



OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO EM FLAGRANTE AO JUÍZO

João Pedro Gomes Dadda¹
Antonio Ractz Jr.²

Resumo: A apresentação de toda pessoa presa em flagrante a um Juiz de Direito imediatamente após a prisão, denominada de audiência de custódia, está prevista em tratados internacionais ratificados e descumpridos pelo Brasil há longínquos anos. Tais convenções, por versarem sobre direitos humanos, possuem hierarquia jurídica distinta dos demais tratados internacionais. Ocorre que jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria divergem com relação ao *status* normativo desses pactos, ora os concedendo caráter de norma supralegal, ora entendendo que possuem hierarquia constitucional. O presente estudo pretende, pois, analisar a influência no direito brasileiro das normas internacionais que preveem a audiência de custódia. A pesquisa consistiu-se de uma análise de legislação, tratados internacionais, doutrina e princípios relativos à matéria. Verificou-se que a apresentação do preso em flagrante ao Juízo garante a aplicação do princípio da presunção de inocência, ao passo em que preserva a excepcionalidade da prisão provisória, assim exercendo controle sobre a população carcerária. Além disso, a implementação da audiência de custódia adequa o direito interno às normas internacionais. Isso porque os tratados internacionais de direitos humanos que preveem a solenidade possuem hierarquia jurídica superior a do Código de Processo Penal, devendo o segundo ser aplicado em consonância com os primeiros. Deve, portanto, ser exercido efetivo controle de convencionalidade, visto que a audiência de custódia é um direito dos cidadãos brasileiros, cabendo aos Juízes protegê-lo.

INTRODUÇÃO

Desde a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil, em 1992, urge a necessidade de regulamentação e efetiva inserção da imediata apresentação de toda pessoa presa em flagrante a um Juiz de Direito, prática denominada de audiência de custódia. Isso porque tal tratado

¹ Advogado, egresso do Curso de Direito da UNICNEC.

² Delegado de Polícia. Especialista em Direito Público.



prevê a realização desta solenidade, que não vem sendo observada pelos magistrados por longínquos anos.

A implementação da audiência de custódia, além de adequar o ordenamento jurídico pátrio ao internacional, se apresenta como “um resgate do caráter humanitário e da própria jurisdição do processo penal”³, ao passo em que resguarda garantias constitucionais como a presunção de não-culpabilidade.

Resta evidente que a excepcionalidade do encarceramento provisório vem sendo descumprido ao se analisarem os últimos dados do Conselho Nacional de Justiça acerca da população carcerária brasileira: excluindo-se apenados que cumprem prisão domiciliar, dos 563.565 segregados no Brasil, 41% são presos provisórios⁴. Tais números não impressionam por si só, mas por se saber que a prisão é um mal necessário, perigosa, quando não inútil. “Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”, como já advertia Foucault⁵.

Ainda, ao se ignorar o caráter de *ultima ratio* da custódia cautelar, viola-se o princípio constitucional da presunção de inocência, norteador de toda a ciência penal, bem como incorre-se no que já temia Cesare Beccaria, em 1764, ao referir que “se atiram, indistintamente, no mesmo cárcere, não só os acusados como os condenados”⁶.

Portanto, afigura-se necessária a prévia apresentação do preso ao magistrado para que se possa prudentemente verificar a (i)legalidade da prisão em flagrante, bem como possibilidade de concessão da liberdade provisória e a necessidade da aplicação de medidas cautelares alternativas, assegurando-se, assim, a excepcionalidade do encarceramento preventivo.

³ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n. 17, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/liberdades17_integra.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015. ISSN 2175-5280, p. 23.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 224.

⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.



Pretende-se, pois, com a presente pesquisa, analisar a imediata apresentação do preso em flagrante ao Juízo à luz dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Para tanto, o estudo almeja: abordar a audiência de custódia e sua implementação no processo penal, verificar o atual contexto da prisão provisória no Brasil; e aferir a influência exercida pelos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito interno.

A análise do tema em comento mostra-se de mister importância, tanto para o meio acadêmico como para o meio jurídico, visto que a implementação da audiência de custódia traz avanços civilizatórios significativos para o processo penal e preenche lacuna legislativa havida há mais de vinte anos na lei adjetiva penal pátria, desde a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷.

Outrossim, a imediata apresentação do preso em flagrante ao Juízo constitui um instrumento de controle da população carcerária do Brasil, cujo sistema penitenciário, diante da superlotação, beira o colapso. Tal controle é exercido ao se analisar prudente e casuisticamente a necessidade do encarceramento cautelar, em solenidade designada exclusivamente para tanto.

Mormente, por estar em andamento a inserção da audiência de custódia no Brasil, são escassas as publicações acerca do tema, o que reforça a contribuição da presente pesquisa para o âmbito acadêmico e para elucidar-se a problemática que envolve a imediata apresentação do preso em flagrante ao Juiz de Direito e a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A presente pesquisa será apresentada na forma de artigo científico, utilizando-se do método dialético, baseado em pesquisas bibliográfica e documental, com caráter comparativo, mediante a coleta de dados executada por consulta a doutrina, leis, tratados internacionais, projetos de lei, artigos jurídicos, pesquisas on-line, dentre outros que versem sobre o tema, qual seja,

⁷ Tal Convenção, celebrada no ano de 1969, foi incorporada pelo direito interno com a edição do Decreto n. 678, na data de 06 de novembro de 1992. “O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.



a previsão da imediata apresentação do preso em flagrante ao Juízo em tratados internacionais sobre direitos humanos.

CONTEXTO E EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA

Sucintamente, prisão consiste na privação da liberdade, “tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”⁸. Para o processo penal, tal aprisionamento é, via de regra, decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Ocorre que é notória a ineficácia de tal método de correção e ressocialização, sendo certo que “a prisão é mais lugar de suplício do que de custódia do réu”⁹. Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli sustenta que a prisão é lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva¹⁰.

No que se refere à prisão provisória, tem-se a segregação, igualmente ineficaz; mas, desta vez, anterior ao trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Restra evidente, diante do princípio da presunção de não-culpabilidade, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o caráter de *ultima ratio* de tal instituto.

O princípio constitucional da presunção de inocência permeia toda a ciência penal e, em especial, o encarceramento cautelar. Como ensina Beccaria, “um homem não poder ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”¹¹. Ocorre que a custódia preventiva viola não somente a presunção de não-culpabilidade, mas

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 575.

⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 379-380.

¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.



também as outras garantias penais e processuais estabelecidas pela Constituição¹².

Carnelutti ressalta a dificuldade de aplicação pela justiça humana das normas que efetivam a presunção de inocência. Segundo o autor, “esta é, porém, uma daquelas normas, as quais servem somente a demonstrar a boa fé daqueles que a elaboraram; ou, em outras palavras, a incrível capacidade de iludir-se”¹³. E esta é, também, a realidade dos operadores do processo penal brasileiro, que preferem a aplicação indistinta do aprisionamento cautelar à análise minuciosa, em audiência exclusiva para tanto, de sua necessidade.

Diante disso, deve-se observar o caráter de *ultima ratio* da prisão provisória, limitando-a a casos indispensáveis, especialmente em razão do mal irreparável que causa àqueles que são declarados inocentes no final da instrução processual¹⁴. Para Aury Lopes Júnior, a excepcionalidade da prisão cautelar se justifica porquanto o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente, pois ainda não condenado por sentença definitiva, é altíssimo, ainda mais no precário e medieval sistema carcerário brasileiro¹⁵.

Todavia, basta uma análise superficial dos últimos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para se constatar que a excepcionalidade da encarceramento cautelar não vem sendo observada: 41% da população carcerária brasileira consiste em presos provisórios. No Estado do Rio Grande do Sul, esta realidade não é diferente: dos 27.336 aprisionados gaúchos, 37% cumprem prisão cautelar¹⁶.

Por essas razões, urge a necessidade de apresentação dos presos em flagrante a um Juiz de Direito imediatamente após a ocorrência da prisão, visto que na solenidade seria cuidadosamente analisada a necessidade de

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 512.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. Leme, SP: CL Edijur, 2015, p. 48.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 549.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 803.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.



manutenção do encarceramento. Dados oriundos da Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça de São Paulo indicam que, no primeiro mês de realização do projeto-piloto da audiência de custódia naquele Estado, 40% dos autuados em flagrante delito foram postos em liberdade, comprovando-se, assim, o controle exercido pela audiência de custódia sobre a população carcerária¹⁷.

Nesse contexto, a apresentação dos presos em flagrante ao Juízo mostra-se como uma ferramenta capaz de garantir a *ultima ratio* da prisão cautelar e, por consequência, a adequada aplicação das medidas alternativas ao cárcere, exercendo efetivo controle sobre a população carcerária. Na solenidade, o magistrado decidiria, casuisticamente, acerca da manutenção da prisão, verificando a (im)possibilidade de concessão de liberdade provisória e aplicação das medidas cautelares diversas ao cárcere, de maneira a garantir a presunção de não-culpabilidade e atender às previsões internacionais.

A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO EM FLAGRANTE A UM JUIZ DE DIREITO

Efetivada uma prisão em flagrante, dispõe a atual redação do artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal¹⁸, que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado no prazo máximo de vinte e quatro horas ao Juiz de Direito, bem como à Defensoria Pública, caso o flagrado não possua advogado constituído. O magistrado, então, poderá: relaxar a prisão em flagrante, caso ilegal; convertê-la em prisão preventiva, caso presentes os requisitos e insuficientes outras medidas cautelares; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, consoante artigo 310 do mesmo diploma.

¹⁷ CARVALHO, Marco Antônio; GODOY, Marcelo. Audiência de custódia revoga 40% das prisões. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 mar. 2015. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-prisoese,1655034>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁸ “Art. 306. [...]”

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente



Ocorre que o procedimento previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil é distinto no contido na legislação pátria. A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelecem a necessidade da apresentação do preso em flagrante ao juízo, imediatamente após a prisão, em uma audiência designada especialmente para tanto. O flagrado, então, seria apresentado a um Juiz de Direito, que, na presença do membro do Ministério Público e da defesa, analisaria cuidadosamente a prisão ocorrida e deliberaria acerca de sua manutenção ou não.

Diante das previsões internacionais, no ano de 2011, foi apresentado pelo Senador da República Antônio Carlos Valadares o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554. Tal Projeto propõe a alteração do texto do artigo 306 e parágrafos do Código de Processo Penal, substituindo a simples remessa do auto de prisão em flagrante pela apresentação do flagrado a um Juiz de Direito no prazo máximo de vinte e quatro horas após a ocorrência da prisão.

O Projeto de Lei tramita atualmente no Senado Federal, já tendo sido aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Após regular tramitação, o PLS nº 554/2011 deverá ser encaminhado à Câmara dos Deputados para votação¹⁹. Com a aprovação do projeto, materializar-se-ia a audiência de custódia na legislação adjetiva penal brasileira, preenchendo-se a lacuna havida no direito interno, visto que o Projeto de Lei atende aos fins dos tratados internacionais acerca da matéria²⁰.

Além da iniciativa no Senado Federal, Tribunais de Justiça estaduais vem contribuindo para a implementação no Brasil da apresentação de presos em flagrante ao Juízo, mediante a publicação de resoluções que instauram projetos-piloto da audiência de custódia em capitais. Tal prática vem sendo

¹⁹ BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 29 out. 2015.

²⁰ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 66.



apoiada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo, em outubro de 2015, atingido todas as unidades da federação²¹.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi o primeiro a implementar o projeto-piloto da audiência de custódia, sendo presos em flagrante de duas Delegacias Regionais da cidade de São Paulo apresentados a magistrados desde fevereiro de 2015. No Rio Grande do Sul, o projeto-piloto teve início em julho 2015, sendo os autuados em flagrante delito da capital gaúcha apresentados ao Juiz plantonista desde então²².

A HIERARQUIA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A origem e o principal fundamento para a realização da audiência de custódia no Brasil encontram-se no direito internacional. A implementação da imediata apresentação do autuado em flagrante a um Juiz de Direito busca, primeiramente, adequar o direito pátrio ao ordenamento jurídico internacional. Nessa esteira, o PLS nº 554/2011 e os projetos-piloto dos Tribunais de Justiça estaduais preenchem lacuna havida no ordenamento jurídico interno.

Outrossim, à luz do Direito Comparado, a audiência de custódia consiste em um fenômeno internacional. Na Argentina, por exemplo, o prazo para apresentação do preso ao magistrado após a ocorrência da prisão em flagrante é de 06 horas. No Chile, 24 horas, e na Colômbia, 36 horas. Em diversos outros países, como Estados Unidos da América, México e Peru, o tempo determinado é de 48 horas²³.

²¹ VASCONCELLOS, Jorge. DF completa ciclo de implantação das audiências de custódia no país. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80676-df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais>>. Acesso em: 29 out. 2015.

²² SOUZA, Janine. Aprovado projeto-piloto para realização de audiências de custódia. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 07 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=273275>>. Acesso em: 29 out. 2015.

²³ GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais. **Instituto Avante Brasil**, São Paulo, 24 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais/>>. Acesso em: 29 out. 2015.



A primeira menção à apresentação do flagrado à autoridade competente dentro de um prazo razoável foi feita pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁴, no ano de 1950. Gilmar Mendes refere que a adoção da referida Convenção por muitos países ocasionou uma expansão normativa singular das garantias constitucionais processuais, penais e processuais penais, fenômeno que atingiu, também, o Brasil²⁵.

Ainda no sistema global de proteção aos direitos humanos, a apresentação sem demora do preso a um Juiz após a prisão é garantida pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos²⁶, de 1966. Tal tratado foi ratificado pelo Brasil com a publicação do Decreto nº 592, em 1992.

No entanto, o precedente mais influente, por se tratar de ferramenta integrante do sistema regional de proteção dos direitos humanos, é a Convenção Americana de Direitos Humanos. Diferentemente dos tratados internacionais que têm abrangência global, “apenas Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana”²⁷, o que estimula sua aplicação nos países signatários.

Celebrada em São José da Costa Rica, no ano de 1969, essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1992, com a publicação do Decreto nº 678. O Decreto traz, em seu anexo, o texto integral do tratado, que dispõe, em seu artigo 7.5, que toda pessoa presa deve ser, sem demora, apresentada a um magistrado²⁸. Segundo as lições de Zaffaroni, tal documento, aliado às demais convenções internacionais sobre direitos humanos, é importante

²⁴ “Art. 5.3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais [...]”

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 578.

²⁶ “Art. 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]”

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

²⁸ “Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”



porque cria, mediante uma base positivista, uma “consciência jurídica universal”²⁹.

Ocorre que o texto constitucional não determina, de maneira expressa, a posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao Supremo Tribunal Federal (STF) e à doutrina esta classificação. Em regra, os tratados são ratificados através da promulgação de uma lei federal, possuindo, assim, o mesmo *status* que essa. Porém, a doutrina e o Supremo entendem que, quando os tratados internacionais versam sobre direitos humanos, apresentam hierarquia jurídica diversa.

Ao interpretar o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual direitos e garantias expressos no texto constitucional “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”, parte da doutrina entende que pactos sobre direitos humanos possuem hierarquia de norma constitucional. Quanto ao ponto, leciona Mazzuoli que, ao não excluir os direitos humanos provenientes de tratados, a Constituição os inclui em seu catálogo de direitos protegidos, “ampliando o seu bloco de constitucionalidade e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional”³⁰.

Flávia Piovesan aduz que, além de tais convenções possuírem *status* de norma constitucional, a Carta Maior “assegura a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que detêm aplicação imediata no âmbito nacional”³¹. Assim, para a autora, desde que ratificados, esses pactos irradiam efeitos de plano e são direta e imediatamente exigíveis no ordenamento jurídico interno, cabendo ao Poder Judiciário assegurar sua implementação no âmbito nacional. Segundo essa corrente, portanto, os direitos previstos em tais tratados seriam verdadeiros direitos fundamentais³².

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

³⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 834.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

³² MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 213.



Por outro lado, o STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP³³, entendeu, sem unanimidade entre os julgadores, que tratados internacionais sobre direitos humanos apresentam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Ou seja, localizam-se, na pirâmide normativa, abaixo da Constituição da República e acima da legislação federal. Prevaleceu, portanto, o argumento de que a hierarquia constitucional deve ser afastada pois levaria a um indesejável e incontrolável processo de ampliação do bloco de constitucionalidade, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet³⁴.

Admitiu-se, também, no julgamento, a possibilidade de tais tratados adquirirem hierarquia constitucional, desde que submetidos ao procedimento de aprovação de Emenda Constitucional, consistente em aprovação, “em Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos”, conforme artigo 5º, § 3º, da Lei Maior.

Dessa forma, segundo entendimento do STF, configurou-se a pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro, no tocante aos tratados internacionais, da seguinte maneira: na parte inferior, encontram-se as leis e os tratados sobre qualquer matéria; na parte intermediária, encontram-se os tratados de direitos humanos; e, no topo, encontra-se a Constituição, bem como as Emendas Constitucionais e os tratados assim aprovados.

Evidencia-se, portanto, que, para parte da doutrina, os tratados internacionais sobre direitos humanos, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, possuem *status* de norma constitucional, independentemente da forma de sua ratificação. Já para o STF, a quem cabe a guarda e a interpretação da Constituição Federal, tais tratados possuem hierarquia infraconstitucional, mas supralegal.

Contudo, certo é que a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê a imediata apresentação do preso em flagrante ao Juízo e foi ratificada

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 25 out. 2015.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 304.



pelo Brasil já em 1992, situa-se em posição superior ao Código de Processo Penal na pirâmide normativa. Deve, portanto, o último ser interpretado em conformidade com a primeira, exercendo-se, assim, efetivo controle de convencionalidade, isto é, “controle jurisdicional da lei a partir dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos”³⁵.

Diante de tal constatação, pode-se afirmar que cabe ao Poder Judiciário concretizar a audiência de custódia, não havendo falar em ausência de disposição específica na legislação adjetiva penal. Ademais, o controle de convencionalidade, como ensina Sarlet, deve ser desempenhado não só pelos Juízes nacionais, mas também a Corte Interamericana deve realizar o controle das normas internas em face do Pacto de São José da Costa Rica³⁶.

Oportuno, nesse diapasão, trazer à baila a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quando do julgamento do Caso López Álvarez Vs. Honduras, em 1º de fevereiro de 2006, entendeu o Tribunal que, em conformidade com o artigo 7.5 da Convenção e com o princípio do controle judicial, a pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, perante o Juiz competente, sendo isso essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal. Ademais, “o simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia; o detido deve comparecer pessoalmente e prestar declaração perante o juiz ou autoridade competente”³⁷, não bastante, portanto, a mera remessa do auto de prisão em flagrante ao Juiz, como prevê o vigente Código de Processo Penal.

No Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez Vs. Equador, sentenciado em 21 de novembro de 2007, conclui a Corte que detenção de uma pessoa deve ser submetida sem demora ao exame judicial, “a fim de se tratar o acusado de maneira coerente com a presunção de inocência”³⁸. Nesse mesmo sentido, no Caso Bayarri Vs. Argentina, julgado em 2008, entendeu-se que a apresentação da pessoa detido ao Juiz destina-se a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1321.

³⁶ Ibidem, p. 1331.

³⁷ SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Comissão de Anistia. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014, p. 54.

³⁸ Ibidem, p. 247.



detenções, levando em conta que em um Estado de Direito cabe àquele que julga garantir os direitos do detido e a presunção de não-culpabilidade³⁹.

Portanto, uma vez provocada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce o controle de convencionalidade, condenando Estados que descumprem com os termos da Convenção Americana. E entende, esse Tribunal, como pôde ser visto na jurisprudência, que não subsiste a afirmação de que a ausência de previsão no ordenamento jurídico interno isenta um Estado de observar disposições internacionais acerca dos direitos humanos. Pelo contrário, os direitos humanos devem ser respeitados pelos Estados, mormente no Brasil, onde os pactos sobre direitos humanos possuem posição hierarquia superior à legislação federal.

CONCLUSÃO

A imediata apresentação do preso em flagrante a um Juiz de Direito se mostra necessária no direito brasileiro, diante das previsões internacionais acerca da matéria e dos avanços civilizatórios que traz para o processo penal. Além de adequar o ordenamento jurídico pátrio ao internacional, a audiência de custódia efetiva a excepcionalidade da prisão provisória e garante a aplicação de princípio da presunção de não-culpabilidade.

Com a implementação da solenidade, assegurar-se-ia o caráter de *ultima ratio* do aprisionamento cautelar. Isso porque, casuisticamente, seria verificada a (i)legalidade da prisão, bem como a necessidade de sua manutenção ou de concessão de liberdade provisória cumulada ou não com medidas cautelares alternativas. Dados oriundos do projeto-piloto realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indicam que, com a realização da solenidade, cerca de 40% dos presos em flagrante não são mantidos no cárcere⁴⁰, o que comprova o efetivo controle sobre a população carcerária brasileira exercido pela audiência de custódia.

³⁹ Ibidem, p. 297.

⁴⁰ CARVALHO, Marco Antônio; GODOY, Marcelo. Audiência de custódia revoga 40% das prisões. O **Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 mar. 2015. Disponível em: <<http://sao->



Ademais, no tocante aos tratados internacionais, a apresentação do preso em flagrante ao Juízo está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada há mais de vinte anos pelo Brasil. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal pacto é dotado de hierarquia suprallegal. Já para parte da doutrina, que se pauta em uma interpretação teleológica da própria Constituição e do direito internacional, a Convenção possui hierarquia de norma constitucional.

De toda sorte, certo é que o Código de Processo Penal situa-se, na pirâmide normativa brasileira, abaixo dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Há, portanto, o descumprimento desses pactos por parte do Brasil, pois, ainda hoje, não se realiza a solenidade. Deve, portanto, ser exercido verdadeiro controle de convencionalidade, realizando-se a audiência de custódia mesmo diante da lacuna havida na lei adjetiva penal pátria, conforme se extrai da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Verifica-se, portanto, que a audiência de custódia deve ser realizada independentemente da implementação de projetos-piloto por Tribunais de Justiça estaduais ou da aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Isso porque as normas internacionais que preveem a solenidade têm aplicação direta e são passíveis de vindicação, cabendo ao Poder Judiciário prontamente executá-las⁴¹. A não aplicação de tais normas, nesse contexto, confirma a previsão de Bobbio de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas de protegê-los”⁴².

Dessa feita, a apresentação do preso em flagrante a um Juiz de Direito, à luz da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos, pode ser considerada como verdadeiro direito dos cidadãos brasileiros, em especial por ser um instrumento de proteção a um direito fundamental máximo: a liberdade dos indivíduos. E cabe ao Juiz proteger tais direitos, e não os violar;

paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-prisoas,1655034>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

⁴² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.



ademais, “se o próprio Judiciário viola garantias constitucionais, então a democracia está perdida”⁴³.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 29 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 25 out. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. Leme, SP: CL Edijur, 2015.

CARVALHO, Marco Antônio; GODOY, Marcelo. Audiência de custódia revoga 40% das prisões. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 25 out. 2015. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-prisoas,1655034>>. Acesso em: 25 out. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais. **Instituto Avante Brasil**, São Paulo, 24 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais/>>. Acesso em: 29 out. 2015.

⁴³ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.



LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao Juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n. 17, p. 11-23, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/liberdades17_integra.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015. ISSN 2175-5280.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Comissão de Anistia. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

SOUZA, Janine. Aprovado projeto-piloto para realização de audiências de custódia. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 07 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=273275>>. Acesso em: 29 out. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



VASCONCELLOS, Jorge. DF completa ciclo de implantação das audiências de custódia no país. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80676-df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais>>. Acesso em: 29 out. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.