

INTRODUÇÃO

Trata-se a presente monografia sobre o tema da Constitucionalidade da Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro, a qual se concentra no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal.

Tem por objetivo abordar a respeito de um importante Instituto ainda novo no Ordenamento Jurídico Brasileiro, porém que deu origem a grandes discussões, dentre elas, sua conformidade com a Constituição da República do Brasil. O método utilizado na elaboração da presente monografia foi à pesquisa teórico-dogmática, baseando-se em pesquisas bibliográficas, doutrinas, leis e jurisprudências.

Foram obtidas informações do campo do Direito Processual Penal, bem como da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

A escolha do tema surgiu através de pesquisas e acompanhamentos dos debates realizados entre diversos autores a respeito desta medida, bem como, do fato da pesquisadora trabalhar na área criminalística e conhecer de perto e na prática o meio jurídico abordado.

A Audiência de Custódia é uma medida que tem por objetivo a tentativa de redução das prisões consideradas desnecessárias e ilegais, estabelece que uma determinada pessoa que teve sua liberdade interrompida em decorrência da prática de um ato ilícito, será dentro do prazo máximo de 24 horas, encaminhada à presença de um Juiz de Direito, onde estarão presentes o Ministério Público e o Defensor Público, momento em que estes irão argumentar e contra argumentar a respeito da legalidade desta prisão, bem como, da necessidade de manter-se a prisão ou a possibilidade de conversão desta em outra medida cautelar.

De acordo com a realização da Audiência de Custódia, poderá ser analisado se ao efetuar-se a prisão em flagrância, o suspeito foi submetido a tratamentos desumanos ou alguma forma de abuso de poder por parte de quem realizou a prisão.

Esta medida tem previsão no Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo Brasil no ano de 1992, contudo, não tem sido respeitada pelos aplicadores do direito, visto que, a Audiência de Custódia tem sido substituída pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito realizado em delegacia civil pelo escrivão de polícia.

A Audiência de Custódia trata-se de uma Audiência de Apresentação. Nesta Audiência não poderão ser discutidos méritos nem o motivo pelo qual se efetivou a prisão, mas tão somente a forma e a legalidade desta. Logo, ficará o juiz vedado da realização de perguntas que possam induzir o suspeito a uma provável confissão, bem como, não é possível juízo de valor.

Expõem a respeito do princípio da presunção de inocência previsto na Constituição da República Federativa do Brasil o qual prevê que toda pessoa antes da sentença transitada em julgado é considerada presumidamente inocente, e esta presunção, não se estende a culpa, logo, cabe ao Estado provar a culpabilidade do suspeito.

Com base no princípio da presunção de inocência, não poderá o Juiz de Direito julgar a liberdade de alguém se baseando tão somente nos fatos trazidos pela Autoridade Policial.

A presente monografia, também esclarece a respeito do Controle de Constitucionalidade, suas espécies e funcionalidade, bem como, a análise dos critérios utilizados para que uma determinada norma esteja em concordância com os parâmetros da Constituição da República Federativa do Brasil. Posteriormente, trata a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, proposta pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil.

Também discute pontos relevantes a respeito da Audiência de Custódia, seus bônus e ônus, além disso, explica as funções do Poder, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esclarece a respeito da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, bem como suas atribuições e opiniões a respeito do tema abordado.

No primeiro capítulo, debate a respeito do Controle de Constitucionalidade realizado nas leis, afim de não permitir a introdução de leis incompatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como, descreve de maneira sucinta as formas de inconstitucionalidade existentes.

No segundo capítulo, aborda a origem das penas e os direitos e obrigações dos presos. Posteriormente no capítulo terceiro, faz-se um breve apanhado sobre o artigo 7º item 5 do Pacto de São José da Costa Rica, bem como, a importância da apresentação do preso sem demora à presença do magistrado, os benefícios que esta conduta poderá fornecer, bem como, relata as medidas que os magistrados poderão adotar ao analisarem os motivos aos quais se realizou a prisão.

Por fim, no capítulo quarto, descreve o Instituto da Audiência de Custódia, a maneira como surgiu, seus pontos positivos e negativos, o posicionamento da Associação de Delegados de Polícia do Brasil, aborda o princípio da presunção de inocência, bem como, a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240 de autoria da ADEPOL/BRASIL, onde alterca a Constitucionalidade da Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro e deixa claro que esta medida não se trata de uma inovação ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS FUNÇÕES DO PODER ESTATAL

1.1 NOÇÕES GERAIS

O Controle de Constitucionalidade trata-se de um mecanismo por meio do qual se controlam os atos normativos, bem como as leis, verificando a adequação destes com os preceitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Deste modo, o Controle de Constitucionalidade para Afonso (2006, p.47- 49) tem como base:

A rigidez que está na Constituição da República do Brasil, sendo que esta ocupa a posição mais alta da pirâmide do Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo como suporte o Princípio da Supremacia da Constituição, como preleciona o Professor José Afonso da Silva, “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, ou seja, todos os poderes políticos serão validos na medida em que estiverem em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil, não é uma Carta fácil de ser alterada, visto que, dentre suas características, está a de ser uma Constituição rígida, contudo existem autores, por exemplo, o Professor Alexandre de Moraes, que faz referência à CRF/88, como sendo uma Constituição super rígida.

A exemplo de sua rigidez tem-se o artigo 60, § 4º, I, II, III, IV, o qual prevê as chamadas cláusulas pétreas, as quais não podem ser objeto de emendas constitucionais que tendem a aboli-las, por outro lado, podem ser ampliadas.

Artigo 60, parágrafo 4º, I, II, III e IV da CRF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Deste modo ensina Barroso (2004, p. 62):

A Constituição é um documento que aspira à permanência, mas não à perenidade. Por tal razão, todas as Constituições modernas, desde a norte-americana, de 1787, prevêm a possibilidade de sua própria reforma e estabelecem as regras que vão reger a matéria. A reforma da Constituição, como se sabe é obra do poder constituinte derivado, e, como tal, representa o exercício de um poder constituinte derivado, e, como tal, representa o exercício de um poder que é juridicamente limitado. É o próprio o próprio constituinte originário quem regula o processo de criação de novas normas constitucionais, bem como determina o conteúdo que possam ter.

E continua o autor afirmando que:

No Brasil, a Carta em vigor aponta as pessoas e órgãos que têm legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo ainda, na tradição nacional de rigidez constitucional, as seguintes regras: a) discussão mediante votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa.

Portanto, para que uma determinada norma esteja de acordo com os parâmetros da CRF/88, faz-se necessário que esta, seja submetida ao Controle de Constitucionalidade, por meio do qual será analisada sua compatibilidade com a CRF/88, que está no topo da pirâmide normativa, e por este motivo não pode ser contrariada.

Havendo uma determinada norma discordante com a CRF/88, esta não possuirá validade, deste modo, será considerada inconstitucional.

Segundo reza Barroso (2006, p. 29):

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de

valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a atenção dos juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição, e a ele se dedicará um tópico desta exposição.

1.2 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Existem dois tipos de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por ação trata-se da elaboração de atos legislativos em desacordo com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme ensina Carvalho (2008, p. 353):

Este tipo de inconstitucionalidade pressupõe uma conduta positiva do legislador, que se não compatibiliza com os princípios constitucionalmente consagrados. Envolve um facete do Estado, e compreende os atos legislativos incompatíveis com a Constituição. A inconstitucionalidade por ação acarreta a invalidação de um ato que existe que foi praticado.

A inconstitucionalidade por ação se divide em inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade material ocorre quando há irregularidades no conteúdo da lei, como por exemplo, uma determinada lei prevendo a pena de morte no Brasil para crimes hediondos, o que não seria permissível, haja vista, a Constituição da República Federativa do Brasil vedar a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Portanto, uma determinada norma que previsse a pena de morte para crimes hediondos estaria em desconformidade com um direito previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, assim sendo seu conteúdo seria inconstitucional.

Nas palavras de Barroso (2006, p.29):

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em

concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.

Por outro lado, a inconstitucionalidade formal é quando o vício está no processo de criação da lei, tendo em vista que toda lei possui seu processo de criação, e quando existe alguma irregularidade neste processo tal lei será inconstitucional por vício de iniciativa, como por exemplo, se o Legislativo propuser um determinado projeto de lei que aborde a respeito de uma matéria que seja de competência exclusiva do Executivo.

Deste modo, ensina Pedro Lenza, que se trata de inconstitucionalidade por vício formal objetivo e vício formal subjetivo.

De forma mais detalhada, Lenza (2011, p. 232):

Vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa. Tomemos um exemplo: algumas leis são de iniciativa exclusiva (reservada) do Presidente da República como as que fixam ou modificam os efeitos da Forças Armadas, conforme o art. 61, § 1º, I, da CF/88. Por seu turno, o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Como exemplo citamos uma lei complementar sendo votada por um quorum de maioria relativa. Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade forma e material, Lenza (2010. p. 206-2011) esclarece que:

Ressalta que a inconstitucionalidade formal recebe também o nome de inconstitucionalidade nomodinâmica, porque se trata de um vício oriundo da afronta ao devido processo legislativo da formação do ato normativo, que está em movimento. E que, pelo fato do vício material se referir a uma questão substancial e estática (parada), a inconstitucionalidade material também recebe o nome de inconstitucionalidade nomoestática.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando existe a falta de um ato que regulamente um direito previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em outras palavras tem-se um direito expresso na CRF/88, mas este direito depende de uma lei e esta lei não foi criada, portanto trata-se de uma norma de eficácia limitada que depende de outra lei para ser exercida.

Conforme preceitua Novelino (2010. p.68):

Salvo na hipótese de recepcionar uma legislação precedente, não possuem eficácia positiva desde sua entrada em vigor, mas são dotadas de eficácia negativa, ab-rogando a legislação anterior incompatível e impedindo a edição de normas em sentido oposto.

Conforme Lenza (2014, p.286):

Inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.

Por fim conclui-se dizer que o legislador busca através do Controle de Constitucionalidade evitar o ingresso de leis incompatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1.3 CONTROLE PREVENTIVO E REPRESSIVO

Controle Preventivo, a priori, ocorre antes do nascimento da lei. Este controle impede o nascimento de lei inconstitucional, verifica-se por meio do Legislativo, através das chamadas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), sendo, portanto, um controle prévio, realizado por parlamentares que irão analisar se o projeto de lei é constitucional. Este controle vai ser realizado sobre o projeto de lei ou proposta de Emenda Constitucional (PEC).

Nas palavras de Lenza (2007. p.161):

Ao apresentar projeto de lei, o agente que o fizer deve verificar se o mesmo não apresenta elementos que possam conduzir a uma eventual declaração de inconstitucionalidade do respectivo projeto de lei. O controle prévio também pode ser realizado pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além do Controle Preventivo realizado pelo Legislativo, existe o controle preventivo realizado pelo Presidente da República, ou seja, pelo Executivo, sendo chamado de veto jurídico. Assim o Presidente do Executivo pode vetar um

determinado projeto de lei, sendo que para tanto terá que observar dois requisitos, primeiro a inconstitucionalidade e segundo se o projeto é contrário ao interesse público.

Segundo Lenza (2014, p. 294), “existe o controle preventivo realizado pelo Judiciário, o qual busca garantir ao parlamentar o respeito ao devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as regras da Constituição”.

O Controle de Constitucionalidade Repressivo, a posteriori, ocorre quando a lei já existe, cabendo, portanto reprimi-la. Tal dispositivo é realizado por meio do Judiciário de duas maneiras, por intermédio do Controle Difuso e Concentrado.

Controle Difuso de Constitucionalidade idealiza um Controle norte-americano, onde o juiz poderá declarar a inconstitucionalidade de uma determinada lei nacional, podendo ser realizado por intermédio de um juiz de primeira instância, de segunda instância, desembargador do Tribunal de Justiça ou até mesmo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, se baseando em um caso concreto. Contudo, os efeitos desta decisão apenas serão produzidos entre as partes daquele determinado processo.

O Tribunal também poderá realizar o Controle Difuso, mas apenas nos termos do artigo 97 da Constituição da República Federativa do Brasil e ainda respeitando a Cláusula de Reserva do Plenário, a qual frisa que os Tribunais apenas poderão declarar uma lei inconstitucional por maioria absoluta de seus membros ou por meio de membros de um órgão especial.

Assim prescreve Lenza (2014, p.304):

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade.

Tal Controle também é conhecido como controle aberto, indireto ou subjetivo, onde todos os magistrados no ato do julgamento dos seus processos poderão exercê-lo, contudo, sem ultrapassar sua competência jurisdicional, que nada mais é do que a competência atribuída ao juiz para atuar em determinada área.

Conforme estabelecido no artigo 97 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

1.4 AS FUNÇÕES DO PODER ESTATAL, LEGISLATIVA, EXECUTIVA E JUDICIARIA

No Brasil existe uma divisão das funções do Poder, que foi consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil: o Executivo, Legislativo e o Judiciário. Esta separação de funções visa entre outros objetivos, preservar a liberdade individual de cada um, não permitindo a existência de uma concentração de poder.

Segundo ensina Lenza (2014, p. 554):

A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais.

O Executivo é composto pelo Presidente, seu gabinete de ministros e seus respectivos secretários, tendo como objetivos governar o povo e administrar os interesses públicos de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, além disso, o Executivo exerce a função legislativa por meio das medidas provisórias e leis delegadas. Podendo ainda, participar do processo legislativo por intermédio da iniciativa, sanção ou veto e promulgação das leis, sendo previsto no Capítulo II do Título IV, nos artigos 76 a 91 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Legislativo tem por objetivo elaborar normas de Direito, bem como legislar a respeito das várias esferas políticas e constitucionais do país, aprovando, rejeitando e fiscalizando as propostas feitas pelo Executivo. No Brasil o Legislativo é

representado pelas Câmaras de Deputados e pelo Senado Federal. Em se tratando de níveis Municipais e Estaduais o Legislativo é encaminhado através da Câmara dos Deputados e Vereadores.

A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, que são eleitos pelos Estados e Distrito Federal, conforme o chamado Sistema Proporcional, o que estabelece que as cadeiras parlamentares ocupadas por cada partido serão determinadas de acordo com a proporção de votos obtidos por este.

Assim preleciona o Artigo 45 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Artigo 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. (Vide Lei Complementar nº 78, de 1993)

§ 2º Cada Território elegerá quatro Deputados.

No Senado Federal, a representação é constituída por representantes dos Estados e do Distrito Federal, que serão eleitos segundo o Sistema Majoritário, que é o Sistema realizado para eleger o Senador da República, Presidente da República, Governadores da República e Prefeitos. Neste Sistema, seus membros serão eleitos através do número de votos válidos de cada candidato registrado pelo partido.

Neste Sistema, levam-se em conta os votos obtidos pelo candidato e não pelo partido político. No Sistema Majoritário Simples, qualquer maioria de votos elegerá o candidato, já no Sistema Majoritário Absoluto existe a exigência de no mínimo a maioria absoluta de votos.

Conforme o artigo 46 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

§ 2º A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

§ 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes.

Na esfera Municipal, encontram-se os Vereadores Municipais que compõem o Poder Legislativo, sendo eleitos através do Sistema Proporcional e possuem um mandato de quatro anos. Na esfera Estadual têm-se os Deputados Estaduais, que também são eleitos pelo Sistema Proporcional e também fazem jus a um mandato de quatro anos.

O Judiciário, por sua vez, tem poderes para exercer julgamentos, que se constituem através das regras constitucionais e normas, tendo como seus órgãos de funcionamento o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais do Trabalho, os Tribunais Eleitorais, os Tribunais Militares e os Tribunais dos Estados. Portanto compete ao Judiciário resolver as lides, aplicando o direito ao caso concreto. O Judiciário no Ordenamento Jurídico Brasileiro poderá ser dividido em Justiça de Âmbito Federal e Justiça em Âmbito Estadual.

2 ORIGEM DAS PENAS E OS DIREITOS RESERVADOS AOS PRESOS

2.1 O PODER PUNITIVO ESTATAL

A norma jurídica se dá a partir do preceito juntamente com a sanção, sendo o preceito a parte da norma que estabelece o que se deve ou não fazer. Em outras palavras seriam as regras impostas a cada cidadão. Por outro lado a sanção é a pena que viola as normas impostas.

Para Nucci (2011, p. 391):

A sanção imposta pelo Estado, através da ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

A partir da punição do agente delituoso, busca-se o Estado a prevenção dos atos ilícitos, contudo nem sempre as medidas impostas são suficientes para evitar acontecimentos delituosos. Em muitos casos, mesmo com a imposição de medidas mais severas de pena, por exemplo, a restrição da liberdade do agente, após o cumprimento da pena e retorno para a sociedade, este mantém a prática de delitos, o que mostra a ineficácia das sanções impostas pelo Estado. Na maioria das vezes o que o Estado busca com a aplicação de sanções é uma regeneração do indivíduo, porém nem sempre obtém êxito.

Portanto, para se tentar explicar o motivo de punir, bem como os fundamentos da pena, e o que se busca através de sua aplicação, vale explicar três Teorias, sendo elas a Teoria Absolutista ou Retributiva, a Teoria Relativa ou Utilitária e a Teoria Mista.

2.2 TEORIA ABSOLUTISTA OU RETRIBUTIVA

A Teoria Absolutista ou Retributiva baseia-se em um conceito de justiça. Para esta Teoria somente o que for igual será considerado justo. Assim, não possui como base os fins utilitários da pena, não visa sua utilidade, tendo em vista tão somente a punição do ato ilícito, como meio de retribuir ao criminoso naquilo que ele fez.

Segundo esta Teoria o objetivo único e principal é a punição do indivíduo, não havendo qualquer preocupação com a regeneração, nem meio de correção do mesmo, busca-se trazer um prejuízo para aquele que cometeu uma determinada infração. Nesta Teoria, não existe a imposição de trabalho com a finalidade de dignificar o homem, nem mesmo, busca a reparação do dano, buscando-se apenas o castigo e a punição do infrator.

Conforme ensina Silva (2002, p. 35):

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.

2.3 TEORIA RELATIVA OU UTILITÁRIA

A Teoria Relativa ou Utilitária, por sua vez, coloca a pena como sendo um fim prático. Em outras palavras, a prevenção. Para esta Teoria a pena é um meio de intimidar aquele que cometeu um ato delituoso. De acordo com esta Teoria a pena é considerada um mal para aquele indivíduo que irá sofrê-la e também para a coletividade que terá que suportar o ônus. Diferentemente da Teoria Absolutista ou Retributiva, esta Teoria visa prevenir a prática de novos delitos.

Segundo esta Teoria, se o indivíduo não for punido, terá grandes chances de voltar a cometer novos delitos.

De acordo com Carnelutti (2004, p.73):

Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estimulo ao cometimento de outros; por isso *punitur ne peccetur*, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente.

Desta forma, a punição do agente delituoso é um exemplo para o restante da sociedade e com base nesta punição poderá prevenir a prática de novos delitos.

2.4 TEORIA MISTA

A Teoria Mista sustenta o caráter retributivo da pena. Conforme esta Teoria existe a necessidade de se conjugar os verbos prevenir e reprovar o crime. Aqui houve uma unificação da Teoria Absolutista com a Relativa, tendo como características os critérios da retribuição e da prevenção do mal que ora lhe foi cometido (SOUZA, 2006, p.85).

De acordo com esta Teoria, a punição do agente serve como prevenção para futuros delitos, como também serve de meio para se punir o agente delituoso, ou seja, um objetivo completando o outro. Esta Teoria foi adotada pelo Código Penal Brasileiro, o qual preceitua em seu artigo 59:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Deste modo, a punição está unicamente ligada à Teoria Absolutista, ao passo que a prevenção estará baseada na Teoria Relativa.

2.5 DIREITOS E OBRIGAÇÕES RESERVADOS AOS PRESOS

O indivíduo, mesmo após ter sua liberdade cessada pela prática de um determinado crime, continuará sendo titular de direitos e obrigações. No ato da prisão se destaca um dos primeiros direitos que possui o agente delituoso, que é o de ter conhecimento a respeito do motivo de sua prisão, ter um advogado, bem como, o aviso aos seus familiares sobre o ocorrido.

É direito do preso de ser tratado com dignidade e não sofrer qualquer tipo de tortura conforme os parâmetros da lei, como descreve o artigo 5º, III da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Os direitos dos presos são reservados tanto para aquele que ainda está respondendo ao processo, quanto para aquele que já teve sua sentença transitada em julgado. Havendo algum tipo de violação a qualquer direito do preso, poderá este, reclamar diretamente com o diretor do presídio, e se mesmo após a reclamação não se resolver o conflito, poderá o preso ser levado a um juiz, visto que todo preso estará vinculado a um juiz.

O artigo 41 da Lei de Execução Penal determina os direitos dos presos, como se vê:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

O preso também terá direito ao trabalho, sendo esta, uma medida de abatimento de pena. Já o preso provisório, que é aquele que ainda não teve sua sentença definitiva decretada, não estará sujeito ao trabalho, mas uma vez optando por trabalhar, este ato valerá como forma de remissão de pena, caso venha a ser condenado. Por outro lado, para aquele que foi condenado à pena privativa de liberdade, o trabalho não se trata de um direito mais sim de uma obrigação.

Conforme estabelece o artigo 31 da Lei de Execução Penal:

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Além dos direitos citados, os presos também possuem alguns deveres, como por exemplo, de bom comportamento, tendo em vista que seu mau comportamento enseja em perdas de benefícios que obteria.

Em havendo condições deverá o preso indenizar o Estado, bem como a vítima e herdeiros pelos gastos que gerou com sua prisão.

Os deveres dos presos estão descritos no artigo 39, II da Lei de Execução Penal, abaixo relacionados:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

3 ANÁLISE DO ARTIGO 7º, ITEM 5 DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

3.1 BREVE HISTÓRICO

O Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado pelo Decreto nº 678 e assinado pelo Brasil na data de 22 dias do mês de novembro do ano de 1969. E ratificado na data de 6 dias o mês de novembro do ano de 1992, tais Diplomas Internacionais de Direitos Humanos, gozam de caráter supra legal, ou seja, se encontram acima da lei e abaixo da Constituição da República Federativa do Brasil.

A principal finalidade do Pacto de São José da Costa Rica é estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana.

Dentre os diversos direitos retratados pelo Pacto de São José da Costa Rica, tem-se o da garantia da razoabilidade do julgamento da pessoa presa, ainda assegura sua real e rápida apresentação à presença de um magistrado.

Observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, não é a única que deverá ser observada quando estiver tratando-se da constitucionalidade de uma determinada lei, o Pacto de São José da Costa Rica, também deverá ser analisado, visto que na própria CRF/88, o artigo 5º, § 2ª, preleciona que os direitos ali previstos não obstam os decorrentes dos Tratados Internacionais os quais a República Federativa seja parte, assim sendo, não existem dúvidas acerca da força que os Tratados possuem.

3.2 A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO AO MAGISTRADO

Entre os direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, tem-se o direito do preso de ser encaminhado à presença de um magistrado, logo depois de efetuada a sua prisão em flagrante delito.

Conforme reza o artigo 7º, item 5 do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana dos Direitos Humanos:

Artigo 7º, 5: Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

De acordo com este artigo, observa-se que a garantia de ser levado à presença de um juiz de direito trata-se de uma norma anterior, mas que na prática não tem sido respeitada. Ainda com base no artigo 7º item 5 do Pacto de São José da Costa Rica, esta norma acompanha o Ordenamento Jurídico Brasileiro desde o ano de 1992, quando o Brasil assinou e ratificou o Pacto.

Entretanto, na prática, o que ocorre após a prisão em flagrante de uma determinada pessoa, é o encaminhamento do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD) para o juiz, como forma de comunicar-lhe a respeito da prisão de alguém.

Deste modo, ensina Lopes e Paiva (Revista Consultor Jurídico, 2014):

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no artigo 306, parágrafo 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

3.3 MEDIDAS ADOTADAS PELO MAGISTRADO APÓS ANALISAR O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

O Auto de Prisão em Flagrante Delito trata-se de um documento redigido em Delegacia de Polícia Civil, pelo escrivão de Polícia, onde o mesmo irá relatar a respeito da prisão de uma determinada pessoa. Posteriormente, realiza-se a redução a termo dos depoimentos do condutor que efetuou a prisão, juntamente com sua assinatura, e lhe será entregue uma cópia dos seus depoimentos, acompanhada do recibo comprovando que houve a efetiva entrega do preso à autoridade. Logo em seguida, serão reduzidos a termo os depoimentos das testemunhas que acompanharam a prisão ou ação policial, assim como, as declarações do autor do delito, o qual será inquirido a respeito dos fatos os quais está sendo acusado.

Este APFD será desde logo enviado ao magistrado no prazo máximo de 24 horas após efetuada a prisão, sob pena desta ser considerada nula e conseqüentemente relaxada, também será enviado uma cópia ao Ministério Público e à Defensoria Pública, caso o preso não identifique o seu Defensor.

Com o recebimento do APFD, deverá o juiz adotar as medidas cabíveis, conforme o artigo 310, I, II e III do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal;

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Audiência de Custódia teve início na data de seis dias do mês de agosto do ano de 2011, por meio do Projeto de Lei 554/2011 de autoria do Senador Federal Antônio Carlos Valadares, tal instituto tem por objetivo a alteração do parágrafo I do artigo 306 do Código de Processo Penal Brasileiro, acrescentando o prazo máximo de 24 horas para a efetiva apresentação do suspeito ao Juiz de Direito, onde estarão presentes o Defensor Público e o Ministério Público.

Nas palavras de Lopes e Paiva (Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal, 2014):

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. O expediente, anota Carlos Weis, “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”.

Os objetivos principais desta Audiência são decidir a respeito da legalidade da prisão, analisar se houve maus tratos com o suspeito, se existe a necessidade de manter-se a prisão ou se poderão ser adotadas medidas diversas.

O Instituto da Audiência de Custódia no Estado de São Paulo teve iniciativa por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015, do Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério Público

Estadual, na data de vinte e quatro dias do mês de fevereiro do presente ano. Tal iniciativa se deu no Fórum Ministro Mario Guimarães onde foram realizadas diversas Audiências de Custódias.

4.2 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Apesar de tratar-se de um Instituto novo, muito se tem discutido a respeito dos benefícios e desvantagens que esta implantação trouxe ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A Audiência de Custódia se mostra viável quando se diz respeito à tentativa de redução da superlotação carcerária, conforme dados trazidos pelo Boletim de Ocorrência Consultor Jurídico, os quais revelam que após a adoção das Audiências de Custódias houve uma diminuição de pelo menos seis mil presos provisórios.

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI nº 5240, afirmou que este instituto se mostra eficaz quanto à diminuição de atos de tortura e maus tratos que o suspeito possa ser submetido, até mesmo em razão de uma provável confissão a respeito do fato o qual está sendo questionado.

Por se tratar de uma Audiência de Apresentação, fica o magistrado adstrito a realização de perguntas que possam vir a condenar o agente, bem como adentrar ao mérito, sendo apenas possível, a realização de perguntas relacionadas à forma como se realizou a prisão, bem como, as circunstâncias desta.

A realização da Audiência de Custódia pode ser considerada uma das melhores formas de respeito ao contraditório e a ampla defesa, bem como, ao Princípio da Presunção de Inocência, o qual está estabelecido no artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil: artigo 5º da CRF/88 "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Por outro lado, existem grandes preocupações com relação à grande demanda de presos em flagrante delito, bem como, a escassez de Magistrados, Defensores Públicos e Promotores. Sem deixar de lado o interesse da população,

que será atingida diretamente por tal medida, visto que, trará às ruas pessoas que por algum momento estão sendo suspeitas de terem trazido prejuízos à sociedade.

Entretanto, nada poderá abster o Estado de sua função de guardião da lei, logo, tem o dever de proteção quanto aos direitos e garantias fundamentais inerentes a cada ser humano.

A Audiência de Custódia é voltada para aqueles que tiveram a sua liberdade cerceada por motivo de prisão em flagrante, vale salientar que até o momento da realização da Audiência de Apresentação, não houve a realização de um julgamento, logo, se pressupõem a inocência deste indivíduo, haja vista, a CRF/88 prevê o princípio da presunção de inocência, que conforme o artigo 5º LVII estabelece que ninguém será considerado culpado antes de ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal que o condene.

Diante disso, não poderá um suspeito, ter sua liberdade cessada, somente pela existência de indícios da prática de um delito.

O Provimento Conjunto nº 03/2015, do Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, busca a regulamentação do rito da realização das Audiências de Custódias e não sua criação, haja vista, este direito já ter sido acolhido pelo Brasil, através da ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o qual possui status de norma *supralegal*, ou seja, acima da lei ordinária e abaixo da CRF/88.

Conforme estabelecido no artigo 5º parágrafo 2º da CRF/88, os direitos e garantias previstos por esta, não obstam os trazidos pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, desta forma percebe-se a importância que esta Convenção possui no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

4.3 ADEPOL CONTRA A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil trata-se de uma Associação sem fins lucrativos que possui como objetivo, representar os Delegados de Polícia, nos Estados, bem como fora destes.

Na data de 12 dias do mês de fevereiro do presente ano, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, insatisfeitos com este Instituto, ingressaram com uma ação em desfavor da implantação desta medida.

Para a Associação de Delegados de Polícia do Brasil, esta medida fere a CRF/88, visto que, está em discordância com os preceitos desta.

Diante disso, a ADEPOL ajuizou a ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº5240), com pedido de liminar, em desfavor das Audiências de Custódias. De acordo com a ADEPOL, tal medida é inconstitucional por dois motivos, primeiro por ter ocorrido vício de iniciativa, uma vez que somente a União por meio do Congresso Nacional, pode legislar sobre Direito Processual Penal, como reza o artigo 22, I da Constituição da República Federativa do Brasil:

Segundo o art. 22 compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Ainda de acordo com a ADEPOL/BRASIL houve um desrespeito frente às três funções do Poder, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, tendo em vista, que os delegados estão submetidos ao Executivo e ao Judiciário, sendo assim, não poderá o Legislativo editar regras a respeito de suas competências e atribuições.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, a ADEPOL/BRASIL arguiu que o instituto da Audiência de Custódia deveria ter sido criado por meio de uma lei federal e não por um projeto autônomo como aconteceu, além do mais a ADEPOL/BRASIL justifica sua tese se embasando no artigo 144 incisos I ao V e

parágrafos 4º e 6º da CRF/88, onde estão estabelecidas as atribuições dos delegados de polícia.

Artigo 144, incisos I ao V e parágrafos 4º e 6º da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Muito se debateu a ADEPOL/BRASIL, no sentido que, para haver a efetiva realização das Audiências de Custódias, faz-se necessária que tal medida seja implementada através do Legislativo, não sendo possível a implementação através do Judiciário, contudo fica claro que não existe nenhuma inovação neste sentido.

Nas palavras de Lopes e Paiva (Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal, 2014):

Este argumento, no entanto, é claramente equivocado, possuindo a CADH (densidade e potencialidade) normativa o bastante para influir na prática judicial do ordenamento jurídico interno, afastando-nos, com essa orientação, do positivismo nacionalista que predominou do século XIX até meados do século XX, quando se exigia que os direitos previstos em tratados internacionais (também) fossem prescritos em normas internas para serem pleiteados em face do Estado ou de particulares.

Diante disso, não se mostra a necessidade de lei federal para dizer que o Instituto da Audiência de Custódia é constitucional, o debate gira em torno de como

serão realizadas estas Audiências, visto que, vários pontos deverão ser observados, dentre eles, como se dará a efetiva apresentação do suspeito ao Magistrado, bem como, a maneira a qual será realizada a Audiência, tendo em vista, que por meio desta, não poderá a situação do réu ser agravada, pois como ficou claro não serão debatidos os fatos ocorridos para a realização do crime, nem mesmo os motivos que levaram ao suspeito a praticá-lo.

Assim, conclui-se que o debate desta Audiência girará em torno da legalidade da prisão, bem como da necessidade desta, com base no Código de Processo Penal Brasileiro e na Constituição da República Federativa do Brasil.

4.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Conforme estabelecido, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, tal princípio tem como base a garantia de um julgamento justo para aquele indivíduo suspeito de ser autor de um ato delituoso.

Nesse sentido, Mougnot Bonfim (2010, p.77) afirma que:

O princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um “estado de inocência” ou de “não culpabilidade”, vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória.

Nas palavras de Lopes (2006, p.185)

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

Continua explicando Lopes (2006, p. 186):

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deveria ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sem a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Para Aury Lopes Jr., podemos ainda retirar da presunção de inocência os seguintes dados:

Predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições.

Como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientando pelo sistema acusatório, que impõem a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).

Dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando decisão judicial sobre os fatos (carga da prova).

Traduz-se, por ultimo, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.

Segundo este Princípio, fica a cargo do Estado provar a existência da culpa do suspeito, assim sendo, mostra que a existência de indícios de culpabilidade não garante a cessação da liberdade do agente, logo, a culpa não poderá ser presumida.

Para Tourinho Filho (2007, p.71), o sentido da expressão presunção de inocência, refere-se ao respeito à sua liberdade ambulatoria, bem como o direito de não sofrer qualquer medida constritiva em sua liberdade, salvo aqueles casos em que se fará a necessidade de sua privação. Ainda em consonância com o autor, o suspeito tem o direito de não sofrer punição antecipada.

Todavia, este princípio é um dos mais violados, visto que, mesmo sem a realização da sentença condenatória transitada em julgado, o suspeito é tratado como se culpado fosse, o que se mostra eficaz a realização das Audiências de Custódias, a fim de amparar o direito à liberdade bem como a honra do suspeito, haja vista, ambos serem prejudicados por acusações antecipadas.

De acordo com Aury Lopes Júnior, o magistrado ao invés de manter um posicionamento negativo diante do suspeito, em contrapartida deveria lhe tratar

como se inocente fosse, em respeito a este princípio e pela não realização de juízo de valor.

4.5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal trata-se de um órgão do Judiciário que possui competência para guardar a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como, julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme seu artigo 102:

Artigo 102 da CRF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Na data de 20 dias do mês de agosto do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, ajuizada pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL), a qual debatia a inconstitucionalidade das Audiências de Custódias, e por maioria de votos foi decidido que tal Ação Direta de Inconstitucionalidade é improcedente, haja vista, que segundo o entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, não houve qualquer tipo de inovação no Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo em vista que, a matéria tratada pelo Provimento Conjunto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado, já é existente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, conforme prevê a Convenção Americana dos Direitos Humanos, incorporada no Brasil desde o ano de 1992.

Nas palavras do Ministro Luiz Fux, em seu voto no julgamento da Adin nº 5240, afirmou que:

O provimento questionado não regulou normas de Direito nem interferiu na competência de outros Poderes, na medida em que apenas promoveu atos de autogestão do tribunal, estipulando comandos de mera organização administrativa interna.

Ainda de acordo com o Ministro Luiz Fux, as Audiências de Custódias devem ser chamadas de Audiências de Apresentação, e em sua opinião, estas têm se revelado extremamente eficiente como forma de dar efetividade a um direito básico do suspeito, impedindo prisões ilegais e desnecessárias, com reflexo positivo direto no problema da superpopulação carcerária.

Em seu voto o Ministro Luiz Fux ainda frisou que:

Não é por acaso que o Código de Processo Penal brasileiro consagra a regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu artigo 656, segundo o qual, recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em data e hora que designar. Verifico aqui que não houve, por parte da portaria do Tribunal de Justiça, nenhuma extrapolação daquilo que já consta da Convenção Americana, que é ordem supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos.

Percebe-se que o objetivo do Projeto de Lei nº 554/2011, foi trazer para uma norma já existente, ou seja, o artigo 306 parágrafo 1º do Código de Processo Penal Brasileiro, o que já se encontra no Ordenamento Jurídico Brasileiro, porém não é realizado na prática. Assim concluiu-se que não existe a necessidade deste Provimento Conjunto 03/2015 para que seja considerada a existência das Audiências de Custódias, portanto tal Projeto está muito mais voltando para a análise da forma de como serão realizadas a sua aplicação na prática, do que para declarar a constitucionalidade das Audiências de Custódias.

Sobre o Projeto de Lei 554/2011 ensinam Aury Lopes e Caio Paiva Paiva:

O referido Projeto de Lei do Senado contém uma normativa praticamente completa sobre a audiência de custódia, sequer abrindo margem para interpretações sobre a autoridade a quem o preso deve ser conduzido (o juiz) ou a respeito do prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de cercar a realização da audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa quando prevê a imprescindibilidade da defesa técnica no ato.

Por fim, se destaca o dever do Estado na garantia dos direitos fundamentais dos seres humanos, sendo que as dificuldades econômicas para a efetiva concretização dos deveres do Estado com a sociedade e com cada ser humano em particular, não podem ser tidas como obstáculos para o Estado atuar em conformidade com as leis, visto que, não se pode prejudicar o agente se baseando em falta de recurso como alguns autores abordam, por exemplo, a falta de estrutura financeira para o cumprimento das Audiências de Custódias, a escassez de policiais para a escolta dos suspeitos, bem como, a falta de Magistrados, Defensores Públicos e Promotores, não podem ser uma forma do Estado se esquivar de suas obrigações como zelador da Constituição da República Federativa do Brasil.

O direito à liberdade humana e a vida humana são pontos relevantes e não podem ser ignorados, portanto vale sacrificar processos que não sejam tão urgentes ou que talvez não possuam a relevância de uma vida, a fim que ocorra o efetivo cumprimento das Audiências de Custódias.

Em um país como o Brasil, que possui a CRF/88 com tantos fundamentos, direitos e garantias voltados à pessoa humana, é inaceitável que até a presente data, este direito do preso esteja sendo ignorado, claro que não se pode afirmar que a adoção desta medida fará cessar as supostas práticas abusivas por parte das Autoridades Policiais, mas vale destacar que é um grande passo para se tentar coibir possíveis maus tratos e abusos de poder.

De acordo com o posicionamento do Defensor Público Federal Antônio Ezequiel Barbosa, no julgamento da ADIn nº 5240, este destacou o caráter revolucionário e histórico no Processo Penal Brasileiro decorrente da adoção das Audiências de Custódias, que embora previstas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, estão sendo tardiamente implementadas.

Ainda no julgamento da ADIn nº 5240, o Defensor Público Geral do Espírito Santo, Leonardo Miranda, mostrou diversos resultados satisfatórios obtidos após a adoção das Audiências de Custódia, relatou que o Estado do Espírito Santo, foi o segundo a realizar tal medida e no prazo de três meses realizou mais de 1600 Audiências de Apresentação, sendo que, em 50% destas, houve a conversão da prisão em medidas cautelares diversas.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a implantação do Instituto das Audiências de Custódia trata-se de uma importante medida a ser colocada em prática pelos aplicadores do direito, visto que, o Brasil possui um sistema carcerário superlotado e falido, o qual não respeita os direitos e garantias fundamentais inerentes ao encarcerado.

Não obstante, existe a previsão deste direito no Pacto de São José da Costa Rica, assinado e ratificado pelo Brasil no ano de 1992 e com *status* de norma supra legal, logo, é visível a importância que tal medida possui no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Não se pode ignorar o problema existente nos presídios, celas com compartimento para determinado número de detentos, abrigam duas vezes mais que o suportado, sem deixar de lado as situações precárias que muitas vezes essas pessoas são submetidas.

Assim é preocupante que pessoas que em algumas vezes são inocentes, ou não possuem o mesmo grau de periculosidade de outras, sejam colocadas juntamente com detentos já sentenciados, visto que, o princípio da presunção de inocência alude que até a sentença transitada em julgado, todos são inocentes sem distinção.

Diante disso, percebe-se que não poderá o juiz de direito valer-se de juízo de valor a fim de prejudicar uma pessoa que aparentemente seja autora de um delito, haja vista, indícios não ser conclusões, nem por si só embasamento para se condenar alguém.

O direito de um julgamento transparente e digno é garantia assegurada a todos, logo não se pode abster alguém desta proteção.

O ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, de autoria da Associação de Delegados de Polícia do Brasil, não possui pertinência, visto que o Instituto da Audiência de Custódia não se trata de uma inovação, mas sim de uma regulamentação de um direito já previsto há aproximadamente vinte e três anos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas que não tem sido respeitado.

O Provimento Conjunto 03/2015 de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual aborda a realização de um rito para a realização da Audiência de Custódia e não sua criação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Conforme dados ressaltados no presente trabalho, com a adoção desta medida, se tem solucionado muitas prisões arbitrárias e ilegais, o que mostra a conveniência desta medida e esclarece que não houve qualquer afronta à separação das funções do Poder.

Diante de todo exposto, não existem dúvidas a respeito da constitucionalidade desta Audiência, primeiramente, visto que esta medida está incorporada no Ordenamento Jurídico Brasileiro desde o ano de 1992, e possui *status* de norma *supralegal* como reza o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, vale utilizar-se da balança da justiça para observar-se o que possui maior relevância, se é o direito à liberdade ou os possíveis gastos que o Estado pode ter para a efetiva garantia deste direito.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36^o Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Davi. *Audiência de Custódia*. JusBrasil. Disponível em: <<http://araujodavi.jusbrasil.com.br/artigos/190252425/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 01 de outubro de 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2013.

_____, Superior Tribunal Federal. Prisão. Audiência de Custódia. Apresentação da Pessoa detida em Flagrante Delito em até 24 horas após a sua prisão. Alegações de Ofensa aos Princípios da Legalidade, da Harmonia e Independência dos Poderes e de Usurpação da Competência Privativa da União para legislar sobre Processo Penal. Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência Do TJSP E Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. CF/88, arts. 2^o; 5^o, II; E 22, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240. Autor: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. ADEPOL/BRASIL. Acórdão 18 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.adepoldobrasil.org.br/stf-adi-5240-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições Sobre o Processo Penal*. Volume 1. 1^o edição. Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://monitoriafmdcoreu.blogspot.com.br/2011/05/control-formal-e-control-material.html>>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

_____. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. Saraiva. 2014.

_____. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. *Revista Liberdades*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209#_ftn12>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A audiência de Custódia, o CNJ e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160776698/a-audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos>>. Acesso em 16 de outubro de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal*. 7ª Edição. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SILVA, Haroldo Caetano. *Manual de Execução Penal*. 2ª edição. Campinas. Ed. Bookseller, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier. *Individualização da Pena: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.