ocupação profissional, são elas:

1. Um trabalho especializado baseado em um conjunto de habilidades e um corpo de conhecimento fundamentado em elaborações teóricas;
2. Uma jurisdição exclusiva de atuação profissional, controlada pelos praticantes da profissão;
3. Uma situação protegida de atuação do profissional, baseada em credenciamentos de qualificação criada e controlada pela profissão.
4. Um programa formal de treinamento fornecido fora da atuação profissional de fato e que produz para o treinando as credenciais de qualificação. Este programa de treinamento é controlado pela profissão e está associado à educação superior.
5. Uma ideologia altruísta que assegura um maior compromisso dos praticantes da profissão em fazer um bom trabalho (eficácia), do que em obter vantagens pessoais, assim como valorizar mais a qualidade do que a eficiência econômica deste trabalho (VIEGAS, 2003, p.2)

O militar ingressa na carreira por meio de concurso público e uma vez aprovado submete-se a uma escola de formação, com o fim de avaliação para verificar se o mesmo está apto a exercer o posto. Importante ressaltar que a função exige do indivíduo alto grau de especialização que este adquire através de treinamento específicos. O desempenho do militar depende de uma atuação pautada nas habilidades intelectuais e técnicas que só se tornam possíveis com estudos e treinamentos (MOREIRA, 2011).

As condições de prestação de serviços dos militares no Brasil caracteriza-se pelas regras rígidas que veda determinadas condutas por parte dos militares. A Constituição Federal garante os direitos fundamentais a todo cidadão, após sua última promulgação houve um crescimento exponencial do conhecimento da população sobre seus direitos, entretanto no que

se refere ao âmbito do direito militar caminha-se a passos lentos, não sendo dada a atenção necessários as mudanças “visto que tal campo jurídico não pode ser uma “ilha” no ordenamento jurídico nacional, mas sim, estar em harmonia com os preceitos constitucionais e seu conteúdo principiológico. (PAULA ET AL, 2011, p. 3).

Na concepção dos pesquisadores a hierarquia e a disciplina que são os pressupostos basilares na administração militar, deveriam passar por um processo de filtragem para verificar sua sobrevivência no mundo jurídico, vislumbrando a sua real aplicabilidade, os autores afirmam isso, porque consideram que a classe militar vem sofrendo os reflexos de uma ordenação jurídica chancelada nos anos de 1969 época do regime ditatorial com poderes absolutos, originado do Ato Institucional 5 de 13 de dezembro de 1968, que só terminou em 13 de outubro de 1978 quando a Emenda Constitucional 11 foi promulgada, revogando todos estes atos institucionais arbitrários, neste sentido, destaca-se que os integrantes das forças militares acabaram sendo submetidos

A uma legislação especial, decretada no início desse poder absoluto, pois, a codificação material e processual vigente até os dias de hoje, continuam sendo, os Decretos-Leis 1.001/69 e 1.002/69, ambos, pontificados em 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, respectivamente (PAULA ET AL, 2011, p.1)

Quanto as punições militares os autores acima afirmam que estas não poderiam ser tão somente com vistas a se manter a hierarquia e a disciplina até mesmo porque “acima desses valores existem normas que em verdade são princípios constitucionais que em qualquer situação devem ser respeitados e atendidos”. (PAULA ET AL, 2011, p.6)

O entendimento é de que mesmos estes valores sendo pressupostos que não podem ser afastados de uma instituição militar, ainda assim deve respeitar as garantias processuais e os direitos fundamentais garantidos na Constituição, até mesmo porque a Constituição Federal é norma soberana e portanto todo sistema infraconstitucional deve-se adaptar aos preceitos inclusive o direito militar. Ressaltando-se “também “que por trás de uma farda há um cidadão que possui direitos e nem mesmo o ambiente militar ou a função exercida, lhe retiram tais direitos” Por estas razões, defende-se a necessidade de uma nova releitura do direito militar, defenderem às cegas, a aplicação irrestrita, as regras do Código de Processo Penal Militar – concernente à interpretação literal de suas expressões, considerando ainda que vivemos em um país democrático que marca os novos tempos (PAULA ET AL, 2011, p. 12)

3.2 O CRIME E JUSTIÇA MILITAR

Como destacou Viegas (2003) a profissão militar está subordinada a uma jurisdição exclusiva de atuação profissional, dessa forma, os crimes militares são regidos pela Lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar- CPM que é aplicável aos militares e aos civis, que se enquadrarem em quaisquer das condições incertas no artigo 9º, uma vez que o referido código não traz uma definição do que venha a ser crime militar, então vejamos delitos militares podem ser classificados em:

- Crime Militar Próprio,
- Crime Militar impróprio e
- Crimes Acidentalmente Militares.

No inciso I do art. 9º do CPM, estão inseridas as situações que caracterizam o crime militar próprio ou propriamente dito, ou seja, consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial (BRASIL, 1969, p.1)

Neste artigo é possível observarmos que os crimes militares podem ser praticados por qualquer agente seja militar ou civil e, que se apresentam de forma diversa da Lei penal comum, ou seja, os crimes ali previstos não apresentam correspondência na legislação penal civil, vez que versa sobre as infrações de deveres militares e têm como objeto jurídico a proteção da instituição militar. A exemplo dos crimes de deserção (Art. 187, do CPM), abandono de posto (Art. 195, do CPM), desacato a superior (Art. 298, CPM), dormir em serviço, (Art. 203, do CPM), entre outros (SILVA, 2011, p.1)

Alguns operadores do direito costumam afirmar que o crime militar próprio só pode ser praticado por militar ou assemelhado, como se vê na afirmação de Silva (2011, p.1), ao conceituar o crime militar próprio: “podendo, por isso, ser praticados apenas por militares ou assemelhados”, o que é ledô engano, pois existe na legislação penal castrense um artigo que trata da aplicabilidade de crime militar ao civil, vejamos o que preconiza o art. 183 do Código Penal Militar: “Art. 183 Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação.

Como se pôde demonstrar, especificamente, no preceito legal supra o crime militar próprio, neste caso, pode ser aplicado ao civil, pois, enquanto não houver o ato oficial de incorporação, o indivíduo não é militar, é apenas um civil que fora convocado ao serviço militar, assim sendo, a tese, anteriormente citada, de que somente o militar comete crime militar próprio, não é absoluta, pois há possibilidade plena de ser aplicada a um civil.

Os crimes militares impróprios encontram-se no inciso II do art. 9º do CPM, onde são elencadas várias situações ou condutas que o caracterizam, vejamos:

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996).

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (BRASIL, 1969)

Já os crimes militares acidentalmente militares, encontram-se no inciso III do art. 9º do CPM, onde são elencadas várias situações ou condutas que o caracterizam, vejamos:

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. (BRASIL, 1969)

No parágrafo único do artigo 9º, encontramos a quebra de foro privilegiado dos militares, os quais ao cometem crimes militares dolosos contra a vida de civis, a competência para processamento e julgamento passa para a justiça comum, especificamente, o Tribunal do Júri.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando **dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum**, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011). Grifo nosso. (BRASIL, 2011)

Como podemos notar os crimes militares, exceto aqueles do inciso I, estão todos tipificados do mesmo modo que no Código penal comum, além do que, o parágrafo único traz uma quebra de foro privilegiado dos militares, logo, se a legislação extravagante retirou a competência da justiça militar de julgar os crimes militares dolosos praticados por militares contra a vida de civis, questiona-se se o mesmo poderia ser feito em relação as audiências de custódia.

Não obstante lembrar que por força da Súmula 53 do Superior Tribunal de **Justiça**, “**competete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais**”.

3.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR

Como já definida nesta pesquisa a prisão em flagrante é uma prisão provisória e uma medida cautela e estão tanto no Código Penal Civil como no militar, neste último o auto de prisão em flagrante de delito militar é regulamentado pelo art. 245, tendo quase o mesmo molde do auto de prisão de delito comum, guardando as devidas peculiaridades da vida castrense. E diante da disciplina do Código Penal Militar, a classificação da prisão em Fragrante está assim definida:

flagrante Próprio ou Real (Propriamente Dito), Flagrante Impróprio ou Quase-Flagrante, Flagrante Presumido ou Ficto, Flagrante Compulsório ou Obrigatório, Flagrante Facultativo, Flagrante Preparado ou Provocado, Flagrante Esperado, Flagrante Prorrogado ou Retardado e ainda, Flagrante Forjado (RIO GRANDE DO SUL, s.d, p.4)

O Código de Processo Penal Militar contempla em seu artigo 244 as seguintes formas de flagrante delito, ou seja, aquele que:

a) está cometendo o crime; b) acaba de cometê-lo; c) é perseguido logo após o fato delituoso em situação que faça acreditar ser ele o seu autor; d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, objetos, material ou papéis que façam presumir a sua participação no fato delituoso (RIO GRANDE DO SUL, s.d, p.4).

Os direitos dos presos tem como base a Constituição Federal que no seu inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal confere algumas proteções como:

Comunicação da prisão ao juiz auditor da Justiça Militar: É importante, o presidente do auto, depois da apresentação do preso, e de tomar ciências de todas as circunstâncias da prisão, comunicar a prisão a autoridade judiciária competente. Esta comunicação pode ser feita por via telefônica, por fax, e-mail, ou por qualquer outro meio. Deverá ser informado todas as circunstâncias da prisão (RIO GRANDE DO SUL, s.d p.13).

Uma vez que ocorra a prisão e seguido todo o protocolo previsto neste caso, o preso deverá receber a nota de culpa que lhe dá ciência os motivos de sua prisão e conforme o manual de prisão em flagrante este documento é um mais destacados mecanismo de garantia do cidadão contra prisões abusivas, em caso do não recebimento pelo preso, pode acarretar a nulidade de todo o procedimento e o conseqüente relaxamento da prisão do acusado. A nota de culpa no CPPM é regrada nos mesmos moldes do CPP. A nota de culpa será dada ao preso em vinte e quatro horas após a prisão, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas” (BRASIL, 1969) (RIO GRANDE DO SUL s.d).

Como informa o Manual depois de procedido todas as oitivas e juntado o material probatório o presidente do auto deverá se fazer um relatório apresentando de forma sucinta todos os dados referente a prisão como: horário, data, local do fato infracional, ouvida dos envolvidos, providências adotadas e diligências realizadas, bem como os resultados obtidos. O auto de prisão em flagrante de acordo com o art. 251 “O auto de prisão em flagrante deve ser remetido imediatamente ao juiz competente, se não tiver sido lavrado por autoridade judiciária; e, no máximo, dentro em cinco dias, se depender de diligência prevista no art. 246.” Que diz

se das respostas resultarem fundadas suspeitas contra a pessoa conduzida, a autoridade mandará recolhê-la à prisão, procedendo-se, imediatamente, se for o caso, a exame de corpo de delito, à busca e apreensão dos instrumentos do crime e a qualquer outra diligência necessária ao seu esclarecimento (BRASIL, 1969).

O tempo determinado para remessa do auto de prisão mencionado acima nos remete a audiência de custódia que determina prazo de 24 horas para apresentação do preso ao juiz, o que não está previsto na justiça militar. Considerando que a audiência de custódia também visa garantir os direitos fundamentais da pessoa que for presa e também como se refere o Pacto de San José da Costa rica quando diz que Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser

conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais tendo o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade sem prejuízo de que prossiga o processo.

Em nossa pesquisa não encontramos trabalhos acadêmicos que se posicionem contra ou a favor a aplicação da audiência de custódia no âmbito militar, provavelmente a ausência de tais discussões se dêem pelo fato de que a próprio projeto de audiência de custódia ainda seja um assunto novo, entretanto mesmo sem essas discussões encontramos informações de que nos Estados São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul e Minas Gerais já deram encaminhamento a audiência de custódia no âmbito militar.

No Estado de São Paulo registrou-se a primeira audiência de Custódia em maio do corrente ano e o caso apresentado foi de dois policiais militares presos por crime de abandono de posto e dormir em serviço e foi obedecido as regras da audiência de custódia como:

exame da regularidade de todos os aspectos materiais da prisão e da imprescindível manifestação dos próprios presos, na constatação de que lhe foram assegurados todos os direitos constitucionais (permanecer em silêncio, comunicação da prisão aos familiares e do advogado, conhecimento da identidade dos responsáveis pela prisão e a inexistência de qualquer tortura e maus tratos por parte dos agente do Estado (ROTH, 2016, p.1)

No caso apresentado acima, a Ministério Público e o advogado requereram liberdade provisória, mas a decisão judicial foi favorável aos dois presos, pois proporcionou o relaxamentos da prisões dos policiais e segundo Roth, por falta de formalidade naquela medida constritiva de liberdade.

Em Minas Gerais o Pleno tribunal da Justiça Militar regulamentou “de acordo com a Resolução n. 168/2016, a realização da Audiência de Custódia no âmbito da primeira instância desta Justiça especializada. E de acordo com o Judiciário o ato considerou a Resolução 213/ 2015 do CNJ que consolida a convenção da Corte Interamericana dos Direitos humanos

cujos precedentes exigem a apresentação do militar preso à autoridade judicial, bem como o fato de que a prisão configura medida extrema, justificando-se, tão somente nos casos expressos em lei e quando não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão (MINAS GERAIS, 2016, p.1).

A resolução entrou em vigor em maio do corrente ano e conforme é possível observarmos, o documento se respalda no que diz a CIDH cujos precedentes exigem a apresentação do militar preso à autoridade judicial.

No Estado do Rio de Janeiro a audiência de custódia na Justiça militar Federal começou a ser realizada em setembro de 2015 com trabalho pioneiro da 3ª auditoria do Rio de Janeiro (1ª CJM) também no Rio Grande do Sul sendo presidida pelo juiz auditor Celso Celediano e pelo defensor público federal, José Luiz Kaltbach Lemos. Na ocasião o caso tratado foi de “um soldado do Exército, integrante do 1º Regimento de Carros de Combate, sediado em Santa Maria, que foi preso ao se reapresentar no quartel. Ele encontrava-se Na situação de desertor” o caso ficou assim resolvido:

o magistrado, salientando que a Lei Penal Militar prevê a possibilidade de segregação do desertor por até 60 dias e, considerando que a hierarquia e disciplina não haviam sido restabelecidas, uma vez que aquela já era a segunda deserção do acusado, manteve a prisão do militar, com fundamento no artigo 453, combinado com o artigo 255, alínea “e” do Código de Processo Penal Militar (MICHAELSON, 2016, p.1).

Estes são alguns exemplo de prática de audiência de custódia no âmbito militar que vem a confirmar a importância desse direito aos militares uma vez que como cidadão deve ter seus direitos garantidos, entretanto a realização dessas audiências se dá apenas com base na recomendação do CNJ, dessa forma é possível que quando o Projeto de Lei do Senado que institui a audiência de custódia for aprovado modificado o Código de Processo Penal Comum, pode ocorrer que até os Estados que já adotaram nos crimes militares deixem de fazer.

Considerando que apenas alguns Estados adotaram a audiência de custódia para os crimes militares fica evidente que existe uma lacuna decorrentes da Resolução n.º 213/CNJ, ou seja não trata de adoção desse mecanismo para detentores de foro por prerrogativa de função e, também de regulamentação de jurisdição especializada como é o caso da justiça eleitoral e da justiça militar o fato de se observar a aplicação desse direitos aos militares revela uma lacuna de normatização da resolução que exclui o direito do militar e desconsidera a audiência de custódia como um direito fundamental , além de também de desconsiderar o que diz o tratado de San José da Costa Rica quando o mesmo estabelece a igualdade de direito em relação ao assunto abordado

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão norteadora desta pesquisa foi a implantação da audiência de custódia no âmbito da justiça militar e como não poderia deixar de ser, foi necessário adentrarmos no contexto de histórico que nos permitiu conhecer as origens dos direitos humanos na qual a audiência se funda e identificamos que sua reivindicação sempre acompanhou o homem. Partindo da necessidade de ter seus direitos reconhecidos e respeitados os povos enfrentaram muitas lutas até que estes fossem legitimados por força de lei. Notamos que as contribuições do povo mesopotâmico, grego e romano foram fundamentais, visto que os mesopotâmicos ofereceram ao mundo jurídico a primeira lei de que se tem notícia que foi o Código de Hamurabi, na Grécia as contribuições se referem a ênfase que o se dava a questão da liberdade e da igualdade e também o ideário de Péricles a respeito de participação política e a crença na existência um direito natural, anterior e superior a qualquer outra forma de lei escrita. Roma deixou como contribuição a Leis da Dozes Tábuas e ressalta-se também o papel de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino com suas ideias sobre normas de lei sobre direitos, garantias e lei divina que permeiam a liberdade do homem.

No contexto da evolução dos direitos humanos verificamos a importância das declarações, das revoluções, das guerras, e dos documentos que consolidaram a ética mundial para os valores relativos aos direitos humanos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Brasil essa evolução passa pelas Constituições, pelos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário e também pelas atuais mudanças que sendo implantadas para continuar garantido os direitos fundamentais como tem sido feito desde da última Constituição reconhecida como cidadã exatamente pelo ênfase que deu ao assunto, mesmo assim o país é apontado pelo Relatório da Anistia Internacional como um país que ainda desrespeita os direitos fundamentais, ou seja enquanto retrocede em uns, avança em outros. Os retrocessos segundo o relatório refere-se por exemplo, aos direitos dos índios entre outros e segundo nosso entendimento a audiência de custódia pode representar um avanço no que se refere aos estes direitos, nossa afirmação baseia-se nos documentos que enfatizam a garantia dos direitos fundamentais na implantação da audiência de custódia.

A prática desse recurso como tem visto atualmente na justiça brasileira é recente, mas a ideia não é nova, posto que retrocedendo no tempo, vamos verificar que assim como se deu a evolução dos direitos fundamentais também foi necessário que ocorressem mudanças na

garantia do direitos da pessoa presa, assim estas também foram resultados de processos históricos, sociais, e econômicos. Como destacado na pesquisa as histórias das penas e das prisões forma caracterizadas pela ausência de justiça e desrespeito a dignidade humana. Estes aspectos forma sendo modificado tendo como base as pesquisas, em acordos internacionais e nos princípios constitucionais e nas ações que buscam mudar tal realidade assim como acontece com a prática da audiência de custódia.

Muitas são as razões que justificam a implantação das audiências de custódia como as destacadas no texto, ou seja além de proteger e garantias os direitos da pessoa presa, visa também evitar as prisões desnecessárias, a diminuição da superlotação do sistema carcerário e os custos decorrentes da manutenção do preso, mas destacamos a principal delas que é a proteção dos direitos humanos e sendo assim como prega O pacto de San José da Costa Rica aplicável a todos sem distinção, o militar também deveria ser beneficiado por este direito, mas como ressaltou um dos autores pesquisados se isto ainda não ocorreu é porque existe uma lacuna que exclui os direitos dos militares e conseqüentemente se esquece que para além da função que exerce ele também é um cidadão e num Estado democrático de direito as garantias fundamentais do indivíduo devem ser respeitadas

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Sande Nascimento. Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br>> Acesso em: 20 set. 2016.

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2015/16 Introdução e Panoramas Regionais. Disponível em: < <https://anistia.org.br>> Acesso em: 20 set. 2016.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA , Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011
Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br>> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº1/92ª 38/2002 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

_____, Decreto-Lei nº 1.002, de Outubro de 1969- Código de Processo Penal Militar. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 10/09/2016.

_____, Lei nº 12.432, de 29 de junho de 2011-Estabelece a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do art. 303 da Lei nº7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica, alterando o parágrafo único do art. 9º do

Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 10/09/2016.

BALLESTEROS, Paula. Implementação das audiências de Custódia no Brasil: Análise de experiência e recomendações de aprimoramento. Brasília -2016. Disponível em< www.justica.gov.br> Acesso em 30/09/2016.

CRUZ, André Gonzalez. A prisão penal no Brasil. O funcionamento da prisão penal segundo a jurisdição Brasileira e suas interpretações. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br> > Acesso em 30/09/2016.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em < www.stf.jus.br> Acesso em 10/09/2016.

CASTILHO, Ricardo. Direitos humanos. São Paulo: Saraiva 2012.

CASADO FILHO, Napoleão. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Joice Martins. A evolução histórica dos direitos humanos. Disponível em:< <https://jus.com.br>> Acesso em 10/09/2016.

CIDH Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução 1/2013. Disponível em < <https://www.oas.org>> Acesso em 09/09/2016.

CAPEZ, Fernando. BONFIM, Edilson Mougnot. Direito Penal, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONVENÇÃO Americana de Direitos humanos. Pacto San José da Costa Rica. Disponível em < <http://www.pge.sp.gov.br> > Acesso em 09/09 / 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br> > Acesso em 10/09/2016.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve história do direito penal e da evolução da pena. Disponível em: < <http://www.periodicosibepes.org.br> > Acesso em: 20 set. 2016.

FREIRE, Tatiane. Lewandowski quer levar projeto audiência de custódia a outras capitais e comarcas do país. In: Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Audiência de custódia. Brasília-2016 Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 28/09/2016.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 5.ed. São Paulo: Atlas,1999.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas. Niterói. Ímpetos. 2016.

HEINTZE, Hans-Joachim Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PETERKE Sven. Manual prático de direitos humanos internacionais. Disponível em < <http://www.dhnet.org.br> > Acesso em 09/09/2016.

JUNIOR, Milton dos Santos. SANTOS, Gustavo Martins dos. GABRIEL, Anna Laís Pacheco. Evolução histórica e formação os tratados internacionais perante a Constituição Brasileira de 1988. Disponível em < ienomat.com.br/revistas > Acesso em 09/09/2016.

LOPES JR. Aury. PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Disponível em <<http://www.revistaliberdades.org.br>> Acesso em 30/09/2016.

MOREIRA, Nádia Xavier. Instituições militares: Uma análise sociológica. Disponível em <<https://www.marinha.mil.br> > Acesso em 03/11/2016.

MINAS GERAIS, RESOLUÇÃO N. 168/2016 Regulamenta a realização da Audiência de Custódia, no âmbito da justiça militar de primeira instância do Estado de Minas Gerais. Disponível em <<http://www.tjm.mg.gov.br>> Acesso em 03/11/2016.

MICHAELSON, Mauricio. Audiência de Custódia. Disponível em < <http://odireitodomilitar.blogspot.com.br> > Acesso em 03/11/2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Resistência Crítica e Poder Punitivo: Diálogos em torno da Audiência de Custódia. In: Revista Síntese direito penal e processual. Disponível em < www.bdr.sintese.com > Acesso em 8/10/2016.

NETO, Rodrigo Gondim. Prisões cautelares e o vícios da prisão temporária. Monografia entregue a Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Disponível em < <http://www.fespfaculdades.com.br>> Acesso em 28/10/2016.

PRODANOV, Cleber Machado. FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em < <https://www.feevale.br>> Acesso em 09/09/2016.

PIOVESAN, Flávia Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROTH, Ronaldo João. A justiça militar, a audiência de custódia e os direitos humanos. Disponível em < <http://www.tjmsp.jus.br>> Acesso em 03/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL, Manual de prisão em flagrante delito e detenção. Disponível em < <https://www.brigadamilitar.rs.gov.br>> Acesso em 03/11/2016.

SILVA, Júlio Lopes da. Definição e conceito de crime militar. Disponível em < <http://jusmilitar.blogspot.com.br/>> Acesso em 28/0/2016.

TAIAR, Rogério. Direito Internacional dos direitos humanos uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese de Doutorado apresentada a Universidade de São Paulo 2009. Disponível em < www.teses.usp.br> Acesso em 09/09/2016.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve Histórico acerca das Constituições do Brasil e do controle de Constitucionalidade brasileiro. Revista Brasileiro de Direito Constitucional. Dez 2010. Disponível em < <http://www.esdc.com.br>> Acesso em 05/09/2016.

VIEGAS, Carlos Eduardo M. A profissão militar e as mudanças na guerra: Devem os policiais militares combater o crime urbano? Disponível em <http://www.ufscar.br> Acesso em 03/11/2016.

VIEIRA, Thiago de Lima Vaz. CARVALHO, Natália da Silva de. Justiça militar n Brasil. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br>> Acesso em 03/11/2016.

ZAMPIER, Débora. Presidente do CNJ lança audiência de Custódia na Paraíba. In: Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Audiência de custódia. Brasília-2016 Disponível em < <http://www.cnj.jus.br>> Acesso em 28/09/2016.