

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ: RUMO A EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL

Aury Lopes Jr.¹

Caio Paiva²

RESUMO: O estudo tem por objeto analisar a necessidade de imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz, através da ‘audiência de custódia’. Trata-se de uma exigência imposta pelo sistema interamericano de direitos humanos e que integra o Projeto de Lei do Senado PLS nº 554/2011.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em Flagrante. Apresentação de preso ao juiz. Audiência de custódia. PLS Nº 554/2011. Processo penal.

SUMÁRIO: 1. A prisão no (con)texto legislativo e judicial brasileiro. 2. Processo Penal e Direitos Humanos. 3. Audiência de custódia: previsão normativa, vantagens, definição de suas características, insuficiência do regramento jurídico interno, implementação no Brasil e breves considerações sobre o PLS nº. 554/2011. 3.1. Previsão normativa. 3.2. Vantagens. 3.3. Definição de suas características. 3.4. Insuficiência do regramento jurídico interno. 3.5. Implementação no Brasil. 3.6. Breves considerações sobre o PLS nº. 554/2011. 4. Conclusão. 5. Referências.

¹ Aury Lopes Jr. é Advogado, Doutor em Direito Processual Penal, Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Ciências Criminais da PUCRS.

² Caio Paiva é Defensor Público Federal, Especialista em Ciências Criminais e editor do site www.oprocesso.com

1 A PRISÃO NO (CON)TEXTO LEGISLATIVO E JUDICIAL BRASILEIRO

No *teatro penal* brasileiro, a prisão desponta, indiscutivelmente, como a protagonista, a atriz principal, que estreia um monólogo sem fim. Não divide o palco, no máximo, permite que algumas cautelares diversas dela façam uma *figuração*, um *jogo de cena*, e isso apenas para manter tudo como sempre esteve... Dados da última *contabilidade* do CNJ, de junho/2014: 711.463 presos, a terceira maior população carcerária do mundo³.

Se por um lado, **Foucault** tem razão quando admite que “*Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão*”⁴, por outro, é preocupante o diagnóstico feito por **Ferrajoli** de que a prisão “*tem se convertido no sinal mais evidente da crise da jurisdicionalidade, da tendência de administrativização do processo penal e, sobretudo, da sua degeneração num mecanismo diretamente punitivo*”⁵.

Perdemos o *pudor*. Chegamos, conforme anota **Carnelutti**, a um círculo vicioso, “*já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar*”⁶. Entre mortos e feridos, vamos nos assumindo como o país que transita – artificialmente – entre *rebeliões e mutirões*,

3

Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 39ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011, p. 218.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 770.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994, p. 36.

numa autofagia que faz, então, que o sistema alimente de si mesmo. Eis-nos, portanto, adverte **Vera Regina P. de Andrade**,

na periferia da modernidade, contando as vítimas do campo de (des)concentração difuso e perpétuo em que nos tornamos; campo que, apesar de emitir sintomas mórbidos do próprio carrasco (policiais que matam, prisões que matam, denúncias que matam, sentenças que matam direta ou indiretamente), aprendeu a trivializar a vida e a morte, ambas descartáveis sob a produção em série do ‘capitalismo de barbárie’, ao amparo diuturno do irresponsável espetáculo midiático, da omissão do Estado e das instituições de controle⁷.

O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares. O art. 310 do CPP, alterado pelo diploma normativo citado, dispõe que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente (i) relaxar a prisão, (ii) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou (iii) conceder liberdade provisória. E o que verificamos na *prática*? Simples: que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como *regra* no sistema processual penal brasileiro. Prova disso é que não houve a tão esperada redução do número de presos cautelares após a reforma de 2011.

A preocupação se agrava quando, além da banalização da prisão cautelar, ainda assistimos a uma redução da potencialidade do principal instrumento apto a questioná-la, qual seja, o *habeas corpus*, que de “remédio constitucional” passou, recentemente, a causar uma *alergia* nos

⁷ ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia – O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

Tribunais Superiores, notadamente após a jurisprudência *defensiva* de não se admitir o seu uso quando substitutivo de espécies recursais cujo procedimento vagaroso e burocrático se distancia da urgência que reclama o pleito de liberdade. Ou seja, como se já não bastasse prender em excesso, ainda se retira da defesa a sua melhor tática de participar do *jogo processual*⁸.

Se o cenário não favorece o *otimismo*, que se confundiria, talvez, com certa ingenuidade, não podemos, jamais, nos desincumbir da necessidade de – sempre – *resistir*. Zaffaroni nos lembra de que “O estado de polícia não está morto num estado de direito real, senão encapsulado em seu interior e na medida em que este se debilita o perfura e pode fazê-lo estalar”⁹. O expediente do qual nos propomos a tratar adiante, a **audiência de custódia**, cumpre, dentre outras, essa finalidade: a de conter o Estado de Polícia, de limitar o poder punitivo.

2 PROCESSO PENAL E DIREITOS HUMANOS

O processo penal certamente é o ramo do Direito que mais *sofre* (ou melhor, que mais se *beneficia*) da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não sendo exagero se falar,

⁸ Sobre processo penal e teoria dos jogos, cf. ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157: “A partir da teoria dos jogos as medidas cautelares podem se configurar como mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento (simbólico e real, dadas as condições em que são executadas). A mais violenta é a prisão cautelar. A prisão do indiciado/acusado é modalidade de guerra com tática de aniquilação, uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura”.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructura Básica del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 30-31. No mesmo sentido, KARAM: “Embora mantidas as estruturas formais do Estado de direito, vai se reforçando o Estado policial sobrevivente em seu interior, não sendo instituídos espaços de suspensão de direitos fundamentais e de suas garantias, vai sendo afastada sua universalidade, acabando por fazer com que, no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracias e Estados totalitários se torne sempre mais tênue” (KARAM, Maria Lúcia. *O Direito à Defesa e a Paridade de Armas*. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constitucional da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 398-399).

atualmente, que para se alcançar um *devido processo*, esse deve ser não apenas legal e constitucional, mas também *convencional*. Nesse sentido, **Nereu Giacomolli** tem absoluta razão quando afirma que

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo¹⁰.

Parece-nos possível identificar, na superação deste *enclausuramento normativo*, que somente tem olhar para o ordenamento jurídico interno, o surgimento, talvez, de uma nova política-crimal, orientada a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo a partir do diálogo (inclusivo) dos direitos humanos. É imprescindível que exista uma mudança cultural, não só para que a Constituição efetivamente constitua-a-ação, mas também para que se ordinarize o controle judicial de convencionalidade.

Esse controle pode se dar pela via difusa ou concentrada, merecendo especial atenção a via difusa, pois exigível de qualquer juiz ou tribunal. No RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO, o STF firmou posição (por maioria apertada, registre-se) de que a CADH tem valor ‘supralegal’, ou seja, está situado acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. **Valerio Mazzuoli**¹¹ (e o Min. **Celso de Mello** no STF) faz uma verdadeira tese para sustentar que todos os Tratados

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3ª edição. RT, São Paulo, 2013.

Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucional (por força do art. 5º, § 2º da CF). Inobstante a divergência, ambas as posições coincidem em um ponto crucial: a CADH é um paradigma de controle da produção e aplicação normativa doméstica.

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o CPP, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. O tema é da maior relevância prática e teórica, até porque eventual violação da CADH justifica a interposição do Recurso Extraordinário para o STF.

No que tange à audiência de custódia, o controle da Convencionalidade é da maior relevância, na medida em que o art. 7.5 determina:

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.

Diante disso, é inafastável o controle de convencionalidade, para que o sistema jurídico interno se adeque e cumpra com a garantia nos limites definido na CADH, como veremos a continuação.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: PREVISÃO NORMATIVA, VANTAGENS, DEFINIÇÃO DE SUAS CARACTERÍSTICAS, INSUFICIÊNCIA DO REGRAMENTO JURÍDICO INTERNO, IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL E BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PLS Nº. 554/2011

3.1 PREVISÃO NORMATIVA

Como visto, dispõe o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica), que “*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 (...)*”. No mesmo sentido, assegura o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que “*Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)*”¹².

O Brasil aderiu à Convenção Americana em 1992, tendo-a promulgada, aqui, pelo Decreto n. 678, em 6 de novembro daquele ano. Igualmente, nosso país, após ter aderido aos termos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) naquele mesmo ano, o promulgou pelo Decreto n. 592. Passados, então, mais de vinte anos da incorporação ao ordenamento jurídico interno dos citados diplomas internacionais de direitos humanos, que gozam de caráter supralegal, por que a relutância em cumpri-los?

3.2 VANTAGENS

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, *sem demora*, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um

¹² Além de contar com previsão normativa nos sistemas global e interamericano de direitos humanos, a audiência de custódia também está assegurada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo art. 5º, 3, dispõe que “*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 (...)*”.

espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. O expediente, anota **Carlos Weis**, “*umenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência*”¹³.

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3º do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual.

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos¹⁴. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um *encontro* do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

¹³ WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf

¹⁴ Cf., sobre esse ponto, CHOUKR, Fauzi Hassan. *PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem*. In: IBCCrim, Boletim n. 254 – Janeiro/2014.

Em diversos precedentes, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** tem ressaltado que o controle judicial imediato, assegurado pela audiência de custódia, consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador “*garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência*”¹⁵. Já decidiu a **Corte IDH**, também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial “*para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física*”¹⁶, advertindo estar em jogo, ainda, “*tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal*”¹⁷.

3.3 DEFINIÇÃO DE SUAS CARACTERÍSTICAS

Ao menos duas expressões constantes na redação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram a audiência de custódia despertam *alguma* margem para interpretação.

Referimo-nos, primeiro e rapidamente, à expressão “*juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais*”, encontrada na CADH, no PIDCP e também na CEDH. A esse respeito, importa dizer

¹⁵ Corte IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Equador**. Sentença de 24/06/2005. No mesmo sentido, cf. também **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Sentença de 30/10/2008; **Caso Bulacio Vs. Argentina**. Sentença de 18/09/2003; **Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26/11/2010; **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador**. Sentença de 21/11/2007; **Caso Fleury e outros Vs. Haiti**. Sentença de 23/11/2011; **Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú**. Sentença de 25/11/2005;

¹⁶ Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Sentença de 22/11/2005.

¹⁷ Corte IDH. **Caso de Los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala**. Sentença de 19/11/1999.

que a **Corte IDH** interpreta aquela expressão em conjunto com a *noção* de juiz ou Tribunal prevista no art. 8.1 da CADH, que estabelece que “*Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”.

Desta forma, a **Corte IDH** já recusou considerar como “juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais” (a) a jurisdição militar¹⁸, (b) o Agente Fiscal do Ministério Público¹⁹, e (c) o Fiscal Naval²⁰. Fácil perceber, portanto, a partir da jurisprudência da **Corte IDH**, que juiz ou autoridade habilitada a exercer função judicial somente pode ser o funcionário público incumbido da *jurisdição*, que, na grande maioria dos países (a exemplo do Brasil), é o magistrado²¹.

A segunda expressão a que nos referimos, agora, é “*sem demora*”, encontrada tanto na CADH quanto no PIDCP. No sistema regional europeu, a garantia ainda é mais ampla, já que a CEDH exige que o cidadão preso seja apresentado *imediatamente* ao juiz. Pois bem. O que deve significar a expressão “*sem demora*”? Falemos, primeiro, do que não corresponde a tal garantia. A **Corte IDH** já reconheceu a violação do direito à audiência de custódia pela ofensa à celeridade exigida pela

¹⁸ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Sentença de 18/08/2000.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador*. Sentença de 24/06/2005.

²⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentença de 22/11/2005.

²¹ Registra-se, aqui, uma curiosidade: em pleitos individuais ajuizados na Justiça Federal de Manaus/AM, nos quais se requereu a efetivação do direito à audiência de custódia, um dos motivos que têm ensejado o indeferimento é o de que o Defensor Público (assim como a autoridade policial – Delegado) exerceria, no Brasil, “função judicial”. De tão descabido, o argumento sequer merece considerações. Tivesse o Defensor (ou o Advogado) “função judicial”, poderia ele próprio, então, cessar a ilegalidade/desnecessidade da prisão, colocando o cidadão em liberdade?

CADH em casos de condução do preso à presença do juiz (a) quase uma semana após a prisão²², (b) quase cinco dias após a prisão²³, (c) aproximadamente trinta e seis dias após a prisão²⁴, (d) quatro dias após a prisão²⁵, dentre outros precedentes nos quais restou *potencializada* a expressão “*sem demora*” para garantir um controle judicial imediato acerca da prisão. No que se refere ao Brasil, conforme se verá adiante, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei que, dando cumprimento à CADH, estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para ser feita a condução do preso ao juiz.

3.4 INSUFICIÊNCIA DO REGRAMENTO JURÍDICO INTERNO

O CPP brasileiro (art. 306, *caput* e § único, do CPP), ao prever que o juiz deverá ser imediatamente *comunicado* da prisão de qualquer pessoa, assim como a ele deverá ser remetido, no prazo de vinte e quatro horas, o auto da prisão em flagrante, satisfaz a contento a exigência da audiência de custódia? A resposta é evidentemente negativa, sendo bastante clara a insuficiência do regramento jurídico interno. A esse propósito, a **Corte IDH** tem decidido reiteradamente que “*o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente*”²⁶, e ainda, que “*o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade*”,

²² Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Sentença de 30/10/2008.

²³ Corte IDH. *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México*. Sentença de 26/11/2010.

²⁴ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzi e outros Vs. Perú*. Sentença de 30/05/1999.

²⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iniguez Vs. Equador*. Sentença de 21/11/2007.

²⁶ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador*. Sentença de 24/06/2005.

concluindo que “o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção”²⁷. Logo, conclui-se que a norma contida no CPP não passa por um *controle de convencionalidade* quando comparada com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil voluntariamente aderiu, especialmente a CADH, cujos preceitos, se violados, podem ensejar a responsabilização do País perante a Corte IDH.

3.5 IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Outro argumento recorrente para não se viabilizar, na *prática*, o direito à audiência de custódia é o de que tal expediente requer uma alteração/inação legislativa, não sendo franqueado ao Poder Judiciário *substituir* o legislador para a implementação daquele direito no Brasil. Este argumento, no entanto, é claramente equivocado, seja porque as normas de Tratados de Direitos Humanos são de eficácia plena e imediata, seja porque, igualmente, leciona **Mazzuoli**,

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas ‘de outra natureza’. Tal significa que o propósito da Convenção é a *proteção* da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.). Os Estados têm o dever de tomar *todas as medidas necessárias* a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido²⁸.

Assim, é de se ter por improcedente tal argumento, possuindo a CADH *densidade* (e *potencialidade*) normativa o bastante para influir na

²⁷ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Sentença de 30/10/2008. No mesmo sentido, cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*. Sentença de 21/11/2007; *Caso Garcia Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentença de 25/11/2005; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentença de 22/11/2005.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33.

prática judicial do ordenamento jurídico interno, afastando-nos, com essa orientação, do *positivismo nacionalista* que predominou do século XIX até meados do século XX, quando se exigia que os direitos previstos em Tratados Internacionais (também) fossem prescritos em normas internas para serem pleiteados em face do Estado ou de particulares²⁹.

3.6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PLS Nº. 554/2011

Embora os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram o direito à audiência de custódia não necessitem, conforme visto no tópico anterior, de implemento normativo interno algum, não se pode olvidar que a edição de lei exerce um papel fundamental na *promoção* do direito, principalmente no caso da audiência de custódia, cuja previsão normativa naqueles Tratados deixa em aberto (cf. o tópico 3.3) a definição de algumas *características* do instituto. Justamente por isso, aliás, que vemos como uma medida absolutamente salutar o **Projeto de Lei do Senado nº. 554/2011**, de autoria do **Senador Antonio Carlos Valadores**, com o seguinte teor:

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

Referido PLS veio a receber, depois, quando em trâmite na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), uma

²⁹ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83: “O risco aos direitos humanos gerado pela adoção do positivismo nacionalista é visível, no caso de as normas locais (inclusive as constitucionais) não protegerem ou reconhecerem determinado direito ou categoria de direitos humanos. O exemplo nazista mostra a insuficiência da fundamentação positivista nacionalista dos direitos humanos”.

emenda substitutiva apresentada pelo **Senador João Capiberibe**, a qual, devidamente aprovada – por unanimidade – naquela Comissão, alterou o projeto originário, conferindo-lhe 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 A oitiva a que se refere o § 1º 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.

§ 3º 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.

§ 4º 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 § 2º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Perceba-se que o referido PLS, na redação que lhe foi dada pelo *substitutivo* do **Senador João Capiberibe**, contém uma normativa praticamente completa sobre a audiência de custódia, sequer abrindo margem para interpretações sobre a autoridade a quem o preso deve ser conduzido (o juiz) ou a respeito do prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de cercar a realização da audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa quando prevê a imprescindibilidade da defesa técnica no ato.

O PLS nº. 554/2011 passou e foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 26/11/2013, chegando, depois, na

Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde foi distribuído para o **Senador Humberto Costa** (relator) e recebeu, em 25/06/2014, uma *emenda substitutiva* de autoria do **Senador Francisco Dornelles**, que se limita basicamente a alterar a *versão original* do PLS para nele estabelecer que a audiência de custódia também poderá ser feita mediante o sistema de videoconferência. Eis a redação deste *substitutivo*:

Art. 306. (...)

§ 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.

O **Senador Francisco Dornelles** apresenta como justificativa principal para esta alteração o fato de que “*A diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário representa uma vitória das autoridades responsáveis pela segurança pública*”, e conclui afirmando que “*O deslocamento de presos coloca em risco a segurança pública, a segurança institucional e, inclusive, a segurança do preso*”.

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 Estado. Não se desconhece que vivemos numa sociedade em que a velocidade, inegavelmente, é um valor. O ritmo social cada vez mais acelerado impõe uma nova dinâmica na vida de todos nós. Que dizer então da velocidade da informação? Agora, passada em tempo

real, via Internet, sepultando o espaço temporal entre o fato e a notícia. O fato, ocorrido no outro lado do mundo, pode ser presenciado virtualmente em tempo real. A aceleração do tempo nos leva próximo ao instantâneo, com profundas consequências na questão tempo/velocidade. Também encurta ou mesmo elimina distâncias. Por isso, **VIRILIO**³⁰ – teórico da Dromologia (do grego *dromos*= velocidade) – afirma que “a velocidade é a alavanca do mundo moderno”. Nesse cenário, surge o interrogatório *on-line* ou videoconferência, que, além de agregar velocidade e imagem, reduz custo e permite um (ainda) maior afastamento dos atores envolvidos no ritual judiciário, especialmente do juiz. Mas, sem dúvida, os principais argumentos são de natureza econômica e de “*asepsia*”.

A redução de custos é fruto de uma prevalência da ideologia economicista, em que o Estado vai se afastando de suas funções a ponto de sequer o juiz estar na audiência. Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco...) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de *ter um juiz*, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de *asepsia* da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que está prendendo. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao *outro* aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento

³⁰

Sobre o tema: VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1993.

sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real...).

Acrescentando-se a distância e a “assepsia” geradas pela virtualidade, corremos o risco de ver a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Estaremos potencializando o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do *eu*, impedindo o avanço e evolução que se deseja com a mudança legislativa. A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura, em seu art. 7.5, que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. Por mais esforço que se faça, existe um limite semântico que não permite uma interpretação tal que equipare “presença” com “ausência”...

O direito de defesa e do contraditório (incluindo o direito à audiência) são direitos fundamentais, cujo nível de observância reflete o avanço de um povo. Isso se mede não pelo arsenal tecnológico utilizado, mas sim pelo nível de respeito ao valor dignidade humana. E o nível de civilidade alcançado exige que o processo penal seja um instrumento legitimante do poder, dotado de garantias mínimas, necessário para chegar-se à pena. Nessa linha, é um equívoco suprimir-se o direito de ser ouvido por um juiz, substituindo-o por um monitor de computador. Novamente iremos mudar para que tudo continue como sempre esteve...

4 CONCLUSÃO

Finalizamos esse ensaio registrando a importante atuação da Defensoria Pública da União em prol da implementação da audiência de custódia no Brasil, tendo a instituição já obtido precedentes favoráveis na

Justiça Federal de Cascavel/PR³¹ e na 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região³², merecendo destaque, ainda, a ação civil pública ajuizada pela DPU/Manaus já noticiada aqui no **Conjur**³³. Que os precedentes se multipliquem, que o Judiciário perca – de vez – o receio de se *encontrar* com o jurisdicionado preso e, principalmente, que a audiência de custódia seja enfim implementada no Brasil com a aprovação do PLS nº. 554/2011 (sem a faculdade da realização por videoconferência) e também com a mudança de *mentalidade judicial* rumo à humanização do processo penal.

Além da importância de alinharmos o sistema jurídico interno à Convenção Americana de Direitos Humanos, é crucial uma mudança de cultura, um resgate do caráter humanitário e antropológico do processo penal e da própria jurisdição.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia – O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

Assessoria de Comunicação Social
Defensoria Pública da União. Justiça determina que preso deve ser levado sem demora à presença de juiz. Vitória, jun. 2014. Disponível em:

³¹ Cf. Justiça determina que preso deve ser levado sem demora à presença de juiz: Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22248:justica-determina-que-presos-deve-ser-levado-sem-demora-a-presenca-de-juiz&catid=79&Itemid=220.

³² Cf. Audiência de custódia contribui para revogação de prisão preventiva: Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21714:audiencia-de-custodia-contribui-para-revogacao-de-prisao-preventiva&catid=79&Itemid=220.

³³ Cf. DPU ajuíza ação cobrando implantação da audiência de custódia no Brasil: Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/dpu-ajuiza-acao-cobrando-implantacao-audiencia-custodia>. A íntegra da ACP foi disponibilizada no *blog* do juiz **Marcelo Semer**: <http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/dpu-pede-audiencia-de-custodia-para.html>.

http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22248:justica-determina-que-presos-deve-ser-levado-sem-demora-a-presenca-de-juiz&catid=79&Itemid=220.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994, p. 36.

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. In: **IBCCrim, Boletim n. 254** – Janeiro/2014.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://corteidh.or.cr>

_____ **Caso Acosta Calderón Vs. Equador**. Sentença de 24/06/2005. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Sentença de 30/10/2008. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Bulacio Vs. Argentina**. Sentença de 18/09/2003. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26/11/2010. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**. Sentença de 18/08/2000. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Castillo Petruzi e outros Vs. Perú**. Sentença de 30/05/1999. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador**. Sentença de 21/11/2007. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso de Los “Niños de la Calle”** (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Sentença de 19/11/1999. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Fleury e outros Vs. Haiti**. Sentença de 23/11/2011. San José: Corte IDH, 2014.

Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentença de 25/11/2005. San José: Corte IDH, 2014.

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentença de 22/11/2005. San José: Corte IDH, 2014.

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – DMF. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21714:audiencia-de-custodia-contribui-para-revogacao-de-prisao-preventiva&catid=79&Itemid=220.

DPU ajuíza ação cobrando implantação da audiência de custódia no Brasil. **Revista Consultor Jurídico, jun. 2014.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/dpu-ajuiza-acao-cobrando-implantacao-audiencia-custodia>

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 770.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 39ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011, p. 218.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 3ª edição. RT, São Paulo, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157.

SEMER, Marcelo. **A audiência de custódia adapta o processo penal brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos**. Blog Sem Juízo, jun. 2014. Disponível em: <http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/dpu-pede-audiencia-de-custodia-para.html>.

VIRILIO, Paul. **A Inércia Polar**, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructura Básica del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 30-31

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf