

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal
pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professor Associado do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A CONSULTA

Honram-me os o Instituto de Defesa do Direito de Defesa e a Defensoria Pública da União, formulando consulta, com pedido de parecer, para ser utilizado na Ação Civil Pública registrada sob o nº 8837-91.2014.4.01.3200, que tramita perante a 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas, proposta pela Defensoria Pública da União, em face da União Federal.

A consulta veio acompanhada de cópia integral da petição inicial da ação civil pública.

Assim relatado o assunto, os consulentes formulam os quesitos abaixo arrolados:

1. O direito de a pessoa presa ser conduzida, sem demora, perante um juiz, integra o sistema de garantias processuais brasileiro?
2. O direito de a pessoa presa ser conduzida, sem demora, perante um juiz, tem aplicação imediata no caso de prisão em flagrante delito ou depende de lei regulamentadora?
3. No caso de resposta positiva ao segundo quesito, qual a consequência do não cumprimento da garantia de que a pessoa presa seja conduzida, sem demora, perante um juiz?

Bem examinadas as questões e os documentos que acompanham a presente consulta, passo a emitir o meu parecer.

PARECER

1. Garantias da liberdade e da prisão na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 assegura uma série de garantias em relação à prisão cautelar, visando conter abusos e estabelecer um conjunto de meios protetivos para evitar que tal prisão possa implicar qualquer outra restrição além daquelas estritamente previstas na lei.

Mais especificamente, o *caput* do art. 5º prevê que:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - 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;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a **assistência da família e de advogado**;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (destaques nossos)

Assim, ressalvada a prisão em flagrante, ninguém poderá ser preso, senão por ordem judicial (inciso LXI), sendo a prisão comunicada imediatamente ao juiz e à família do preso (inciso LXII), que também terá direito à assistência de um advogado (inciso LXIII), bem como à identificação dos responsáveis pela prisão.

Sendo comunicada ao juiz, se a prisão for ilegal será relaxada (inciso XV) e, mesmo nos casos em que respeite a lei, não se manterá ninguém na prisão se a lei admitir liberdade provisória (inciso LXVI).

Nesse rol, contudo, não é assegurado, expressamente, o direito de qualquer pessoa presa ser levada, sem demora, ou o mais prontamente possível, perante uma autoridade judiciária, para que esta verifique a legalidade de sua prisão.

No caso da prisão em flagrante delito,¹ assegura-se que haverá uma comunicação imediata da prisão ao juiz. Até mesmo porque, em tal situação, por se tratar de uma medida que nasce administrativamente, é necessária a sua mais pronta jurisdicionalização, para que um juiz relaxe a prisão se ilegal, ou a convalide, se legal, hipótese em que o acusado não ficará preso se for adequada a liberdade provisória.

Não exige a Constituição, contudo, que a tal comunicação se siga uma audiência de convalidação da prisão ou, como se vem denominando, uma “audiência de custódia”. Muito menos exige a Lei Maior que o preso seja imediata ou prontamente interrogado por um juiz, limitando-se a prever que, se interrogado – e nesse momento, normalmente o será por autoridade policial – terá o direito de permanecer calado.

2. Garantias da prisão na Convenção Americana de Direitos Humanos

Passando aos diplomas internacionais de direitos humanos, que integram o ordenamento jurídico nacional, o cenário é diverso.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro de 1966, em seu art. 9(3), estabelece que:

¹ Já no caso de prisão temporária ou prisão preventiva, por decorrerem de prévia e fundamentada decisão judicial, não é necessária uma posterior análise de sua legalidade. Todavia, mesmo assim, a pessoa presa tem direito, com fundamento no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser levada, sem demora, perante um juiz, que deverá ouvi-la, e reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstâncias do caso assim o indicarem adequado. Esse tema, contudo, não será objeto do presente parecer, que se restringirá à observância de tal garantia na hipótese de prisão em flagrante delito.

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** e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (destaquei)

De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, igualmente assegura, no art. 7(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. (destaquei)²

Ressalte-se que o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, o que também ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Significativo setor doutrinário há muito já defendia que, por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos tinham *status* constitucional.³

² De forma semelhante, a Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê, no art. 5(3), 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* e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo”.

³ Cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho, O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, *In: Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 42, abr. 1994, p. 34; Id., *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p. 82-83; Antonio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, Brasília: EUB, 1998, p. 186; Flávia Piovesan,

Comentando o art. 8.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas em posicionamento igualmente aplicável ao Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que:

todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo **o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior**. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.⁴ (destaquei)

Tal posicionamento, que não merecia acolhida na jurisprudência passada do Supremo Tribunal Federal, foi objeto de importante mudança de posicionamento, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP.⁵

No referido recurso, decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, após o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, que negava provimento ao recurso, sem adotar uma posição expressa quanto à questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, votou o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os *tratados internacionais de direitos humanos* *subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal*, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica.⁶

A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 160; Nilzardo Carneiro Leão, Direitos Fundamentais, Garantias Constitucionais e Processo Penal, In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. v. 1, nº 12, jul. 1998/dez. 1999, p. 134; e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, p. 90.

⁴ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *As Nulidades no Processo Penal*, 11 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 71.

⁵ STF, Pleno, RExt. nº 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006. Destaque-se, ainda, que, posteriormente, em outros julgados, o STF reconheceu a que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil *possuem status normativo supralegal*: STF, 2.ª Turma, HC nº 90.172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007, v.u..

⁶ Destaque-se, ainda, que no julgamento do mencionado RExt nº 466.343/SP, o Ministro Celso de Mello avança em relação à posição do Min. Gilmar Mendes, no que respeita à atribuição de *status supralegal* aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmando terem **estes hierarquia constitucional**. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à

No que toca ao ponto de interesse para o presente parecer, merece destaque o seguinte passo do voto do Min. Gilmar Mendes:

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade “A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central” [CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2003, p. 515].

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. (destaques no original)

Esse relevantíssimo precedente significou uma mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que passou a entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza *supra legal* (posição do Min. Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Min. Celso de Mello). De qualquer forma, e este é o ponto relevante, **as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que com ela colidirem, não terão eficácia jurídica.**

ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CR de 1988, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2.º do art. 5.º da CR; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3.º do art. 5.º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da CF de 1988 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Em termos práticos, qualquer norma infraconstitucional, que conflite com uma garantia assegurada na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto internacional de Direitos Cíveis e Políticos, anterior ou posterior à promulgação de tais tratados, não mais poderá ter aplicação.

3. Do conteúdo do direito da pessoa presa ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz

O art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em sua primeira parte, assegura que toda pessoa presa deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

E tal garantia, como já visto, embora não prevista expressamente na Constituição de 1988, tem forma e *status* constitucional, em razão da incorporação dos tratados internacionais e regionais de direitos humanos. Ao menos, é de se reconhecer, como fizera o Supremo Tribunal Federal, que tem hierarquia suprallegal.

Antes de analisar os aspectos específicos de tal direito, é importante destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do *Caso Tibi*, decidiu que tal garantia constitui um meio de controle idôneo para evitar capturas arbitrárias e ilegais, e que, além da proteção do direito de liberdade, também assegura e protege outros direitos, como a vida e a integridade pessoal.⁷ E Trechsel vai além observando que essa é uma garantia particularmente importante nos países em que existe um perigo efetivo de brutalidade policial ou tortura.⁸

Cabe, pois, definir o seu conteúdo. E, para tanto, serão analisados três aspectos: (i) temporal; (ii) subjetivo; (iii) procedimental.⁹

⁷ CoIDH, *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, §§ 114 e 118.

⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 505.

⁹ Tendo em vista a finalidade específica do presente parecer, nos concentraremos no controle, por uma autoridade judiciária, da legalidade da prisão em flagrante delito, deixando de lado outras questões que, academicamente são interessantes, e em outros contextos, praticamente relevantes, mas que por ora não interessam ao desenvolvimento do raciocínio e à conclusão da consulta.

No que diz respeito ao **aspecto temporal**, isto é, o prazo máximo para que se realize a condução do preso até a autoridade judiciária, a Convenção Americana de Direitos Humanos se vale da expressão “sem demora”.¹⁰

De se ressaltar que, embora a versão em espanhol utilize a expressão “sin demora”,¹¹ na versão em inglês, é utilizado o advérbio de tempo *promptly* (“prontamente”).¹² Embora não se trate de termos idênticos, seus sentidos são bastante próximos.

A mesma discussão surgiu em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, ante a diferença da terminologia utilizada na versão inglesa – *promptly* – e francesa – *aussitôt* –. Embora a primeira tenha o significado literal de prontamente, enquanto que a segunda, tem a conotação de imediatidade,¹³ a Corte Europeia reconheceu que há muito pouco grau de flexibilidade para interpretar a expressão prontamente.¹⁴ E, interpretando tal expressão, considerou, em alguns julgados, que a apresentação deve haver uma “immediate judicial oversight”.¹⁵

O termo inicial de tal período é o momento em que a pessoa é presa e privada de sua liberdade.¹⁶

¹⁰ Nesse sentido é o texto do Anexo ao Decreto nº 673/1992, que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em 23.07.2014.

¹¹ http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Acesso em 23.07.2014.

¹² http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm. Acesso em 23.07.2014.

¹³ Para María Nieves Aresse Iriondo, Derecho a la libertad y a la seguridad. In: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, 2 ed. Pamplona: Ed. Aranzandi, 2009, p. 139): “igualmente se podría incluir aquí el término español ‘sin dilación’”. A doutrina italiana traduz tal expressão como “al più presto”. Mario Chiavario. *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1984, II, p. 317; Carlo Russo; Paolo Quain. *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e la Giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 2 ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 136. Já em Portugal, Irineu Cabral Barreto (*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p.84), utiliza a palavra “imediatamente”, em sua tradução da referida convenção.

¹⁴ CoEDH, *Borgan e outros v. Reino Unido*, 1209/84, 11234/84, 11266/84 e 11386/84, sentença de 29.11.1988, § 62.

¹⁵ CoIDH, *Bulacio v. Argentina*, § 129; CoIDH, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, sentença de 27.11.2003, § 73. A Corte, contudo, já considerou que um atraso é tolerável, quando é necessário um tempo para preparar a transferência do preso até o juiz (*Castilho Petruzzi v. Peru*, sentença de 30.03.1999, § 105(a), citando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

¹⁶ Trechsel, *Human Rights ...*, p. 511.

Na jurisprudência internacional, prevalece o posicionamento no sentido de que o termo “prontamente” deve ser interpretado “caso a caso, de acordo com suas características particulares”.¹⁷ Como explica Medina, normalmente, a legislação dos Estados Partes estabelecem os prazo de apresentação, que normalmente é de 24 ou 48 horas, podendo tal período servir de base ou padrão, para que a Corte considere se houve ou não violação do art. 7(5).¹⁸

Por outro lado, tomando por base a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, Miguel Ángel Encinar del Pozo afirma que é possível estabelecer alguns critérios: (i) a Corte geralmente considera violada a Convenção quando o prazo da detenção excede o legalmente previsto no direito interno; (ii) a Corte costuma julgar com severidade a detenção sem apresentação perante a autoridade judicial quando se prolonga por período de 4 dias ou mais; (iii) a Corte não costuma aceitar como justificação para a ampliação ou prolongamento do prazo da detenção o fato de se tratar de luta contra o terrorismo ou o fato de as investigações policiais ainda não terem terminado.¹⁹

Outro ponto importante é que não basta que o preso seja apresentado e a autoridade esteja em condições de exercitar a sua função de controle, sem demora, ou prontamente. É necessário que ela efetivamente se pronuncie tempestivamente sobre a prisão cautelar.²⁰

Do ponto de vista **subjetivo**, isto é, quem será a autoridade que

¹⁷ CoEDH, *Kandzhov v. Bulgaria*, 68294/01, sentença de 06.11.2004, § 65.

¹⁸ Cecilia Medina, p. *The American Convention on Human Rights*. Crucial Rights and their Theory and Practice. Trad. Peter Krupa. Cambridge: Intersentia, 2014, 150. No mesmo sentido, em relação a Convenção Europeia de Direitos Humanos, c.f: Christoph Gabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*. München: Verlag C.H. Beck oHG, 2014, p. 87, § 32. Já Mario Pisani, Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza, in In: Sergio Bartole; Benedetto Conforti; Guido Raimondi, (Orgs.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 133) afirma que “per I casi ‘ordinari’ il period di attesa non possa eccedere la misura di 4 giorni”. No mesmo sentido, Trechsel (*Human Rights ...*, p. 513) afirma que “since the *Brogan* case the Court has consistently interpreted the provision as imposing, as a general rule, a maximum limit of four days”. Mais recentemente, contudo, a CoEDH já considerou que o período de 3 dias e 23 horas, num caso de crime não violento, não pode ser considerado “prontamente” (CoEDH, *Kandzhov v. Bulgaria*, 68294/01, sentença de 06.11.2004, § 66). Por outro lado, considerou, diante das excepcionais condições do caso, em que “a detenção do requerente durou 16 dias, porque o navio sob o seu comando foi abordado no alto mar do Oceano Atlântico, a uma distância considerável - mais de 5 500 km - a partir de território espanhol e que nada menos do que dezesseis dias foram necessários para chegar ao porto de Las Palmas” não teria havido violação da CoEDH (*Rigopoulos v. Espanha*, 37388/97 sentença de 12.01.1999). Já a CoIDH, decidiu que o prazo de 23 dias viola o art. 7(5) da CADH (*Chaparro Álvarez e Lapo Ñiñiguez v. Equador*, sentença 21.11.2007, § 86).

¹⁹ Miguel Ángel Encinar del Pozo, La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad, in *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, n. 155-2009, 2010, p. 184-185.

²⁰ Chiavario, *Processo e garanzie ...*, II, p. 319.

deverá exercer o controle da prisão, o art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que o preso deve ser apresentado a “um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

A expressão juiz não demanda maiores esclarecimentos. Trata-se de autoridade judiciária, em relação a qual se exige os atributos do art. 8(1), quais sejam, independência, imparcialidade e competência estabelecida por lei.²¹

Já a expressão “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” é mais problemática.

De qualquer forma, no caso em análise, a questão não demanda maiores divagações, na medida em que a Constituição Brasileira prevê que a comunicação seja feita ao “juiz competente” (art. 5º, *caput*, LXII) e que a prisão ilegal será relaxada pela “autoridade judiciária” (art. 5º, *caput*, LXV).

De qualquer forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não tem admitido que esse controle da legalidade da prisão seja realizado por membros do Ministério Público.²²

Por último, mas não menos importante, resta analisar o **aspecto procedimental**, isto é, como se instrumentaliza, através de atos concretos a serem praticados na persecução penal, o direito do preso ser apresentado, sem demora, a um juiz competente, para analisar a legalidade e adequação de sua prisão.

Tratando a questão à luz do art. 5(3) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte decidiu que a revisão judicial da prisão deve ser automática e independe de requerimento da pessoa detida.²³ O sentido da expressão

²¹ Nesse sentido: CoIDH, *Acosta Calderón v. Equador*, sentença de 24.06.2005, § 80; *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 119; *Cantoral Benavides v. Perú*, sentença de 18.08.2000, §§ 74-75.

²² A CoIDH decidiu que: “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” (*Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez v. Equador*, sentença 21.11.2007, § 84. No mesmo sentido: CoIDH, *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 119. “A doutrina italiana tem entendido que tal autoridade pode ser um juiz um seja um Procurador da República (isto é, integrante do *pubblico ministero*) ou um juiz honorário. Nesse sentido: Russo; Quain. *La Convenzione Europea ...*, p. 136. Para uma ampla análise da jurisprudência da CoEDH, cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 558-559.

²³ CoEDH, *Ladent v. Polônia*, sentença de 18.03.2008, § 77; CoEDH, *T.W. v. Malta*, 25644/94 [GC], sentença de 25.04.1999, § 43; CoEDH, *De Jong, Baljet and Van Den Brink v. the Netherlands*, 8805/79, 8806/79 e 9242/81, sentença de 22.03.1984, § 51; *Van der Sluijs, Zuiderveld e Klappe v. Holanda*, sentença de 22.05.1984, § 46; *Duinhof e Duijf v. Holanda*, sentença de 22.05.1984, § 36; *V. v. Reino*

“deve ser apresentado prontamente”, lido à luz do objetivo e da finalidade de tal garantia, deixa evidente que a oitiva pessoal do preso pelo juiz é um requisito procedimental essencial, antes de o juiz decidir sobre a legalidade e necessidade da prisão.²⁴

A situação de controle de uma prisão já se dá na forma de contraditório diferido, o que diminui a possibilidade de uma efetiva confrontação de argumentos, ainda mais se uma das partes está presa e não tem a chance de procurar documentos ou obter outros meio de prova que demonstrem a ilegalidade ou desnecessidade da prisão. Assim, a realização de uma audiência, levando-se o preso à presença do juiz,²⁵ que deverá ouvi-lo, de viva voz,²⁶ implementa um importante mecanismo dialético de controle da legalidade e justiça da prisão cautelar.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, no *Caso Chaparro Álvarez*, decidiu que:

para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” ante un juez. La autoridad judicial debe **oír personalmente** al detenido y **valorar todas las explicaciones que éste** le proporcione, para **decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.**²⁷ (destaquei).

Unido, sentença de 16.12.1999, § 120; *T. v. Reino Unido*, sentença de 16.12.1999, § 119; *Boneva v. Bulgária*, sentença de 16.11.2006, § 22. Na doutrina: Chiavario, *Processo e garanzie ...*, II, p. 317; Francisco Javier Álvarez García e Argelia Queralt Jiménez (Derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un standard mínimo europeo (Art. 5 CEDH). in Garcia Roca; Santolaya (Coord.) *La Europa de los Derechos*, 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 206) Aresse Iriondo, *Derecho a la libertad ...*, p. 139; Barreto, *Convenção ...*, p. 102; Albuquerque, *Comentário do ...*, p. 558.

²⁴ CoEDH, *De Jong, Baljet and Van Den Brink v. the Netherlands*, 8805/ 79, 8806/79 e 9242/81, sentença de 22.03.1984, § 51. No mesmo sentido, referindo-se a “requisito de natureza processual” Albuquerque, *Comentário do ...*, p. 558.

²⁵ A CoEDH admitiu, obviamente, que o juiz também pode ir ao local onde a pessoa está presa, por exemplo, se estiver detido em um hospital (*Egmez v. Chipre*, 30873/96, sentença de 21.12.2000, § 90).

²⁶ CoEDH, *Nikolova v. Bulgaria*, 31195/96, sentença de 25.03.1999, § 49; *Aquilina v. Malta*, sentença de 29.04.1999, § 49; *Schiesser v. Suíça*, sentença de 04.12.1979; § 31; *Letellier v. França*, sentença de 26.06.1999, § 35. Segundo Álvarez García e Queralt Jiménez (Derecho a la libertad ..., p. 206-207) “el juez debe tomar personalmente declaración a la persona detenida antes de adoptar la decisión apropiada”. No mesmo sentido, Barreto (*Convenção ...*, p. 102) afirma que “o magistrado tem a obrigação de ouvir pessoalmente o preso”. Também para Trechsel (*Human Rights ...*, p. 506) “the person concerned must be brought physically before the judge”.

²⁷ *Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez v. Equador*, sentença 21.11.2007, § 85. E, no *Caso Tibi a CoIDH*, (*Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 118) que tal controle judicial deve se dar com “imediación processual”. A mesma expressão foi utilizada no *Caso Acosta Calderón*, no qual se acresceu: “el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente” (CoIDH, *Acosta Calderón v. Equador*, sentença de 24.06.2005, § 78). No mesmo sentido: CoIDH, *Bayarri v. Argentina*, sentença de 30.10.2008, § 65.

No caso de prisão em flagrante, essa situação é ainda mais importante, porque a medida não é fruto de uma prévia decisão judicial, na qual um sujeito independente e imparcial decide sobre a presença ou não do pressuposto e dos requisitos da prisão.²⁸

Assim, a audiência da pessoa presa, com a realização de seu interrogatório, “integra o pressuposto constitutivo da medida cautelar”.²⁹ Se não for realizada a oitiva do preso pela autoridade judiciária, como mecanismo de controle de um ato realizado *a non iudice*, a prisão será ilegal, posto que não terá sido convalidada de acordo com o procedimento previsto em lei.³⁰

Ressalte-se, ainda, que Corte Interamericana de Direitos Humanos tem considerado que o direito do art. 7(5) não é satisfeito pelo simples envio ao juiz de um informe policial da realização da prisão:

El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea **remitido el informe policial** correspondiente, como lo alegó el Estado, **no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez** o autoridad competente.³¹

(destaquei)

Portanto, o sistema brasileiro, segundo o qual basta que o juiz seja “comunicado imediatamente” (Constituição, art. 5º, *caput*, inc. LXII), instrumentalizado pela regra do § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, prevendo que, “em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante” são claramente incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, violando a regra do art. 7(5).

²⁸ Mesmo no caso da prisão preventiva e da prisão temporária, o fato de haver uma prévia decisão não afasta a necessidade da chamada audiência de custódia e de interrogar o acusado. Embora o juiz já tenha realizado um juízo prévio sobre o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, fica ele obrigado a um controle sucessivo, sobre a valoração realizada *ex ante*, diante dos argumentos que surgiram na própria audiência (Vittorio Grevi, *Misure Cautelari*, in Giovanni Conso; Vittorio Grevi (Coord.), *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, 4 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 323).

²⁹ A expressão é de Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 641.

³⁰ Exemplo da importância dessa garantia, que assegura uma ocasião de autodefesa para o preso, é prevista no art. 302 do CPP italiano, que estabelece uma causa de extinção da prisão cautelar, por não ser realizado o interrogatório de garantia nos prazos estipulados no art. 294 do mesmo código.

³¹ CoIDH, *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 118. No mesmo sentido: *Acosta Calderón v. Equador*, sentença de 24.06.2005, § 78, considerou-se que “El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente”.

Por outro lado, a necessidade prevista na garantia convencional, de que o preso seja apresentado a um juiz, que deverá ouvi-lo, em audiência, o que, no caso da prisão em flagrante, ocorrerá na fase pré-processual, coloca outra importante questão: sem dúvida, nessa audiência estará presente o preso, mas será necessária, também, a presença de um advogado?³² A resposta deve ser positiva.³³

A presença do defensor é fundamental para fazer respeitar os direitos do preso, por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência. Além disso, possibilitará que argumentos estritamente jurídicos sobre a legalidade da prisão e mesmo a necessidade e adequação de sua manutenção, substituição e revogação, possam ser expostos, em paridade de armas com o Ministério Público.

Ao ouvir o defensor e o acusado, o juiz terá oportunidade de examinar todos os fatos que militam a favor de sua prisão – e que foram considerados pela autoridade policial ao prendê-lo em flagrante delito³⁴ – bem como considerar os argumentos contrários³⁵ à prisão preventiva e decidir sobre a sua manutenção, substituição por medida alternativa à prisão ou mesmo a sua simples revogação,³⁶ tendo uma visão mais completa da situação.³⁷ A oitiva do preso tem característica precípua de um **interrogatório pro libertate**, prescindindo de uma finalidade investigativa. Irá possibilitar-lhe o exercício da própria autodefesa, esclarecendo sua posição com relação à individualização das exigências cautelares contra ele

³² No sistema europeu, Álvarez García e Queralt Jiménez (*Derecho a la libertad ...*, p. 206-207) entendem que o juiz deverá ter contato pessoal com o detido, ainda que não necessariamente com o advogado deste. Nesse sentido: CoEDH, *Schiesser v. Suíça*, 7710/76, sentença de 04.12.1979, § 31.

³³ Assim, por exemplo, no direito italiano, em relação à audiência de convalidação, no caso de prisão em flagrante, segundo a disciplina do art. 391, comma 1, do cpp. E, nesse sistema, explica Mario Chiavario (*Appunti sul processo penale*. raccolti da Barbara Giors e Serena Quattrococo, Torino: Giappichelli, 2000, p. 367) que “lo svolgimento dell’udienza senza che l’arrestato o fermato sia assistito da alcun difensore (di fiducia o d’ufficio) comporta, dunque, senza dubbio, nullità assoluta (alla luce del disposto dell’art. 179 CPP).

³⁴ Ou mesmo no caso de prisão temporária ou preventiva, que normalmente já foram alegados no requerimento de prisão cautelar.

³⁵ Não há, porém, em regra, possibilidade de o investigado ou acusado que se encontra preso, produzir provas orais, especialmente pela oitiva de testemunhas em tal audiência. O contraditório e a defesa, portanto, se desenvolverá como atividade argumentativa e, do ponto de vista probatório, limitar-se-á à análise das provas já produzidas e constantes dos autos, bem como da juntada de documentos. Assim, por exemplo, em relação ao ordenamento jurídico italiano e o “interrogatório de garantia”, previsto no art. 294 do CPP italiano, Paolo Tonini (*Manuale Breve Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 289) afirma que há um aspecto do contraditório que ainda não foi tutelado pela legislação infraconstitucional, que é o direito ao confronto, previsto no art. 111, comma 3º, da Constituição italiana.

³⁶ Aresse Iriondo, *Derecho a la libertad ...*, p. 139.

³⁷ Tal interrogatório, contudo, é um interrogatório de garantia, destinado exclusivamente a permitir ao juiz verificar a legalidade da prisão e os pressupostos e requisitos da medida aplicada. Nesse sentido: Nappi, *Guida ...*, p. 640-641. Não se trata, portanto, de um interrogatório com idêntico conteúdo ao interrogatório a ser realizado na audiência de instrução, debates e julgamento.

consideradas existentes.³⁸

Com razão, a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que, prolongar a prisão cautelar, sem ouvir os argumentos do preso “dando-lhe a oportunidade de comentar sobre o material apresentado pelo Ministério Público e ter a devida atenção quanto aos seus argumentos a favor de sua liberdade, é incompatível com a garantia do art. 5(3) da Convenção”.³⁹

No caso de prisão em flagrante, o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou *bifronte*: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Destaque-se que, em relação ao ordenamento brasileiro, tal atividade já está prevista no art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal:

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.

Todavia, o dispositivo interno não exige que tal se dê em audiência, e após o juiz ouvir previamente o investigado. Ao contrário, disciplina um ato decisório escrito, realizado pelo juiz com base na comunicação do auto de prisão em flagrante. E tal se dá, normalmente, sem a prévia observância do contraditório e, certamente, sem qualquer oportunidade de autodefesa do acusado quanto à prisão que lhe foi imposta.

³⁸ Loris D’Ambrosio, Arresto in flagranza e fermo (art. 379-391, in Mario Chiavario (Coord.) *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*. Torino: UTET, 1990, p. 448.

³⁹ CoEDH, *Mamedova v. Russia*, 7064/05, sentença de 01.06.2006, § 81.

Em suma, seja a disciplina constitucional brasileira, ao assegurar que a prisão em flagrante será imediatamente comunicada ao juiz, seja o regime do Código de Processo Penal, ao prever que tal comunicação se dê em 24 horas, devendo o juiz, mediante decisão fundamentada, decidir sobre a legalidade da prisão, bem como sobre a sua conversão em prisão preventiva ou substituição por medida alternativa à prisão não atendem à garantia do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, que determina que a pessoa presa “deve ser conduzida, sem demora, a presença de um juiz”, que decidirá sobre a legalidade e necessidade de manutenção de sua prisão.

4. Da natureza autoaplicável da norma do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos

Definido o conteúdo do direito previsto no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como que as regras da Constituição Brasileira e de nosso Código de Processo Penal não cumprem ou respeitam tal garantia convencional, resta analisar se tal direito fundamental é ou não autoaplicável.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu Parecer Consultivo nº 07/86, estabeleceu que a Convenção Americana de Direitos Humanos é **autoaplicável**. Isso significa que, uma vez em vigor, os direitos convencionais nela protegidos devem ser aplicados perante todos os órgãos estatais, inclusive os do Poder Judiciário, sem que haja necessidade de edição de lei ou de ato administrativo.

Como explica André de Carvalho Ramos:

Para melhor defesa dos direitos humanos **adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes**, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico normativo), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado.⁴⁰
(destaquei)

⁴⁰ André de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.196.

Aliás, a mesma regra de aplicação imediata dos direitos fundamentais está prevista no artigo 5.º, § 1º, da Constituição:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ou seja, tanto no plano internacional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto no plano normativo interno, o que se tem é o reconhecimento do caráter *self-executing* das normas de direitos humanos.

Nem poderia ser diferente, diante do princípio da máxima efetividade dos direitos humanos. Novamente invocando os ensinamentos de André de Carvalho Ramos, que explica:

O princípio da máxima efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em **assegurar às disposições convencionais seus efeitos próprios, evitando que sejam consideradas meramente programáticas**. No caso dos tratados internacionais de direitos humanos, a interpretação deve **contribuir** para o **aumento** da proteção dada ao ser humano e para a **plena aplicabilidade** dos direitos convencionais.⁴¹ (destaquei)

A Corte Europeia de Direitos Humanos, analisando essa temática, decidiu, no *Caso Söring*, que a interpretação de um tratado de direitos humanos deve ser feita de modo a tornar seus dispositivos efetivos.⁴²

Mas, ainda que se adote ponto de vista mais restritivo, segundo o qual deve se analisar o conteúdo da norma convencional, para defini-la como *self-executing* ou não, ainda assim, o art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos é, claramente, uma norma autoexecutável.

Como explica Antônio Augusto Cançado Trindade:

Para que uma norma convencional possa ser autoaplicável, passou-se a considerar necessária a conjugação de duas condições, a saber, primeiro, que **a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz**, e segundo, que seja ela **suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto**, operando *per se* sem a

⁴¹ Ramos, *Teoria Geral ...*, p. 84.

⁴² CoEDH, *Söring v. Reino Unido* 14038/88, sentença de 07.07.1989, § 87.

necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas subsequentes. A norma diretamente aplicável, em suma, **consagra um direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais.**⁴³ (destaquei)

Ambas as características acima destacadas são claramente encontradas na regra do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O dispositivo em análise concede a todo indivíduo preso ou detido um direito claramente definido, qual seja de ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz, e esse direito, evidentemente, é exigível perante o Poder Judiciário. Aliás, é exigível e somente pode ser cumprido pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, a norma é suficientemente específica para ser aplicada pelo juiz no caso concreto. Há previsão do titular de tal direito: pessoa detida ou retida, isto é, presa cautelarmente. Há previsão do período para cumprimento de tal direito, ainda que não definido cronologicamente: a apresentação deve se dar prontamente ou imediatamente. Há definição sobre a qual sujeito o preso deverá ser apresentado: um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

Evidente que uma intervenção legislativa deverá ocorrer e poderá dar mais segurança e estabelecer requisitos mais estritos para a observância de tal direito. É o que objetiva o Projeto de Lei do Senado nº 554/2001, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que nos termos do substitutivo do Senador João Capiberibe, aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e pela Comissão de Assuntos Econômicos, dá nova redação ao art. 306 do Código de Processo Penal, estabelecendo o prazo para a apresentação do preso ao juiz (§ 1º), a intervenção do Ministério Público, do preso e da defesa, na audiência (§ 2º), a forma de autuação (§ 3º) e os documentos que deverão ser submetido a Juízo em tal ato (§ 4º).⁴⁴

⁴³ Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Seaf, 1997, v. I, p. 431.

⁴⁴ O texto do substitutivo é o seguinte: “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 policial 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 do art. 310. § 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será

Isso não significa, contudo, que, antes de tal projeto tornar-se lei, o artigo 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos não possa ser aplicado. Pode e deve. Por outro lado, sua inobservância, desde logo, pelo Poder Judiciário nacional, caracterizará inegável ilícito internacional praticado pelo Brasil.

Ante todo o exposto, é inegável e incontestado o caráter autoexecutável do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

5. Da consequência da inobservância do direito do preso ser levado, sem demora, à presença do juiz

Como já exposto, o direito da pessoa presa ser conduzida, sem demora, perante uma autoridade judicial, para o controle jurisdicional da legalidade da sua prisão e da necessidade e adequação de manutenção da prisão, substituição por medida alternativa, ou mesmo sua revogação, previsto no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, integra o ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, a aplicação pura e simples do art. 306 do Código de Processo Penal brasileiro, com apenas comunicação do auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária, que decidirá sobre a legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de convertê-la em prisão preventiva ou aplicar medida alternativa, nos termos do *caput* do art. 310 do mesmo código, é insuficiente para cumprir e respeitar o preceito convencional. É necessário que tal se dê em audiência judicial.

Resta, pois, analisar qual a consequência da inobservância do direito do preso ser conduzido, sem demora, à presença do juiz, para o controle judicial da sua prisão em flagrante.

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”.

A resposta, sem qualquer margem de dúvida é: a prisão em flagrante que for convertida em prisão preventiva, sem que seja observado o art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos será ilegal e, como toda e qualquer prisão ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, nos exatos termos do art. 5º, *caput*, inciso LXV, da Constituição.

A realização da chamada audiência de custódia é etapa procedimental essencial para a legalidade da prisão.

A análise do conteúdo e do fundamento do direito de o preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz, para o controle judiciário da sua prisão em flagrante, foi feita nesse estudo.

A ilegalidade da prisão que não observe tal regra é evidente e a mesma deverá ser imediatamente relaxada.

Mas, como adverte Norberto Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto **justificá-los**, mas o de **protegê-los**. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.⁴⁵ (destaques no original)

Caberá ao Poder Judiciário a indispensável e necessária vontade política de resolver tal problema e assegurar e proteger os direitos fundamentais do preso.

RESPOSTAS AOS QUESITOS

1. O direito de a pessoa presa ser conduzida, sem demora, perante um juiz, integra o sistema de garantias processuais brasileiro?

R.: A resposta é positiva. Ainda que a Constituição Brasileira não assegure, explicitamente, o direito de o investigado ou acusado preso ser ouvido, sem demora, por um juiz, tal garantia está expressamente prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, que integram o ordenamento jurídico nacional.

⁴⁵ Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*. trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

2. O direito de a pessoa presa ser conduzida, sem demora, perante um juiz, tem aplicação imediata no caso de prisão em flagrante delito ou depende de lei regulamentadora?

R.: Novamente, a resposta é positiva. Os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais e regionais de direitos humanos, assim como os previstos na Constituição Brasileira e, no caso específico, a regra da primeira parte do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos é norma autoaplicável, com conteúdo definido e especificamente passível de imediata aplicação pelo Poder Judiciário no caso concreto.

3. No caso de resposta positiva ao segundo quesito, qual a consequência do não cumprimento da garantia de que a pessoa presa seja conduzida, sem demora, perante um juiz?

R.: A prisão em flagrante que for convertida em prisão preventiva, com inobservância do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, por não ser realizada a chamada “audiência de custódia”, com oitiva pessoal do preso pelo juiz, será ilegal e, como toda e qualquer prisão ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, como garante o inciso LXV do *caput* do art. 5º da Constituição.

É o meu parecer.

São Paulo, 31 de julho de 2014.



Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Professor Associado de Direito Processual Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo