

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA PAULA BYSTRONSKI BRITO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INCORPORAÇÃO AO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Porto Alegre
2015

ANA PAULA BYSTRONSKI BRITO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INCORPORAÇÃO AO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2015

ANA PAULA BYSTRONSKI BRITO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INCORPORAÇÃO AO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Mauro Fonseca Andrade

Professor (a):

RESUMO

Objetivando discutir a incorporação da audiência de custódia no processo penal brasileiro, a presente pesquisa parte de uma análise de sua previsão no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como dos efeitos que a ratificação destes tratados produz no ordenamento jurídico interno, seguindo para o estudo da legislação nacional, no qual se demonstra (in)existência de regramento acerca da obrigação de apresentação imediata da pessoa presa à autoridade judicial. A seguir, analisa os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que possuem influência na matéria, especialmente o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, que trata especificamente da introdução da audiência de custódia na lei processual penal brasileira. Finalmente, reflete acerca dos elementos previstos na regra dos tratados internacionais e do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, quais sejam, o tipo de prisão abarcado pela norma, o prazo de apresentação do detido, a autoridade competente para presidir o ato, bem como a forma em que este deve ser realizado, possibilitando-se ou não a videoconferência, e a sua compatibilidade com o sistema acusatório, cotejando-os com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para, assim, verificar a forma mais adequada de regulamentação do instituto.

Palavras-Chave: Processo penal. Prisão. Audiência de custódia. Tratados internacionais. Direitos humanos. Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.

ABSTRACT

Planning to discuss the incorporation of the custody hearing in the Brazilian criminal procedure, the present research begins with an analysis of its prediction in the International Covenant on Civil and Political Rights and in the American Convention on Human Rights, as well as the effects that the ratification of this treaties produces in the internal legal order, continuing to the study of the national law, in which it demonstrates the (in)existence of rules about the obligation of the immediate presentation of the arrested person before a judicial authority. Next, it analyses the law projects in process at the National Congress that may influence the subject, specially the Senate's Law Project number 554 of 2011, which discusses specifically the introduction of the custody hearing in the Brazilian criminal procedure legislation. Finally, it reflects about the elements predicted in the international treaties rule and in the Senate's Law Project number 554 of 2011, which are the kind of arrest embraced by the rule, the term for the presentation of the detained person, the competent authority to preside the act, as well as how it has to be performed, allowing or not the video conferencing, and its compatibility with the accusatory system, comparing them to the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence, to verify, then, the most appropriate way to regulate the institute.

Keywords: Criminal procedure. Arrest. Custody hearing. International treaties. Human rights. Senate's Law Project number 554 of 2011.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 A PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	8
2.1 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS.....	8
2.2 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS	13
2.3 PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	17
2.4 EFEITOS DA INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
3 O TRATAMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA REALIDADE BRASILEIRA ATUAL E AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA	31
3.1 AS MODALIDADES DE PRISÃO PROVISÓRIA E A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO INTERNA ATUAL.....	31
3.2 A PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO PROJETO DE LEI Nº 156/2009 E O TRATAMENTO DA MATÉRIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	37
3.3 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554/2011	41
3.4 INTRODUÇÃO DA PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL	54
4 ASPECTOS CONTROVERSOS DO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554/2011	64
4.1 TIPO DE PRISÃO A DEMANDAR A EXIGÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	64
4.2 AUTORIDADE COMPETENTE PARA PRESIDIR O ATO	68
4.3 PRAZO DE APRESENTAÇÃO DO INDIVÍDUO PRESO À AUTORIDADE.....	73
4.4 FORMA DE APRESENTAÇÃO DO INDIVÍDUO PRESO À AUTORIDADE	80
4.5 COMPATIBILIDADE DA PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COM O SISTEMA ACUSATÓRIO	84
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da Audiência de Custódia e sua incorporação no processo penal brasileiro. Trata-se da denominação conferida no âmbito nacional ao ato de apresentação do indivíduo preso perante a autoridade judicial logo após a sua prisão, a fim de que esta possa avaliar as questões relativas à privação da liberdade de forma mais próxima.

A prática está prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, porém a norma não foi regulamentada pelo ordenamento jurídico interno brasileiro, nem é seguida, na prática, pelos operadores do direito. A legislação nacional prevê a mera comunicação da prisão de qualquer indivíduo ao juiz, não obrigando a apresentação pessoal do preso, cuja determinação, em alguns casos, como se verá, é mera faculdade conferida ao magistrado.

A audiência de custódia possui como fundamento assegurar o respeito aos direitos humanos e fundamentais da pessoa detida ou presa, em especial de sua integridade física e psíquica, coibindo atos de tortura e maus tratos, bem como aproximando o magistrado daquele submetido à prisão, para que esta seja melhor avaliada quanto à sua legalidade e necessidade. Como já declarado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o controle judicial imediato é medida que visa evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tendo em vista que, em um Estado de direito, compete ao juiz garantir os direitos da pessoa detida, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o indivíduo de maneira compatível com a sua presunção de inocência¹.

¹ “114. El artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona sea sometida sin demora a revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentença de 07 de setembro de 2004. p. 114. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

Busca-se, com a presente pesquisa, analisar a forma mais adequada de incorporação da abordada audiência no âmbito processual penal brasileiro. Neste sentido, primeiramente, analisar-se-á o tratamento de tal instituto no sistema internacional de proteção e promoção dos direitos humanos, através de sua previsão normativa no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por serem tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, far-se-á uma breve explanação de como ocorre, no país, o processo de internalização desses tratados internacionais, bem como qual a natureza que suas normas assumem no direito interno, seus efeitos e as consequências de sua inobservância.

A seguir, analisar-se-á como o Código de Processo Penal atualmente em vigência trata o procedimento das prisões provisórias e se existe instituto equivalente ao da audiência de custódia inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Expor-se-á, também como a questão é abordada no Projeto de Lei nº 8045/2010, que visa reformar o Código de Processo Penal. Apresentar-se-á, após, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que trata especificamente da audiência de custódia, visando sua normatização na legislação ordinária do país, além de como vem ocorrendo a adoção da prática do ato em alguns estados brasileiros.

Finalmente, o terceiro capítulo é destinado, portanto, a análise crítica dos elementos que integram a regra dos tratados internacionais sobre a matéria e dos dispositivos constantes no Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, recebendo destaque às questões relativas ao tipo de prisão abarcado pela norma internacional, ao prazo e a forma de apresentação do preso perante a autoridade judicial, bem como a autoridade competente para presidir o ato e a sua compatibilidade com o sistema acusatório.

Para tanto, coteja-se as informações colhidas ao longo da pesquisa com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observando-se a legislação dos países nela provocados e que possuem regramento interno sobre a apresentação dos presos à autoridade competente, para, ao final, chegar-se a uma conclusão acerca da mais adequada interpretação destes elementos, considerando, inclusive, as questões de viabilidade estrutural do país que a aprovação do projeto ensejaria.

Trata-se de estudo importante e necessário, especialmente no momento atual de tramitação do Projeto de Lei no Senado Federal e em que o instituto encontra-se sendo gradativamente implantado em diversos estados brasileiros, apesar da falta de regulamentação nacional quanto à matéria.

2 A PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A previsão da audiência de custódia resta inserida no sistema internacional de proteção e promoção dos direitos humanos por intermédio de dois principais diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (integrante da Carta Internacional dos Direitos Humanos) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica). Cabe iniciar, portanto, com uma breve exposição de tais diplomas internacionais e analisar a previsão normativa da audiência de custódia em seu texto, bem como de que forma a incorporação destes tratados se realiza e se reflete no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foram os primeiros instrumentos que visaram atribuir vinculação e obrigatoriedade às disposições de proteção dos direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Sua elaboração iniciou-se diante, justamente, da falta de força jurídica obrigatória e vinculante da Declaração, e seu processo de formação durou de 1949 até 1966, com a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York.

Conforme afirma Valerio Mazzuoli²:

A declaração contemplou os direitos mínimos a serem garantidos pelos Estados àqueles que habitam o seu território, mas sem trazer em seu texto os instrumentos por meio dos quais se possa vindicar (num tribunal interno ou numa corte internacional) aqueles direitos por ela assegurados.

A junção destes três diplomas, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos dois Pactos Internacionais abordados, forma a Carta

² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 794.

Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Human Rights*), que estabeleceu e regulou, por fim, as condições mínimas necessárias para o respeito à dignidade da pessoa humana e a igualdade de direitos, inaugurando o denominado sistema global de proteção a esses direitos.

A partir deste objetivo, portanto, de normatização das disposições da Declaração Universal, ou, como assevera Valerio Mazzuoli, de “conferir-se *dimensão técnico-jurídica* à Declaração de 1948”³, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos trouxe uma gama ainda maior de direitos relativos à sua temática, além daqueles estipulados nos artigos 1º a 21 da Declaração, possuindo como objetivo a proteção (e sua instrumentalização) dos chamados direitos de primeira geração⁴. Embora aprovado em 1966, entrou em vigor apenas em 1976, quando atingiu o número mínimo de ratificações necessárias, previsto em seu texto⁵.

Em seus primeiros artigos, estabelece o dever dos Estados-partes de adotar as medidas necessárias para assegurar os direitos nele contidos a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, devendo, também, proteger esses indivíduos contra a violação de seus direitos perpetrada por entes privados, possuindo, portanto, autoaplicabilidade. Obriga o Estado, assim, a “estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos.”⁶

Para tanto, o Pacto prevê uma sistemática de monitoramento e implementação, oferecendo suporte institucional aos seus preceitos, a fim de assegurar a observância dos direitos que consagra. Com efeito, é dever do Estado, ao ratificar o Pacto, submeter relatórios periódicos, a serem apreciados pelo Comitê de Direitos Humanos, em que constem as medidas legislativas, administrativas e judiciais que esteja adotando a fim de efetivar os direitos elencados em seu texto,

³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 796.

⁴ Ibid. p. 796/797.

⁵ “ARTIGO 49. 1. O presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, do trigéssimo-quinto instrumento de ratificação ou adesão.” BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161.

como impõe o seu artigo 40⁷. Após a análise e realização de comentários ao relatório, o Comitê encaminha os documentos ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas⁸.

Há também o mecanismo das comunicações interestatais, pelo qual um Estado-parte pode apontar a violação por outro dos direitos humanos consagrados pelo compromisso por eles firmado perante o Pacto⁹, conforme disciplina o seu artigo 41¹⁰. Nesses casos, para a efetivação da “*queixa interestatal*”, deve haver o aceite prévio da sistemática tanto por parte do Estado acusador, como por parte do Estado acusado, reconhecendo a competência do Comitê para receber e examinar tais comunicações¹¹.

⁷ “Artigo 40. 1. Os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos: a) Dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente pacto nos Estados Partes interessados; b) A partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar. 2. Todos os relatórios serão submetidos ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que os encaminhará, para exame, ao Comitê. Os relatórios deverão sublinhar, caso existam, os fatores e as dificuldades que prejudiquem a implementação do presente Pacto. 3. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas poderá, após consulta ao Comitê, encaminhar às agências especializadas interessadas cópias das partes dos relatórios que digam respeito a sua esfera de competência. 4. O Comitê estudará os relatórios apresentados pelos Estados Partes do presente Pacto e transmitirá aos Estados Partes seu próprio relatório, bem como os comentários gerais que julgar oportunos. O Comitê poderá igualmente transmitir ao Conselho Econômico e Social os referidos comentários, bem como cópias dos relatórios que houver recebido dos Estados Partes do presente Pacto. 5. Os Estados Partes no presente Pacto poderão submeter ao Comitê as observações que desejarem formular relativamente aos comentários feitos nos termos do parágrafo 4 do presente artigo.” BRASIL. Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 164-165.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 796.

¹⁰ “ARTIGO 41. 1. Com base no presente Artigo, todo Estado Parte do presente Pacto poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente Pacto. As referidas comunicações só serão recebidas e examinadas nos termos do presente artigo no caso de serem apresentadas por um Estado Parte que houver feito uma declaração em que reconheça, com relação a si próprio, a competência do Comitê. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Parte que não houver feito uma declaração dessa natureza. As comunicações recebidas em virtude do presente artigo estarão sujeitas ao procedimento que se segue: [...]”. BRASIL. Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 799.

Ademais, previu-se simultaneamente um Protocolo Facultativo, que exige adesão formal dos Estados¹², diante do qual os Estados-partes consentem que indivíduos que estejam sob sua jurisdição e tenham sofrido violações de direitos humanos assegurados pelo diploma em comento submetam comunicações à apreciação do Comitê¹³. Trata-se, portanto, de *queixas* de particulares contra Estados-partes¹⁴, sedimentando, assim, a capacidade processual internacional dos indivíduos¹⁵. Exige-se, para isso, no entanto, a inexistência de litispendência internacional e o esgotamento dos recursos jurídicos internos disponíveis (artigo 5º, item 2, do Protocolo Facultativo¹⁶).

No que tange a sua incorporação pelo Brasil, o texto (juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) foi submetido ao Congresso Nacional pelo Presidente José Sarney, em 28 de novembro de 1985. O referendo congressional se deu através do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e o tratado foi promulgado internamente pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, após o depósito do instrumento de ratificação brasileiro junto ao Secretariado das Nações Unidas em 24 de janeiro do mesmo ano.¹⁷ No entanto, o país ainda não ratificou o Protocolo Facultativo, impedindo que cidadãos brasileiros promovam denúncias individuais ao Comitê, bem como o Segundo Protocolo ao Pacto (que entrou em vigor em 11 de junho de 1991), que ampliou ainda mais os direitos e liberdade tutelados, incluindo, por exemplo, a vedação à pena de morte¹⁸.

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 799.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169.

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 799.

¹⁵ Ibid.p. 800.

¹⁶ “ARTIGO 5º. [...] 2. O Comitê não examinará nenhuma comunicação de um indivíduo sem se assegurar de que: a) A mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou de decisão; b) O indivíduo esgotou os recursos internos disponíveis. Esta regra não se aplica se a aplicação desses recursos é injustificadamente prolongada.” BRASIL. Decreto Legislativo nº 311, de 2009. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º. Câmara. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 797.

¹⁸ Ibid. p. 801.

Entre os direitos sedimentados pela norma em questão, a audiência de custódia vem prevista no artigo 9º, item 3, o qual afirma, *in verbis*:

Artigo 9º - [...] 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.¹⁹

Analisando o dispositivo invocado, entende-se, aqui, que a expressão “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal” objetiva referir-se a qualquer tipo de prisão realizada em virtude de infração penal, ou seja, todas as prisões processuais.

Percebe-se, ainda, que o dispositivo, ao utilizar-se da expressão “sem demora”, não determina o prazo máximo para apresentação do detido perante a autoridade judicial, abrindo margem aos Estados para determiná-lo em sua legislação interna. Como se verá adiante nesta pesquisa, existe variações na legislação dos países que incorporaram tal determinação em seu ordenamento interno, que não ultrapassam, em geral, 72 horas.

Por fim, ressalta o dispositivo que o indivíduo deve ser encaminhado à presença de um “juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”. Portanto, embora abra margem às legislações internas no que tange a quem são atribuídas funções judiciais, resta clara a intenção de restringir a matéria à apreciação judicial. Mais adiante, na presente pesquisa, abordar-se-á de forma mais detalhada a questão.

Importante destacar desde já, que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 43/173 de 09 de dezembro de 1988, intitulada de “Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão” (“*Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*”)²⁰, a qual estabelece alguns conceitos terminológicos a ele referentes. Nos seus termos, para efeitos do Conjunto de

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

Princípios, a expressão "autoridade judiciária ou outra autoridade" designa "autoridade judiciária ou outra autoridade estabelecida nos termos cujo estatuto e mandato ofereçam as mais sólidas garantias de competência, imparcialidade e independência"²¹. Além disso, já é notório o entendimento de que a expressão "outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais" é relativa ao artigo 8º, item 1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que remete ao conceito de "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei"²². No desenvolver da pesquisa, apontar-se-á precedentes julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos seguindo este entendimento.

2.2 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, é diploma posterior e, enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, integrante do *International Bill of Human Rights*, faz parte do sistema global (ou universal) de proteção dos direitos humanos, a Convenção representa parte do sistema regional de proteção destes direitos, formada pelos sistemas europeu, interamericano e africano. O sistema interamericano é composto por quatro principais instrumentos: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica, 1969) e o Protocolo Adicional à

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 43/173 of 09 December 1988**. *Body of principles for the protection of all persons under any form of detention or imprisonment*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

²¹ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

²² BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, 1988)²³.

Principal aparato do sistema interamericano, a Convenção Americana atua de forma complementar (e não excludente) à Carta Internacional dos Direitos Humanos e demais tratados internacionais de âmbito global, na medida em que cabe aos diplomas pertencentes aos sistemas regionais o respeito aos patamares mínimos estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelos tratados de âmbito global, bem como a ampliação e especificação dos direitos desta natureza, conforme sua realidade específica. Também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, local onde foi assinada, em 22 de novembro de 1969. Sua entrada em vigor se deu em 18 de julho de 1978, após o número mínimo de onze ratificações previsto, nos termos de seu artigo 74, item 2²⁴.

Em linhas gerais, a Convenção prevê, em sua Parte I, um rol de direitos civis e políticos nos mesmos moldes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e em sua Parte II, os meios para alcançar a proteção de tais direitos²⁵. Conforme estabelece o Preâmbulo da própria Convenção, sua natureza é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados-partes, no que tange a proteção dos direitos elencados, de forma que a estes recai a competência primária para efetivar a proteção daqueles sujeitos a sua jurisdição, atuando o sistema interamericano quando o Estado deixa de prover a devida resguarda aos direitos humanos ou o faz deficitariamente²⁶.

A Convenção prevê dois órgãos para a efetivação da proteção e promoção dos direitos nela previstos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 807.

²⁴ “Artigo 74 – [...] 2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.” BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 809.

²⁶ Ibid. p. 808.

Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão tanto da Organização dos Estados Americanos quanto da Convenção Americana, já que criada antes da elaboração desta última e que permanece alcançando os Estados-partes da Organização dos Estados Americanos que não ratificaram a Convenção, mas são adeptos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de 1948).

Composta por sete membros eleitos pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos para quatro anos de exercício, a Comissão “atua como instância preliminar à jurisdição da Corte”, podendo requisitar informações e formular recomendações aos governos dos Estados-partes²⁷. A denúncia ou queixa contra o Estado violador pode ser feita por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, por entidade não governamental em funcionamento regular ou por outro Estado-parte, desde que tenha reconhecido a competência da Comissão para tanto. Cabe à Comissão, a partir daí, requisitar informações ao estado acusado, promover investigações e realizar um relatório final, podendo publicá-lo, caso não atendidas as proposições, ou submeter a matéria à Corte Interamericana²⁸.

No que diz respeito à Corte Interamericana de Direitos Humanos, trata-se do “órgão jurisdicional do sistema interamericano que resolve sobre os casos de violação de direitos humanos perpetradas pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana”²⁹. Também composta por sete juízes de nacionalidades distintas, provenientes dos Estados-membros da OEA (possibilitada a oferta de um oitavo juiz *ad hoc* pelo Estado demandado), a Corte detém competência consultiva, “relativa à interpretação das disposições da Convenção, bem como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos”, e competência contenciosa, “de caráter jurisdicional, própria para o julgamento de casos concretos, quando se alega que algum dos Estados-partes na Convenção Americana violou algum de seus preceitos”³⁰. Esta última competência, no entanto, só é passível perante os Estados-

²⁷ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev. aumen. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 257-258.

²⁸ Ibid. p. 258.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 815.

³⁰ Ibid. p. 815.

partes que reconheçam expressamente a sua jurisdição para tanto, a qual foi aderida pelo Brasil em 1998 (Decreto Legislativo nº 89/98)³¹.

No âmbito de sua competência contenciosa, portanto, profere sentenças definitivas e inapeláveis, exigindo imediata reparação do dano e impondo, se for o caso, pagamento de justa indenização à parte lesada. Ressalta-se que é vedada a provocação direta da Corte por particulares ou instituições privadas, podendo fazê-la a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou outro Estado pactuante a ela submetido³².

O Brasil apenas ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, ou seja, quatorze anos após a sua entrada em vigor. Tal lapso temporal deveu-se, conforme sustenta Fauzi Hassan Choukr, às intempéries políticas vividas na América Latina nos anos sessenta e setenta, que culminou com a ratificação tardia também de outros países, especialmente da América do Sul, de forma que se fez possível, em nosso país, “após a volta do poder aos civis (em 1985) e a consolidação da reconstitucionalização (1988)”³³.

A promulgação interna se deu pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, destacando-se que o Brasil, ao aderir a convenção, declarou entendimento no sentido de que “os Artigos 43 e 48, alínea *d*, não incluíam o direito automático de visitas e investigações *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo as mesmas dependentes da anuência expressa do Estado.”³⁴

Sobre a audiência de custódia, em seu artigo 7º, item 5, a Convenção estabelece, quase nos mesmos termos do Pacto já estudado, que:

“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.”³⁵

³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 816.

³² *Ibid.* p. 816.

³³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **A convenção americana de direitos humanos e o direito interno brasileiro**: bases para sua compreensão. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 20.

³⁴ *Ibid.* p. 21.

³⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da

Aí se explicita a previsão da audiência de custódia também neste diploma internacional de âmbito regional. Quanto à terminologia, percebe-se mais claramente, a partir das expressões “pessoa presa, detida ou retida”, que o texto procura abranger toda a espécie de prisão. O dispositivo, assim como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também se utiliza da expressão “sem demora”, deixando ao arbítrio dos Estados-membros a estipulação de prazo ou à aferição da razoabilidade no caso concreto. Da mesma forma, iguala-se a análise da determinação da autoridade a quem deve ser apresentado o indivíduo, no sentido de que ao afirmar “à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, cabe ao Estado determinar pela legislação interna quem possui competência para esta função, além, obviamente, do próprio juiz, restringindo a matéria, mais uma vez, à apreciação judicial.

2.3 PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A convenção de Viena de 1969, a qual o Brasil assinou no mesmo ano e ratificou em 2009 (aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009, e promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009)³⁶, é conhecida como a Lei dos Tratados, pois determina regras para a disciplina e regulação do processo de formação dos tratados internacionais entre Estados. O processo de internalização, por sua vez, vem estabelecido pela Constituição Federal brasileira e inicia-se, normalmente, com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, cuja competência recai sobre o Poder Executivo³⁷.

Costa Rica) – MRE. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

³⁶ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

O artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, estabelece como competência privativa do Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional"³⁸. A celebração envolve a sua negociação e assinatura³⁹. Conforme assevera Flavia Piovesan, "a assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes"⁴⁰. É o ato que consagra a conformidade do Estado signatário com o conteúdo e a forma do tratado, indicando que este é autêntico e definitivo⁴¹. É, portanto, meramente formal, no sentido de que "atesta, tão somente, que o texto ali produzido não apresenta vícios de forma e dispõe de todas as condições para prosseguir no seu processo de conclusão"⁴².

Passa-se, assim, após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, à segunda etapa, que consiste na sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo⁴³. Nesse sentido, o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal impõe a competência exclusiva do Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional"⁴⁴.

Trata-se do chamado *referendum*, que "não internaliza o ato internacional ao direito estatal, apenas dando condições jurídicas para que o Chefe de Estado leve a cabo o procedimento de assunção do compromisso internacional"⁴⁵. Essa decisão parlamentar se materializa através da edição de um decreto legislativo, previsto no

³⁸ "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]" BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 84, VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1242.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

⁴¹ Ibid. p. 47.

⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 1242.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 47.

⁴⁴ "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 1019.

artigo 59, inciso VI, da Constituição Federal⁴⁶. Caso o Congresso Nacional não referende o tratado, fica impedido o Presidente da República de ratificá-lo, sob pena de responder pelo crime de responsabilidade pela prática de ato atentatório ao livre exercício do Poder Legislativo⁴⁷, previsto no artigo 85, II, da Constituição Federal⁴⁸.

Seguindo a aprovação parlamentar, deve ocorrer, portanto, a ratificação do tratado pelo Poder Executivo, traduzindo o aceite definitivo do Estado e a confirmação formal de que está obrigado aos seus termos, sendo “ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional”⁴⁹. É materializada mediante a expedição da carta de ratificação, firmada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores⁵⁰. Com a ratificação realizada, deve haver a promulgação do tratado, que se dá a partir da troca ou depósito do instrumento de ratificação e, daí em diante, o tratado passa a produzir efeitos no direito internacional e interno.

Valério Mazzuoli aponta que, embora inexista previsão da Constituição Federal a este respeito, a prática brasileira (seguindo a tradição portuguesa) exige que o Presidente da República, após o depósito do instrumento de ratificação junto ao órgão responsável, expeça um decreto de execução, referendado pelo Ministro das Relações Exteriores, “promulgando e publicando no *Diário Oficial da União* o conteúdo dos tratados, materializando-os, assim, internamente”⁵¹. De acordo com o autor, tal prática compõe a fase integratória da eficácia da lei, de forma que, a partir

⁴⁶ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 84, VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1019.

⁴⁸ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 1244.

⁵¹ Ibid. p. 1245.

desta, o tratado assume “plena vigência na ordem interna, devendo, por isso, ser obedecido tanto pelos particulares, como pelos juízes e tribunais nacionais”, que se encontram aptos a aplicar o tratado⁵².

No entanto, parece certo que, de acordo com a legislação invocada, a partir do depósito do instrumento de ratificação já existe a obrigatoriedade do Estado em observar as normas do tratado, possuindo este eficácia interna, mesmo que ausente decreto de execução. É o que sustenta Valerio Mazzuoli ao afirmar que estes tratados seguem “dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos, tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro”⁵³. Entende-se, aqui, que o decreto é apenas uma forma de publicizar oficialmente o conteúdo do diploma ao qual o país aderiu e a sua internalização.

2.4 EFEITOS DA INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante das informações previamente abordadas, impõe-se esclarecer, enfim, se as normas estabelecidas por tratados ou convenções internacionais, as quais são ratificadas pelo Brasil, possuem eficácia imediata e plena ou se, para sua efetivação, impõe-se a existência de normatização interna. O debate é antigo e compartilhado por diversos países a nível mundial. Para tanto, foi consagrada uma dicotomia entre as teorias dualista e monista, as quais se passa a explanar.

Em primeiro lugar, a corrente dualista, perante a qual se destacaram o autor alemão Carl Heinrich Triepel e o italiano Dionísio Anzilotti, é aquela que entende que “o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional”⁵⁴. Portanto, para que a norma internacional possua eficácia no direito interno, esta

⁵² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 84, VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1245.

⁵³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Ibid. p. 523.

deve ser positivada na legislação nacional. Ou seja, não basta a ratificação do tratado para que suas determinações possam ser pleiteadas na jurisdição nacional, devendo haver norma expressa incorporando-a ao ordenamento jurídico do país.

Pedro Dallari sustenta que “o dualismo é reflexo claro de um Direito Internacional Público no qual predominavam normas de natureza eminentemente contratual, fixadoras de regras políticas de convivência entre Estados soberanos”⁵⁵. Com efeito, para esta teoria, há recepção do direito internacional público pelo direito interno, mas não integração entre ambos, já que o direito internacional público emana para o Estado apenas diretrizes de natureza política que devem guiar às instituições responsáveis pela produção das normas de direito interno⁵⁶.

No entanto, esta aceção é insuficiente para orientar os tratados internacionais de direitos humanos, pois, como salienta Flávia Piovesan, estes “não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos”⁵⁷. No mesmo sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade aponta que as normas internacionais de proteção dos direitos humanos “voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humanos e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do ‘interesse público’ comum ou geral (ou *ordre public*) superior”⁵⁸.

Já a teoria monista, como assevera Francisco Rezek, possui duas correntes. A primeira, chamada de monismo internacionalista, teve como expoente Hans Kelsen e “sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas”⁵⁹. Quer dizer, o direito interno e o direito internacional integrariam uma ordem jurídica única e conforme, estando o primeiro restrito à observância do último. Por sua vez, o monismo nacionalista “apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano”, sendo a adoção dos preceitos do direito internacional mera faculdade

⁵⁴ REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. rev. aumen. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

⁵⁵ DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

⁵⁶ Ibid. p. 9.

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 159.

⁵⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 10-11.

⁵⁹ REZEK, Francisco. Op. cit. p. 28.

discricionária⁶⁰. Conforme o autor, os adeptos a esta corrente preconizam a descentralização da sociedade internacional e o culto da constituição, texto soberano, que deve explicitar o exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras”⁶¹.

No que tange ao ordenamento jurídico pátrio, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, bem como o mesmo dispositivo, em seu §2º, assevera que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁶².

Fica clara a intenção do constituinte em assegurar uma maior celeridade na efetivação de normas estabelecedoras de direitos e garantias fundamentais. Também, é mais do que evidente que os tratados que versam sobre direitos humanos, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos anteriormente estudados, por exemplo, constituem direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal brasileira.

Diante do exposto, compartilha-se da conclusão de Flávia Piovesan, que entende que o Brasil adota um sistema misto, pois, como impõe a regra do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, aplica-se a sistemática de incorporação automática aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, enquanto para os demais tratados deve haver incorporação legislativa, exigindo-se a “intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna”⁶³.

⁶⁰ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev. aumen. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

⁶¹ Ibid. p. 29.

⁶² “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: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 88.

Quanto à questão, porém, ressalta-se importante lição de Augusto Cançado Trindade, no sentido de que, na esfera de proteção aos direitos humanos, é irrelevante atualmente o debate entre as teorias monista e dualista, já que se deve ter em conta o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, sendo ela de direito internacional ou interno, ambos interagindo em benefício do protegido. Tal acepção culmina na redução de conflitos entre instrumentos legais, tanto entre direito interno e internacional, quanto entre mais de um tratado internacional⁶⁴. A solução é expressamente consagrada nos tratados de direitos humanos, especialmente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁵ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶⁶.

De qualquer maneira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já asseverou, no Parecer Consultivo 07/86, sobre a exigibilidade do direito de ratificação ou resposta, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos é autoaplicável⁶⁷.

Admitida, portanto, a eficácia plena e imediata dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (pois a partir do depósito do instrumento de ratificação junto ao órgão responsável as normas internacionais passam a produzir efeitos no âmbito nacional, independentemente de legislação interna que as regule),

⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 542-544.

⁶⁵ “Artigo 5. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.” BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

⁶⁶ “Artigo 29 - Normas de interpretação: Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” BRASIL. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinión consultiva OC-7/86**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2015.

impõe-se analisar a força normativa que estes possuem no ordenamento jurídico interno.

O texto constitucional não é claro nem expresso quanto à posição hierárquica dos tratados internacionais no direito interno. Especialmente aos tratados internacionais comuns, melhor dizendo, que não digam respeito à proteção dos direitos da pessoa humana, não há muita discussão quanto ao seu *status* infraconstitucional. A variação de posicionamento se dá sobre terem estes a mesma força das leis ordinárias, seguindo a máxima do “*lex posterior derogat priori*”, ou se prevaleceriam sobre as leis ordinárias, mesmo que inferiores à constituição. Sobre a questão, explica Flavia Piovesan que a doutrina os tem considerado com hierarquia infraconstitucional – em razão da disposição do artigo 102, III, *b*, da Constituição Federal, que submete à apreciação do STF o recurso da decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado –, mas supralegal – em razão do disposto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados que assevera, em seu artigo 27, que não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado⁶⁸.

Já no que diz respeito aos tratados que versam sobre direitos humanos, a divergência se alarga. Com efeito, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 inova ao asseverar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁶⁹. Percebe-se que o texto constitucional inclui no rol de direitos e garantias a serem observados e respeitados aqueles previstos nos tratados internacionais ratificados pelo país, o que não era contemplado nas constituições anteriores.

Parte da doutrina entende que se trata de uma cláusula de abertura da Constituição Federal, implicando a incorporação pelo texto constitucional de tais direitos, atribuindo a eles a natureza de norma constitucional. Para Flavia Piovesan, “essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60.

direitos fundamentais”⁷⁰. Este é o entendimento também seguido por Valério Mazuolli, que salienta que estes direitos integram o sistema da Constituição, compondo o chamado bloco de constitucionalidade, por causa de seu conteúdo e significado⁷¹. No mesmo sentido é a lição de Antonio Augusto Cançado Trindade⁷².

Por outro lado, a partir da introdução, pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁷³, surgiu o entendimento de que o objetivo da alteração era restringir o *status* constitucional apenas aos diplomas internacionais aprovados pelo quórum qualificado nela apresentado, restando aos demais, aprovados por quórum simples, ainda que anteriores à Emenda, a hierarquia de lei ordinária.

Para Francisco Rezek, a promulgação desse parágrafo nada ressaltou acerca dos tratados sobre direitos humanos já internalizados por processo simples e, portanto, teria o Congresso constituinte os elevado à categoria dos tratados de nível constitucional⁷⁴.

Ampliando o entendimento, Valério Mazuolli assevera que o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal já confere o *status* de norma constitucional aos tratados que versam sobre direitos humanos, pois ao passo que “a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os *inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52.

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, §2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 517.

⁷² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. v. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 513.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁷⁴ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev. aumen. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional"⁷⁵. Para o autor, a única diferença que o quórum previsto pelo parágrafo terceiro impõe é a eficácia formal, equivalente à emenda constitucional. Isso significa dizer que, para além de sua natureza materialmente constitucional conferida pelo parágrafo segundo, ao ser aprovado pelo quórum qualificado, equiparando-se à emenda constitucional, o tratado passará a reformar a Constituição e não poderá ser denunciado, pois consistirá em cláusula pétrea do texto constitucional⁷⁶. Corroborando esta aceção a doutrina de Flávia Piovesan⁷⁷.

O Supremo Tribunal Federal vinha, especialmente a partir do Recurso Extraordinário nº 80.004, julgado em 1977, adotando o entendimento de que todos os tratados e convenções internacionais possuem a hierarquia das leis ordinárias, de modo que, diante de conflito, aplicar-se-ia a lei posterior em face da anterior (*lex posterior derogat priori*)⁷⁸. O entendimento permaneceu prevalente ao longo dos anos em diversos julgados daquela Corte⁷⁹. No entanto, entende-se que esta concepção do Supremo Tribunal Federal viola, inclusive, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual prevê expressamente, no já mencionado artigo 27, *que* "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado"⁸⁰, além dos

⁷⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, §3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 520

⁷⁶ Ibid. p. 521.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71-76.

⁷⁸ "Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004/SE**. Tribunal Pleno, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

⁷⁹ Ver, e. g.: HC 72131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003; e HC 76561/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 27/05/1998, DJ 02-02-2001.

⁸⁰ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Planalto**.

argumentos expostos pelos autores supracitados, os quais aqui adota-se o posicionamento. Ademais, deve-se sempre ter em conta que a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana⁸¹, devendo esta nortear o ordenamento e as relações jurídicas.

Alguns destes argumentos foram, inclusive, sustentados posteriormente pela própria Corte. A mudança de paradigma ocorreu com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP⁸², no qual foi reconhecido o *status* supralegal das normas provenientes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil que tratam de direitos humanos. A partir do voto prevalente do Ministro Gilmar Mendes, consignou-se que o entendimento até então vigente naquela Corte não mais se coadunava com o momento de valorização e centralização da proteção da pessoa humana no plano nacional e internacional.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, portanto, por maioria de votos, que diante da regra estabelecida pelo §3º do art. 5º da CF, os tratados já ratificados pelo Brasil e que não seguiram os requisitos de aprovação nele indicados não podem ser equiparados às normas constitucionais. A equivalência dos tratados à norma constitucional esbarra na própria competência deste órgão para realizar o controle de constitucionalidade, formal e material, dos diplomas internacionais, o que não o resguarda de, entendendo por uma inconstitucionalidade, poder confrontar a norma internacional e restar sujeito à responsabilização.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁸¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

⁸² “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Tribunal Pleno, Relator Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 28 mai. 2015.

Por outro lado, de qualquer maneira, é certo que houve uma diferenciação dos tratados de direitos humanos em relação aos demais. Por esse motivo, o Supremo entendeu ser insuficiente o posicionamento até então adotado pelo órgão de que este tipo de norma teria caráter de lei ordinária, de forma que concedeu o caráter de supralegalidade, ou seja, ainda que inferiores à norma constitucional, em havendo conflito entre tratado internacional e lei ordinária, prevalece a norma internacional, independentemente de ser anterior ou posterior.

Para não deixar de mencionar, há uma corrente, minoritária, que reconhece os tratados internacionais de direitos humanos como supraconstitucionais. Tal concepção não se sustenta, pois a Constituição brasileira é regida pelo princípio da sua supremacia formal e material. Ademais, o próprio processo de aprovação e promulgação dos tratados internacionais é definido pela Constituição. Ainda, os agentes envolvidos no processo de negociação e aprovação do tratado internacional estão submetidos ao conteúdo, não só formal, mas também material da Carta Magna.

Adota-se, aqui, a posição de que qualquer Tratado internacional ratificado pelo Brasil tem força, no mínimo, supralegal, sendo que aqueles que tenham aprovação qualificada pelo Congresso Nacional (nos termos do art. 5º, parágrafo 3º, da CF), adquirem status de emenda constitucional. Ainda, filia-se, nesta pesquisa, ao entendimento abraçado por Flavia Piovesan, Valério Mazzuoli e Antonio Augusto Cançado Trindade, como exemplo desta vertente, de que os tratados internacionais de direitos humanos, a partir do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, devem ser tidos como normas constitucionais, independentemente do requisito do §3º do mesmo dispositivo legal, que apenas lhe atribui status formal de emenda constitucional.

Estabelecidas estas considerações acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, cabe expor, por fim, que a inobservância dos regramentos estabelecidos pelos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado implica em sua possibilidade de responsabilização perante o órgão julgador competente. Como assevera Flavia Piovesan, “a violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres

implica, portanto, responsabilização internacional do Estado violador”⁸³. A responsabilização estatal pode ocorrer, inclusive, em caso de não aplicação da norma convencional pelo Judiciário, descumprindo o compromisso junto aos demais atores internacionais, já que ato de um de seus poderes constituídos⁸⁴.

Nesse sentido, assevera Antonio Augusto Cançado Trindade que:

As obrigações internacionais de proteção têm um amplo alcance, vinculam todos os poderes do Estado; além das voltadas a cada um dos direitos protegidos, comportam ademais as obrigações gerais de assegurar o respeito destes últimos, e de adequar o direito interno às normas convencionais de proteção. O descumprimento dessas obrigações engaja prontamente a responsabilidade internacional do Estado, por atos ou omissões, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.⁸⁵

O trâmite se dá de acordo com o procedimento estabelecido pelo tratado violado, perante seu órgão responsável previsto, devendo ser observado se há possibilidade de provocação por via de petição individual, bem como a necessidade de esgotamento dos recursos internos. Como consequência da responsabilidade internacional está a devida reparação, de natureza compensatória, a depender da exigência do caso concreto, sendo comuns as reparações pecuniárias por danos morais e/ou materiais, bem como a imposição da restauração do *status quo ante*⁸⁶, ou seja, a restauração da situação fática ou jurídica anterior à violação estatal. Sendo a violação decorrente de decisão judicial, cabe a nulidade do *decisum*.

Com relação especificamente à audiência de custódia, tema da presente pesquisa, entende-se que, estando inserida em dois tratados internacionais ratificados pelo Brasil que tratam sobre Direitos Humanos, sua incorporação no direito interno é automática, devendo ser respeitada pelos Poderes do Estado e pelos particulares. No entanto, tal previsão normativa de âmbito internacional, embora passível de implantação imediata, resta lacunosa no que tange à sua instrumentalização, motivo pelo qual se torna adequado que o direito interno, através

⁸³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50-51.

⁸⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 84, VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1245.

⁸⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 554.

⁸⁶ REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. rev. aumen. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 332-333.

de normatização específica, supra os pontos nebulosos e regulamente a matéria, de acordo com a realidade do país, para sua melhor execução. Como assevera Antonio Augusto Cançado Trindade, “há que admitir que persiste uma brecha entre o progresso normativo e a realidade dos direitos humanos, mas esta terá que contar com aquele para aprimorar-se”⁸⁷. Em outras palavras, por todo o exposto, pode o instituto da audiência de custódia ser executado no âmbito nacional de forma imediata (como, se verá, já vêm fazendo alguns estados brasileiros), porém poderá ser melhor desenvolvido, bem como melhor garantidas suas premissas e objetivos, se for regulamentado pelo ordenamento jurídico interno, observada a realidade nacional.

⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 15.

3 O TRATAMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA REALIDADE BRASILEIRA ATUAL E AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

3.1 AS MODALIDADES DE PRISÃO PROVISÓRIA E A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO INTERNA ATUAL

Após uma análise geral do tratamento da matéria pelos diplomas internacionais referidos, bem como do processo e efeitos da internalização destes diplomas a partir de sua ratificação no ordenamento jurídico nacional, cabe analisar como (e se) a legislação interna brasileira dispõe sobre a audiência de custódia.

De acordo com o Código de Processo Penal, em regra, o indivíduo que se encontra em prisão cautelar, também denominada processual ou provisória – ou seja, aquelas modalidades de prisão que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, seja decorrente de flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva⁸⁸ -, só é conduzido à presença do juiz no momento da audiência de instrução e julgamento e, ainda sim, somente possui oportunidade de se manifestar perante esta autoridade no momento de seu interrogatório, último ato do processo, algumas vezes após diversas audiências para oitiva de vítimas e testemunhas⁸⁹. Antes disso, a legislação processual não prevê obrigatoriedade de apresentação do preso diante de uma autoridade judicial.

Em seu artigo 301 e seguintes, ao regulamentar a prisão em flagrante delito, o Código de Processo Penal atual, dispõe que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja

⁸⁸ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

⁸⁹ Importante frisar, desde já, embora se afastando um pouco do assunto, que em nenhum momento aqui se critica o interrogatório do acusado como último ato do processo. Muito pelo contrário, tal disposição prevista no artigo 411, introduzido pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou a ordem do procedimento instrutório, é essencial para a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, primordiais em um processo penal acusatório em um Estado Democrático de Direito. A alteração legislativa merece créditos por assegurar tais princípios.

encontrado em flagrante delito”⁹⁰, entendendo-se por flagrante delito as hipóteses em que o indivíduo: está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração⁹¹.

Nestes casos, o preso deve ser apresentado à autoridade competente, conforme disciplina o *caput* do artigo 304 do Código de Processo Penal, oportunidade em que será ouvido o condutor (ou seja, o agente policial que realizou a custódia do indivíduo) e as testemunhas e interrogado o preso sobre a imputação que lhe é feita⁹². Embora não expresse, pela sistemática apresentada pelo Código de Processo Penal, resta evidente que a autoridade mencionada, no caso em comento, é a autoridade policial, delegado de polícia, que autuará o flagrante, e colherá os elementos para proceder ao inquérito e realizar o relatório final, com eventual indiciamento do investigado. Inclusive, o artigo 301, que inicia o Capítulo II do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, faz referência à autoridade policial, seguindo logicamente nesta linha os artigos seguintes. Ainda, como assevera Fernando da Costa Tourinho Filho, “não obstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo”⁹³.

A lei processual penal impõe que a prisão de qualquer indivíduo deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, e que o auto de prisão em flagrante deve ser remetido ao juiz competente em até 24 horas após a realização da prisão, bem como cópia integral à Defensoria Pública, caso o preso não indique advogado. Deve ainda,

⁹⁰ “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

⁹¹ “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.” Ibid.

⁹² “Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.” Ibid.

no mesmo prazo, ser entregue ao preso a nota de culpa, mediante recibo e firmada pela autoridade, constando o motivo da prisão e o nome do condutor e das testemunhas⁹⁴, conferindo validade do ato. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou converter a prisão em flagrante em preventiva, se, presentes os requisitos do artigo 312, revelarem-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão⁹⁵.

Percebe-se, portanto, que a norma processual penal brasileira nada dispõe acerca da imposição de apresentação do indivíduo preso em flagrante a um juiz, apenas exigindo a remessa das respectivas peças informativas no prazo máximo de 24 horas para a avaliação do magistrado. A averiguação da legalidade e necessidade do ato de prisão, portanto, é realizada através do “papel”, não havendo contato direto entre o preso e a autoridade judicial. Torna-se, assim, normalmente, vinculada apenas ao fato delituoso imputado e circunstâncias pessoais do indivíduo preso (especialmente, aos antecedentes criminais), pouco chegando ao judiciário, por esta via, as circunstâncias relativas ao ato de prisão e custódia do autuado, momento em que normalmente ocorrem os abusos e violações de direitos.

No que tange a prisão preventiva, disciplinada nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal, igualmente não há disposição acerca de instituto semelhante à audiência de custódia. A prisão preventiva é decretada pelo juiz competente, em qualquer fase da investigação ou do processo penal. Sua

⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 669.

⁹⁴ “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

⁹⁵ “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou 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. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” *Ibid.*

decretação pode se dar de ofício, quando no curso da ação penal, ou mediante requerimento do representante ministerial, do querelante ou do assistente, bem como por representação da autoridade policial⁹⁶, devendo observar os fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal⁹⁷, e as hipóteses previstas no artigo 313 do mesmo diploma legal⁹⁸. Tem como finalidade essencial a proteção da persecução penal e da efetividade do processo, quando a liberdade do imputado puder-lhe gerar risco, justificando-se apenas quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade⁹⁹. O artigo 315 do Código de Processo Penal, ainda, ressalta a necessidade de motivação da decisão acerca da prisão preventiva¹⁰⁰, o que apenas reforça a exigência constitucional do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal¹⁰¹. Nada se prevê novamente, contudo, acerca do contato pessoal entre preso e juiz.

⁹⁶ “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

⁹⁷ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).” Ibid.

⁹⁸ “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” Ibid.

⁹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 491.

¹⁰⁰ “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” BRASIL. **Código de processo penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

¹⁰¹ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

Por fim, quanto à prisão temporária, diferentemente, encontramos instituto normatizado que prevê a possibilidade de apresentação do preso ao juiz. Disciplinada pela Lei 7.960/1989, a prisão temporária tem espaço durante a investigação policial, estando suas hipóteses descritas no artigo 1º da lei. Destarte, cabe a prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, bem como quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos pelo rol taxativo do referido dispositivo¹⁰².

Esta modalidade de prisão deve ser decretada pelo juiz, a partir de representação da autoridade policial (quando deverá ser dada vista ao órgão ministerial para se manifestar) ou de requerimento do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício. É a única modalidade de prisão cautelar que possui prazo máximo determinado – em regra, de cinco dias e, para os crimes hediondos, de 30 dias¹⁰³, prorrogáveis, em ambos os casos, por igual período em casos de extrema e comprovada necessidade – superado o qual, deve o indivíduo ser posto em liberdade, a menos que lhe tenha sido decretada a prisão

¹⁰² “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).” BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹⁰³ “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

preventiva¹⁰⁴. Nos termos do artigo 2º, §2º, da Lei 7.960/1989, o juiz deverá proferir despacho para decretar a prisão temporária, fundamentadamente, dentro do prazo de 24 horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

A questão principal a ser aqui abordada refere-se ao §3º do artigo 2º da lei que disciplina a prisão temporária. Este dispositivo afirma, *in verbis*, que nestes casos “o Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito”¹⁰⁵.

Como se vê, com o claro objetivo de constatar se o indivíduo foi submetido à tortura ou qualquer violação à sua integridade física e moral¹⁰⁶, a realização de tal ato – sua apresentação diante do juiz – é mera faculdade do próprio magistrado, o que culmina, na prática, em pouquíssima aplicação. Para Fauzi Hassan Choukr, tal previsão “transformou-se em letra inoperante e não ajudou a diminuir o hiato entre a prática inquisitiva e a construção de uma nova e desejada moldura acusatória”. O autor entende que, desde a entrada em vigor da lei, permanecem os mesmos problemas e discussões acerca da prisão temporária, em nada alterando na prática a redação do dispositivo, ressaltando a falta de “preocupação com a montagem de uma estrutura operacional – obviamente necessária ao menos nos grandes centros – para dar cumprimento ao quanto vier a ser legislado”¹⁰⁷.

Em conclusão, verifica-se que, atualmente, não há no Brasil norma interna que imponha a apresentação do preso à autoridade judicial, embora exista a obrigatoriedade de tal condução pelas normas dos tratados internacionais estudados no capítulo anterior. Por outro lado, percebe-se que importantes alterações

¹⁰⁴ “Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. § 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. § 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento. [...] § 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.” BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito Ltda., 1994. p. 506.

legislativas no âmbito do processo penal tramitam no Congresso Nacional, de forma que se passa a analisar dois projetos de lei que interferem na matéria.

3.2 A PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO PROJETO DE LEI Nº 156/2009 E O TRATAMENTO DA MATÉRIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (recepcionado pela Câmara dos Deputados em 22/10/2010 como Projeto de Lei 8045/2010), que visa alterar o Código de Processo Penal, pretende introduzir algumas novidades no ordenamento processual, entre elas e, talvez, a mais significativa, a figura do Juiz das Garantias, disciplinada no artigo 14 e seguintes da redação final do projeto pelo Senado Federal, que foi encaminhado à Câmara dos Deputados para a revisão em 2011.

Trata-se de "um magistrado com competência exclusiva para atuar em todo e qualquer tema que diga respeito à fase investigação, estando impedido, portanto, de atuar posteriormente na fase processual"¹⁰⁸, como expõe Mauro Fonseca Andrade. Em outras palavras, a inovação impõe a separação entre o juiz que atuará durante a fase de investigação do que atuará no processo judicial, devendo ser estas pessoas distintas, impedidos de adentrar um na esfera do outro, ao contrário do que é estabelecido atualmente pelo Código de Processo Penal, pelo instituto da prevenção.

Tal modificação visa garantir os direitos fundamentais do acusado em cada fase da persecução penal, evitando contaminações do magistrado. O juiz de garantias teria a competência de acompanhar a fase de inquérito, garantindo a efetivação dos direitos e garantias do investigado e decidir acerca das questões envolvendo a privação de liberdade do indivíduo. Como expressa o *caput* do artigo 14, "o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação

¹⁰⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 254, jan/2014.

¹⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13.

criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário"¹⁰⁹.

A norma impede a atuação de ofício do magistrado durante a investigação no que se refere à produção probatória, ou seja, o juiz de garantias não poderá determinar a produção de provas *ex officio*, no máximo decidir sobre pedidos de diligências feitos pelas partes, como produção antecipada de provas, interceptação telefônica, quebra de sigilo, busca e apreensão, entre outros meios de obtenção de prova (artigo 14, incisos VII e XI, do anteprojeto). O artigo 16 do projeto¹¹⁰ complementa a figura do juiz de garantias que, atuante de algum modo na investigação, não poderá presidir o processo judicial. Dessa maneira, enquanto a criação da figura do juiz das garantias atribui a este a qualidade, como o nome sugere, de garantidor da ordem jurídico-constitucional durante o inquérito, a nova

¹⁰⁹ "Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada." BRASIL. Comissão temporária de estudo da reforma do código de processo penal. **Parecer nº 1.636, de 2010:** redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Reforma o código de processo penal. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

¹¹⁰ "Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748". BRASIL. Comissão temporária de estudo da reforma do código de processo penal. **Parecer nº 1.636, de 2010:** redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Reforma o código de processo

norma também objetiva que o juiz atuante do processo judicial tenha maior isenção, por não ter se contaminado com os atos praticados durante o inquérito policial.

Os incisos I e II do mencionado dispositivo ditam que cabe a ele receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, assim como receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555 (relaxar prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, arbitrar fiança, impor outras medidas cautelares ou conceder a liberdade provisória).

Por sua vez, o inciso III do artigo 14 do PLS 156/2009, atribui ao juiz das garantias a competência de “zelar pela observância dos direitos do preso”, facultando-lhe determinar que este seja conduzido a sua presença. Percebe-se que a alteração proposta ao Código de Processo Penal, embora inove prevendo a hipótese, não inclui, também, a obrigatoriedade de apresentação do indivíduo detido à autoridade judicial. O procedimento acerca da prisão em flagrante nada inclui em seu texto sobre eventual audiência de custódia¹¹¹, sendo, porém, os casos principais em que o juiz das garantias poderia utilizar-se do referido artigo 14, inciso II, para requerer a apresentação do preso. O regramento que dispõe sobre a prisão preventiva também não prevê a apresentação do preso ao juiz, que poderia ser realizada com fundamento no mesmo dispositivo, quando ainda em sede de inquérito policial, âmbito de atuação do juiz das garantias¹¹². Já a prisão temporária,

penal. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

¹¹¹ “Art. 553. Observado o disposto no art. 545, em até 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. § 1º Cópia integral do auto de prisão em flagrante será encaminhada à Defensoria Pública no mesmo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, salvo se o advogado ou defensor público que acompanhou o interrogatório já a tiver recebido. § 2º Também no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. [...] Art. 555. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais; ou III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. A concessão de liberdade provisória na forma do inciso IV do caput deste artigo somente será admitida se o preso for pobre e não tiver condição de efetuar o pagamento da fiança.” BRASIL. Comissão temporária de estudo da reforma do código de processo penal. **Parecer nº 1.636, de 2010**: redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Reforma o código de processo penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

¹¹² “Art. 556. Havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada: I – como garantia da ordem pública ou da ordem econômica; II – por

atualmente regradada pela lei 7960/89, resta incluída no texto do Código de Processo Penal pelo projeto de lei, com algumas alterações, porém, igualmente, prevendo a insuficiente faculdade do juiz em requisitar a apresentação do preso¹¹³.

No caso da audiência de custódia, fica claro que quem realizaria o ato seria, em regra, o juiz das garantias. No entanto, como se vê, o Projeto de Código de Processo Penal inclui em sua redação a previsão de contato do indivíduo preso provisoriamente (nos casos de prisão em flagrante e de prisão temporária), porém define o ato como mera faculdade do juiz, que poderá requerer a apresentação do preso de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da defesa. Embora se demonstre um passo progressivo, caímos novamente no problema da falta de obrigatoriedade que, diante do número massivo de prisões realizadas em nosso país, tenderá ao desuso e esquecimento do dispositivo, como ocorre atualmente com a norma disciplinada pela lei da prisão temporária, como já mencionado.

conveniência da instrução criminal; III – para assegurar a aplicação da lei penal; IV – em face da extrema gravidade do fato; V – diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor. § 1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena. § 2º O clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva. § 3º A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente. Art. 557. Não cabe prisão preventiva: I – nos crimes culposos; II – nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 3 (três) anos, exceto se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa; III – se o agente estiver acometido de doença gravíssima, de tal modo que o seu estado de saúde seja incompatível com a prisão preventiva ou exija tratamento permanente em local diverso. § 1º O juiz poderá autorizar o cumprimento da prisão preventiva em domicílio quando, mediante apresentação de prova idônea, o custodiado for: I – maior de 75 (setenta e cinco) anos; II – gestante a partir do sétimo mês de gestação ou quando esta for de alto risco; III – imprescindível aos cuidados especiais devidos a criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. § 2º Não incidem as vedações previstas nos incisos I e II do caput deste artigo na hipótese: I – de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais, sem prejuízo da verificação dos demais pressupostos autorizadores da prisão preventiva; II – em que a prisão preventiva é imposta como garantia da aplicação penal, nos termos do caput do art. 150”. BRASIL. Comissão temporária de estudo da reforma do código de processo penal. **Parecer nº 1.636, de 2010**: redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Reforma o código de processo penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

¹¹³ “Art. 565. Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. § 1º A decisão que decretar a prisão temporária deverá ser prolatada no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado a partir do recebimento da representação ou do requerimento. § 2º O juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e da defesa, determinar que o preso lhe seja apresentado, submetê-lo a exame de corpo de delito, bem como solicitar informações e esclarecimentos ao delegado de polícia.” BRASIL. Comissão temporária de estudo da reforma do código de processo penal. **Parecer nº 1.636, de 2010**: redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Reforma o código de processo penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

O Projeto permanece em tramitação, aguardando revisão pela Câmara dos Deputados, onde, em 26/03/2015, foi emitido ato da presidência criando Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010¹¹⁴.

3.3 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554/2011

Tratando exclusivamente sobre o tema da audiência de custódia, o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, visa à implementação do ato, normatizando seu procedimento. A proposição apresentada pelo senador objetiva alterar o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Nos termos da sua justificção, a apresentação do preso teria o “fim de resguardar sua integridade física e psíquica”¹¹⁵, adequando-se o ordenamento jurídico pátrio ao disposto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

De início, destaca-se que a previsão normativa é, conforme a própria ementa, destinada exclusivamente aos casos de prisão em flagrante. Tratar-se-á, adiante, da (im)possibilidade de aplicação do instituto da audiência de custódia também nos demais casos de prisão cautelar (temporária e preventiva). Assim, o texto inicial do projeto de lei, apresentado pelo Senador Valadares, dispõe:

Art. 1º O § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 306.
.....

§ 1º 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

¹¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato da Presidência, em 26/03/2015**. Cria Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010. Plenário. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1324743&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹¹⁵ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

.....”(NR)¹¹⁶

Encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o relator, Senador João Capiberibe, emitiu parecer no sentido da aprovação do projeto, apresentando emenda substitutiva (Emenda nº 1 da Comissão de Direitos Humanos) ampliando os termos previstos no projeto original, *in verbis*:

Art. 1º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 306.

§ 1º 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.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, 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.

§ 4º 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.

§ 5º 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 parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.” (NR)¹¹⁷

Em Reunião Extraordinária, a Comissão aprovou por unanimidade o relatório do Senador João Capiberibe, que passou a constituir o Parecer da Comissão de

¹¹⁶ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹¹⁷ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Relatório do Senador João Capiberibe pela aprovação do projeto na forma da Emenda n. 1 que apresenta. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/136748.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Direitos Humanos, favorável ao Projeto na forma da Emenda nº 1, por ele apresentada¹¹⁸.

Encaminhado à Comissão de Assuntos Econômicos, foi designada relatoria do Senador Randolpho Rodrigues, que votou pela aprovação, nos termos do substitutivo apresentado pelo Senador João Capiberibe¹¹⁹. Após votação, a Comissão aprovou o relatório, emitindo parecer favorável ao Projeto nos seus termos¹²⁰.

Por fim, o matéria foi encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça, para emitir decisão terminativa, sob relatoria do Senador Humberto Costa. O senador Francisco Dornelles apresentou emenda, visando à alteração do §1º do texto do projeto para incluir a possibilidade de realização da audiência de custódia mediante o sistema de videoconferência. A emenda apresentada teve como base Ofício apresentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro propondo a referida alteração¹²¹. O texto apresentado na emenda dispõe que:

§ 1º. 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.¹²²

¹¹⁸ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa pela aprovação do projeto na forma da Emenda n. 1 da Comissão de Direitos Humanos. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=168696&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹¹⁹ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Relatório do Senador Randolpho Rodrigues pela aprovação do projeto na forma da Emenda n. 1 da Comissão de Direitos Humanos. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=140147&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²⁰ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos pela aprovação do projeto na forma da Emenda n. 1 da Comissão de Direitos Humanos. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141651&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²¹ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício nº 275, de 22/05/2014, da Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=152687&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²² BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Emenda nº 2 do Senador Francisco Dornelles. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=152327&c=PDF&emenda=Emenda2>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

O senador, bem como a presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no ofício remetido, fez referência à realização de interrogatório do réu e de outros atos processuais por sistema de videoconferência, regulamentados na Lei 11.900 de 08 de janeiro de 2009 e pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 105 de 06 de abril de 2010. Segundo o senador, “o deslocamento de presos coloca em risco à segurança pública, à segurança institucional e, inclusive, à segurança do preso”, sustentando que “pelo referido sistema é possível que o juiz converse diretamente com o preso, visualizando-o em tempo real, o que não altera a finalidade do projeto originário”¹²³.

O relator designado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Senador Humberto Costa, no entanto, ao emitir seu voto, aderiu ao substitutivo apresentado pelo Senador João Capiberibe e rejeitou a emenda proposta pelo Senador Francisco Dornelles. De acordo com Humberto Costa, faz-se necessária a presença física do preso diante do juiz, “pois além de ser mais fidedigna, possibilita que o Magistrado possa avaliar o caráter, a índole, de forma a alcançar a compreensão da personalidade do custodiado”¹²⁴. Ademais, asseverou o Senador que “a perda do contato pessoal conduz a uma atividade judiciária mecânica e insensível e é fundamental a presença física do preso perante o juiz, sob pena de esvaziar, reduzir ou debilitar o substrato humano do sistema penal”¹²⁵. Ainda, apresentou emenda substitutiva apenas para alterar a expressão “autoridade policial” para “delegado de polícia” constante no §4º, adequando-se, assim, ao texto já aprovado pela Casa no PLS 156/2009, que visa alterar o Código de Processo Penal, em homenagem ao princípio da simetria e da boa técnica legislativa.

Foram apresentados diversos ofícios e notas técnicas advindas de instituições afetadas pela matéria, mostrando-se favoráveis e contrárias à aprovação do Projeto de Lei. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF)

¹²³ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Emenda nº 2 do Senador Francisco Dornelles. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=152327&c=PDF&emenda=Emenda2>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²⁴ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Relatório do Senador Humberto Costa pela aprovação do projeto nos termos do substitutivo que apresenta e pela rejeição da Emenda nº 2. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=153845&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²⁵ Ibid.

encaminhou nota técnica posicionando-se pela rejeição total do projeto, por entender que a legislação atual já seria suficiente para cumprir a imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos e as disposições Constitucionais, já que os Delegados de Polícia teriam a competência para averiguar eventuais ilegalidades e assegurar o respeito às garantias do preso¹²⁶. No mesmo sentido, foi a nota técnica encaminhada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BR)¹²⁷.

A Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal aduziu que a implantação das disposições normativas acarretaria em uma paralisação dos policiais, que temeriam falsas imputações de tortura por parte dos presos em flagrante, preferindo assim não realizá-los a correr o risco de sofrer um processo criminal. Apontou, também, a falta de estrutura da Polícia para conduzir os presos à audiência sem prejudicar o policiamento das ruas, pugnando, assim, que o projeto fosse submetido a maiores discussões juntamente com as entidades envolvidas antes de sua votação¹²⁸.

O Ministério Público de São Paulo também foi pela rejeição da proposta legislativa. Entre suas críticas estão a deficiência estrutural, orçamentária e humana dos atores do processo penal, o risco à segurança no deslocamento dos presos, os frequentes relaxamentos de prisões em flagrante em caso de impossibilidade de condução dentro do prazo, também apontado como exíguo. Sugere, então, que a alteração legislativa seja realizada no seguinte sentido: impor a sujeição do preso ao exame de corpo de delito antes do ingresso no cárcere e imediatamente após a lavratura do flagrante; prever a audiência para oitiva do preso, convocada de ofício ou mediante provocação das partes, se houver fundados indícios de ilegalidade na prisão ou de violação aos direitos fundamentais, no prazo de 48 horas, na qual, sob o crivo do contraditório, a autoridade judiciária deverá reavaliar a manutenção do

¹²⁶ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício nº 147/14-ADPF. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=154193&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²⁷ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Nota técnica da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil contrária ao Projeto. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=154195&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²⁸ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício nº 37/14-FENADEPOL. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=154194&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

cárcere processual ou revogar ou modificar a medida cautelar anteriormente adotada, sem prejuízo das apurações cabíveis¹²⁹.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) também se posicionou contrária, apontando, especialmente, o exíguo prazo de 24 horas para a realização do ato e sustentando a manutenção de seu termo no caderno processual¹³⁰. A Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) ressaltou a falta de estrutura e requereu a rejeição do Projeto, ou, subsidiariamente, a previsão da implementação do sistema de videoconferência¹³¹. Tanto esta instituição, quanto o Ministério Público de São Paulo destacaram como prejudicial o fato do depoimento colhido em sede de audiência de custódia não poder ser utilizado em desfavor do preso, o que não ocorreria nos demais países que implantaram a prática.

Posicionando-se favoráveis à aprovação do projeto, nos termos do substitutivo do Senador Humberto Costa, apresentaram notas técnicas o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE)¹³², a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP)¹³³ e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

¹²⁹ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Nota técnica nº 14/2014 do Ministério Público do Estado de São Paulo. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157402&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹³⁰ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício nº 029/2015-GAB/CONAMP da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=162199&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹³¹ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício nº 594/2014, de 4/12/2014, da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=159456&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹³² BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício nº 105/2014, que encaminha Nota Técnica do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais – CONDEGE. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=156459&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹³³ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício ANADEP nº 02/2015, da Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=161201&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

(IBCCRIM)¹³⁴. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária também encaminhou ofício de apoio à sua aprovação¹³⁵.

O Senador Humberto Costa apresentou novo relatório, manifestando-se pela rejeição da Emenda da Comissão de Constituição e Justiça e acatando parcialmente o substitutivo aprovado pelas Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa e de Assuntos Econômicos, pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, nos termos do substitutivo que apresentou para alterar o artigo 306 do Código de Processo Penal, que restou, na sua proposta, assim redigido:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pelo delegado de polícia ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 3º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da ocorrência de suposta violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 4º No prazo máximo de 24 (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 judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 5º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

¹³⁴ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Nota técnica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=162200&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹³⁵ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Ofício Circular nº 031/CNPCP-2013, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140493&tp=1>>. **Senado Federal.** Acesso em: 15 jun. 2015.

§ 6º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, 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.

§ 7º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não 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 parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 8º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 9º Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, 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.” (NR)¹³⁶

Destarte, o texto atual do projeto prevê, então, o estabelecimento de prazo para a realização da audiência de custódia, assim como o procedimento a ser adotado. O *caput* do artigo proposto pelo Senador, bem como os seus parágrafos 1º e 2º, são muito semelhantes à atual redação do artigo 306 do Código de Processo Penal¹³⁷, apenas elaborando-o de forma mais detalhada. Percebe-se, de mais significativo, que o *caput* inclui a comunicação imediata da Defensoria Pública quando da prisão em flagrante, bem como o §2º, ao estabelecer a forma da nota de culpa, impõe que além dos motivos da prisão, do nome do condutor e das

¹³⁶ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Relatório do Senador Humberto Costa pela aprovação do projeto nos termos do substitutivo que apresenta e pela rejeição da Emenda nº 2. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=166396&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹³⁷ “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

testemunhas, deve constar a capitulação jurídica do fato. Na prática, ao que parece, tais alterações parecem dispensáveis. Em primeiro lugar, porque a Defensoria Pública, na ausência de advogado constituído, já era informada da prisão em até 24 horas após o flagrante, conforme o §1º do artigo 306 do atual Código de Processo Penal, o que é repetido no mesmo parágrafo da proposta legislativa. A capitulação jurídica na nota de culpa, por sua vez, normalmente já se encontra nela descrita. Trata-se de instrumento que deve ser entregue ao preso, informando os motivos de sua prisão, e o motivo pressupõe que o ato configure crime e esteja tipificado no Código Penal.

O parágrafo terceiro, acrescentado pelo Senador, dispõe sobre o procedimento a ser adotado, pela autoridade policial (delegado de polícia), imediatamente após a lavratura do flagrante, no sentido de mediante despacho fundamentado, determinar as medidas cabíveis à preservação da integridade do preso e à apuração de eventuais violações por ele apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares e determinando a busca de outros meios de prova cabíveis. Entende-se, aqui, desnecessária tal determinação. Isso porque é dever constitucional (artigo 144, parágrafos primeiro e quarto, da Constituição Federal¹³⁸) e infraconstitucionalmente (artigos 4º e 5º do Código de Processo Penal¹³⁹) imposto à

¹³⁸ “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: [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 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.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹³⁹ “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. [...] Art. 5o Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.” BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

polícia civil e à polícia federal, enquadrando-se aí os seus respectivos delegados, a apuração de infrações penais de sua competência, bem como a instauração de inquéritos policiais. Portanto, nada mais natural que, havendo relato de práticas criminosas apuradas durante o depoimento, de quem quer que seja, estas devam ser investigadas. Ainda, sob custódia do Estado, é direito fundamental do preso a sua integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal¹⁴⁰).

A intenção do Senador é positiva, objetivando que as eventuais violações sejam constatadas da forma mais imediata possível. No entanto, as medidas descritas neste parágrafo já se encontram expressas no ordenamento jurídico, inclusive constitucional, e devem, ou deveriam, ser aplicadas ampla e irrestritamente. O problema é, justamente, que a audiência de custódia visa garantir a apuração de eventuais violações de direitos humanos em uma “zona neutra”, perante uma autoridade judicial, já que no âmbito policial, muitas vezes, o indivíduo preso estaria depondo diante de seus próprios abusadores, o que coibiria o relato e, obviamente, tornaria inócua a proteção. Portanto, inserir tais disposições em nada alteraria na prática, pois já estão previstas no texto constitucional e processual penal.

Em seu parágrafo quarto, estabelece o prazo de 24 horas para a apresentação do preso ao juiz, para que este possa realizar as medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal e garantir o respeito aos direitos fundamentais. Este parágrafo prevê, assim, o conteúdo essencial constante nas normas de direito internacional. O texto observou a fixação de prazo, em substituição à expressão “sem demora” prevista nos diplomas internacionais, bem como, excluindo a possibilidade de realização da audiência por videoconferência, estabeleceu que o indivíduo deve ser conduzido à presença do juiz pessoalmente. Fixou, ainda, a autoridade que deve presidir a audiência, não abrindo margem para interpretações extensivas. Responsabiliza, por fim, a autoridade judicial a tomar as

¹⁴⁰ “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: [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

medidas cabíveis para a apuração de eventuais violações aos direitos fundamentais do preso.

O parágrafo quinto diz respeito à ordem de realização dos atos na audiência de custódia, na qual deverá ser ouvido o Ministério Público, acerca dos requerimentos de prisão preventiva ou imposição de medida cautelar diversa, seguido das declarações do preso e, após, da manifestação da defesa técnica, ao final do que, decidirá o magistrado. Aqui, entende-se equivocada a redação do dispositivo. Isso porque, para garantir a efetivação do princípio do contraditório, deveria haver uma inversão na ordem das manifestações, iniciando-se pelas declarações do preso, seguidas da manifestação do representante ministerial e, por fim, as alegações da defesa técnica. Destarte, apenas com base nos argumentos trazidos pelo réu, o Ministério Público, que ainda não é o órgão acusatório (pois não há acusação), atuando nesta fase prioritariamente como fiscal da lei, terá argumentos para fundamentar o seu pedido, seja de manutenção da prisão preventiva, seja da aplicação de medidas cautelares diversas, ou da própria liberdade provisória. Não faz sentido o pedido do Ministério Público ser produzido antes, se até o momento, igualmente ao defensor e ao magistrado, ele não possui conhecimento das alegações do indivíduo preso. Ora, para saber o que requerer ao juiz, o Promotor de Justiça precisará das informações conferidas em sede de audiência de custódia. A proposta conforme se desenha na redação do projeto poderia converter-se na prática de o agente ministerial sempre ter de pedir a medida mais gravosa, qual seja, a manutenção da segregação, para não correr o risco de, ao se manifestar pela imposição de medida cautelar diversa ou até mesmo da liberdade provisória, se deparar com declarações desfavoráveis ao quadro pelo próprio preso. A inversão aqui proposta seria reafirmar o papel não acusador, mas sim fiscalizador, do agente do Ministério Público neste momento da persecução penal.

A forma de autuação, em autos apartados, é imposta pela redação do parágrafo sexto, que assevera que a oitiva colhida na audiência de custódia “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”. Neste ponto, insurgiram-se alguns dos órgãos mencionados acima. Não

se vê aqui, porém, qualquer problema em manter a oitiva em autos apartados. Diferentemente do inquérito policial, sobre o qual há quem sustente que deveria seguir a mesma prática, a audiência de custódia não objetiva apurar questões relativas ao fato delituoso, à autoria e materialidade e, sim, restritamente, sobre a prisão do indivíduo. É evidente que, muitas vezes, estas questões se fundem. No entanto, para apurar os elementos fáticos relativos à prova de autoria e materialidade haverá o inquérito policial, bem como a instrução processual, não havendo qualquer impedimento para que eventual prova obtida na oitiva do indivíduo preso, por ocasião da audiência de custódia, seja produzida novamente em sede investigativa ou em juízo. É importante manter clara a distinção entre as declarações realizadas pelo preso em sede de audiência de custódia, que pretendem dizer respeito aos elementos envolvendo a sua prisão, do interrogatório proferido em inquérito policial, na qual se apura a verificação do ato delitivo.

Ressalta-se que o nosso sistema processual penal não admite a condenação com base, exclusivamente, no inquérito policial, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁴¹. Portanto, já existe a necessidade de que as provas produzidas no inquérito sejam corroboradas, de forma consistente, em fase judicial. O mesmo deverá ocorrer no caso da audiência de custódia. A diferença é que, estando em autos apartados, não haverá a possibilidade de desvirtuar-se a regra do artigo mencionado, como ocorre atualmente em alguns casos, em que se utilizam claramente os elementos do inquérito policial para fins condenatórios, e algum elemento judicial superficial, afirmando que corrobora as provas colhidas em fase investigativa. Destarte, entende-se adequada a determinação de que a audiência de custódia seja registrada em autos apartados, garantindo-se, assim, que seus elementos não sejam utilizados para compor o contexto probatório de eventual processo judicial, seja qual for o resultado, condenatório ou absolutório, já que não se trata da via adequada para a coleta de provas, existindo momentos suficientes para que estas sejam apuradas no restante da persecução penal.

¹⁴¹ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

O sétimo parágrafo do texto estabelece a obrigatoriedade da presença de advogado ou Defensor Público e de representante do Ministério Público, abrindo a estes a possibilidade de inquirição do preso quanto às questões previstas no parágrafo sexto, bem como de manifestação anterior à decisão judicial.

A seguir, os parágrafos oitavo e nono trazem novidades quanto à redação do projeto. O parágrafo oitavo prevê que, havendo impossibilidade comprovada e certificada de realização da inquirição do preso pela autoridade judiciária, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça. Nestes casos, ressalta-se que, embora o dispositivo tenha previsto o encaminhamento do recibo aos mencionados órgãos para que tomem ciência e possam exercer o controle da regularidade da situação, tomando as medidas cabíveis, dentro de suas respectivas esferas, tal prática deve ser evitada e coibida. É claro que se pode depara com situações excepcionais que impossibilitem o magistrado ao seu dever, como caso fortuito ou força maior. No entanto, tal situação deve ser muito bem estabelecida e restrita a casos realmente excepcionais, para não desvirtuar a norma.

Finalmente, o nono parágrafo dispõe a possibilidade de condução do preso ao juízo de direito do local da lavratura do auto de prisão em flagrante, no mesmo prazo de 24 horas, nos casos em que o delito for de competência da Polícia Federal e o município não possuir sede da Justiça Federal, seguindo-se, para tanto, o mesmo procedimento. A redação objetivou tornar exequível a audiência, considerando que o processo de interiorização dos órgãos da Polícia e da Justiça Federal ainda está em fase de implementação em diversos estados.

Alguns aspectos polêmicos e controversos, que também constaram das críticas e defesas dos ofícios encaminhados ao Senado Federal pelos órgãos supra mencionados, serão abordados no capítulo seguinte, com maior profundidade, inclusive com relação à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e à legislação de outros países, especialmente latinoamericanos, que também abordam a matéria. O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 segue, até o momento, aguardando a votação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que se

dará em caráter terminativo, após a qual será encaminhado para análise pela Câmara dos Deputados.

3.4 INTRODUÇÃO DA PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Apesar dos entraves quanto à regulamentação legislativa da audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça lançou, neste ano de 2015, em parceria com o Ministério da Justiça, o Projeto Audiência de Custódia, que visa implementar a prática nos estados brasileiros, firmando Termos de Cooperação Técnica para a viabilização das medidas alternativas penais¹⁴² e de construção de centros de monitoramento eletrônico para a difusão do uso das tornozeleiras eletrônicas¹⁴³. O Instituto de Defesa do Direito de Defesa¹⁴⁴ e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁴⁵ também firmaram Termos de Cooperação Técnica com estes órgãos, definindo compromissos para as partes na implantação do projeto audiência de custódia. A movimentação é mais uma prova de que, como assevera Antonio Augusto Cançado Trindade:

Se maiores avanços não se têm logrado até o presente no presente domínio de proteção dos direitos inerentes à pessoa humana, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, - que na verdade não existem, - mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis.¹⁴⁶

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em consonância com as medidas do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, editou o Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal e da Corregedoria Geral

¹⁴² BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Termo de cooperação técnica nº 06/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/38c3fe8c430ac9993b5168fc93fcf98a.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁴³ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Termo de cooperação nº 05/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/0407384c6222da831f094c4bce4a6ec8.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Termo de cooperação técnica nº 07/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/9a7d9e8e12fd9fc1a1e90f4f8d55f8a6.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Termo de cooperação técnica nº 10/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/05/f722a51547a06aaa399c521c45b16c7f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁴⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 558.

de Justiça, em 22 de Janeiro de 2015¹⁴⁷, regulando o procedimento para a realização das audiências de custódia no Estado. De forma gradativa, em observância a um cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes, determina que “a autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia” (art. 3º, *caput*, do Provimento). A norma determina que o ato de prisão em flagrante seja encaminhado na forma estabelecida pelo Código de Processo Penal, no artigo 306, §1º, juntamente com a pessoa detida (art. 3º, §1º, do Provimento), bem como assegura ao autuado, antes da audiência, o contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou Defensor Público (art. 5º do Provimento), garantindo-se, aqui, a eficácia do princípio da ampla defesa.

O artigo 6º passa a regular o procedimento de realização do ato¹⁴⁸, que se inicia com a informação pelo juiz competente do autuado sobre sua possibilidade de exercer ou não seu direito de silêncio, a seguir entrevistando-lhe sobre sua qualificação, condições pessoais (estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, residência) e condições objetivas de sua prisão, vedando-se perguntas que antecipem a instrução do eventual processo de conhecimento.

Após, é conferida a palavra ao representante do Ministério Público para manifestar-se pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva ou pela concessão de liberdade provisória, com eventual imposição das

¹⁴⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03/2015**. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=136003&flBtVoltar=N>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁴⁸ “Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão. § 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento. § 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. § 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou, na falta deste, ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar. § 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata suscintos e que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados. § 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante. § 6º As partes, dentro de 48

medidas cautelares diversas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Em seguida, abre-se manifestação para a Defesa, decidindo na sequência o magistrado, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo substituir a prisão preventiva pela domiciliar. As partes terão quarenta e oito horas após a audiência para requerer cópia da gravação da audiência, que será registrada em termo, contendo a decisão.

Observa-se que o procedimento definido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo segue ordem diferente em relação à manifestação dos presentes em audiência em relação ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Enquanto este define que o representante do órgão do Ministério Público deve manifestar-se ao início da audiência, seguido da oitiva do autuado, o Provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo reserva a manifestação ministerial para após conferidas as declarações do preso, forma que, conforme já mencionado, mais se adequa à possibilidade do Promotor de Justiça atuante requer a medida mais adequada ao caso concreto e ao respeito ao princípio do contraditório.

A partir das informações colhidas nesta audiência, poderá o juiz requisitar exame de corpo de delito do autuado para apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante ou lavratura do ato, bem como para determinar o encaminhamento assistencial que for devido, nos termos do artigo 7º. Destaca-se que o Provimento, em seu artigo 9º, determina a elaboração de relatórios mensais pela unidade vinculada ao juízo competente para analisarem-se os resultados da implantação da medida¹⁴⁹. A Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e a Corregedoria Geral de Justiça editaram, assim, o Provimento Conjunto nº

(quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la." Ibid.

¹⁴⁹ "Art. 9º Será elaborado pela unidade vinculada ao juízo competente relatório mensal, que deverá conter: I - o número de audiências de custódia realizadas; II – o tipo penal imputado, nos autos de prisão em flagrante, à pessoa detida e que participou de audiência de custódia; III – o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conversão da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente; IV – o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente." SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03/2015**. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=136003&fIBtVoltar=N>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

04/2015¹⁵⁰, que estabelece o escalonamento para a implantação das audiências, de forma gradual, visando a melhor adaptação das estruturas envolvidas.

Algumas instituições, no entanto, se mostraram contrárias à atitude do Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmando que, para além dos questionamentos encaminhados ao órgão legislativo em relação ao projeto de lei, a resolução não possuía força para legislar sobre matéria processual penal.

A Associação Paulista do Ministério Público (APMP) impetrou mandado de segurança perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo contra o Provimento Conjunto, que teve a sua inicial indeferida pelo Desembargador Luiz Antonio de Godoy, julgando extinto o processo¹⁵¹. O desembargador afirmou que “a impetrante não apontou nenhum ato concreto praticado ou a ser praticado pelas autoridades indicadas como coatoras, sendo inviável o exame da suposta inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo de caráter genérico e abstrato”, de forma que o mandado de segurança seria a via inadequada, nos termos da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages) encaminhou Ofício ao Conselho Nacional de Justiça, requerendo a suspensão da implantação do Projeto Audiência de Custódia, apontando algumas dificuldades para a efetivação do projeto, especialmente do ponto de vista estrutural. O conselheiro Fabiano Silveira, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), arquivou liminarmente o procedimento de controle administrativo gerado a partir do ofício, a legislação brasileira não é suficiente para cumprir a imposição dos pactos internacionais e que o projeto está sendo implantado de forma escalonada e gradual, considerando as dificuldades logísticas dos estados, cuja adesão ao projeto é voluntária e antecedida de discussões com os órgãos envolvidos. Ademais, asseverou que foram firmados termos de cooperação técnica que prevêm, justamente, o compromisso do

¹⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 04/2015**. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=136041&fIBtVoltar=N>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2031658-86.2015.8.26.0000**. Órgão Especial, Decisão Monocrática, Relator Luiz Antonio de Godoy, julgado em 25/02/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002NE5G0000>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

Conselho Nacional de Justiça e dos outros órgãos pactuantes em fornecer o respectivo suporte técnico-institucional para a implantação da medida¹⁵².

Por sua vez, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, de nº 5240, cuja relatoria restou designada ao Ministro Luiz Fux, requerendo a suspensão do Provimento Conjunto 03/2015, assinado pelo TJ-SP e pela Corregedoria Geral de Justiça. Para a autora, a norma é inconstitucional por entender que a matéria somente poderia ter sido regulada por lei federal, jamais pelo provimento, pois cabe somente ao Congresso Nacional legislar sobre material processual penal, além de infringir ao princípio da separação dos poderes, vez que a norma repercutiu diretamente na competência e atribuições dos delegados de polícia, que são submetidos ao Poder Executivo e não ao Poder Judiciário. A associação entende que o Provimento “configura uma inconstitucionalidade direta, imediata e formal, com abuso de poder”¹⁵³.

No entanto, como já vimos repetidamente, tais previsões já estão inseridas no nosso ordenamento jurídico, possuindo autoaplicabilidade e *status*, no mínimo, supralegal, em que pese a resistência de alguns em aceitar tal fato. Destarte, a resolução apenas tratou de definir como ocorreriam, na prática, os atos no estado de São Paulo, tratando-se de ato normativo de organização interna. Ressalta-se que o artigo 96, inciso I, da Constituição Federal, confere a competência privativa dos tribunais “para elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”¹⁵⁴. Portanto, não se observa haver qualquer inconstitucionalidade no ato do respectivo Tribunal de Justiça, que coloca em prática norma que deveria há muito já estar sendo adotada no país.

¹⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Procedimento de controle administrativo nº 0000810-77.2015.2.00.0000**. Decisão monocrática, Relator Fabiano Silveira. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/cnj-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4711319>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

Independentemente das manifestações referidas, o projeto segue em andamento no estado de São Paulo e, nestes primeiros meses, o Tribunal de Justiça divulgou que, até o dia 16 de abril de 2015, haviam sido realizadas 1010 audiências, dentre as quais 571 presos tiveram o flagrante convertido em prisão preventiva e 439 foram liberados, sendo 115 mediante o pagamento de fiança, 304 sem arbitramento de fiança e 20 tiveram o flagrante relaxado¹⁵⁵.

Um ponto do Provimento em comento, porém, merece ser observado com cautela. O artigo 3º, parágrafo segundo, do Provimento Conjunto nº 03/2015, dispõe que “fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem”. Diferentemente do já mencionado dispositivo proposto pelo Senador Humberto Costa para o Projeto de Lei do Senado 554/2011, que trata da hipótese de, apresentado o preso no juízo competente, haver impossibilidade pelo magistrado de realizar a sua oitiva, o Provimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prevê a não realização da condução do indivíduo preso até o juízo competente, justificada por circunstâncias pessoais do preso. Como mencionado, deve haver cuidado na interpretação de tal dispositivo, para que não se coloque em risco a efetividade da implantação da audiência de custódia na proteção dos direitos humanos, ou seja, na inibição de abusos durante o ato da prisão em flagrante, um de seus principais objetivos. Com efeito, diante do conteúdo deveras abstrato da expressão “circunstâncias pessoais”, deve-se atentar para que não seja considerado um entendimento discricionário da autoridade policial. Poder-se-ia, aqui, fazer um paralelo com as hipóteses de impossibilidade de realização do interrogatório do preso, no auto de prisão em flagrante, dentro do prazo para a entrega da nota de culpa. Conforme destaca Fernando de Almeida Pedrosa, a impossibilidade deve se dar “por uma circunstância insuperável e alheia à vontade da autoridade”, que deve ser explicitada no auto, como por exemplo no caso do indivíduo estar embriagado, ferido ou com momentânea incapacidade física, necessitando de hospitalização, bem como na ausência de intérprete, dentro do prazo estipulado, quando o indivíduo for estrangeiro e desconhecer por completo o

¹⁵⁵ Audiências de custódia ultrapassam mil atendimentos. 16 abr. 2015. Portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Corregedoria/Noticias/Noticia.aspx?Id=26307>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

idioma nacional ou for surdo-mudo analfabeto¹⁵⁶. Nestes casos, a apresentação deveria ocorrer assim que cessados os motivos que impossibilitaram a condução dentro do prazo estabelecido, se persistirem, ainda, os motivos da prisão.

O tema da audiência de custódia foi teor, também, da Carta de Belo Horizonte, elaborada no 102º Encontro do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, realizado nos dias 12 a 14 de março de 2015. O documento, que consigna as principais conclusões extraídas do encontro, estipulou como um dos compromissos a serem assumidos pelos respectivos tribunais de "estimular a adoção de audiência de custódia como instrumento de efetiva tutela fundamental ao cidadão"¹⁵⁷. O Conselho Nacional de Justiça já percorreu diversos estados brasileiros apresentando o projeto e recebeu interesse na implantação por diversos Tribunais estaduais.

Após a implantação no estado de São Paulo, o estado do Espírito Santo passou a implementar a audiência de custódia, a partir da Resolução nº 13/2015, de 10 de abril, da Presidência do Tribunal de Justiça, que criou o Serviço de Plantão de Flagrantes, com competência exclusiva para a análise dos autos de prisão em flagrante gerados nas diversas Delegacias e Departamentos de Polícia Judiciária da Grande Vitória, bem como para realizar as audiências de custódia, nos termos das recomendações do Conselho Nacional de Justiça, em consonância com a realidade local. O procedimento para a realização do ato é similar ao elencado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando, igualmente, o prazo de 24 horas para a apresentação do preso perante o juiz. A implantação também se dará de forma gradativa, cabendo à presidência elaborar cronograma e a escala de rodízio dos magistrados atuantes. O artigo 12 prevê que o Serviço de Plantão de Flagrantes será desenvolvido em instalações adequadas cedidas pela Secretaria de Estado da Justiça, em conformidade com o Termo de Cooperação Técnica a ser firmado entre o Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e aquela Secretaria¹⁵⁸.

¹⁵⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. Prisão em flagrante. In: *Justitia*, a. 56, v. 167, jul./set. 1994. p. 34.

¹⁵⁷ BRASIL. Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça. Carta de Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.colegiodepresidentes.jus.br/attachments/article/370/MINUTA_DA_CARTA_DE_BELO_HORIZONTE.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2015.

¹⁵⁸ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Provimento nº 24/2014**. Corregedoria Geral de Justiça. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12914:013-cria-o-projeto-

No entanto, outro estado já havia tomado a frente na implantação da solenidade, antes mesmo da divulgação do projeto pelo Conselho Nacional de Justiça. Com base na regra da Convenção Americana de Direitos Humanos e diante da situação do sistema carcerário do estado, o Provimento nº 14/2014, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, com entrada em vigor estabelecida para 10 de novembro do mesmo ano, já dispunha que, nos casos de prisão em flagrante, quando, ao ser comunicado, o juiz plantonista vislumbrasse a necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, deveria realizar a audiência de custódia para a oitiva do preso, ou encaminhar o respectivo auto para a Central de Inquéritos, para a realização do ato¹⁵⁹.

Por sua vez, o Provimento nº 24/2014 da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, de 05 de dezembro de 2014, passou a regular o procedimento de realização do ato, descrevendo detalhadamente as condutas a serem adotadas tanto pela Secretaria Judicial da Central de Inquéritos quanto para o juiz competente para a realização da audiência, estabelecendo o prazo de 48 horas para a sua execução, a partir do recebimento da comunicação da prisão. Além disso, o Provimento prevê a realização da audiência por vídeoconferência, nos casos em que o deslocamento do preso possa colocar em risco a segurança dos agentes envolvidos¹⁶⁰.

A partir da iniciativa destes tribunais, é possível perceber a força vinculante do tratado e a efetiva desnecessidade, em regra, de elaboração de lei interna, se não pela necessidade de regulamentar o procedimento em maiores detalhes, adaptando-o à realidade brasileira.

Uma questão importante vem sendo trazida à tona em razão do fervor do debate acerca da implantação das audiências de custódia. Diante da manifesta – como já explanado – autoaplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos que a prevêm, gradualmente vêm crescendo nos tribunais os pedidos de nulidade das prisões e flagrante ocorridas sem a realização da audiência de

planta-de-audiencia-de-custodia-disp-10042015&catid=324:resolucoes-2015&Itemid=45>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁵⁹ MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento nº 14/2014**. Corregedoria Geral de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407410>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

custódia. O argumento vem sendo rechaçado pela maioria¹⁶¹, principalmente sob o fundamento da ausência de legislação interna e da inferioridade dos tratados à Constituição Federal, que apenas impõe a comunicação do ato ao magistrado. No entanto, já encontra precedentes favoráveis. É o caso do *Habeas Corpus* nº 0064910-46.2014.8.19.0000, da 6.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de relatoria do Des. Luiz Noronha Dantas, no qual, por maioria e nos termos do voto do relator, foi concedida a ordem (ratificando-se a liminar) para relaxar a prisão do paciente, uma vez que, em dissonância com o disposto no art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678/92, não foi determinada em primeira instância a apresentação do paciente, imediatamente após a sua prisão, ao magistrado de primeiro grau para fins de audiência de custódia¹⁶².

Outro caso, em que não houve a decretação da nulidade da prisão, mas foi determinada a realização da audiência, reconhecendo a imperatividade da norma internacional, foi no julgamento do *Habeas Corpus* nº 2014.02.01.003188-7, julgado pela 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, de relatoria do Desembargador Federal Messod Azulay Neto, em 20 de maio de 2014¹⁶³. No caso, a Turma, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem para determinar que o indivíduo fosse levado à presença do juiz, devendo a oitiva ser registrada em autos apartados, versando exclusivamente sobre a integridade física e psíquica do preso, o resguardo a seus direitos fundamentais, bem como sobre os requisitos da prisão preventiva, podendo o juízo monocrático revisar a sua necessidade. O relator asseverou que:

[...] o resguardo a direito fundamental do preso não pode depender de norma futura, quando já se tem incorporado ao direito pátrio, por meio de Convenção Internacional da qual o Brasil é signatário, determinação no sentido de sua apresentação pessoal perante a autoridade judiciária.

¹⁶⁰ MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento nº 24/2014**. Corregedoria Geral de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407902>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁶¹ E. g. *Habeas Corpus* nº 70063748453, *Habeas Corpus* nº 70064887961, *Habeas Corpus* nº 70064114911 e Apelação Crime nº 70062611900, todos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; *Habeas Corpus* nº 0024068-87.2015.8.19.0000, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; *Habeas Corpus* nº 2075580-80.2015.8.26.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹⁶² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. ***Habeas Corpus* nº 0064910-46.2014.8.19.0000**. 6.^a Câmara Criminal, Relator Luiz Noronha Dantas, julgado em 03/02/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201405910933>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. ***Habeas Corpus* nº 2014.02.01.003188-7**. 2ª Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Messod Azulay Neto, julgado em 20/05/2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/audiencias-custodia-trf.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

É certo que a prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada e que, ao infringir regra incorporada ao ordenamento jurídico nacional pela ratificação de um tratado internacional, com força, no mínimo, supralegal, a prisão resta ilegal. Porém, embora a teoria seja simples, é inviável, na prática, que se decrete a nulidade de todos os casos em que não foi realizada a audiência de custódia, pois essa prática nunca foi observada pela grande maioria dos magistrados, em âmbito nacional. São raros os magistrados que optavam pela prática, ainda que sem regulação pela legislação interna.

Certamente reduziria bruscamente a população carcerária e resolveria o imbróglio da superlotação dos presídios no país. No entanto, geraria um problema ainda maior de segurança pública a simples descontinuação de tais decisões, sem uma análise aprofundada do caso concreto e da necessidade e adequação das medidas. Uma opção, para tentar sanar o impasse, é a realização de um mutirão carcerário, para a realização de audiências com os presos provisórios que ainda não tiveram a oportunidade de se pronunciar perante um magistrado.

De qualquer forma, não há como se argumentar que, se o país até agora não observou o referido direito consagrado pelos diplomas internacionais, não há motivos para começar a fazê-lo agora. Trata-se de direito fundamental consagrado, que não pode seguir sendo desrespeitado deliberadamente pelos operadores do direito.

Enfim, entende-se como acertada a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais de Justiça Estaduais, bem como dos demais órgãos e instituições envolvidos, de pôr em prática, ainda que tardiamente, a normativa imposta ao Brasil pelos tratados internacionais e não se conformar com a espera da solução legislativa, que tramita em nosso Congresso Nacional. As medidas implantadas pelos Estados talvez tenham até mesmo o efeito de impulsionar o trâmite do Projeto de Lei do Senado 554/2011 e conferir maior segurança à sua aprovação, já que os estados já estarão equipando-se para cumprir a norma. Os primeiros resultados da implantação são animadores, cabendo agora aos respectivos órgãos adequarem a sua infraestrutura para que os projetos sigam se expandindo e evoluindo, para, enfim, fazer valer os direitos previstos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

4 ASPECTOS CONTROVERSOS DO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 554/2011

Como já apresentado, a audiência de custódia possui duas finalidades fundamentais: em primeiro lugar, uma aproximação entre autoridade judicial e detido, para que melhor sejam analisadas a legalidade e a necessidade da prisão provisória, culminando em uma análise mais criteriosa dos casos que adentrarão em nossos presídios superlotados e na efetiva utilização das medidas cautelares diversas da prisão. Em segundo lugar, um controle imediato acerca das condições em que se procedeu a prisão do indivíduo, coibindo e apurando eventuais violações à integridade física e psíquica do preso.

Para que se cumpram tais objetivos, é importante que o regramento interno seja bem estabelecido e especifique os ditames delineados pelos tratados internacionais. Analisar-se-á, então, alguns aspectos controvertidos no que tange à interpretação da norma internacional, que constituem, por sua vez, comentários ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.

4.1 TIPO DE PRISÃO A DEMANDAR A EXIGÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A primeira questão a ser abordada trata-se dos tipos de prisão em que a audiência de custódia é ou deveria ser realizada. Parte-se, portanto da análise dos artigos 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos faz menção a “*qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal*”¹⁶⁴, enquanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe “*toda pessoa presa, detida ou retida*”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

Percebe-se que em seus textos não há menção específica ao tipo de prisão sobre a qual se impõe a regra. Um dos motivos prováveis é que há alguma diferença, não só terminológica como também de procedimento, para as situações de prisão dentre os Estados-parte de ambos os tratados internacionais invocados. Por outro lado, percebe-se que ambos os diplomas internacionais utilizam-se de mais de uma terminologia, o que, ao que parece em um primeiro momento, pretende indicar que sua disposição visa abarcar todos os tipos de prisão.

A já mencionada Resolução 43/173 de 09 de dezembro de 1988, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, intitulada de “Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão”, dispõe, em seu “Princípio 10”, item 1, que “ninguém será mantido em detenção sem ter a possibilidade efetiva de ser ouvido prontamente por uma autoridade judiciária ou outra autoridade”¹⁶⁶, bem como, em seu “Princípio 37”, determina que:

A pessoa detida pela prática de uma infração penal deve ser presente a uma autoridade judiciária ou outra autoridade prevista por lei, prontamente após sua captura.. Essa autoridade decidirá sem demora da legalidade e necessidade da detenção. Ninguém pode ser mantido em detenção aguardando a abertura da instrução ou julgamento salvo por ordem escrita de referida autoridade. A pessoa detida quando presente a essa autoridade, tem o direito de fazer uma declaração sobre a forma como foi tratada enquanto detenção. [sic]¹⁶⁷

Para estes efeitos, o Conjunto de Princípios ainda expõe o uso dos termos por ele empregados, destacando-se que:

Para efeitos do Conjunto de Princípios:

- a) "captura" designa o ato de deter um indivíduo por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade.
- b) "pessoa detida" designa a pessoa privada de sua liberdade, exceto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infração.

¹⁶⁶ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

¹⁶⁷ Ibid.

c) "pessoa presa" designa a pessoa privada da sua liberdade consequência de condenação pela prática de uma infração. [sic]¹⁶⁸

Como se vê, ao tratar de pessoa detida, o texto refere-se a qualquer tipo de privação de liberdade com exceção da oriunda de sentença condenatória, não se restringindo apenas às situações de flagrante.

Dentre os países que possuem em sua legislação interna a previsão da audiência de custódia, a situação de flagrância resta incluída na hipótese fática, como se explorará a seguir. Maria Laura Canineu destaca que muitos desses países contêm ainda, em sua legislação nacional, a obrigatoriedade de que a pessoa presa após ordem judicial também seja encaminhada imediatamente a um juiz. Segundo dispõe:

A Constituição mexicana, por exemplo, afirma que a autoridade que executa a ordem judicial de prisão deve trazer o suspeito perante um juiz "sem demora e sob sua estrita responsabilidade". De forma semelhante, no Chile, o detido sob ordem judicial deve ser apresentado imediatamente ao juiz que deu a respectiva ordem (se a apresentação imediata do preso não for possível, ele somente poderá ser mantido sob custódia policial pelas 24 horas seguintes). Na Colômbia, o Código de Processo Penal também estabelece que, em casos de prisão por ordem judicial, o detento precisa ser colocado "à disposição" do juiz no prazo de 36 horas¹⁶⁹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já aplicou a regra do artigo 7, item 5, para casos de prisão realizada a partir de ordem judicial¹⁷⁰ e até mesmo em casos de prisão (ilegal, certamente) em que não houve flagrância nem mandado judicial¹⁷¹. No caso *López Álvarez contra Honduras*, a Corte ressaltou a importância da revisão judicial da prisão através da apresentação nos casos que se tratam de capturas em flagrante, constituindo esta um dever do Estado para garantir os direitos

¹⁶⁸ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

¹⁶⁹ CANINEU, Maria Laura. O direito à "audiência de custódia" de acordo com o direito internacional. **Informativo Rede Justiça Criminal.** ed. 05, a. 03, p. 03-04, 2013. p. 3.

¹⁷⁰ *E. g.* Casos *Palamara Iribarne vs. Chile* e *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. Disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁷¹ *E. g.* Casos *Tibi vs. Ecuador*; *Bayarri vs. Argentina*; *Castillo Páez vs. Peru*, *García Asto e Ramirez Rojas vs Peru*, *Niños de La Calle vs. Guatemala*. Disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

do detido¹⁷². Ou seja, se ressalta a importância da audiência para um caso (flagrante), é porque não a exclui nos demais.

No Brasil, o debate acerca da audiência de custódia vem se centrando, quase que exclusivamente, na necessidade de condução do indivíduo preso em flagrante ao magistrado competente, excluindo-se de maior discussão a necessidade de realização do ato quando das demais hipóteses de prisão. Com efeito, ao diferir-se da prisão em flagrante, que é de iniciativa da autoridade policial, a prisão preventiva, por ser analisada e decretada pelo magistrado, já encontra uma probabilidade maior de legalidade e necessidade. O mesmo se poderia dizer da prisão temporária. Porém, isso se fundamenta quanto à decretação realizada pelo juiz. O que não se analisa, e que também é um dos objetivos da audiência de custódia, são as circunstâncias em que ocorre o ato de prisão, pelos agentes responsáveis pelo cumprimento do mandado, nada impedindo que, neste momento, possa ocorrer alguma irregularidade ou ilegalidade.

De outro lado, o contato efetivo – diga-se, pessoal – entre o preso e o magistrado é muito mais eficiente para considerar a necessidade e adequação da medida de prisão preventiva do que as peças informativas escritas (redigidas, normalmente, de forma unilateral, pois salvo a hipótese de advogado já constituído, dificilmente há defensor ativo antes da decretação da cautelar) apresentadas ao juiz competente. Aí entraria a adequação da realização de audiência de custódia, como forma de ouvir o indivíduo preso quanto ao ato de sua prisão e outros eventuais esclarecimentos oportunos à consideração da preventiva, inclusive relevantes à averiguação da possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Como já dito, a audiência de custódia possui uma dupla finalidade: a de perfectibilizar a análise da legalidade e necessidade da prisão e a de assegurar o respeito aos direitos humanos do indivíduo preso durante a sua custódia. Assim, não parece que tais objetivos sejam desnecessários em qualquer que seja o tipo de prisão. Não se observa óbice quanto a esta interpretação em qualquer regramento

¹⁷² “88. La inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas infraganti (supra párr. 64) y constituye un deber del Estado para garantizar los derechos del detenido.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Álvarez vs.**

que a preveja, nem se mostram as decisões da Corte Interamericana compatíveis com a ideia de que o ato se restringiria às hipóteses de flagrante delito.

Reconhece-se, no entanto, que é nesta modalidade de prisão (flagrancial) que os abusos são cometidos com maior frequência, merecendo, certamente, especial atenção. Ainda, verifica-se que, no fervor atual da discussão sobre a implantação de tal instituto apenas aos casos de prisão em flagrante, muitos agentes envolvidos na persecução penal asseveram a falta de recursos para a sua execução, o que se dirá quando sustentada a sua necessidade perante todas as modalidades de prisão processual.

Pensa-se que se trata de uma questão de reestruturação e organização, primeiramente, que demanda estudos e planejamento. O que é certo é que o entendimento aqui exposto é de que, para abarcar completamente a norma dos diplomas internacionais, garantindo que o Estado cumpra com a proteção à liberdade pessoal neles explicitada, a necessidade de apresentação do preso à autoridade judicial deveria ser imposta a todas as modalidades de prisão provisória.

4.2 AUTORIDADE COMPETENTE PARA PRESIDIR O ATO

Outro importante fator a ser considerado é a autoridade competente para presidir o ato, colhendo as declarações do indivíduo detido. Mais uma vez, cabe iniciar retomando o conceito apresentado pelos tratados internacionais. Ambos prevêm que o indivíduo deve ser conduzido à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais. Como se vê, ambos os textos deixam a critério da legislação interna estabelecer quem mais, além do juiz, possui função judicial. A discussão se centra na possibilidade do Delegado de Polícia e do representante do Ministério Público serem entendidos como esta autoridade. Dirley da Cunha Jr. conceitua a função judicial nos seguintes termos:

[...] a função judicial está reservada à composição dos conflitos de interesses, com a aplicação da lei aos casos controvertidos, cujo propósito é resguardar o ordenamento jurídico, por meio de decisões individuais e concretas, derivadas das normas gerais¹⁷³.

Honduras. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. pár. 88. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁷³ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 545-546

Em nosso ordenamento jurídico, compete ao Poder Judiciário, através dos magistrados, a tarefa principal de exercer a função judicial. Quanto ao Delegado de Polícia, embora membro da denominada Polícia Judiciária¹⁷⁴, está subordinada ao Poder Executivo. Já o Ministério Público possui independência e autonomia em relação aos três poderes, alguns até denominando-o de quarto poder estatal¹⁷⁵.

Ocorre que, atualmente, é superado o entendimento de que os poderes estatais exercem cada um uma função exclusiva. Cada um deles, incluído o Ministério Público como órgão autônomo, embora possuam sua função principal, exercem funções administrativas, legislativas e jurisdicionais. Como destaca Dirley da Cunha Jr.:

[...] o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a *predominância* no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, *predominantemente*, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência¹⁷⁶.

No entanto, para os fins de interpretação da norma do artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do artigo 9, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entende-se que a autoridade referida deve exercer a sua função judicial no que tange ao controle da liberdade do indivíduo preso, conforme interpretação que se extrai do caso Cabrera García e

¹⁷⁴ “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. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 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.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹⁷⁵ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 1183.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 555.

Montiel Flores contra México¹⁷⁷, julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vejamos, assim, a legislação interna brasileira.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”¹⁷⁸. A autoridade judiciária competente, nesse caso, é o magistrado, que possui competência para ordenar prisão preventiva ou temporária, ou mesmo prolatar sentença condenatória. O inciso LXII do mesmo dispositivo impõe que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”¹⁷⁹ e, por fim, o seu inciso LXV dispõe que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”¹⁸⁰. Como se vê, em matéria de prisão, quem possui a autoridade e competência para decidir é o magistrado, no exercício pleno de sua função judicial.

Há que sustente que o Delegado de Polícia teria competência, pois também possui formação jurídica e também tem o dever de garantir os direitos fundamentais do preso. No entanto, entende-se aqui que este não possui função judicial, não dispondo sobre a liberdade do preso. No que tange a concessão da liberdade provisória mediante fiança, cuja autoridade policial tem competência para conferir nos termos do artigo 322 do Código de Processo Penal¹⁸¹, entende-se que não é um ato de sua discricionariedade, mas sim uma imposição legal: se há direito, nos termos da lei, deve ser concedida, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXVI, da

¹⁷⁷ “102. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal (supra párr. 93) en lo que concierne a la autoridad competente para la remisión sin demora, este Tribunal reitera que los señores Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención. En ese sentido, el Tribunal observa que los señores Cabrera y Montiel fueron puestos a disposición de la autoridad competente excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión “sin demora” ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la libertad.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. pár. 102. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ “Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” BRASIL. Código

Constituição Federal, não atingindo, assim, a exigência necessária ao papel da autoridade referida pela norma internacional¹⁸².

Quanto ao representante do Ministério Público, entende-se que, também, no âmbito do processo penal, não se reveste este de função judicial, já que não pode decidir sobre a liberdade do indivíduo preso, podendo representar perante a autoridade judicial, que, esta sim, decidirá acerca da prisão.

Destarte, se a comunicação da prisão deve ser feita ao juiz competente, que é quem possui autoridade para analisá-la, ou seja, o destinatário dos elementos colhidos em sede de audiência de custódia, entende-se que esta é a única autoridade competente para presidir o ato.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou o entendimento de que a autoridade referida na norma deve satisfazer os requisitos estabelecidos no primeiro parágrafo do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁸³, devendo se revestir das características de competência, imparcialidade e independência necessárias para respeitar as garantias judiciais em um processo. Nesse sentido, no caso Palamara Iribarne contra Chile, entendeu que não satisfazia a regra a apresentação do preso ao Fiscal Naval, que teria determinado sua prisão, não podendo este controlar a legalidade de sua própria ordem¹⁸⁴. Também, nos casos

de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

¹⁸² “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: [...] LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹⁸³ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹⁸⁴ “223. Al respecto, la Corte estima que el hecho de que el señor Palamara Iribarne al ser detenido fuera puesto a disposición del Fiscal Naval, quien de acuerdo a la normativa interna tenía funciones jurisdiccionales, no garantizó el derecho a que una autoridad judicial revise la legalidad de su detención. Al ser el Fiscal Naval la autoridad que ordenó las prisiones preventivas en contra del señor Palamara Iribarne no puede controlar la legalidad de su propia orden. Por lo anterior, el hecho de que el señor Palamara Iribarne haya sido puesto a disposición de la Fiscalía Naval de Magallanes no satisfizo las exigencias del artículo 7.5 de la Convención.” CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Sentença de 22 de novembro de 2005. par. 223. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

Acosta Calderón contra Ecuador¹⁸⁵, Tibi contra Ecuador¹⁸⁶ e Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez contra Ecuador¹⁸⁷, entendeu como insuficiente a apresentação perante o Agente Fiscal do Ministério Público, aduzindo que, segundo a legislação interna, este não possuía faculdades suficientes para garantir o direito à liberdade e à integridade pessoal das vítimas.

Ressalta-se que mesmo nos países que prevêm a apresentação imediata do preso ao promotor de justiça, a legislação não exclui a apreciação do juiz, fixando prazo para a apresentação do preso à autoridade judicial, como se exemplificará a seguir.

No que tange ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, a lei fala estipula o juiz como autoridade competente, não restando margem para interpretações, o que parece uma medida certa, entendendo-se, neste caso, o juiz ou tribunal competente, conforme estabelecido pela legislação.

Sobre a viabilidade e a existência de estrutura no Poder Judiciário para atender a demanda, tem-se que a organização é necessária para cumprir com tal

¹⁸⁵ “En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Acosta Calderón no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Por tanto, el agente fiscal que actuó en el caso no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Acosta Calderón vs. Ecuador**. Sentença de 24 de junho de 2005. pár. 80. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁸⁶ “En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Tibi, de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Asimismo, el agente fiscal no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Sentença de 07 de setembro de 2004. pár. 119. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁸⁷ “84. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte en otro caso relativo al Estado ecuatoriano, no puede considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla con el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un ‘juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales’”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Ecuador**. Sentença de 21 de novembro de 2007. pár. 84. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

disposição. A implementação gradual nos tribunais de justiça estaduais que vem se observando contribui muito para que os órgãos envolvidos possam perceber e resolver as necessidades (de estrutura material e pessoal) a fim de realizar o ato de forma satisfatória e expandir a prática às comarcas interioranas, sem que ocorra o abismo drástico da alteração legislativa. Conforme já mencionado, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça comprometeram-se a fornecer apoio técnico-institucional. O que não é admissível é justificar o descumprimento de um dever do Estado, assumido internacionalmente, de cumprir com as obrigações dos tratados internacionais que ratificou e, ainda mais, de respeitar os direitos fundamentais daqueles que se encontram sob sua jurisdição.

4.3 PRAZO DE APRESENTAÇÃO DO INDIVÍDUO PRESO À AUTORIDADE

Conforme já exposto, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos não estabelecem um prazo para a apresentação do indivíduo preso à autoridade judicial. Ambos os tratados utilizam-se da expressão “sem demora” para definir esta apresentação, deixando ao arbítrio dos Estados-parte, por sua legislação interna, a regulação do prazo.

Alguns países incorporaram a regra no seu ordenamento jurídico interno, fixando prazo para a apresentação do preso. A exemplo, cita-se o artigo 131 do Código de Processo Penal do Chile, que estabelece que o indivíduo preso em flagrante deve ser conduzido ao representante do Ministério Público no prazo máximo de doze horas, devendo este apresentá-lo dentro de vinte e quatro horas ao juiz¹⁸⁸, bem como o artigo 346 do *Código de Procedimiento Penal* da Colômbia, que

¹⁸⁸ “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 úblico dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto 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 resentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.” CHILE. Código Procesal Penal. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

estabelece que a detenção em flagrante não pode ultrapassar o prazo de trinta e seis horas para a disposição perante o funcionário judicial¹⁸⁹.

Ainda sim, já houve condenações por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos a alguns países por violação da regra do artigo 7, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no que tange a este lapso temporal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, para analisar as provocações advindas desta matéria, estabeleceu dois critérios para apuração do (des)respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos. Nestes casos, em primeiro lugar, verifica-se se foi respeitado o prazo previsto na própria legislação interna, em cumprimento à legislação local para a apresentação do indivíduo. Em segundo momento, se a legislação do país se enquadra, seguindo-se um princípio de razoabilidade, à norma estabelecida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁹⁰.

No caso Bayarri contra Argentina, a Corte entendeu ter havido violação ao artigo 7. 5 no que tange à apresentação “sem demora” perante a autoridade competente, visto que o Sr. Juan Carlos Bayarri foi encaminhado para prestar declarações à autoridade judicial quase uma semana depois de sua detenção¹⁹¹, não satisfazendo, assim, a exigência da norma internacional, além de violar a legislação argentina, que previa a apresentação imediata ao juiz competente, para prestar declaração nas primeiras horas seguintes à sua apresentação¹⁹².

¹⁸⁹ “Artículo 346. Procedimiento em caso de flagrancia. Quien sea capturado por cualquier autoridad será conducido inmediatamente, o a más tardar em el término de la distancia, ante el funcionario judicial competente para iniciar la investigación, a quien deberá rendir informe sobre las causas de la captura. [...] Em ningún caso el capturado puede permanecer más de treinta y seis (36) horas por cuenta de funcionario diferente al Fiscal General de la Nación o su delegado, o el juez.” COLÔMBIA. Código de procedimiento penal Colombia. Ley 600 de 2000. Disponível em: <http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_236.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz; WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 921, jul./2012. p. 337

¹⁹¹ “66. Posteriormente, el 24 de noviembre de 1991 Juan Carlos Bayarri fue trasladado al Palacio de Justicia de la Capital Federal para rendir declaración indagatoria ante el Juzgado de Instrucción No. 2553. Dicha actuación además de no ajustarse a lo establecido en la legislación argentina, vulnerándose así el artículo 7.2 de la Convención (supra párrs. 56 y 64), fue realizada casi una semana después del acto de detención y por lo mismo no satisfizo la exigencia de presentación del detenido “sin demora” ante la autoridad judicial del artículo 7.5 de la Convención Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bayarri s. Argentina**. Sentença de 30 de outubro de 2008. par. 66. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹² “ARTICULO 4. - El Jefe de Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan en in fraganti delito, y aquellas contra quienes haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del Juez

A Constituição Mexicana, no artigo 16, estabelece que o indivíduo preso em flagrante seja imediatamente apresentado à autoridade do Ministério Público e esta possui quarenta e oito horas para encaminhá-lo ao juiz, caso contrário deverá soltá-lo¹⁹³. No caso Cabrera García e Montiel Flores, o Estado foi responsabilizado, pois os indivíduos foram levados perante o juiz quase cinco dias após sua detenção¹⁹⁴.

A Constituição Política do Perú de 1979¹⁹⁵, bem como a de 1993¹⁹⁶, determinam que o preso seja levado dentro de vinte e quatro horas ao juiz

competente. [...] ARTICULO 6. - Detenido el presunto culpable y entregado al Juez competente, éste procederá en las primeras horas hábiles de su despacho a interrogarlo y a practicar las diligencias necesarias para decretar su prisión preventiva o su libertad.” ARGENTINA. Código procesal penal. Ley 2.372, de 4 de octubre de 1888. Disponível em: <http://www.infojus.gob.ar/legislacion/ley-nacional-2372-codigo_procesal_penal.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹³ “Artículo 16. [...] Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención. [...] Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.” MÉXICO. Constitución política de los estados unidos mexicanos. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/hm/1.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹⁴ “102. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal (supra párr. 93) en lo que concierne a la autoridad competente para la remisión sin demora, este Tribunal reitera que los señores Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención. En ese sentido, el Tribunal observa que los señores Cabrera y Montiel fueron puestos a disposición de la autoridad competente excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión “sin demora” ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la libertad.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso **Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. párr. 102. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹⁵ “Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...] 20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: [...] g) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde. Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término.” PERU. Constitución para la república del Perú. 12 de julho de 1979. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹⁶ “Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.” PERU. Constitución política del Perú 1993. Disponível em:

competente, ou, nos casos de terrorismo, espionagem ou tráfico de drogas, dentro de quinze dias. No caso Castillo Páez contra Perú, nenhum dos prazos foi respeitado, sendo configurada a violação do tratado¹⁹⁷, como também ocorreu no caso García Asto e Ramírez Rojas, no qual foram presos sem que se configurasse situação de flagrância ou que houvesse mandado judicial, sendo apresentados ao juiz apenas 17 e 13 dias depois de sua detenção, respectivamente¹⁹⁸.

Encerrando os exemplos, no caso Villagrán Morales e outros contra Guatemala (caso *Niños de La Calle*), o Estado foi responsabilizado por não ter colocado os indivíduos detidos à disposição da autoridade judiciária dentro do prazo de seis horas¹⁹⁹, como demanda o artigo 6 da Constituição Política da Guatemala²⁰⁰.

Diante desses exemplos, percebe-se que a Corte exige a apresentação mais imediata possível. Ressalta-se que no caso López Álvarez contra Honduras, a Corte entendeu não ter havido violação, pois respeitado o prazo previsto na legislação interna, que estabelece que o indivíduo deve ser colocado à disposição da

<<http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹⁷ “57. Tampoco aparece de las constancias de autos que el detenido hubiese sido puesto a disposición del juez competente en el plazo de 24 horas o según la distancia, o bien en el de quince días en el supuesto de acusación de terrorismo, de acuerdo con los artículos 7, inciso 5, de la propia Convención y 2º, inciso 20, letra c), de la Constitución del Perú.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Páez vs. Perú**. Sentença de 03 de novembro de 1997. párr. 57. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹⁸ “110. En el caso del señor Wilson García Asto, éste no fue puesto a disposición de autoridad judicial competente sino hasta 17 días después de su detención (supra párrs. 97.11 y 97.20). [...] 132. [...] La presunta víctima no fue puesta a disposición de autoridad judicial competente sino hasta 13 días después de su detención (supra párr. 97.78).” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú**. Sentença de 25 de novembro de 2005. párr. 110 e 132. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁹⁹ “133. Tampoco fueron “puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exced[iera] de seis horas”, como lo ordena el mencionado artículo 6 de la Constitución Política de Guatemala. A mayor abundamiento, este artículo establece en forma expresa que los detenidos “no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad”. Comparando los acontecimientos del caso con esa regulación procesal básica, se hace evidente que ésta no fue atendida.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. Sentença de 19 de novembro de 1999. párr. 13. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁰⁰ “Artículo 6.- Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.” GUATEMALA. Constitución política de la república de Guatemala. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM_constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

autoridade competente no prazo de vinte e quatro horas, dentro das quais deve ser expedida ordem de detenção judicial para inquirir, que não poderá exceder seis dias²⁰¹. Tal previsão também se adequa às normas da convenção, tendo sido, no caso concreto, o Sr. López Álvarez apresentado ao juiz um dia após a sua detenção e prestado declarações no dia seguinte à sua apresentação²⁰².

Como já apresentado, o Brasil não possui regramento quanto à matéria, sendo insuficiente a determinação constante no Código de Processo Penal e na própria Constituição Federal de mera comunicação ao juízo competente da prisão em flagrante e de encaminhamento, no prazo de 24 horas, das respectivas peças, como se verá adiante. Nos casos, como o do Brasil, em que a legislação interna não define prazo de condução do preso a uma audiência de custódia, a Corte Interamericana tem-se utilizado dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade para definir se houve ou não violação à regra convencional, a partir de uma análise casuística.

Por acaso, ainda não houve responsabilização do Brasil por violação a regra contida no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Diante destas questões, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 pretende estabelecer o prazo de 24 horas para a condução do preso perante a autoridade judicial, observando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para adequar a legislação interna às normas internacionais que vigoram no país.

Não há como se questionar que tal prazo, de 24 horas, enquadra-se na proposta dos tratados, ao definir a expressão “sem demora”. A questão trazida à tona por diversos órgãos e entidades que discutem o tema é a efetiva exequibilidade deste prazo, num país com dimensões continentais, com uma grande diversidade cultural e socioeconômica entre os estados. A dificuldade estrutural que os órgãos do judiciário e do executivo (no caso, a polícia judiciária) encontram em alguns estados brasileiros, ou mesmo em comarcas interioranas é motivo de preocupação para com a aprovação do projeto. Quem o manifesta sustenta, entre outros

²⁰¹ “ARTICULO 71.- Ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por mAs de veinticuatro horas, sin ser puesta a la orden de autoridad competente para su juzgamiento. La detencion judicial para inquirir no podrA exceder de seis días contados desde el momento en que se produzca la misma.” HONDURAS. Constitucion política de la Republica de Honduras de 1982. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_Honduras.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. par 91. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

argumentos, a inviabilidade de cumprimento do prazo de 24 horas para a apresentação de todos os presos em flagrante diante de um juiz, em um país cujos índices diários, especialmente nas grandes capitais, são muito elevados, o que acarretaria em nulidade dos autos de prisão em flagrante, por extrapolação ao prazo, culminando no relaxamento das prisões e em uma crescente onda de impunidade.

Diante do exposto, questiona-se: seria viável uma análise casuística no ordenamento interno, para cumprimento da norma internacional? Ou então, haveria a possibilidade de flexibilização deste prazo de 24 horas, sem que houvesse ofensa à Convenção Americana de Direitos Humanos?

Entende-se, aqui, que a análise casuística, ou seja, a não estipulação de prazo na legislação, restringindo-se a incorporar a expressão “sem demora” constante nos tratados internacionais ou alguma similar, seria ineficaz na prática brasileira. Isso porque tal acepção poderia dar margem a arbitrariedades, tanto policiais quanto judiciais, comprometer a isonomia de tratamento entre os presos e o princípio da igualdade, consagrado na Constituição, culminando no desvirtuamento da norma. Sabe-se que nem mesmo os prazos estipulados em nossa legislação processual penal que não impõe uma sanção ao seu descumprimento possuem eficácia, muitas vezes não sendo observados, o que se dirá dos atos que não importam na observância de prazo estipulado em lei.

Passa-se, agora, a analisar a possibilidade de flexibilização do prazo estipulado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu pela não violação do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos em casos que a legislação interna do país acusado determinava o prazo de 48 horas e este foi cumprido²⁰³. Portanto, no âmbito internacional, o prazo de 48 ensejaria o cumprimento da regra estabelecida, de apresentação “sem demora” à autoridade judicial.

No entanto, sustenta-se, aqui, que tal prazo não deve ser a regra, mas sim a exceção, resguardada aos casos de extrema, fundamentada e demonstrada impossibilidade da autoridade policial ou seus representantes em custodiar o

indivíduo até a presença do juiz competente. Isso porque, se um dos principais objetivos da audiência, conforme exaustivamente invocado, é a apuração de violações à integridade física e psíquica, garantindo-se a salvaguarda dos direitos humanos do indivíduo preso, tem-se que, quanto maior o tempo entre a detenção e a apresentação, quando poderá ser determinado o exame de corpo de delito, menores os vestígios que poderiam ser constatados em casos de eventual violação.

Ainda sim, deve-se admitir que possam ocorrer eventuais entraves estruturais para que tal prazo seja cumprido diariamente, como alguma dificuldade com transporte ou escassez de funcionários para cumprir com todas as demandas exigidas pela unidade policial. Diante de tais situações, que devem ser, como mencionado, excepcionais, fundamentadas e demonstradas pela autoridade policial, entende-se que o prazo estipulado na lei poderia ser prorrogado por igual período, apresentando-se o preso em até 48 horas seguintes à prisão.

Apenas a título de curiosidade, já houve, em 2011, Proposta de Emenda à Constituição, de nº 112, que objetivava dar nova redação ao inciso LXII do artigo 5º da Constituição Federal, determinando o prazo de até 48 horas para a condução do preso à presença do juiz competente, para este decidir sobre sua legalidade²⁰⁴. A proposta havia recebido parecer favorável, quanto à sua admissibilidade e apreciação por comissão especial, pela Comissão de Constituição e Justiça, sob relatoria do Deputado Paulo Teixeira. No entanto, foi arquivada em razão do fim da legislatura, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²⁰⁵.

²⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fleury y otros vs. Haití**. Sentença de 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_236_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁰⁴ BRASIL. Proposta de emenda à Constituição nº 112, de 22 de novembro de 2011. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6514AC20BAB952871B2688325539CAE1.proposicoesWeb2?codteor=941676&filename=PEC+112/2011>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²⁰⁵ “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.” BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução n 17, de 1989. Aprova o regimento interno da Câmara dos Deputados. **Câmara**. Disponível em:

Por esses motivos, assevera-se que o prazo de 24 horas previsto no Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 é pertinente ao cumprimento dos objetivos da norma internacional, quais sejam, averiguar a ocorrência de violações à integridade física e psíquica do preso, bem como a legalidade e necessidade da prisão, no menor prazo possível. No entanto, sustenta-se que tal prazo poderia ser prorrogado por igual período, apresentando-se o preso em até 48 horas seguintes à prisão, em casos de extrema, fundamentada e demonstrada impossibilidade da autoridade policial ou seus representantes em custodiar o indivíduo até a presença do juiz competente, considerando-se as dificuldades estruturais existentes em algumas comarcas e subseções do país.

4.4 FORMA DE APRESENTAÇÃO DO INDIVÍDUO PRESO À AUTORIDADE

Outro aspecto que gera discussão em relação à implantação da audiência de custódia é a forma de apresentação do preso à autoridade judicial. Há quem sustente que a condução de todos os presos à presença de uma autoridade judicial, além de demandar uma estrutura já precária dos órgãos policiais, que deverão deslocar viaturas e agentes para a realização das custódias, acarretaria em inúmeros riscos à segurança de todos os profissionais envolvidos e, até mesmo, do próprio detido.

Justamente por estes motivos, foi apresentado o substitutivo do Senador Fabrício Dornelles ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que admitia a realização da audiência mediante o sistema de videoconferência.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos são claros ao estabelecer que o indivíduo deve ser conduzido, sem demora, à presença da autoridade. Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já proferiu inúmeras decisões, firmando jurisprudência no sentido de que a apresentação do indivíduo preso à autoridade deve ser pessoal, sendo essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e outros direitos, como à vida e à integridade pessoal. Assim, entendeu a Corte que o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa foi presa não satisfaz essa garantia, pois o

detido deve comparecer pessoalmente e prestar suas declarações perante o juiz ou a autoridade competente. Neste exato sentido se manifestou nos casos López Álvarez contra Honduras²⁰⁶, Palamara Iribarne contra Chile²⁰⁷ e Acosta Calderón contra Equador²⁰⁸.

Complementando o entendimento, a Corte se manifestou, no caso Tibi contra Equador, que também não basta para satisfazer a garantia a remessa do informe policial da prisão²⁰⁹, bem como, no caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez contra Equador, acrescentou que a autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir acerca da liberação ou manutenção da privação de liberdade²¹⁰.

Diante do exposto, fica evidente que a apresentação do preso deve ser pessoal, para que o preso possa ser ouvido diretamente pelo magistrado. Destarte, entende-se, aqui, que a realização do ato em comento mediante o sistema de videoconferência não cumpre com os objetivos da norma internacional, de aproximação do juiz e do indivíduo sob a custódia do Estado.

A questão da videoconferência se relaciona à implantação da modalidade no Código de Processo Penal quanto ao interrogatório do réu em juízo, incluído pela lei 11.900/2009. O artigo 185 do Código de Processo Penal, portanto, dispõe sobre a possibilidade do juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a realização do interrogatório do réu preso mediante o sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo a decisão ser fundamentada e restrita a casos excepcionais, quando necessária a medida para:

²⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Álvarez vs. Honduras.** Sentença de 1º de fevereiro de 2006. pár 87. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile.** Sentença de 22 de novembro de 2005. pár 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Acosta Calderón vs. Ecuador.** Sentença de 24 de junho de 2005. pár. 78. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador.** Sentença de 07 de setembro de 2004. pár. 118. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

- I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
- II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
- III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;
- IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.²¹¹

Importante salientar algumas considerações feitas ao referido dispositivo, que são relevantes para a análise da possibilidade de realização da audiência de custódia pelo mesmo sistema. Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho ressalta que a sistemática viola o princípio da publicidade, no sentido de que, “estando o Juiz a distância, não pode perceber se o interrogado está ou não sofrendo qualquer tipo de pressão”. O autor entende que o ato deve ser realizado na presença do juiz (*coram iudice*), “ressalvadas as hipóteses, raras, por sinal, de criminosos altamente perigosos e cuja saída da unidade prisional onde se encontrem possa acarretar perturbação da ordem pública”, devendo-se atentar para não transformar a exceção em regra²¹².

Eugênio Pacelli de Oliveira menciona que “aplicar a videoconferência com o objetivo único de acomodação dos interesses da Administração carcerária é trilhar o caminho da ilegalidade e do arbítrio, em prejuízo das garantias individuais”, que só podem ser flexibilizadas em casos excepcionais, devidamente fundamentados²¹³.

Por sua vez, Aury Lopes Jr. assevera que “a utilização de expressões como ‘risco à segurança pública’, ‘fundada suspeita’, ‘relevante dificuldade’ e ‘gravíssima questão de ordem pública’, cria indevidos espaços para o decisionismo e a abusiva discricionariedade judicial, por serem expressões despidas de um referencial

²¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Ecuador**. Sentença de 21 de novembro de 2007. párr. 85. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²¹¹ BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

²¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 588.

²¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 394.

semântico claro”²¹⁴. No que tange à implantação da tecnologia nas audiências de custódia, o autor, juntamente com Caio Paiva, destaca que:

O maior inconveniente desse substitutivo é que ele mata o caráter antropológico, humanitário até, da audiência de custódia. O contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado²¹⁵.

Concorda-se com Aury Lopes Jr. e Caio Paiva no sentido de que a realização do ato por videoconferência “permite um (ainda) maior afastamento dos atores envolvidos no ritual judiciário, especialmente do juiz” e que “a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal”²¹⁶. Tal medida resultaria em mais um elemento de burocratização do processo penal e de reificação do indivíduo detido, pois se limitando o contato, limita-se, também a percepção da realidade imposta à determinada prisão.

Não se trata aqui de dizer que o juiz teria maior propriedade que o perito que realiza o auto de exame de corpo de delito. Aliás, o exame de corpo de delito, independentemente da audiência de custódia, deveria ser feito quando do auto de prisão em flagrante e quando da entrada em estabelecimento prisional, como sugeriu o Ministério Público do Estado de São Paulo. Ocorre que é notório que, muitas vezes, são utilizadas técnicas de agressão que não deixam vestígios apuráveis pelos dados objetivos colhidos nesses mencionados exames. Ademais, relatos de agressões à integridade psíquica, também atos de tortura, não são averiguados pelo perito. Nem mesmo, diga-se, serão “diagnosticados” pelo juiz. O que se oportuniza com a audiência de custódia é que o indivíduo seja levado a uma zona neutra, perante uma autoridade imparcial e competente para proferir decisão, que está ali para garantir os seus direitos humanos e fundamentais, justamente para ouvir os seus relatos e, se necessário, determinar a investigação de eventuais suspeitas de violação destes direitos.

²¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2 v. v. 1. p. 632.

²¹⁵ 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. n. 17. p. 11-23. set./dez.2014. p. 21.

²¹⁶ Ibid. p. 21-22.

Por fim, uma opção plausível, considerando-se a falta de estrutura e segurança de deslocamento de presos aos foros em determinadas comarcas, é que se criem espaços, como, por exemplo, centrais de flagrante, já existentes em alguns estados brasileiros, e que sejam deslocados até o local apenas as autoridades e servidores necessários ao ato, evitando assim a sobrecarga de viaturas e agentes policiais.

4.5 COMPATIBILIDADE DA PRÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Finalmente, no que tange à (in)compatibilidade da introdução da audiência de custódia, convém iniciar pela própria concepção de sistema acusatório. Atualmente, podem-se verificar na doutrina nacional e internacional diversos conceitos para definir o que seria um Sistema Acusatório. Sua composição se dá normalmente a partir de princípios que consideram os autores essenciais para a formação de um sistema acusatório, associado comumente a países em que vigora um sistema político democrático. Por outro lado, pode-se afirmar como consenso na doutrina o fato da inexistência de sistemas puros em sua essência.

Ao descrever o sistema acusatório, Luigi Ferrajoli assim define:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção²¹⁷.

Alguns autores entendem que a identificação do sistema acusatório se dá com a separação clara entre as funções de acusar e julgar²¹⁸. Cabe destacar aqui, que, por imparcialidade, entende-se a desvinculação do julgador com qualquer das partes e a ausência de interesse no resultado do processo. Não há que confundir imparcialidade com neutralidade, esta sim inexigível, pois ninguém é neutro: todos

²¹⁷ FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 519-520.

sofremos influências por fatores externos, culturais e sociais, que moldam nossas crenças e ideologias. Jacinto Coutinho afirma que o princípio da imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, devendo-se criar mecanismos capazes de garanti-la, não sendo algo "dado por natureza"²¹⁹. Sabe-se, porém, que tal classificação é insuficiente, embora de extrema importância do referido sistema.

Há autores, como Mauro Fonseca Andrade, que acrescentam à separação das funções o fato do processo somente ser iniciado mediante a apresentação de uma acusação formal, contendo a individualização do acusado, o fato por ele cometido e supostamente criminoso, assim como o requerimento de aplicação da pena, e realizada pelo acusador, distinto do juiz (*nemo in iudicio tradetur sine accusatione*)²²⁰.

Outra corrente doutrinária sustenta, ao lado das mencionadas características, a inércia probatória do juiz como núcleo fundante do sistema. É o que afirma Gilberto Thums, ao sustentar que não basta para a sua definição a existência de órgão julgador distinto do órgão acusador, publicidade dos atos e outras garantias, devendo-se "buscar o afastamento total do juiz que julga a causa da possibilidade de buscar provas"²²¹. No mesmo sentido são as lições de Geraldo Prado²²² e Aury Lopes Jr.²²³.

Tem-se que o conceito de Luigi Ferrajoli abarca as principais características sustentadas na doutrina acerca do sistema acusatório, de forma que, neste estudo, utilizar-se-á deste como base, para uma abrangência mais ampla de seus reflexos na audiência de custódia. O autor aponta a existência de um juiz passivo, distinto das partes, que devem possuir paridade de armas, em debate iniciado pela acusação e no qual lhe compete o ônus da prova, cujo procedimento é regido pelos

²¹⁸ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 477 p.; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1.310 p.

²¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 34. 2001.

²²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2013. p. 269.

²²¹ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 237.

²²² Cf. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 270 p.

²²³ Cf. LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2 v. v. 1. 736 p.

princípios do contraditório, da publicidade e da oralidade, e decidindo o juiz, por fim, com base em sua livre convicção.

No Brasil, nem a Constituição Federal nem o Código de Processo Penal estipulam expressamente o sistema adotado. No entanto, a doutrina e a jurisprudência são praticamente unânimes ao sustentar que se segue o procedimento de caráter acusatório. O Projeto de Lei 8045/2010 (decorrente do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009) de reforma do Código de Processo Penal, em trâmite na Câmara dos Deputados, pretende estabelecer expressamente o sistema acusatório, consagrando a sua adoção nacional, vedando a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão acusatório.

Feitas estas considerações, a primeira pergunta que surge é: a apresentação do preso à autoridade judicial em fase de investigação, ou até mesmo antes de iniciada a investigação nos casos de flagrante, ofenderia o sistema acusatório?

Em primeiro lugar, consideradas unanimidades ao guiar o sistema acusatório, verifica-se que a prática não possui qualquer pretensão ou possibilidade de afetar a separação das funções de julgar, acusar e defender, nem de afastar a necessidade de uma acusação formal para dar início ao processo. Aliás, ressalta-se que a configuração de sistema acusatório se dá em fase processual, embora, diante do Estado democrático de direito em que vivemos, cada vez mais se concretizem o contraditório e a atuação defensiva durante o inquérito, que, por sua vez, trata-se de procedimento de caráter administrativo.

Destarte, o juiz que deverá presidir a audiência de custódia atua como um garantidor dos direitos fundamentais (de liberdade e de integridade física e psíquica), estando impedido de atuar no eventual processo de conhecimento bem como de proferir ou permitir, durante esta audiência, perguntas que sejam afetas à instrução do feito. Seu grau de cognição restringe-se apenas às questões relativas à prisão do indivíduo, sendo, portanto, sumário em relação aos fatos delituosos imputados. Nesse sentido, nos casos de prisão em flagrante e prisão temporária, a audiência de custódia seria realizada por magistrado diverso daquele que irá julgar a causa, mantendo-se este último afastado de possível contaminação que possa ocorrer em atuação na fase investigatória, garantindo-se a pretendida maior isenção ou imparcialidade para o julgamento da causa, se vier a tramitar o processo penal.

O mesmo se diga quanto à prisão preventiva, se decretada durante o inquérito policial. Por outro lado, quando decretada durante o curso do processo judicial, é mais coerente que tal audiência viesse a ser realizada pelo magistrado que está atuando no processo, já que será ele que terá determinado a cautelar e outro juiz de mesma hierarquia não seria competente para anular ou revisar tal decisão. Mesmo nesse caso, porém, entende-se que não há comprometimento ao sistema acusatório, já que a cognição sumária dos fatos necessária para a decretação da prisão preventiva (prova da materialidade e indícios de autoria) já restou examinada quando do recebimento da denúncia, devendo ser averiguado apenas o *periculum libertatis* do acusado bem como o seu tratamento conforme a dignidade da pessoa humana durante a custódia. Conforme apontam Carlos Weis e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, “a culpa no caso não é objeto de valoração sobre a necessidade de custódia cautelar”²²⁴, bem como “em sua possível oitiva o acusado não necessariamente tratará de questões relativas à existência do crime e indícios de autoria”, podendo permanecer em silêncio ou manifestar-se apenas acerca da inexistência de perigo na manutenção de sua liberdade²²⁵.

Deve-se, sempre, atentar ao fato de que não se pode confundir a oitiva colhida por ocasião da audiência de custódia com o interrogatório tomado em fase judicial, nem mesmo com o realizado em inquérito policial, pois, na primeira, a matéria debatida é limitada, restrita. Não há falar, portanto, em busca de prova para a apuração do processo criminal.

Superada esta questão, resta outro questionamento. Se o juiz apurar a prática de algum ato ilegal na prisão, não teria ele buscado provas para o outro processo criminal que será instaurado a partir dessa ilegalidade? Sustenta-se, aqui, que não. O magistrado não está buscando provas, está verificando a legalidade da prisão. Se a partir de tal verificação, restrita às questões relativas à custódia, surgem indícios da prática de crime, é dever das autoridades envolvidas no ato tomarem as providências para encaminhar a sua apuração e a coleta das provas será realizada em procedimento próprio e diverso.

²²⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz; WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, jul./2012. p. 341.

²²⁵ *Ibid.* p. 341.

Finalmente, se o fato criminoso imputado ao agente policial, por exemplo, for falso, caracterizando um delito de calúnia, poderia ser utilizado contra o sujeito em outro processo? Com efeito, a redação pretendida ao parágrafo sexto do artigo 306 do Código de Processo Penal no Projeto de Lei do Senado 554/2011 impede que os elementos colhidos por ocasião da audiência de custódia sejam sopesados em desfavor do preso²²⁶. Além disso, diante de indícios de violação aos seus direitos humanos, cabe ao magistrado determinar aos órgãos responsáveis a realização das medidas cabíveis necessárias à sua cessação e apuração, nos termos do parágrafo quarto²²⁷. Assim, entende-se que, como diante de qualquer ilegalidade cujos indícios surjam especialmente na presença de magistrados, promotores e delegados, o encaminhamento à investigação é medida impositiva. Por outro lado, a vedação da utilização das informações parece estar relacionada à prevenção de antecipação de coleta de prova ou de eventual confissão do indivíduo preso antes de instaurado inquérito ou processo.

A declaração do preso em sede de audiência de custódia será impulso para o início da investigação. Embora dar causa à instauração de investigação policial já constitua o delito de denúncia caluniosa²²⁸, deve-se observar a futura regra do pretendido artigo 306, parágrafo sexto. De qualquer forma, tais declarações deverão ser confirmadas quando do inquérito relativo ao fato criminosos imputado, obviamente. Nesse caso, comprovada a falsidade, ela se justifica não pela declaração em sede de audiência de custódia, mas sim nos autos da investigação contra o agente acusado dos abusos. Assim, se resguarda a garantia da audiência de custódia e se possibilita a produção probatória em outro expediente.

Diante de todos estes argumentos, sustenta-se que a audiência de custódia é plenamente compatível a adoção do sistema acusatório. Como sustentam Carlos

²²⁶ BRASIL. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. Relatório do Senador Humberto Costa pela aprovação do projeto nos termos do substitutivo que apresenta e pela rejeição da Emenda nº 2. **Senado** **Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=166396&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ “Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.” BRASIL. Código penal.

Weis e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, “o princípio acusatório, pensado como instrumento para um processo penal democrático, não pode ser utilizado pelo Estado como escudo para o descumprimento de direitos e garantias individuais, mas sim compatibilizado com elas”²²⁹. Deve-se sempre ter em mente que é fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana²³⁰, regida pela prevalência dos direitos humanos²³¹, bem como todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil devem ter os seus direitos fundamentais resguardados²³², dentro dos quais se inclui a audiência de custódia, através da norma internacional internalizada.

Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

²²⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz; WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, jul./2012. p. 342.

²³⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

²³¹ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;” *Ibid*.

²³² “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: [...]” *Ibid*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, tem-se que a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro é impositiva e de extrema necessidade, pois visa proporcionar o encontro entre o preso e a autoridade judicial, a fim de que esta possa melhor analisar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, bem como coibir e apurar eventuais violações à integridade física e psíquica do indivíduo detido. Tal medida urge especialmente diante do cenário de superlotação carcerária que enfrentamos, pois possibilita uma análise mais criteriosa acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva, sendo esta a *ultima ratio* das medidas cautelares. No entanto, para além disso, a audiência de custódia visa conferir a proteção aos direitos humanos e fundamentais das pessoas presas

Prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9.3, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 7.5, ambos tratados internacionais ratificados e promulgados pelo Brasil, a medida tem aplicação plena e imediata, adquirindo internamente, no mínimo, *status* de norma supralegal, e sua observância é obrigação do Estado, independentemente de normatização interna, embora até o momento não venha sendo seguida em âmbito nacional. A inobservância das normas previstas nos tratados internacionais é passível de responsabilização do Estado perante as Cortes internacionais responsáveis, pois viola, além da obrigação internacional, os direitos humanos assegurados pelos diplomas convencionais. Por outro lado, embora desnecessária a existência de lei interna para que o Estado observe o referido direito, acredita-se que, para melhor garantir o cumprimento de suas premissas e objetivos, a regulamentação da matéria, observando-se a realidade nacional, é a medida mais adequada.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê a prática da audiência de custódia, na medida em que a norma constitucional, bem como o Código de Processo Penal, exige apenas a comunicação do juiz, em vinte e quatro horas, acerca da prisão em flagrante de qualquer indivíduo, de forma que, sendo o interrogatório do réu o último ato da instrução processual, é comum que pessoas presas provisoriamente somente tenham a oportunidade de se pronunciar perante uma autoridade judicial após meses ou até mesmo anos de permanência no cárcere.

A regra que disciplina a prisão temporária, embora preveja a possibilidade de encontro entre preso e magistrado, tem-na como mera faculdade do juiz, tornando-se letra inoperante da lei. No mesmo sentido vem a alteração do Projeto de Lei 8045/2010, que visa à reforma do Código de Processo Penal, conferindo ao juiz das garantias – atuante em fase de investigação policial – a possibilidade de ordenar a apresentação do preso. Em virtude desta lacuna normativa, tramita o Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, que objetiva alterar o artigo 306 do Código de Processo Penal para introduzir a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante delito, prevendo o prazo de vinte e quatro horas para a efetivação do ato.

Diante das informações colhidas ao longo da pesquisa, entende-se que os objetivos da audiência de custódia são necessários a todos os tipos de prisão, não havendo óbice a esta interpretação em qualquer regramento que a preveja, nem se mostrando as decisões da Corte Interamericana compatíveis com a ideia de que o ato se restringiria às hipóteses de flagrante delito. Assim, embora se reconheça as dificuldades estruturais do país, tanto trazidas à discussão por parte dos agentes atuantes na persecução penal quando se pleiteia a introdução da prática apenas aos casos de flagrante delito, o entendimento aqui exposto é de que, para abarcar completamente a norma dos diplomas internacionais, garantindo que o Estado cumpra com a proteção à liberdade pessoal neles explicitada, a necessidade de apresentação do preso à autoridade judicial deveria ser imposta a todas as modalidades de prisão provisória.

Quanto à autoridade competente, sustenta-se que, para os fins de interpretação da norma do artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do artigo 9, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a autoridade referida deve exercer a sua função judicial no que tange ao controle da liberdade do indivíduo preso, e, na legislação brasileira, em matéria de prisão, quem possui a autoridade e competência para decidir é o magistrado, no exercício pleno de sua função judicial. Assim, acredita-se não ser possível a realização do ato pelo Delegado de Polícia ou pelo representante do Ministério Público, pois estes não atingem a exigência necessária ao papel da autoridade referida pela norma internacional. Ainda, se a comunicação da prisão deve ser feita ao juiz competente, que é quem possui autoridade para analisá-la, ou seja, o destinatário dos elementos

colhidos em sede de audiência de custódia, entende-se que esta é a única autoridade competente para presidir o ato.

Em relação ao lapso temporal para apresentação do indivíduo, é certo que o prazo de vinte e quatro horas previsto no Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 enquadra-se na proposta dos tratados internacionais ao definir a expressão “sem demora”. Por outro lado, deve-se considerar a dificuldade estrutural que os órgãos do judiciário e do executivo (no caso, a polícia judiciária) encontram em alguns estados brasileiros, ou mesmo em comarcas interioranas, que pode inviabilizar o cumprimento do referido prazo em um país cujos índices diários de prisões, especialmente nas grandes capitais, são muito elevados. Destarte, embora se acredite que a análise casuística, restringindo-se a incorporar a expressão “sem demora” constante nos tratados internacionais ou alguma similar, seria ineficaz na prática brasileira, pois passível de gerar arbitrariedade e comprometer a isonomia de tratamento entre os presos e o princípio da igualdade, tem-se como possível a flexibilização do referido prazo, para casos excepcionais.

Assim, assevera-se que o prazo de vinte e quatro horas previsto no Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 é pertinente ao cumprimento dos objetivos da norma internacional, quais sejam, averiguar a ocorrência de violações à integridade física e psíquica do preso, bem como a legalidade e necessidade da prisão, o da forma mais imediata possível. Porém, sustenta-se que tal prazo poderia ser prorrogado por igual período, apresentando-se o preso em até 48 horas seguintes à prisão, em casos de extrema, fundamentada e demonstrada impossibilidade da autoridade policial ou seus representantes em custodiar o indivíduo até a presença do juiz competente.

Por sua vez, a apresentação do preso deve ser pessoal, para que possa ser ouvido diretamente pelo magistrado, na presença deste, não se podendo admitir a realização da audiência de custódia por videoconferência, já que esta promoveria justamente o afastamento do preso e do juiz, ao contrário do que objetiva a regra internacional, culminando na limitação da percepção pelo magistrado da realidade imposta à determinada prisão e em mais um elemento de burocratização do processo penal e reificação do indivíduo detido.

Finalmente, tem-se que a prática da audiência de custódia não possui qualquer pretensão ou possibilidade de afetar a separação das funções de julgar, acusar e defender, nem de afastar a necessidade de uma acusação formal para dar

início ao processo, sendo plenamente compatível com o sistema acusatório adotado no país. Isso porque o juiz que deverá presidir a audiência de custódia atua como um garantidor dos direitos fundamentais (de liberdade e de integridade física e psíquica), estando impedido de atuar no eventual processo de conhecimento bem como de proferir ou permitir, durante esta audiência, perguntas que sejam afetas à instrução do feito, restringindo-se seu grau de cognição apenas às questões relativas à prisão do indivíduo. Dessa forma, garante-se a pretendida isenção ou imparcialidade para o julgamento da causa, se vier a tramitar o processo penal, pois se mantém o julgador afastado de possível contaminação que possa ocorrer em atuação na fase investigatória.

O magistrado, ao realizar a audiência de custódia, não está buscando provas, está verificando a legalidade da prisão. Se a partir de tal verificação, restrita às questões relativas à prisão, surgem indícios da prática de crime, é dever das autoridades envolvidas no ato tomarem as providências para encaminhar a sua apuração, e a coleta das provas será realizada em procedimento próprio e diverso. Diante de todos estes argumentos é que se sustenta que a audiência de custódia é plenamente compatível à adoção do sistema acusatório, indo ao encontro deste, ao proteger e resguardar os direitos humanos e o direito fundamental à liberdade pessoal.

Finalmente, entende-se que já é hora de recuperar, ao menos quanto a este aspecto, os anos de violação aos direitos humanos consagrados nos pactos internacionais ratificados pelo Brasil. A realização da audiência de custódia é regra cujo cumprimento é impositivo, cabendo aos órgãos públicos envolvidos trabalharem na sua adequação ao ato. Neste aspecto, é salutar a implementação gradual nos tribunais de justiça estaduais que vem se observando, para que suas necessidades materiais e humanas possam ser supridas a fim de realizar o ato de forma satisfatória e expandir a prática às comarcas interioranas, sem que ocorra o abismo drástico da alteração legislativa.

De qualquer maneira, é inadmissível justificar a permanência da violação ao dever do Estado, assumido internacionalmente, de cumprir com as obrigações dos tratados internacionais que ratificou e, ainda mais, de respeitar os direitos fundamentais daqueles que se encontram sob sua jurisdição, pela falta de estrutura estatal. A audiência de custódia aparece como um elemento a contribuir para a

humanização e aprimoramento do processo penal, a fim de garantir os direitos humanos do preso, coibindo práticas ilegais praticadas por agentes da segurança pública observadas no cotidiano forense, sendo dever do Estado aparelhar-se e regulamentar a matéria, a fim de cumprir com as normas internacionais aos quais é submetido.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011. 146 p.

_____. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2013. 520 p.

ARGENTINA. **Código procesal penal**. Ley 2.372, de 4 de octubre de 1888.

Disponível em: <http://www.infojus.gov.ar/legislacion/ley-nacional-2372-codigo_procesal_penal.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 477 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato da Presidência, em 26/03/2015**. Cria Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010. Plenário. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1324743&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Resolução n 17, de 1989. Aprova o regimento interno da Câmara dos Deputados. **Câmara**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf>. Acesso em: 15/06/2015.

_____. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

_____. Código penal. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

_____. Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça. **Carta de Belo Horizonte**. Disponível em:

<http://www.colegiodepresidentes.jus.br/attachments/article/370/MINUTA_DA_CARTA_DE_BELO_HORIZONTE.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Procedimento de controle administrativo nº 0000810-77.2015.2.00.0000**. Decisão monocrática, Relator Fabiano Silveira. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/cnj-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Decreto Legislativo nº 311, de 2009. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º. **Câmara**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 mai. 2015.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>.

Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária.

Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>.

Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. Projeto de lei do senado n. 554 de 2011. **Senado Federal**. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso

em: 15 jun. 2015.

_____. Proposta de emenda à Constituição nº 112, de 22 de novembro de 2011.

Câmara dos Deputados. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6514AC20BAB952871B2688325539CAE1.proposicoesWeb2?codteor=941676&filename=PEC+112/2011>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4711319>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**.

Tribunal Pleno, Relator Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 03/12/2008.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

Acesso em: 28 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004/SE**. Tribunal Pleno, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

CANINEU, Maria Laura. O direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional. **Informativo Rede Justiça Criminal**. ed. 05, a. 03, p. 3-4, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. 2380 p.

CHILE. **Código Procesal Penal**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A convenção americana de direitos humanos e o direito interno brasileiro**: bases para sua compreensão. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001. 133 p.

_____. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 254, jan/2014.

COLÔMBIA. **Código de procedimiento penal Colombia**. Ley 600 de 2000. Disponível em: <http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_236.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Acosta Calderón vs. Ecuador**. Sentença de 24 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso Bayarri s. Argentina**. Sentença de 30 de outubro de 2008. par. 66. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México.** Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso Castillo Páez vs. Peru.** Sentença de 03 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Ecuador.** Sentença de 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** Sentença de 19 de novembro de 1999. pár 13. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso Fleury y otros vs. Haiti.** Sentença de 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_236_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso García Asto y Ramirez Rojas vs. Peru.** Sentença de 25 de novembro de 2005. pár. 110 e 132. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso López Álvarez vs. Honduras.** Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile.** Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador.**

Sentença de 07 de setembro de 2004. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Opinión consultiva OC-7/86.** Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51. 2001.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2012. 1360 p.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003. 260 p.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Provimento nº 24/2014.**

Corregedoria Geral de Justiça. Disponível em:

<http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12914:013-cria-o-projeto-plantao-de-audiencia-de-custodia-disp-10042015&catid=324:resolucoes-2015&Itemid=45>. Acesso em: 30 mai. 2015.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925 p.

GUATEMALA. **Constitución política de la república de Guatemala.** Disponível em:

<http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM_constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

HONDURAS. **Constitucion politica de la Republica de Honduras de 1982.**

Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_Honduras.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz; WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, jul./2012.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: ruma à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**. n. 17. p. 11-23. set./dez.2014.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2 v. v. 1. 736 p.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento nº 14/2014**. Corregedoria Geral de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407410>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento nº 24/2014**. Corregedoria Geral de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407902>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. 973 p.

MÉXICO. **Constitución política de los estados unidos mexicanos**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1.310 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 894 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 43/173 of 09 December 1988**. *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prisão em flagrante. In: **Justitia**, a. 56, v. 167, jul./set. 1994. p. 26-39. <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/bc8y3c.pdf>>

PERU. **Constitución para la república del Perú**. 12 de julho de 1979. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. **Constitución política del Peru 1993**. Disponível em: <<http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 552 p.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 270 p.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. rev. aumen. atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2031658-86.2015.8.26.0000**. Órgão Especial, Decisão Monocrática, Relator Luiz Antonio de Godoy, julgado em 25/02/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002NE5G0000>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03/2015**. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=136003&fIBtVoltar=N>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 04/2015**. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=136041&fIBtVoltar=N>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito Ltda., 1994. 536 p.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 317 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 1033 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 640 p.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão**. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>>. Acesso em: 12 mai. 2015.