

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, UM DIREITO INTERNACIONALMENTE RESPEITADO

CUSTODY HEARING, AN INTERNATIONALLY RESPECTED LAW

Thiago Aleluia Ferreira de Oliveira¹

Mestre em Direito Público

Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT) - Piauí (PI) - Brasil

RESUMO: A prisão - seja ela definitiva ou cautelar - tem se revelado incapaz de solucionar o problema de segurança pública que afeta nosso país e que tanto permeia o debate político, mesmo com a reforma operada pela Lei 12.403/2011. Já ultrapassamos a nefasta cifra de mais de 500 mil presos. Assim, observa-se que a chamada audiência de custódia que, exige a apresentação do acusado a um juiz imediatamente após sua prisão, pode representar a solução para esse drama que assola o sistema de justiça criminal brasileiro, constituindo um filtro da porta de entrada dos encarceramentos. Imbuído desse espírito de humanização do sistema, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, desenvolveu um projeto para implementar o instituto da audiência de custódia no judiciário, utilizando como piloto o Estado de São Paulo. Metodologicamente, no presente trabalho, serão analisados os contornos e aspectos desse direito à luz de diversos tratados internacionais de direitos humanos e de legislações latino-americanas, concluindo-se, ao final, que apesar da insuficiência do normativo interno, é possível a sua implementação no Brasil a partir de um controle de convencionalidade das normas contidas no código de processo penal vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Audiência de custódia. Tratados internacionais de direitos humanos. Controle de convencionalidade.

¹Mestre em Direito Público. Juiz de Direito do Estado do Piauí. Juiz Eleitoral do TRE-PI. Professor do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade Estácio-CEUT-PI e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí - ESMEPI. Especialista em Direito Público. Pesquisador do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano (LEICLA). Membro da Law and Society Association (LSA, USA) e da AIDP (Associação Internacional de Direito Penal). E-mail: othiogoaleluia@gmail.com

ABSTRACT: The arrest - whether final or interlocutory - have proved unable to solve the public safety problem affecting our country and that so permeates the political debate, even with the reform operated by Law 12.403 / 2011. Already surpassed the ominous figure of more than 500,000 prisoners. Therefore, it is observed that the so-called custody hearing that requires the submission of the accused to a judge immediately after his arrest, may represent a solution to this drama that plagues Brazil's criminal justice system and an input port of the filter incarcerations. Imbued with this system humanizing spirit, the National Council of Justice, in partnership with the Ministry of Justice and the Court of São Paulo, developed a project to implement the custody hearing Institute in the judiciary, as a pilot using the State of São Paulo. Methodologically, in the present work, the contours and features of this law in the light of many international human rights treaties and Latin American laws are analyzed, concluding in the end that despite the failure of internal regulations, its implementation is possible in Brazil from a conventionality control of the provisions in the current Code of Criminal Procedure.

KEYWORDS: Prison. Custody hearing. International human rights treaties. Control of conventionality.

Introdução

No teatro penal brasileiro a prisão é a protagonista, a atriz principal, e não a coadjuvante. Não divide o palco; no máximo, permite que algumas cautelares diversas dela façam uma figuração, um jogo de cena, e isso apenas para manter tudo como sempre esteve.

No entanto, é importante ponderar que não teríamos nenhuma possibilidade de viver em harmonia na sociedade atual sem nos valermos - em determinados e restritos casos - ao constrangimento de retirar, por algum período, uma pessoa do convívio social. FOUCAULT está certo ao asseverar que: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão” (FOUCAULT, 2011, p.218).

Ao longo da história, perdemos o pudor quando falamos de prisão. Tornou-se banal. Chegamos a um círculo vicioso, “já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar” (CARNELLUTI, 1994, p.36).

É de se notar que somos um país que percorre, artificialmente, entre rebeliões e mutirões, como uma autofagia, em que o sistema alimenta-se de si mesmo.

O abuso do encarceramento, ou seja, a prisão em massa e sem limites no Brasil, já ultrapassa a nefasta cifra de mais de 500 mil presos. Especificamente, segundo dados da última contabilidade do Conselho Nacional de Justiça, de junho/2014: 711.463 presos, a terceira maior população carcerária do mundo², apesar de possuir a quinta população mundial.

O cenário da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se percebeu uma mudança efetiva na prática judicial, com a reforma preconizada pela Lei 12.403/2011, responsável por transmudar, no plano legislativo, a prisão em *ultimaratio* das medidas cautelares.

Na verdade, há ainda predomina no país o paradigma punitivo da segurança da ordem em detrimento dos direitos, criando uma polarização, de um lado, a sociedade, “o poder judiciário e o ministério público” e de outro, o acusado, que acaba sedimentando a ideia de um direito penal e processo penal do inimigo, além da banalização das prisões.

Já advertia Zaffaroni (2009, p.30-31): “O estado de polícia não está morto num estado de direito real, senão encapsulado em seu interior e na medida em que este se debilita o perfura e pode fazê-lo estalar”.

O expediente do qual nos propomos a discorrer doravante, a audiência de custódia, cumpre, entre outras finalidades: a de conter o Estado de Polícia, de limitar o poder punitivo, de modo a garantir o respeito aos direitos humanos do preso.

Trata-se da obrigatoriedade da apresentação do acusado a um juiz imediatamente após sua prisão. Cuida-se de um princípio fundamental já bem conhecido no direito internacional. Ele é primordial para assegurar que a prisão, tratamento e permanência da pessoa em detenção realizem dentro da lei.

Há previsão da audiência de custódia em documentos internacionais aderidos pelo Brasil, como a Convenção sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) e o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos.

Ademais, muitos países da América como Argentina, Chile, Colômbia já introduziram a audiência de custódia em seus ordenamentos jurídicos.

Não obstante a ampla consagração desse instituto em cenário internacional,

²Disponível em: www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 01 de fevereiro de 2015.

a legislação interna não contemplou esse instituto, apesar de disso, é possível sua aplicação no Brasil, a partir de um controle de convencionalidade frente aos tratados de direitos humanos aderidos pelo Brasil. Esse entendimento também encontra-se ressonância no Conselho Nacional de Justiça, tanto é que este órgão lançou no dia 06 de fevereiro deste ano, em parceria com o Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, um projeto-piloto de audiência de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda em São Paulo, tão somente com esteio na Convenção Americana de Direitos Humanos, na qual há previsão desse direito.

A metodologia da pesquisa científica em relação à investigação, tratamento dos dados colhidos e relatos dos resultados adotará o método indutivo e de comparação. Nas diversas fases da pesquisa, foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica.

1 Normatividade interna

Atualmente o Código de Processo Penal brasileiro não exige a apresentação do preso perante um juiz imediatamente após sua prisão, mas apenas obriga que o auto de prisão em flagrante, com o depoimento das testemunhas, vítima e acusado, seja enviado no prazo máximo de 24 horas e, na eventualidade de não possuir advogado, cópia para a Defensoria Pública (art. 306, § 1º).

Juizes avaliam a legalidade da prisão e decidem se ordenarão a detenção preventiva ou medidas cautelares com base exclusivamente nos documentos escritos fornecidos pela polícia.

O art. 310 do CPP, com a nova redação dada pela reforma processual penal pela Lei 12.403/2011 pelo diploma normativo citado, prevê que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente (I) relaxar a prisão, (II) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou (III) conceder liberdade provisória. Deflui-se desses dispositivos, que a lógica judicial permanece atrelada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, apresenta-se como regra no sistema processual penal brasileiro. Tanto é que não houve a tão desejada diminuição do número de presos cautelares após a indigitada reforma.

Esse automatismo nas conversões de prisão em flagrante em preventiva contribui para o elevado índice de prisões preventivas no país, o que representa, aproximadamente, 40% das pessoas encarceradas no Brasil.

Na realidade, isso acaba demonstrando que as pessoas podem permanecer

detidas, com autorização judicial, por um grande período sem que tenham a oportunidade de ver um juiz, passam três, seis meses e até anos.

Observa-se, portanto, o regramento processual penal interno está na contramão, não se coaduna com a audiência de custódia, contida nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conforme será a seguir demonstrado.

2 Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (“Pacto de San José”), tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil em 9 de julho de 1992, é clara ao prever que é direito da pessoa presa ser “conduzida” à autoridade judicial.

Senão vejamos:

Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nessa alínea, garante o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também ratificado em 1992 pelo Brasil, que “Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”

Nesse ponto, é importante esmiuçar duas expressões constantes na redação dos propalados tratados que despertam alguma margem para interpretação.

A primeira é a expressão sem demora, prevista tanto na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos quanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

No sistema regional europeu, a garantia ainda é mais ampla, uma vez CEDH obriga que o cidadão preso seja apresentado imediatamente ao juiz.

Pois bem. O que deve significar a expressão “sem demora”?

Para melhor compreender o tema, é importante conhecermos as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte IDH já reconheceu a ofensa ao direito à audiência de custódia pela mácula à celeridade reclamada pela CADH em casos de condução do preso à presença do juiz há: a) quase uma semana após a prisão (*Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30.10.2008*)³; b) quase cinco dias após a prisão (*Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México. Sentença de 26.11.2010*)⁴; c) aproximadamente trinta e seis dias após a prisão (*Caso CastilloPetruzi e outros Vs. Peru. Sentença de 30.05.1999*)⁵; d) quatro dias após a prisão, (*Caso Chaparro Álvarez e Lapólniguez Vs. Equador. Sentença de 21.11.2007*)⁶, entre outros precedentes nos quais restou potencializada a expressão “sem demora” para garantir um controle judicial imediato acerca da prisão.

A segunda expressão é juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, disposta na CADH, no PIDCP e também na CEDH.

Nesse tocante, cumpre ressaltar que a Corte IDH interpreta aquela expressão em conjunto com a noção de juiz ou Tribunal estabelecida no art. 8.1 da CADH, que preceitua que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Desta forma, a Corte IDH já recusou considerar como juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais:

a) a jurisdição militar, (*Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentença de 18.08.2000*)⁷; b) o Agente Fiscal do Ministério Público (*Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24.06.2005*)⁸; c) o Fiscal Naval (*Caso Palamaralribarne Vs. Chile. Sentença de 22.11.2005*)⁹.

Observa-se, desta forma, a partir da jurisprudência da Corte IDH, que juiz ou autoridade habilitada a exercer função judicial apenas pode ser o funcionário

³Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30.10.2008.*

⁴Corte IDH. *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México. Sentença de 26.11.2010.*

⁵Corte IDH. *Caso CastilloPetruzi e outros Vs. Perú. Sentença de 30.05.1999.*

⁶Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapólniguez Vs. Equador. Sentença de 21.11.2007.*

⁷Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentença de 18.08.2000.*

⁸Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24.06.2005.*

⁹Corte IDH. *Caso Palamaralribarne Vs. Chile. Sentença de 22.11.2005.*

público incumbido da jurisdição, que, em regra geral (a exemplo do Brasil), é o magistrado.

Nesse sentido, há um claro conflito entre os documentos internacionais e o direito interno. Como resolver?

Primeiro, é importante tecermos considerações acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil.

3 Status dos tratados de direitos humanos/controle de convencionalidade

A Constituição brasileira de 1988, em nenhum de seus dispositivos, estabeleceu de forma clara qual a posição hierárquica dos tratados comuns perante o nosso Direito interno. Deixou esta incumbência para a opinião necessariamente falível, da doutrina e da jurisprudência pátrias, legando a estas um problema que cabia ao legislador constituinte evitar. Assim, nesse tópico, será versada a questão da hierarquia entre os tratados internacionais comuns (ou tradicionais) e as leis internas brasileiras. Para tanto, importante será perscrutar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nesse tema e quais as discussões que até hoje se trava em nossa doutrina, no que tange à questão da hierarquia entre tais tratados e as leis internas.

Os TIDH internalizados pelo Brasil possuem as seguintes teorias quanto a sua hierarquia e oponibilidade:

a) a que entende como supraconstitucional o status atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, cujo seu principal expoente é Celso de Albuquerque Mello;

b) a corrente que atribui hierarquia constitucional aos documentos internacionais de direitos humanos, defendida por Flávia Piovesan e Antônio A. Cançado Trindade;

c) aquela que considera os acordos internacionais como lei ordinária, sendo esse o entendimento sustentado até pouco tempo pelo Supremo Tribunal Federal e;

d) a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, recentemente aventada pela maioria do Pretório Excelso.

A primeira teoria é capitaneada por Celso de Albuquerque Mello, o qual a considera de natureza supraconstitucional. Essa tese, fulcrada em uma mutação constitucional extensiva dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CF, sustenta a ideia

que mesmo as normas constitucionais não teriam força para suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em relação à temática de direitos humanos.

A segunda corrente é da lavra de Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Defendem que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser admitidos em nível constitucional, ainda que recepcionados anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que forem aprovados pelo Congresso Nacional sem o respeito ao quórum especial disposto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

Essa teoria atribui hierarquia constitucional apenas aos tratados internacionais de direitos humanos em virtude de sua natureza especial, já os tratados internacionais comuns ostentariam hierarquia infraconstitucional.

Fundamentam sua posição no disposto no § 2º, artigo 5º da Carta Constitucional, pois enxergam tal previsão como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Além disso, levam em conta também o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relacionados a direitos e garantias fundamentais, isto é, os tratados internacionais teriam aplicabilidade imediata, a teor do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Nessa senda, Piovesan (2006, p. 94) assevera que:

se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata.

Registre-se que, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas os tratados internacionais que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Contudo, ainda vigora o debate em relação aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Uma outra posição defendida em torno da internalização dos tratados de direitos humanos é o de que os tratados têm hierarquia de lei ordinária, sendo este o posicionamento predominante no Supremo Tribunal Federal até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP.

Seu principal expoente é Francisco Rezek, o qual desenvolve a tese no sentido de que tanto os tratados internacionais comuns, como também os de direitos humanos serão recepcionados pelo ordenamento jurídico interno em grau infraconstitucional (lei ordinária) e condicionados a um processo formal de recepção, qual seja, a aprovação pelo Congresso Nacional do texto que constitui o tratado e que se tornará, após a publicação de Decreto-Legislativo no Diário Oficial da União, lei ordinária.

Esse posicionamento é tradicionalmente seguido pela Suprema Corte desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque e que remonta ao ano de 1977.

Frise-se que essa a tese continuou encontrando guarida, mesmo após a Constituição Federal de 1988, conforme se deflui de uma gama de casos julgados¹⁰ que reafirmam o entendimento de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico interno como legislação ordinária e eventuais conflitos normativos são solucionados pela regra *lex posterior derogat priori*.

Sobreleve-se que essa posição atualmente traz a exceção prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, que recepciona com status de emenda constitucional os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo quórum especial. Por derradeiro, a última teoria defendida pela doutrina brasileira no que tange ao grau hierárquico conferido aos tratados internacionais de direitos humanos é a que foi sustentada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP e que atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos um grau hierárquico intermediário, entre a Constituição Federal e a legislação ordinária.

Esse entendimento, sufragado pelo Ministro Gilmar Mendes, defende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal e o poder de paralisar a eficácia jurídica de qualquer norma legal com eles em conflito, inclusive da legislação infraconstitucional que haja sido elaborada após o início da vigência das convenções internacionais e que com elas sejam inconciliáveis:

Colhe-se um trecho do voto:

¹⁰STF, HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio (vencido), julg. em 23.11.1995; HC nº 74.383-8/MG, Rel. para o Acórdão Min. Marco Aurélio, julg. em 22.10.1996; HC nº 76.591-3/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 27.05.1998; HC nº 79.785-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 29.03.2000; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.09.2003; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

Essa tese já vinha sendo sustentada pelo Min. Sepúlveda Pertence que entendia não ser possível acatar a tese de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, em razão do princípio da supremacia da Constituição e aceitava “sem certezas suficientemente amadurecidas, (...) a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas - até, se necessário, contra lei ordinária - sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. (STF, HC nº 79.785-ED, 29/03/2000).

Contudo, esse recente entendimento excepciona também, nas hipóteses em que os tratados internacionais forem aprovados na forma do art. 5º, §3º, CF/88, os quais possuirão o mesmo peso da constituição.

O caráter supralegal encontra amparo no direito comparado, como se denota da Constituição Mexicana em seu artigo 1º¹¹, da Constituição Alemã em seu artigo 25¹², da Constituição Francesa no artigo 55¹³ e na Constituição Grega, artigo 28¹⁴, todas prevendo expressamente este nível hierárquico¹⁵.

Em síntese, conforme esse novo entendimento do STF, tivemos alteração na pirâmide kelsiana no ordenamento jurídico brasileiro, que agora passa a ser formado por 4 degraus em sua escala normativa hierarquizada: (I) na base da pirâmide, há os atos infralegais, aqueles que estão abaixo da lei, são os regulamentos, decretos, portarias, instruções normativas, cujo papel é regulamentar a lei que lhe é superior, sendo o nível mais baixo da pirâmide; (II) acima, temos a lei, assim vista em sentido amplo a abarcar todas as espécies normativas primárias, presentes no art. 59 da CF/88: lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resoluções legislativas; (III) o terceiro degrau relaciona-se exatamente à inovação surgida a partir das normas supralegais. Se antes apenas existiam três níveis hierárquicos, com as leis ocupando toda a faixa

¹¹(...) Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (...).

¹²Artigo 25 da Constituição da Alemanha: “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.” STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 50. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

¹³Artigo 55 da Constituição da França de 1958: *Lestraités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*”

¹⁴Artigo 28 da Constituição da Grécia de 1975: “The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary”. *Idem.*

¹⁵STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 210. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>

intermediária da pirâmide, hoje, o STF instituiu mais um nível escalonado, colocando os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados na forma do art. 5º, §3º, CF/88, outorgando-lhes a natureza supra legal; (iv) por fim, o primeiro nível no vértice da Pirâmide, encontra-se a Constituição, resultante do poder constituinte originário, os tratados aprovados na forma do art. 5º, §3º, CF/88 e as emendas constitucionais, impondo obediência a todo resto da pirâmide.

Desta forma, é fácil concluir que a convenção americana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificados no Brasil, em 1992, estão incorporados ao ordenamento jurídico, possuindo status supralegal.

Segundo a doutrina, tais documentos internacionais são parâmetros para o chamado controle de convencionalidade, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo em vigor no País. Trata-se de adaptar ou conformar o normativo interno aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com efeitos no plano do seu direito interno.

Diante disto, incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o Código de Processo Penal, ou melhor toda legislação, mais do que procurar a compatibilidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias.

No caso sob exame, a norma contida no Código de Processo Penal não passa por controle de *convencionalidade* quando confrontada com a convenção americana de direitos humanos, uma vez que não exige a apresentação do preso perante um juiz imediatamente após sua prisão, mas apenas determina que o auto de prisão em flagrante, com o depoimento das testemunhas, vítima e acusado, seja encaminhado no prazo máximo de 24 horas e, na eventualidade de não possuir advogado, cópia para a Defensoria Pública.

Nessa hipótese, a ausência de compatibilização torna inaplicável a produção normativa interna, em prol da aplicação do tratado.

Assim, em que pese a ausência de previsão no direito interno, a norma internacional da audiência de custódia deve ser aplicada de imediato no Brasil, pois CADH possui densidade (e potencialidade) normativa suficiente para afetar a prática judicial do ordenamento jurídico interno, afastando-nos, com esse posicionamento, do positivismo nacionalista que predominou do século XIX até meados do século XX, quando se ordenava que os direitos previstos em Tratados Interna-

cionais (também) fossem dispostos em normas internas para serem postulados contra o Estado ou particulares. (RAMOS, 2014, p.83)

4 Panorama latino americano

Reconhecendo a relevância de assegurar o respeito aos Direitos Humanos, muitos países da América Latina inseriram em seus ordenamentos jurídicos uma audiência de custódia, determinando a apresentação da pessoa presa diante de um juiz no prazo máximo de 48 horas depois da prisão

No presente trabalho, a análise da doutrina da audiência de custódia será feita em perspectiva comparada com a legislação da Argentina, do Chile e Colômbia. Diversos são as razões que justificam essa escolha. Ambos países transitaram de regimes autoritários para regimes ditatoriais; adotam uma constituição democrática; atribuem aos tratados de direitos humanos um status privilegiado na ordem jurídica.

Além disso, a experiência de países vizinhos, latino-americanos, pode auxiliar mutuamente a esses países a melhor desenvolver seus sistemas de controle de convencionalidade, tanto à luz dos casos (precedentes) já deflagrados contra cada um deles, bem assim das novas proposições teóricas que estão frutiferamente a surgir nos últimos tempos.

Na Argentina, o Código de Processo Penal federal determina que, em casos de prisão sem ordem judicial, o detento compareça perante uma autoridade judicial competente no prazo de seis horas após a prisão.

Presentación del detenido

Art. 286. - El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente.

No Chile, o Código de Processo Penal prescreve que, em casos de flagrante, o suspeito seja apresentado dentro de 12 horas a um promotor, que poderá soltá-lo ou apresentá-la um juiz no prazo de 24 horas da prisão:

Art. 131.(...)

Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán

informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejarse inefecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Na Colômbia, o Código de Processo Penal dispõe que, em casos de flagrante, o detento necessita ser apresentado ao juiz no prazo de 36 horas.

Artículo 2º.(...) En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar la treinta y seis (36) horas siguientes.

Não se pode negar as disposições normativas, por si sós, não tiveram o condão de acabar com a prática de abusos nas detenções nesses países, mas constituem parte necessária de esforços de longo prazo para reprimir esses excessos.

5 Comentários acerca do PLS 554/2011

Não obstante, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que garantem o direito à audiência de custódia não exigem, conforme alhures demonstrado, de implemento normativo interno algum, vale registrar que a edição de lei cumpre um papel fundamental na promoção do direito, em especial, na hipótese da audiência de custódia, cuja previsão normativa naqueles Tratados deixa em aberto o conceito de algumas características do instituto. Desta forma, é louvável a iniciativa do PLS 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. Vejamos o texto.

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O citado projeto recebeu, posteriormente, quando em trâmite na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), uma emenda substitutiva do Senador João Capiberibe, a qual, devidamente acolhida - por unanimidade - naquela Comissão, modificou o projeto originário, resultando a seguinte redação:

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2.º A oitiva a que se refere o § 1.º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 3.º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 4.º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2.º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Observa-se que o referido Projeto de Lei do Senado, originalmente, possui uma normativa quase completa sobre a audiência de custódia, não permitindo a abertura de margem para interpretações acerca da 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 impor as garantias do contraditório e da ampla defesa, no momento da realização da audiência (imprescindibilidade da defesa técnica no ato).

O PLS 554/2011 passou e foi acolhido pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 26.11.2013, indo, após, para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde foi distribuído para o Senador Humberto Costa (relator) e re-

cebeu, em 25.06.2014, uma emenda substitutiva de autoria do Senador Francisco Dornelles, que acaba apenas por alterar a versão original do PLS para nele asseverar que a audiência de custódia também poderá ser feita mediante o sistema de videoconferência. Trago a redação deste substitutivo:

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Eis a justificativa do Senador Francisco Dornelles:

A diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário representa uma vitória das autoridades responsáveis pela segurança pública”, e conclui afirmando que “O deslocamento de presos coloca em risco a segurança pública, a segurança institucional e, inclusive, a segurança do preso.

6 Boas práticas

A Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu por unanimidade que um preso deve ser conduzido sem demora à presença de juiz. Prolatada em maio, a decisão foi motivada por pedido de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU).

Colaciona-se a ementa do acórdão:

HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - APRESENTAÇÃO PESSOAL DO PRESO PERANTE O JUIZ - ART. 7º, INCISO 5 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

I - A grande quantidade de notas falsas apreendidas em poder do paciente, sua atuação, cooptando terceiro para fazer o repasse de tais notas, bem como o fato de já possuir ele prisão anterior por porte ilegal de armas, evidenciam a presença de risco para a ordem pública suficiente a ensejar a manutenção da custódia cautelar, ensejando a denegação da ordem quanto a este aspecto;

II - A apresentação pessoal do preso perante a autoridade judicial está prevista no art. 7º, inc. 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, incorporada ao direito pátrio antes da EC nº 45, possuindo o status normativo supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante;

III - Ordem parcialmente concedida. (TRF2 - HC 2014.02.01.003188-7, 2ª Turma especializada. Rel. Messod Azulay, publicado em 22.05.2014)

Vale ainda ter presente a majestosa atuação da Defensoria Pública da União que ajuizou em Manaus, ação civil pública para compelir a União a viabilizar a realização da audiência de custódia para todos os presos em flagrante, com a condução, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, do preso à presença do juiz, com prévia intimação para o Ministério Público e para a defesa.¹⁶

Por fim, cumpre ainda trazer à baila a louvável iniciativa do CNJ que, em parceria com o Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, desenvolveu um projeto para a implementação da audiência de custódia nos Tribunais de todos os Estados, iniciando pelo Estado de São Paulo, no Fórum Criminal da Barra Funda, desde o dia 06 de fevereiro do corrente ano. Para tanto, haverá a criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais que receberá presos para uma análise preliminar sobre o cabimento e necessidade da manutenção da prisão ou aplicação de cautelares diversas do cárcere. Na oportunidade, o magistrado poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Segundo o CNJ, a implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose¹⁷.

No lançamento do projeto audiência de custódia e da abertura do ano judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo, o presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou a importância do instituto, afirmando que, com a realização da indigitada audiência “o juiz decide vendo a pessoa à sua frente e não com base em um amontoado de

¹⁶Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jun-13/dpu-ajuiza-acao-cobrando-implantacao-audiencia-custodia>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

¹⁷Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30506-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2015.

papéis dentro dos autos de um processo”¹⁸, o que, de certa forma, o humaniza o ritual judiciário.

7 Vantagens

São diversas as vantagens da introdução da audiência de custódia no Brasil, a iniciar pela mais simplória: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Atribui-se, também, à audiência de custódia o relevante papel de minorar a prisão em massa no país, que afeta com muito mais força a camada mais pobre e marginalizada da população brasileira, tendo em vista que, por meio desta audiência, se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, assim, a “fronteira do papel” fixada no art. 306, § 1º, do CPP, que se contenta com o simples encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Ademais, propiciaria um controle imediato da legalidade, necessidade e adequação da prisão, sem prejuízo, por óbvio, de se investigar ou fazer cessar a prática de tortura ou maus tratos. De fato, torna menos kafkiano o castigo.

Para melhor ilustrar o quanto a audiência de custódia pode revolucionar a prática penal brasileira, trarei algumas razões enumeradas pelo Informativo Rede Justiça Criminal, produzido por organizações de notável duração na defesa dos direitos humanos: Associação para Reforma Prisional (ARP), Conectas Direitos Humanos, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH), Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Justiça Global e Pastoral Carcerária Nacional, vejamos:

2. A apresentação da pessoa presa em juízo no prazo de 24 horas é a maneira mais célere de garantir que a prisão ilegal será imediatamente relaxada e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido se a lei admitir a liberdade (garantias constitucionais previstas no art. 5º, LXV e LXVI, respectivamente);
3. A audiência de custódia servirá para que o juiz i) analise a legalidade e necessidade da prisão e ii) verifique eventuais maus tratos ao preso havidos até ali, podendo determinar a imediata apuração de qualquer abuso que venha a tomar conhecimento. No que diz respeito ao controle da legalidade da prisão, poderá o juiz no momento da audiência de custódia: I) relaxar a prisão

¹⁸Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284925>>. Acesso em 01 de março de 2015.

em flagrante ilegal; II) decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; III) manter solta a pessoa suspeita da prática de determinado delito, se verificar ausentes os pressupostos de cautelaridade previstos no artigo 312 do CPP;”

(...)

8. A audiência de custódia representa para o Estado um instrumento eficiente e ágil para a obtenção e verificação de informações precisas sobre os procedimentos policiais, evitando que maus tratos e práticas de extorsões continuem a ocorrer impunemente”;

(...)

10. A apresentação imediata da pessoa presa ao juiz é o meio de garantir que um cidadão passe o menor tempo possível preso desnecessariamente, ainda que não possua advogado constituído, circunstância que caracteriza a maior parcela da população prisional”(WEIS, 2013).

Considerações finais

A audiência de custódia constitui uma necessidade premente da realidade que vivencia o sistema de justiça criminal brasileiro

É na audiência de custódia que o juiz decidirá pela necessidade ou não da manutenção da prisão provisória ou pela aplicação de outra medida cautelar, bem como poderá identificar, prevenir e reprimir maus tratos, torturas e práticas nefastas que, infelizmente, continuam permeando o dia a dia das delegacias de polícia do país.

Não obstante, o Brasil ainda é um dos únicos países na América Latina e signatários do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos que não exige apresentação do preso a um juiz logo após a sua prisão. A legislação processual vigente se contenta com o simples encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Apesar de louvável a iniciativa trazida pelo projeto de lei n. 554/2011, é cedo que o processo legislativo de reforma de códigos é sempre muito burocrático e moroso,

Assim, a saída para superar esse anacronismo nacional e colocar o país no trilho de um sistema de justiça criminal compatível com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e com próprio Estado Democrático de Direito é implementar, de logo, a audiência de custódia, a partir de um controle de convencionalidade

da legislação processual. Ora, os tratados internacionais de direitos humanos, conforme recente entendimento do STF, possuem status normativo supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante.

Esse entendimento já foi, inclusive, adotado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região no julgamento do HC n. 2014.02.01.003188-7), em que reconheceu ao preso o direito de ser conduzido sem demora à presença de juiz, com fulcro no Pacto de São José da Costa Rica.

Destaque-se, ainda, o lançamento, no dia 06/02/2015, do projeto-piloto de audiência de custódia desenvolvido pelo CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, no Fórum Criminal da Barra Funda em São Paulo.

Enfim, a audiência de custódia precisa ser encarada com grande prioridade por nossos legisladores e juízes. Só, assim, haverá um resgate do caráter humanitário e antropológico do processo penal e da própria jurisdição (LOPES, 2014).

REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. *Jurisprudencia Consolidada (o bien de la comodidad del juzgar)*. In: *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 39^a ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

JAPIASSÚ, C. E. A. *Alternativas à prisão no Brasil: instrumentos para a redução da população carcerária ou para a ampliação da população carcerária?*. *Revista Derecho Penal*, v. 1, p. 115-132, 2012.

LOPES JR., Aury. *Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz: uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal*. *Informativo Rede Justiça Criminal*. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2006. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo, RT.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, Max Limonad Editora, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEIS, Carlos. *Trazendo a realidade para o mundo do direito*. Informativo Rede Justiça Criminal, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <www.iddd.org.br/Bolletim_AudienciaCustodia_ReddeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em 23/10/2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

Artigo recebido em: 03.06.2016

Revisado em: 20.06.2016

Aprovado em: 13.07.2016