

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

VANESSA TRAVASSOS CUTRIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NA AUDIÊNCIA
DE CUSTÓDIA**

São Luís

2017

VANESSA TRAVASSOS CUTRIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ATIVIDADE PROBATÓRIA NA
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Glaucio Fernando Barros Cunha.

São Luís
2017

Cutrim, Vanessa Travassos.

A inconstitucionalidade da vedação à atividade probatória na audiência de custódia / Vanessa Travassos Cutrim. – 2017.

97 f.

Orientador: Prof. Glaucio Fernando Barros Cunha.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Audiência de custódia. 2. Produção probatória. 3. Princípio da presunção de inocência. I. Cunha, Glaucio Fernando Barros. II. Título.

CDU 343.139(81)

VANESSA TRAVASSOS CUTRIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ATIVIDADE PROBATÓRIA NA
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/ 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gláucio Fernando Barros Cunha (Orientador)

(Examinador)

(Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sua bondade e por ser meu porto seguro nos momentos de angústia e frustração.

Aos meus pais, meus maiores incentivadores nessa caminhada não só acadêmica como pessoal, e a quem me falta palavras para expressar meu amor e gratidão. A meu pai, exemplo de homem amoroso que sempre se doou e trabalhou arduamente pelo bem de sua família. Pela minha mãe, pela cumplicidade, pelos conselhos e pelo amor inestimável que me manteve firme nos momentos mais difíceis da vida.

A minha irmã Patrícia, minha inspiração na vida dos estudos, por ser minha grande companheira para todas as horas, me aguentando nos meus melhores e piores dias.

A todos os amigos que conquistei ao longo durante o curso, especialmente à querida Suzana, com quem compartilhei os altos e baixos da vida acadêmica.

Por fim, ao meu orientador, prof. Gláucio Fernando Barros Cunha, por toda a disponibilidade e o auxílio prestado nesses últimos meses.

A Deus e a minha família, sem cujo apoio eu não conseguiria suportar os duros obstáculos da vida.

“A esperança tem duas filhas lindas, a indignação e a coragem; a indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las.” (Santo Agostinho).

RESUMO

Este trabalho busca realizar uma análise acerca da (in)constitucionalidade da vedação à atividade probatória dentro da audiência de custódia, principalmente no que se refere ao texto constante na Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e no Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Primeiramente, apresentam-se as bases constitucionais e legais desse ato, expondo também os diversos intentos de ordem legislativa para sua regulamentação desse procedimento. O texto prossegue analisando o surgimento da Resolução nº 213 do CNJ e a sua validade para regular a audiência de custódia em nível nacional, além de abordar os aspectos procedimentais que vêm suscitando diversas discussões entre os estudiosos de direito. Por fim, busca-se demonstrar que a vedação à atividade probatória é contrária à Constituição Federal de 1988, em razão da sua incompatibilidade com o sistema acusatório e com diversos princípios adotados pela ordem constitucional vigente.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Produção probatória. Sistema acusatório. Princípios do direito processual penal.

ABSTRACT

This work intends to make an analysis of the (in)constitutionality of the prohibition of probationary activity within the custody hearing, especially with regard to the text contained in the Resolution n° 213 of the National Council of Justice (CNJ) and in the Senate Bill n° 554 of 2011. First of all, the work presents the constitutional and legal bases of this act, also exposing the various legislative attempts to regulate this procedure. The text continues analyzing the origination of CNJ Resolution n° 213 and its validity to regulate the custody hearing in a national level, as well as addressing the procedural aspects that have led to several discussions among the law scholars. At last, the work demonstrates that the prohibition of probative activity is contrary to the Federal Constitution of 1988, due to its incompatibility with the accusatory system and with several principles adopted by the current constitution.

Keywords: Custody hearing. Probative activity. Adversarial system. Principles of criminal procedural law.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | ASSENTO CONSTITUCIONAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO | 11 |
| 2.1 | Previsão constitucional da audiência de custódia | 11 |
| 2.1.1 | Princípio da dignidade da pessoa humana | 12 |
| 2.1.2 | Princípio da presunção da inocência..... | 13 |
| 2.1.3 | Princípios do contraditório e da ampla defesa | 13 |
| 2.1.4 | Princípio da proporcionalidade | 15 |
| 2.2 | A audiência de custódia e os tratados internacionais de Direitos Humanos | 16 |
| 2.3 | Intentos de ordem legislativa | 17 |
| 2.3.1 | Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (Projeto de Lei nº 8045/2010) | 18 |
| 2.3.2 | Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 (PL 6620/2016)..... | 19 |
| 2.3.3 | Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011 | 22 |
| 2.3.4 | Projeto de Lei nº 7.871/2014..... | 22 |
| 2.3.5 | Projeto de Lei nº 470/2015..... | 23 |
| 2.3.6 | Proposta de Emenda Constitucional nº 89, de 2015 | 24 |
| 3 | AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça e alguns aspectos procedimentais relevantes | 25 |
| 3.1 | Origem da Resolução 213 do CNJ | 25 |
| 3.2 | A questão da regulamentação por provimento | 27 |
| 3.3 | Aspectos procedimentais relevantes da audiência de custódia | 31 |
| 3.3.1 | Forma e prazo da apresentação | 31 |
| 3.3.1.1 | <i>Apresentação pessoal</i> | 31 |
| 3.3.1.2 | <i>Apresentação por videoconferência</i> | 33 |
| 3.3.1.3 | <i>Prazo para a apresentação</i> | 35 |
| 3.3.2 | Quem deve ser apresentado | 37 |
| 3.3.3 | A quem deve ser realizada a apresentação | 38 |
| 4 | DA POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA | 41 |
| 4.1 | Da incompatibilidade da vedação de atividade probatória com o sistema | |

| | | |
|----------|-----------------------------------------|----|
| | acusatório | 42 |
| 4.1.1 | Sistemas processuais penais..... | 42 |
| 4.1.2 | Da violação ao sistema acusatório | 45 |
| 4.2.1 | Princípio da publicidade | 48 |
| 4.2.2 | Princípio do contraditório | 50 |
| 4.2.3 | Princípio da ampla defesa | 54 |
| 5 | CONCLUSÃO | 58 |
| | REFERÊNCIAS | 60 |

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a legislação processual penal brasileira vem sofrendo inúmeras alterações, a fim de adaptá-la aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e à nova realidade constitucional de 1988. Isso porque, no Brasil, deparamo-nos com a existência de uma Carta Magna extremamente moderna, contendo preceitos fundamentais de proteção da dignidade humana, ao lado de um Código de Processo Penal de caráter marcadamente antiquado e autoritário, vez que promulgado ainda sob a vigência do regime ditatorial getulista (1941).

Assim, buscando atualizar essa realidade processual, diversos institutos foram transformados ou acrescentados à legislação nacional com o passar dos anos, como é o caso da audiência de custódia. Esse ato processual vem adquirindo uma acentuada relevância no meio acadêmico, dada a sua recente aplicação no cenário jurídico brasileiro – em que pese, frise-se, o atraso de mais de 20 anos da implementação da norma constante no art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto Legislativo 678/1992).

A audiência de custódia, em breve síntese, consiste na condução do preso à presença de uma autoridade judicial, a fim de que, a partir de prévio contraditório estabelecido entre as partes, o magistrado exerça um controle da legalidade e da necessidade da prisão, além de avaliar outras questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, principalmente no que diz respeito à presença de maus tratos ou tortura.

As discussões que marcaram o processo de implantação desse ato no país tiveram início no ano de 2011, mediante a apresentação de uma nova e polêmica proposta de lei no Senado Federal, que pretendia a reforma do Código de Processo Penal (doravante, CPP) a fim de incluir em seu texto a obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, que teve como um dos principais méritos a ampliação do debate acerca da audiência de custódia – nome dado pela doutrina nacional para o ato em que ocorreria essa apresentação.

Essas discussões foram representados, em grande parte, por manifestações de apoio ou de contrariedade por parte da doutrina ou de instituições públicas e representativas de segmentos da sociedade civil. Dentre os as controvérsias observadas, autores tem oscilado entre a possibilidade de realização de atividade probatória pelo juiz e pelas partes – especialmente no que diz respeito ao aproveitamento incriminatório das declarações do preso – ou se a participação desses sujeitos na audiência de custódia deveria se limitar apenas a circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre a pessoa presa.

Esta última orientação é a que restou acolhida pela Resolução nº 213 do CNJ, instrumento normativo que atualmente regula a audiência de custódia a nível nacional. No mesmo sentido, o texto final do Projeto de Lei do Senado 554/2011, aprovado por aquela casa legislativa em novembro de 2016, também proíbe a atividade probatória durante a realização desse ato.

Contudo, busca-se demonstrar, neste trabalho, que a atividade probatória na audiência de custódia é completamente compatível com os princípios do direito processual penal, não existindo motivos para a proibição de sua realização.

Dessa maneira, o primeiro capítulo realiza uma abordagem geral acerca da audiência de custódia, mencionando os principais princípios constitucionais que o fundamentam, as normas internacionais que efetivamente deram origem a esse ato, bem como as inúmeras tentativas de regularização da audiência de apresentação (como também é conhecida na doutrina) no meio legislativo.

Por sua vez, o segundo capítulo apresenta ao leitor a origem da Resolução nº 213 do CNJ e as controvérsias envolvidas na regulamentação desse ato por meio de provimento, além de comentar também vários aspectos procedimentais relevantes da audiência de custódia, alguns dos quais tem sido objeto de discussões entre os estudiosos do direito processual penal.

Por fim, no terceiro capítulo, será demonstrado o porquê da produção probatória dentro da audiência de custódia não só ser possível, como necessária para a conformidade desse ato com as normas e princípios constitucionais, notadamente em relação ao sistema acusatório e aos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, espera-se que o presente estudo possa contribuir, ainda que singelamente, para o aprimoramento científico do processo penal, além de colaborar também para a concretização, na maior medida possível, do princípio da dignidade humana da pessoa presa, sem deixar de lado, contudo, os outros princípios inerentes ao processo penal pátrio.

2 ASSENTO CONSTITUCIONAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A fim de realizar uma melhor abordagem acerca da audiência de custódia, cabe primeiramente mencionar as bases constitucionais e legais em que se apoiam o referido instituto, bem como a forma pela qual se deu a sua adesão pelo ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a Constituição Republicana de 1988 teve um papel imprescindível na definição dos direitos e garantias fundamentais, os quais, segundo redação do próprio artigo 5º, § 1º, têm aplicação imediata. Assim, faz-se necessário realizar uma breve compilação de algumas normas e princípios constitucionais que estão intimamente ligados à audiência de custódia.

Da mesma forma, cabe ressaltar as bases legais que influenciaram diretamente na concepção do instituto em estudo, quais sejam, os pactos internacionais já ratificados pelo Brasil – embora ainda não completamente implementados –, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Contudo, para melhor compreender a inserção desse instituto no Direito brasileiro, destacam-se os inúmeros intentos de ordem legislativa, os quais, apesar de ainda não obterem êxito em seu propósito principal – qual seja, a implantação da audiência de custódia por meio de lei federal ou emenda constitucional – contribuíram consideravelmente para os debates acerca da matéria a nível nacional, como se verá adiante.

2.1 Previsão constitucional da audiência de custódia

Para compreender adequadamente o porquê da inserção da Audiência de Custódia no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário pontuar primeiramente alguns princípios constitucionais que serviram como fundamento para sua implementação.

Evidentemente, não se pretende esgotar, no presente estudo, todos os princípios constitucionais relacionados direta ou indiretamente à audiência de custódia, vez que são inúmeros. Contudo, busca-se relacionar as principais normas – principalmente as de caráter processual – voltadas à garantia da existência de um tratamento justo e igualitário no processo, tendo em vista que

[...] o Direito, como sistema que é, não pode prescindir de uma interpretação axiológica e de uma hermenêutica onde a Constituição esteja alçada a sua real

condição de norma-controle da validade dos demais dispositivos que integram um dado ordenamento jurídico [...]. (OLIVEIRA et al., 2016, p. 12).

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 consagrou, no art. 1º, inciso III de seu texto, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O referido princípio, segundo Nucci (2015, p. 32-33), possui dois prismas: o objetivo e o subjetivo.

O primeiro relaciona-se com a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, que seja capaz de atender às suas condições básicas de vivência. Exemplo disso é o salário mínimo, regulado pelo art. 7º, IV da Constituição Federal, o qual deve suprir necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

O prisma subjetivo, por sua vez, trata do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano desde o seu nascimento, e que merecem, portanto, consideração pelo Estado. É desse aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana de que trata o Direito Processual Penal, sendo imprescindível para o seu cumprimento o fiel respeito aos direitos e garantias individuais:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao direito à felicidade. (MORAES, 2014, p. 18).

Desse modo, observa-se que deve ser garantida ao indivíduo a manutenção de sua dignidade em quaisquer circunstâncias, ainda que este venha a cometer um ato passível de repressão estatal. Esse princípio, conforme já afirmado, confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo também um dos alicerces para a abstração de diversos outros princípios, como o devido processo legal, a presunção de inocência, a legalidade, a ampla defesa, o contraditório, dentre outros.

2.1.2 Princípio da presunção da inocência

Nesse esteio, cumpre ainda destacar que a Constituição Federal estabelece no art. 5º, inciso LVII que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Da mesma forma, também assinala que “ninguém será preso semão 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”. (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LXI).

Trata-se de uma garantia processual penal que visa à tutela da liberdade individual, e cujo desígnio indica a necessidade de o próprio Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, sob pena de retornarmos a um estado de arbítrio estatal, com a imposição de sanções sem o devido processo legal. A Constituição da república, ao incluir em seu texto os incisos LVII e LXI do art. 5º, promoveu:

- a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;
- b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. (PACELLI, 2015, p. 497).

Com efeito, a existência da referida norma constitucional evidencia a adoção, pelo direito processual penal brasileiro, do princípio da presunção da inocência (ou da não culpabilidade). Conforme leciona Capez (2016, p. 83), o aludido princípio desdobra-se em três aspectos: o primeiro é no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; o segundo, no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; e, por último, no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual – aspecto este que constitui um dos fundamentos finalísticos da audiência de custódia.

A esse respeito, leciona ainda Pacelli (2015, p. 498) que “[...] toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz e do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.”

2.1.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal garante ainda, no art. 5º, inciso LIV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, mandamento fundamental para a caracterização de um Estado de Direito (BRASIL, 1988).

O contraditório é uma garantia “[...] inerente ao próprio direito de defesa, vez que não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, que não dê ao acusado a oportunidade de contraditar as afirmações feitas pela acusação em sua peça exordial.” (RANGEL, 2015, p. 17).

Por sua vez, em relação à importância da ampla defesa, leciona Nucci (2015, p. 368):

A *ampla* possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal.

Em que pese os referidos princípios não possuírem aplicabilidade na fase persecutória extrajudicial (inquérito policial) – vez que são postergados para a fase de persecução judicial –, abre-se uma exceção para a audiência de custódia. Com efeito, o princípio do contraditório está presente na medida em que a audiência é presidida por autoridade judiciária, com presença obrigatória de defesa técnica, bem como do futuro órgão de acusação. Com isso, ocorrerá o enfraquecimento da tese defensiva de que eventual confissão – ou qualquer outra prova – foi extraída de forma ilegal, vez que ela estará acobertada pelo manto do contraditório e poderá ser utilizada na formação do livre convencimento do futuro juiz da causa, à semelhança dos casos de produção antecipada de provas (OLIVEIRA et al., 2016).

Por sua vez, a existência da ampla defesa na audiência de custódia se dá mediante a faculdade, concedida ao acusado, de estar presente às audiências e atos processuais relativas ao seu processo, o que inclui o direito de confrontação com as vítimas e testemunhas, bem como o direito de compreender todos os atos praticados durante o processo (OLIVEIRA et al., 2016).

Ambos os princípios, frise-se, serão posteriormente abordados com maior profundidade no capítulo destinado à possibilidade de produção probatória na audiência de custódia.

2.1.4 Princípio da proporcionalidade

Outrossim, também merece destaque o princípio da proporcionalidade, que possui como principal objetivo a proteção dos direitos do cidadão contra os excessos do Estado, servindo também de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais (BONAVIDES, 2016).

Acerca disso, afirma Bonavides (2016, p. 446):

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que age direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

Nesse esteio, a limitação de qualquer direito, sobretudo o direito à liberdade, deve obedecer a este princípio, que é tradicionalmente composto de três elementos principais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao elemento “adequação”, afirma Canotilho (1993, p. 383) que “[...] a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.” O elemento “necessidade”, por sua vez, está relacionado com a intenção de conferir a menor desvantagem possível à pessoa, sendo-lhe poupado ao máximo os seus direitos. Acerca disso, afirma Castro (2010, p. 205):

A aplicação deste subprincípio inerente à ideia de proporcionalidade dá-se nas situações em que a autoridade pública, devendo aplicar a sanção menos gravosa e suficiente ao ressarcimento da violação à ordem jurídica, aplica uma pena mais gravosa e desproporcional à infração cometida, ou seja, numa palavra, comete excesso.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito versa sobre a gradação, dosagem e suficiência (hipossuficiência ou hipersuficiência) das medidas, atos ou decisões que estejam sendo analisados, a fim de que seja realizado um juízo de ponderação para avaliar se o meio utilizado é proporcional em relação ao fim (CASTRO, 2010).

De tal maneira, exerce-se o efetivo controle da validade e do alcance das normas, onde o intérprete pode recusar-se a aplicar aquela que contenha proibições e sanções excessivas à necessidade de regulação. (PACELLI, 2015).

2.2 A audiência de custódia e os tratados internacionais de Direitos Humanos

A preocupação com o arbítrio punitivo estatal, bem como com o asseguramento dos direitos humanos – em especial àqueles relativos à pessoa presa ou detida –, teve um considerável avanço após a Segunda Guerra Mundial, com a criação de organismos voltados à preservação dos direitos humanos e à manutenção da paz e da segurança internacionais.

Nesse contexto, surge a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (doravante, CEDH) no dia 04 de novembro de 1950, com fundamento nos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir daí, estabeleceu-se a necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções, conforme anuncia seu art. 5º, 3:

Art. 5º, 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 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 a comparência do interessado em juízo. (CONVENÇÃO..., 2010, p. 9.)

Com efeito, a CEDH, contribuiu para que toda pessoa presa ou detida fosse vista de uma forma distinta, diferentemente do tratamento a ela conferido ao longo da história (ANDRADE; ALFLEN, 2016). Seguiram-se, então, outros textos internacionais, de repercussão mundial ou restrita a outros continentes.

Dentre estes documentos internacionais, está o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (doravante, PIDCP), criado no dia 19 de dezembro de 1966, e que teve o objetivo de ampliar os direitos constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, dispondo, em seu art. 9, item 3:

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 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. (BRASIL, 1992).

Posteriormente, realizou-se a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocasião em que foi aprovada, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, CADH), também conhecida como Pacto de

San Jose da Costa Rica. O referido documento entrou em vigor no ordenamento jurídico internacional do dia 18 de julho de 1978, determinando em seu art. 7, item 5:

Artigo 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. (CONVENÇÃO..., 1969).

No entanto, a aceitação das referidas normas internacionais tiveram alguns entraves históricos no Brasil. Após viver diversos momentos de instabilidade política e governos autoritários, a ratificação do PIDCP e da CADH somente ocorreu na égide na Constituição da República de 1988, conforme leciona Oliveira et al (2016, p. 11):

Ao final da 2ª Guerra o Brasil enfrentou um paradoxo, saiu vencedor ao lado das nações democráticas, mas ostentava uma constituição totalitarista e uma legislação processual peal do mesmo viés, quando então optou por afastar o ditador Getúlio Vargas e por convocar uma constituinte democraticamente, o que lhe rendeu a Constituição Federal de 1946, a qual sofreu alguns revezes durante o regime militar implantado em 31 de março de 1964, que reduziu as conquistas anteriores, com o advento da Constituição Federal de 1967, seguida da Emenda Constitucional nº1, de 1969, mas viu os seus ideais ressuscitados e ampliados com a Constituição de 1988, que incorporou diversos tratados internacionais e princípios garantidores de um processo penal que respeita a dignidade humana do réu, passando a trata-lo como um integrante da relação processual (sujeito) e não como mero objeto (coisa) de uma investigação previamente direcionada a colher provas para a sua condenação.

De fato, o PIDCP ingressou no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, ao passo que a CADH foi introduzida por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, tendo esse instituto sido conhecido no país como *audiência de custódia* (ou audiência de apresentação).

Contudo, passados mais de vinte anos da ratificação de ambos os documentos de direito internacional, observou-se que o Brasil ainda vinha se mostrando resistente em dar plena aplicabilidade a esses mandamentos legais. Por esse motivo, diversos intentos de ordem legislativa surgiram a fim de dar plena eficácia às referidas normas, conforme se mostrará a seguir.

2.3 Intentos de ordem legislativa

A condução, sem demora, do preso ou detido à presença de um juiz ou outra autoridade não comporta qualquer tipo de discussão, em virtude da clareza da redação constante no artigo 7, 5 da CADH e do artigo 9, 3 do PIDCP. Entretanto, a demora em conferir eficácia a esse direito em âmbito nacional revela uma forte reserva dos operadores do

Direito brasileiro em reconhecer a aplicabilidade plena de direitos e garantias presentes em textos internacionais, mas que ainda não haja sido incorporados de forma expressa à legislação pátria.

Dentre os argumentos utilizados para justificar essa omissão está a invocação de suposto conflito entre as normas de direito internacional e o procedimento previsto no CPP, o qual não contém nenhuma determinação relacionada à apresentação judicial da pessoa privada de sua liberdade. Ora, aceitar essa alegação como legítima implicaria também em desconsiderar a própria Convenção de Viena sobre tratados, ratificada pelo Brasil em 14 de dezembro de 2009, a qual determina, em seu artigo 27, que “[...] uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]” (BRASIL, 2009).

Assim, diversas iniciativas de ordem legislativa surgiram com o intuito de internalizar a audiência de custódia à legislação nacional, estabelecendo um procedimento a ser observado para a sua realização.

2.3.1 Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (Projeto de Lei nº 8045/2010)

A primeira iniciativa legislativa referente a esse tema está presente no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, o qual tratava da elaboração de um novo CPP, trazendo diversas inovações, dentre elas, a figura do “juiz das garantias”, que atuaria exclusivamente na fase da investigação, sendo-lhe impedido de atuar na fase posteriormente iniciada com o ajuizamento da ação penal condenatória (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Inicialmente, dentre as diversas atribuições que foram conferidas a esse magistrado pelo projeto, estava a de determinar que o sujeito preso lhe fosse apresentado a fim de averiguar se seus direitos estavam sendo observados, se assim o juiz entendesse conveniente. Com efeito, prevê o art. 15, III, do PL nº 156/2009:

Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

[...]

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; [...]. (BRASIL, 2009).

Ocorre que a apresentação do sujeito preso ao juiz permaneceria uma faculdade do magistrado, não podendo o projeto de lei ser considerado, portanto, um precursor da

audiência de custódia. Apenas com a apresentação das emendas nº 170 e 171 pelo senador José Sarney, pretendeu-se, pela primeira vez, tornar obrigatória a audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante, mediante a alteração dos arts. 551 e 553 do novo CPP.

Contudo, o texto aprovado pelo Senado acabou por rejeitar as referidas emendas, não prevendo a obrigatoriedade de apresentação de todo sujeito preso ou detido ao juiz, sob o argumento de que o Delegado de Polícia desempenharia a função da “outra autoridade” para quem o preso pode ser apresentado, conforme prevê ambos os documentos internacionais. Atualmente, o projeto encontra-se em tramitação junto à Câmara dos Deputados, sob a designação de PL nº 8.045, de 2010.

2.3.2 Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 (PL 6620/2016)

Tempos depois, em 06 de setembro de 2011, o próprio Senado Federal propôs, pela primeira vez, que a apresentação judicial do preso em flagrante se tornasse obrigatória, por meio do PLS nº 554, de 2011. O projeto de lei originalmente objetivava a alteração do § 1º do artigo 306 do CPP, a fim de que o auto de prisão em flagrante e o sujeito preso fossem apresentados ao juiz no prazo máximo de 24 horas.

O projeto, apresentado pelo Senador Antônio Carlos Valadares, possuía três principais justificativas: o resguardo da integridade física e psíquica do preso; ser o resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade e; a necessária adequação do Brasil às exigências dos tratados e convenções internacionais por ele assinados – principalmente o PIDCP e a CADH – e ao direito comparado (BRASIL, 2011).

Após ser submetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi inserida no projeto, por meio de emenda que acatava parcialmente sugestões da Defensoria pública de São Paulo, a obrigatoriedade da presença do Ministério Público e da defesa técnica na audiência de custódia, estabelecendo também o procedimento a ser adotado para tanto.

Posteriormente, em 2014, uma nova emenda proposta pelo Gabinete da Presidência do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro alterou a redação do § 1º do art. 306 do CPP, incluindo a possibilidade de realização da audiência de custódia por meio de videoconferência. Os argumentos para tal modificação diziam respeito à diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade (em até 40%) e nas dependências do poder Judiciário, bem como à segurança pública, à segurança institucional e, inclusive, à segurança

do preso.

O PL nº 554/2011 também trouxe à tona discussões que evidenciaram diversas tensões entre parcelas das instituições envolvidas ou que seriam afetadas com a inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as manifestações favoráveis ao projeto, cabe destacar editorial publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (doravante, IBCCRIM), segundo o qual uma das justificativas para a aprovação do PL seria “[...] o tempo extremamente longo que costuma transcorrer para o preso ser levado à presença de um juiz, algo que somente ocorre no momento do interrogatório, último ato da instrução.” (IBCCRIM, 2013a). O mesmo instituto também se posicionou categoricamente contrário ao uso do sistema de videoconferência, por entender ser contrário aos reais propósitos da audiência de custódia (IBCCRIM, 2013b).

A Associação dos Juízes para a Democracia, em ofício encaminhado à Presidência do Senado Federal, também expressou sua aprovação em relação ao projeto, ao argumento de que a audiência de custódia serviria para melhor preservar a excepcionalidade da prisão cautelar. Também sustentou, em uma posição deveras ideologizada, que a audiência deveria ser presidida apenas por um juiz, vez que outros sujeitos da persecução penal são encarados como “eventuais abusadores”.

Em posição contrária, a Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (FENADEPOL) encaminhou um ofício à Presidência do Senado Federal peticionando o adiamento da votação do projeto, ao argumento de que a aprovação da PL levaria à paralisia da polícia judiciária nacional. Isso em razão da insuficiência de policiais e juízes para atenderem à iminente demanda, bem como porque a audiência de custódia conferiria ao indivíduo preso a oportunidade de falsear sobre a ocorrência de torturas em sua prisão a fim de obter o relaxamento de sua prisão, ocasionando num aumento de processos criminais contra policiais – calcados, muita das vezes, em mentiras –, em uma “total e absurda inversão de valores”.

Por sua vez, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (doravante, ADEPOL), também emitiu nota técnica se posicionando contrariamente ao projeto, sob um tríptico fundamento. Primeiro, porque a Constituição Federal já haveria optado pela figura do Delegado de Polícia para exercer a função da “outra autoridade” prevista na CADH, sendo prescindível que a audiência fosse presidida pelo juiz. Outro argumento era a de que a opção pela figura do magistrado como responsável pela audiência de custódia seria uma medida inexecutável, dispendiosa e, portanto, contrária ao interesse público. Por fim, alertou para a

ausência de previsão legal quanto às consequências do não cumprimento dos prazos, o risco de impunidade e o aumento da criminalidade violenta, vez que a extensão territorial brasileira inviabilizaria a pronta apresentação dos presos ao juiz, o que levaria ao relaxamento da prisão e à restituição da liberdade a pessoas perigosas e violentas.

No mesmo sentido, o Ministério Público de São Paulo, em contraposição à posição favorável do CNMP ao projeto, manifestou-se pela rejeição do PL em nota técnica de sua autoria. Como argumentos, entendeu que seria equivocada a substituição da comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente – ainda que o projeto não abarcasse essa possibilidade –; violação do princípio do contraditório, em virtude de o depoimento prestado pelo preso não poder ser utilizado em eventual processo de conhecimento; falta de estrutura estatal; altos custos com a implantação da audiência de custódia e conseqüente impunidade; ausência de aproveitamento de eventual confissão prestada na audiência de custódia, apesar da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A instituição sugeriu ainda o estabelecimento de uma audiência de custódia condicionada à existência de fundados indícios de ilegalidade da prisão ou de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa. Com isso, a apresentação da pessoa presa ocorreria se houvesse indícios de ilegalidade na prisão ou de violação aos direitos fundamentais, o que pode ocorrer de ofício ou a requerimento do Ministério Público, em um prazo prorrogável de até 48 horas.

Posteriormente, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, por meio do Ofício nº 594 (AJUFE, 2014), expressou sua preocupação quanto à efetividade do projeto, vez que o juiz não teria condições de avaliar ou examinar o preso, sendo imprescindível um exame pericial. Acrescentou também que a implantação da medida partiria da presunção de inidoneidade de toda a corporação policial e que “[...] embora louvável a ideia da audiência de custódia, que pode até ser realidade em países do chamado Primeiro Mundo, precisa ser bem avaliada antes de ser importada para o sistema nacional”.

Por sua vez, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep, 201-) elaboraram nota técnica em apoio ao PL nº 554/2011, destacando que “[...] a audiência de custódia já se encontra inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por força da ratificação, pelo Congresso Nacional, de dois tratados internacionais sobre direitos humanos [...]”, referindo-se à CADH e o PIDCP.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP, 2015) expressou ainda sua preocupação com o déficit estrutural e humano, sendo, por isso, contra a adoção do prazo de 24 horas para a condução do preso à autoridade judiciária, especialmente

em relação a crimes mais graves, como os hediondos. Propôs também a possibilidade de oferecimento de medidas despenalizadoras na audiência de custódia, além de argumentar ser indevida a autuação do termo de audiência em apartado, bem como a impossibilidade de seu uso como prova.

O Projeto de Lei nº 554/2011, que já tramitou por cinco anos no Senado Federal, foi aprovado no dia 30 de novembro de 2016, ocasião em que foi encaminhado para o Congresso Nacional, sob a denominação de PL 6620/2016. Atualmente, o projeto encontra-se apensado ao PL 8045/2010, referente à elaboração de um novo Código de Processo Penal.

Por fim, cabe ressaltar que o projeto de lei em questão representa uma das principais iniciativas relativas à regularização da audiência de custódia no âmbito legislativo, e certamente a que mais suscitou discussões nesse meio. Também é o projeto que se encontra em estado mais avançado de votação, motivo pelo qual o mesmo será mencionado várias vezes nesse estudo.

2.3.3 Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011

Cabe ressaltar também o intento do Deputado Federal Domingos Dutra em apresentar a Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011, cuja finalidade era alterar o art. 5º, inciso LXII da CF, dando-lhe a seguinte redação: “[...] a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, devendo em até quarenta e oito horas ser conduzida à presença do juiz competente que decidirá sobre a sua legalidade.” (BRASIL, 2011).

No entanto, em que pese ter recebido o voto de admissibilidade pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, a PEC 112/2011 foi arquivada no dia 31 de janeiro de 2015, em razão do fim da legislatura.

2.3.4 Projeto de Lei nº 7.871/2014

Tempos depois, em agosto de 2014, o também Deputado Federal Jorginho de Mello apresentou o PL 7.871/2014, que pretendia a reforma do CPP para a inserção da audiência de custódia em seu art. 301. Pretendia-se, com isso, que toda pessoa presa em

flagrante fosse apresentada ao juiz competente no prazo de 24 horas, juntamente com o auto de prisão em flagrante (BRASIL, 2014).

Contudo, o PL 7.871/2014 apresentava procedimento diverso daquele adotado pelo Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, por envolver apenas as figuras do juiz e do preso, impedindo a manifestação do Ministério Público e da defesa em um momento tão importante para os interesses da persecução penal e do próprio acusado – o que significa que, nesse ponto de vista, o projeto seria um retrocesso.

Provavelmente por já existir projeto de lei semelhante em tramitação no Senado, observou-se certo desinteresse em relação ao PL 7.871/2014, o que de fato levou ao seu arquivamento no dia 31 de janeiro de 2015, embora seu proponente haja obtido seu desarquivamento em 11 de fevereiro do mesmo ano. Encontra-se atualmente apensado ao PL 8045/2010 (novo CPP).

2.3.5 Projeto de Lei nº 470/2015

O PL nº 470/2015 foi apresentado em fevereiro de 2015, pelo Deputado Federal Laerte Bessa, objetivando regulamentar a audiência de custódia. Partia do pressuposto de que a referida audiência não seria obrigatória, bem como de que os textos internacionais preveem uma “outra autoridade” que poderá exercer as funções jurisdicionais, não sendo necessariamente o juiz (BRASIL, 2015).

Segundo a proposta, buscava-se equiparar a figura do Delegado de Polícia ao juiz, vez que este já exerceria parcela do poder jurisdicional inerente aos magistrados, tais como arbitramento de fiança, apreensão de bens relacionados à infração penal investigada, homologação da prisão em flagrante e determinação de recolhimento à prisão do conduzido. Ademais, evocou problemas estruturais e orçamentários para a implantação da audiência de custódia, além de ferimento ao sistema acusatório, tendo em vista que o juiz-presidente dessa audiência exerceria atos de investigação, o que seria incompatível com aquele sistema (BRASIL, 2015).

Cumprir destacar ainda que, segundo esse modelo, ficaria a cargo do juiz decidir acerca da necessidade de realização da audiência de custódia – inclusive por videoconferência –, somente nos casos em que não houvesse o arbitramento da fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão, ambas concedidas pelo Delegado de Polícia.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que a elevação do Delegado de Polícia à

condição de “outra autoridade”, prevista no PICDP e na CADH, bem como a faculdade da apresentação do indivíduo preso, são situações já rejeitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, CIDH). Pode-se dizer também que o projeto parte de uma leitura utilitarista das normas internacionais por ele evocadas, sem preocupar-se como a forma que os institutos nele previstos são compreendidos e definidos pela jurisprudência internacional (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

2.3.6 Proposta de Emenda Constitucional nº 89, de 2015

A Proposta de Emenda Constitucional nº 89, apresentada em 9 de julho de 2015 foi uma das últimas propostas de alteração legislativa com o fim de inserir expressamente a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio dela, visava-se a alteração do artigo 98 da CF, a fim de nele inserir a previsão da apresentação judicial do sujeito preso, mas sem sequer informar acerca do procedimento a ser seguido (BRASIL, 2015).

Em verdade, buscava-se, através da PEC em questão, modificar o sistema de persecução penal brasileiro, transformando-o no ultrapassado juizado de instrução, vez que o Delegado de Polícia se transformaria no juiz-instrutor, passando a integrar o Poder Judiciário sem prestar concurso para tanto (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça e alguns aspectos procedimentais relevantes

No meio de diversas discussões no âmbito legislativo acerca da forma de implantação da audiência de custódia no Brasil, a Resolução nº 213 do CNJ (BRASIL, 2015) surgiu como uma maneira de regular um instituto que já estava sendo posto em prática por grande parte dos estados da federação.

Por esse motivo, faz-se necessária, inicialmente, uma abordagem acerca da origem do referido ato normativo e os motivos que fundamentaram sua existência, vez que este é o primeiro instrumento normativo a uniformizar a audiência de custódia a nível nacional.

Em seguida, em virtude das acirradas discussões no meio legislativo e doutrinário acerca de diversos aspectos procedimentais da audiência, realiza-se uma breve exposição de alguns dos pontos mais relevantes da audiência de apresentação, oferecendo-se também uma solução para algumas das controvérsias verificadas durante a aplicação desse instituto. Para tanto, far-se-á uma exposição dessas questões à luz da Resolução nº 213 do CNJ, do PLS nº 554, de 2011 – projeto de lei que se encontra com estado avançado de votação, já na Câmara dos Deputados – e de diversos documentos internacionais que tratam do assunto.

3.1 Origem da Resolução 213 do CNJ

Após terem sido apresentados, durante mais de cinco anos, diversos projetos de lei e de emenda constitucional com o intuito de regulamentar a audiência de custódia – sem que, após esse tempo, houvesse nenhum progresso de ordem fática –, ficou claro que o cenário apontava para uma longa discussão no plano legislativo.

Sendo assim, a implantação da audiência de custódia no Brasil passou a ser resolvida no âmbito do Poder Judiciário. Nesse contexto, salienta-se o fato de que o Tribunal de Justiça do Maranhão foi o primeiro no país a institucionalizar esse ato para todo um Estado, circunstância impulsionada pelas violações a direitos humanos que se observaram no Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 2013, as quais culminaram em uma sangrenta rebelião dentro do presídio, deixando diversos mortos e feridos.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (doravante, CNJ), em conjunto com o Ministério da Justiça, promoveu a criação de um projeto-piloto que visava a implantação gradativa da audiência de custódia no Estado de São Paulo. A partir daí, foi dado

um recado claro às instituições contrárias à incorporação desse ato à praxe processual nacional: a de que, cedo ou tarde, a audiência de custódia seria integrada à rotina procedimental da persecução penal brasileira, vez que esse projeto-piloto objetivava a inserção definitiva desse instituto em âmbito nacional (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Gradativamente, o referido projeto estendeu-se a outros Estados da Federação, até que, em setembro de 2015, praticamente todos os Tribunais de Justiça do país já o haviam firmado e dado início à sua implantação nas respectivas capitais. Contudo, um problema ainda persistia: a total ausência de um modelo de regulamentação preestabelecido, que vinculasse todos os Tribunais de Justiça do país a seguirem suas previsões. Na prática, isso resultava em regulamentações diferentes, em cada Estado, de um instituto que deveria ser aplicado de modo uniforme em nível nacional.

Com efeito, narra Andrade *et al* (2016, p. 10) que:

Essa constatação fez com que o Conselho Nacional de Justiça voltasse suas atenções não mais à execução dos projetos-piloto que estavam em andamento, mas à necessidade de uma construção de uma regulamentação que permitisse o tratamento igualitário da audiência de custódia em todos os Estados da federação. Ou seja, não haveria mais o risco de a apresentação judicial da pessoa presa ou detida em um Estado ser totalmente diversa da forma como ela se operacionaliza em outro Estado, como vinha ocorrendo.

Nesse contexto, o CNJ publicou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que “Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”, sendo de construção minuciosa e não se limitando ao ato de apresentação judicial em si. De fato, a Resolução estabeleceu rotinas de trabalho a serem observadas pelos tribunais nacionais e pelos magistrados encarregados de realizar a audiência de custódia, além de criar o SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia –, que consiste em um banco de dados contendo informações produzidas pelas audiências de custódia em todo país. Foram produzidos também dois protocolos de atuação, acerca de rotinas de trabalho e procedimentos a serem observados em caso de indícios da prática de agressões físicas ou psíquicas contra presos (BRASIL, 2015).

Cumpre salientar que essa unificação normativa promoveu a superação das disparidades que existiam entre a regulamentação dos tribunais, sem, no entanto, eliminar a competência dos tribunais para tratarem de questões de natureza local. Nesse sentido, dispõe o art. 14 da Resolução 213 do CNJ: “Os tribunais expedirão os atos necessários e auxiliarão os juízes no cumprimento desta Resolução, em consideração à realidade local, podendo realizar os convênios e gestões necessárias ao seu pleno cumprimento.” (BRASIL, 2015).

Por fim, deve-se reconhecer que a Resolução nº 213 do CNJ possuiu uma notável

importância no que se refere à implantação e formatação uniforme da audiência de custódia a nível nacional, além de haver ingressado em temas que ficaram à margem das regulamentações até então existentes, conforme se verificará a seguir.

3.2 A questão da regulamentação por provimento

Antes do surgimento da Resolução 213 do CNJ, a possibilidade de regulamentação da audiência de custódia por ato administrativo foi alvo de questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240, ajuizada pela ADEPOL, que tinha por objeto o Provimento Conjunto nº 03/2015, emitido pela Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e a Corregedoria-Geral de Justiça daquele mesmo Estado, e que estabelecia regras procedimentais para esse ato.

A ação pautava-se em quatro principais argumentos: vício de inconstitucionalidade formal, vez que a cabe somente à União legislar sobre temas atinentes a direito processual (art. 22, inciso I, CF); a CADH, por possuir *status* constitucional, não poderia ser regulamentada por ato administrativo, mas apenas por lei ordinária; somente lei poderia impor condutas aos sujeitos processuais envolvidos (membros do Ministério Público, Delegados de Polícia, defensores e o próprio preso ou detido); e violação à separação de Poderes, vez que o Poder Judiciário de São Paulo teria criado norma de conduta e novas atribuições às Polícias Civil e Militar – integrantes do Poder Executivo daquele Estado.

Contudo, a ação foi julgada improcedente, tendo a Suprema Corte decidido pela constitucionalidade daquele ato administrativo, ao argumento de que ele não teria criado nenhum instituto – cuja origem, ao contrário, encontra-se em documentos internacionais ratificados pelo Brasil, e que possuem *status* de norma supralegal –, além de que o provimento situa-se dentro dos limites da autogestão conferida pela própria Constituição aos Tribunais, conforme se observa do julgado a seguir:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a

legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

3. O *habeas corpus ad subjiciendum* em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.

7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes.

9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes.

10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.

11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (SÃO PAULO, 2015, grifo nosso).

Cumprido salientar ainda a concessão da medida liminar pela Suprema Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante, ADPF) nº 347 em meio à execução do projeto-piloto nos Estados da Federação, a qual determinou a colocação em prática dos mandamentos do art. 7,5 da CADH e do art. 9,3 do PIDCP, apressando a implantação nacional da audiência de apresentação.

Desse modo, seguindo-se a lógica relativa ao Provimento Conjunto nº 03/2015, não se vislumbra maiores problemas quanto à regulamentação da audiência de custódia pela Resolução nº 213 do CNJ. Isso porque o Brasil, ao ratificar a CADH e o PIDCP, internalizou esse instituto por meio de norma suprallegal – ou seja, que se encontra hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias – razão pela qual não é necessário

alterar o CPP a fim de incluir a audiência de custódia no ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, cabe ressaltar o alerta de Andrade e Alflen (2016) ao fato de que, em algumas situações pontuais, esse ato administrativo não resiste a um teste de constitucionalidade.

A primeira delas diz respeito à fixação de um prazo certo para a apresentação da pessoa presa ao magistrado. Ora, a CADH dispõe em seu texto que essa apresentação deve ocorrer *sem demora*, não impondo, portanto, um prazo certo e determinado, a fim de que os Estados-Membros assim o definissem. Em sendo assim, a restrição dessa expressão de conteúdo vago só poderia ocorrer por meio de lei, não por ato administrativo (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

De fato, a adoção do prazo de 24 horas pela Resolução constitui-se num ato de pura discricionariedade. A esse respeito, cabe recordar que, antes do projeto-piloto do CNJ, a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão havia fixado esse prazo em 48 horas (Provimento nº 24, de 2014), ao passo em que o Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo preferiu não fixar um prazo concreto, dispondo apenas que a apresentação deveria ocorrer no menor prazo possível.

O segundo ponto diz respeito à previsão na Resolução de que, no momento da imposição de medidas cautelares diversas da prisão, o magistrado deverá consignar na ata de audiência o prazo para esse cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção¹.

Nesse aspecto, em que pese parte da doutrina há muito defender a necessidade de o juiz rever periodicamente a situação do sujeito contra quem se decretou a medida cautelar diversa da prisão, a legislação processual nacional em nenhum momento fixou prazo para essa revisão periódica, tal como ocorreu com a Resolução nº 213 do CNJ. Desse modo, o CNJ criou, de forma inconstitucional, uma norma procedimental de observância obrigatória para todos os tribunais do país – o que poderá, inclusive, levar a desnecessárias arguições de nulidade contra essas decisões no futuro (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

O terceiro ponto refere-se à regulamentação da aplicação da medida cautelar da monitoração eletrônica. De acordo com o art. 10 da Resolução, essa medida só poderá ser determinada pelo juiz quando: a) não couber a concessão da liberdade provisória sem cautelar; b) não couber a aplicação de outra medida cautelar menos gravosa; c) o indivíduo é

¹ Art. 9º, *caput*: A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP deverá compreender a avaliação da real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observando-se o Protocolo I desta Resolução. (BRASIL, 2015).

flagrado na prática de delito punível com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos ou já tenha sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; e d) o sujeito esteja cumprindo medida protetiva de urgência acusado por crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa².

Ora, todas essas hipóteses possuem diversos erros e/ou não precisariam serem consignadas no texto normativo, segundo Andrade e Alflen (2016,). Primeiramente, observa-se que a letra “a” é totalmente dispensável, vez que, se é possível a concessão de liberdade provisória sem a imposição de medida, estará ausente o requisito da *necessidade*. No mesmo sentido, caso seja possível a aplicação de medida cautelar menos gravosa, estar-se-á diante da ausência do requisito da *adequação*, sendo inútil, portanto, o mandamento da letra “b”.

Por sua vez, a letra “c” consiste em uma restrição ilegal, pautada unicamente em uma política criminal adotada pelo CNJ, destinada a reservar as “tornozeleiras eletrônicas” a sujeitos com maior periculosidade, tendo em vista os seus altos custos para o Estado. A letra “d”, por fim, comete um erro ao se referir ao indivíduo destinatário da monitoração eletrônica como “acusado” dos crimes ali previstos. Ora, esse termo remete a um sujeito que já tenha sido objeto de acusação e que, portanto, esteja respondendo a processo criminal, situação que cria, portanto, dois pesos e duas medidas em relação aos sujeitos do art. 313, inciso III do CPP³: a prisão preventiva pode ser decretada somente para quem não está ainda sendo acusado, e não para quem já está sendo processado. Cria-se, assim, uma cláusula de impedimento à prisão preventiva não prevista no CPP (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Portanto, percebe-se que a Resolução nº 213 do CNJ possui algumas infrações à restrição contida no art. 22, inciso I, da CF, o que aponta para a necessidade de uma reforma no texto normativo em relação a essas supramencionadas normas.

² Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa. (BRASIL, 2015).

³ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...]

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; [...]. (BRASIL, 2011).

3.3 Aspectos procedimentais relevantes da audiência de custódia

A fim de melhor compreender a audiência de custódia, é necessário compreender alguns aspectos procedimentais relevantes desse ato, sobretudo aquelas que são objeto de intensa discussão no âmbito legislativo e doutrinário. Para tanto, optou-se por abordar três desses aspectos: a forma e prazo da apresentação; quem deve ser apresentado; e a quem deve ser realizada a apresentação.

3.3.1 Forma e prazo da apresentação

O art. 1º, *caput*, da Resolução é categórico ao “Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.” (BRASIL, 2015). Assim, examinar-se-á minuciosamente a redação, a partir de agora, do aludido dispositivo, abordando algumas implicações decorrentes de sua aplicação prática.

Da mesma forma, a redação final do PLS nº 554, de 2011 também possui em seu texto a previsão de que o preso “será conduzido à presença do juiz e será por ele ouvido” em no máximo 24 horas, contados a partir da lavratura do auto de prisão em flagrante⁴.

3.3.1.1 Apresentação pessoal

Uma das características da audiência de custódia, em razão da forma como foi disciplinada pelos textos internacionais que lhe dão suporte, é o fato de o indivíduo preso ou detido ter contato direto e pessoal com a autoridade judicial. Apresentaram esse mesmo entendimento os projetos de leis existentes, os atos normativos emitidos até então pelas Cortes

⁴ O projeto prevê a adição do § 4º ao art. 306 do CPP, que possuiria a seguinte redação: “§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz e será por ele ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventuais violações.” (BRASIL, 2011).

estaduais, além, por óbvio, da própria Resolução nº 213, do CNJ⁵.

Contudo, abriu-se um acirrado debate acerca da real necessidade da apresentação pessoal como forma de concretizar os fins perseguidos pela audiência de custódia, evocando-se, em grande parte, argumentos de ordem estrutural:

Forte crítica à necessidade dessa apresentação pessoal, no entanto, é encabeçada pelas entidades representativas da polícia judiciária. Segundo elas, os órgãos de segurança pública não dispõem de recursos financeiros, humanos e estruturais para dar conta da nova demanda. Mais claramente, sustenta-se a ausência de pessoal, viaturas e até combustível para dar conta dos constantes deslocamentos a serem realizados em cidades de médio e grande porte, que ocorrerão pela manhã, tarde, noite e madrugada, a fim de que seja oportunizado tal contato pessoal (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 60)

Por sua vez, Choukr (2014), rebate essa posição ressaltando que a falta de estrutura sempre foi uma escusa utilizada em nosso ordenamento jurídico para deixar de implementar institutos necessários na seara do processo criminal. Afirma, de fato, que aparentemente não existe uma preocupação com a montagem de uma estrutura operacional para dar cumprimento ao quanto vier a ser legislado, citando como exemplo o art. 2º, § 3º da Lei nº 7.960/1989, que instituiu a facultatividade da apresentação do preso temporário ao juiz (BRASIL, 1989). Atribui, ao fim, o problema à falta de gestão adequada, como o verdadeiro empecilho à implementação da audiência de custódia:

O risco, diante da falta de gestão adequada, é, assim, o do não cumprimento substancial da futura norma, mas somente a aparência. Audiências não deixariam de ser realizadas diante do manto da nova legislação, mas o que elas efetivamente tenderiam a trazer de novo é algo a ser questionado sob a recorrente justificativa de falta de estrutura adequada. Falta de estrutura que parece acompanhar o processo penal desde que foi concebido há mais de setenta anos. (CHOUKR, 2014, p. 2)

Similar é a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui diversos julgados entendendo pela necessidade de apresentação pessoal da pessoa presa à autoridade judicial o mais rápido possível, a fim de dar efetividade ao disposto no artigo 7.5 da CADH. Como exemplo, tem-se o caso Tibi vs. Equador (CORTEIDH, 2004, p. 63), no qual a aludida corte assim sentenciou no § 118:

[...] En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la

⁵ Acerca disso, dispõe o § 1º do art. 1º da Resolução 213 do CNJ: “A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no *caput*.” (BRASIL, 2015).

vida y la integridad personal. 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 [...]»⁶.

Conforme se observa, de fato a audiência de custódia foi moldada com o intuito de fornecer ao preso a oportunidade de ser apresentado pessoalmente perante uma autoridade judicial, a fim de que ela melhor decida acerca da necessidade da manutenção de sua prisão. Ocorre que, dada a atual possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência, travou-se uma incisiva discussão acerca da compatibilidade desse procedimento com os objetivos da previstos na CADH, conforme se demonstrará a seguir.

3.3.1.2 Apresentação por videoconferência

Apesar da Resolução 213 do CNJ não prever a realização da audiência de custódia por videoconferência, mister se faz expor a discussão doutrinária por trás dessa questão, sobretudo em virtude do PLS nº 554, de 2011, já aprovado pelo Senado Federal e em trâmite na Câmara dos Deputados, conter em seu texto essa possibilidade, a qual pode vir a tornar-se realidade em eventual aprovação do texto por esta casa e posterior sanção legal.

Contudo, em que pese os argumentos já expendidos a favor da realização da apresentação pessoal do preso ao juiz, faz-se forçoso reconhecer não só a necessidade da realização da audiência de custódia por videoconferência – notadamente nos casos em que for impossível a apresentação pessoal –, como também a sua adequação com os textos internacionais anteriormente abordados.

Com efeito, é bem verdade que a necessidade de apresentação pessoal do preso ou detido está estabelecida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, deve-se observar que, dentre as decisões existentes, nenhuma ainda analisou a possibilidade de realização da audiência de custódia por meio de videoconferência nos casos em que a apresentação pessoal não for viável, motivo pelo qual é possível que essa Corte se posicione a favor da flexibilização do denominado princípio da imediação – o qual, por sua

⁶ [...] Em primeiro lugar, os termos da garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção são claras quanto a que a pessoa detida deve ser levada imediatamente a um juiz ou a autoridade judicial competente, de acordo com os princípios de controle judicial e rapidez processual. Isto é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para conceder proteção a outros direitos como a vida e a integridade pessoal. O fato de que um juiz tem conhecimento do caso ou que lhe seja enviado o relatório policial correspondente, tal como alegado pelo Estado, não satisfaz esta garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente perante o juiz ou autoridade competente [...]. (tradução livre)

vez, é formado pelos princípios da identidade física do juiz, celeridade e concentração de atos (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Outrossim, cabe ressaltar que as primeiras críticas relacionadas à (im)possibilidade de realização da apresentação do sujeito preso por videoconferência surgiram a partir de uma proposta apresentada ao Senado Federal ao PLS nº 554, de 2011, pelo Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Dentre as razões invocadas para a inclusão da emenda, estão: a diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário; a preservação da segurança pública, dos juízes e do preso; e o fato de que, com a adoção da videoconferência – já regulamentada pela ordem jurídica brasileira por meio da Lei 11.900 de 08 de janeiro de 2009 e da Resolução nº 105, de 06 de abril de 2010, do CNJ – houve uma redução de 40% de circulação de presos na cidade do Rio de Janeiro.

De fato, tanto a segurança pública como com a segurança dos juízes e demais sujeitos que estarão presentes durante a audiência de custódia – incluindo-se aí o próprio preso – vem se tornando objeto de preocupação cada vez mais frequente para o governo brasileiro, dado o acentuado crescimento da criminalidade ao longo das últimas décadas, fato que exige também transformações no meio processual a fim de melhor adequá-lo para a nova realidade social:

Partindo-se de uma análise meramente histórica, não há como negar que a CADH foi criada em uma época muito distinta da verificada hoje, onde a criminalidade apresenta um perfil completamente diferente daquele existente no final da década de sessenta do século passado. Naquela época, não tínhamos notícias de juízes e membros do Ministério Público sendo mortos pelo crime organizado, tampouco notícia de resgate de presos, seja no trajeto até os locais onde deveriam comparecer, seja no interior dos próprios fóruns de nosso país. Por isso, a uma certeza é possível chegar: a CADH e todos os demais textos internacionais que tratam da audiência de custódia foram gestados a partir de uma realidade focada na criminalidade comum, e não na criminalidade a que as sociedades de praticamente todo o mundo estão sujeitas na atualidade (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 64).

Ademais, a videoconferência, conforme apontado pela proposta de emenda ao PLS nº 554/2011 pelo Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não é novidade em nosso ordenamento jurídico. Ela foi incorporada ao CPP através da Lei 11.900/2009, a qual abriu a possibilidade do interrogatório do réu ser realizado por videoconferência “ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.

Com efeito, a referida lei modificou o art. 185, § 2º do CPP, o qual conferiu ao juiz a possibilidade de realizar essa modalidade de interrogatório excepcionalmente, por

decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, sempre que houver (incisos I a IV): risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; relevante dificuldade de comparecimento do réu à audiência, como enfermidade ou outra circunstância pessoal; possibilidade de influência de um réu sobre outro; ou em casos de gravíssima questão de ordem pública (BRASIL, 2011).

Assim, não parece razoável que a videoconferência possa ser realizada em ato que pode levar à condenação ou absolvição do réu (interrogatório judicial), mas, em relação a um procedimento que se limita unicamente a averiguar a legalidade da sua prisão e eventual aplicação de uma medida cautelar (audiência de custódia) a restrição à videoconferência seja absoluta.

Demais disso, considerando-se que o Brasil é um país de dimensões continentais, a implantação de uma estrutura necessária para a apresentação pessoal do preso em todas as comarcas do país poderia levar anos até ser completamente efetivada. Durante esse tempo, milhares de pessoas deixariam de ter acesso a esse contato inicial com o magistrado – especialmente quanto às prisões ocorridas em comarcas distantes dos grandes centros urbanos –, transformando quaisquer leis ou atos normativos reguladores da audiência de custódia em letra morta.

Ainda em relação à necessidade da videoconferência para a preservação da segurança e da ordem pública, cumpre salientar que o momento mais tenso da persecução penal primária (fase de investigação) é justamente aquele em que o sujeito é preso em flagrante, especialmente quando o delito em questão está relacionado com a criminalidade organizada, tornando o deslocamento do preso ainda mais perigoso (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Isto posto, não se vislumbra motivos suficientes pelos quais a videoconferência não possa ser adotada para a audiência de custódia. Pelo contrário, o emprego desse tipo de apresentação significaria não só a manutenção da própria lógica e coerência no processo penal pátrio, como também a garantia de maior segurança tanto para a população como para os envolvidos na realização desse procedimento.

3.3.1.3 Prazo para a apresentação

A fim de atingir os objetivos pretendidos com a audiência de custódia, é essencial que a apresentação do preso não demore muito tempo. Caso contrário, será difícil evitar a incidência, o agravamento ou o desaparecimento dos vestígios de possíveis agressões que ele tenha sofrido.

A esse respeito, observa-se que os textos internacionais que instituíram a audiência de custódia não prescrevem um prazo determinado para a sua realização, mormente devido à eventual criação de dificuldades na implantação do instituto, dada as peculiaridades do direito interno de cada Estado.

De fato, as cortes internacionais e a própria ONU já se manifestaram no sentido de que não haveria nenhum problema da apresentação da pessoa presa ser efetivada em um prazo superior a 24 horas. Acerca disso, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não enxerga problemas na fixação desse prazo em até 48 horas, ao passo em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e o Comitê de Direitos Humanos da ONU encaram o mesmo prazo como “dentro do razoável” (ALFLEN, 2016).

Assim, o art. 1º, *caput*, da Resolução 213 do CNJ dispõe que a pessoa presa deverá ser apresentada à autoridade judicial competente em até 24 horas da comunicação do flagrante. O § 1º do art. 1º da mesma Resolução, por sua vez, estabelece que “A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial [...] se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante [...]” (BRASIL, 2015).

Ora, de acordo com esse dispositivo, o momento em que o juiz deveria tomar contato com a existência de uma prisão é o mesmo em que terá contato com a formalização policial dessa prisão, através do auto de prisão em flagrante. Nesse esteio, o tempo prescrito na legislação processual penal brasileira para a conclusão do auto de prisão em flagrante é de 24 horas⁷. Após a finalização dessa etapa, de acordo com o disposto no art. 1º, § 1º, da Resolução, a autoridade policial poderá permanecer com a pessoa privada de sua liberdade por mais 24 horas antes de apresentá-lo ao juiz competente.

Cabe ressaltar ainda que o próprio ato normativo prevê uma exceção a essa regra, consistente nas prisões efetuadas em Municípios ou sedes regionais em que o juiz competente

⁷ Art. 306, CPP: A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

ou plantonista não possa cumprir esse prazo, na forma de ato complementar à Resolução⁸. Nesse caso, é importante observar o período de tempo considerado razoável pelas cortes e órgãos internacionais, adotando-se, preferencialmente, o prazo máximo de 48 horas para a apresentação do sujeito privado de sua liberdade.

Já o PLS 554, art. 306, § 4º (atual PL 6620/2016), quanto a esse ponto, é bem similar: pretende que essa apresentação do preso ao juiz seja realizada “[...] no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante.” (BRASIL, 2011).

O projeto ainda prevê que caso a apresentação não possa ser realizada nesse prazo, o delegado ou outra autoridade custodiante, por meio de seus agentes, “[...] tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinará sua juntada aos autos, retornará com o preso e comunicará o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública, se for o caso, e ao Conselho Nacional de Justiça” (art. 306, § 13). Nesses casos, a audiência ocorrerá no primeiro dia útil subsequente à data constante desse recibo, devendo a autoridade custodiante ou a autoridade policial reapresentar o preso na data indicada, sob pena de responsabilidade (BRASIL, 2011).

Em sendo assim, crê-se que o prazo originalmente fixado tanto pela Resolução como pelo projeto de lei (24 horas) é o mais acertado, vez que a rapidez nesse momento processual é essencial para o resguardo dos direitos fundamentais do preso.

3.3.2 Quem deve ser apresentado

Após examinar a forma e o prazo para a apresentação do preso, mais uma questão procedimental surge acerca da audiência de custódia, a saber, quem é a pessoa privada em sua liberdade que deverá ser apresentada.

No que diz respeito à pessoa presa e a modalidade de prisão da qual resultou a sua segregação, cabe salientar que o art. 1º da Resolução nº 213 (BRASIL, 2015) refere-se à “toda pessoa presa em flagrante delito”, o que poderia, inicialmente, levar a crer que a audiência de custódia somente seria realizada nos casos de flagrante delito, consignados nos incisos I a IV

⁸ Art. 1º, § 5º, da Resolução nº 213 do CNJ: “O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no *caput*”. (BRASIL, 2015).

do art. 302 do CPP⁹.

Contudo, não se deve olvidar o conteúdo do art. 13 da mesma Resolução, o qual dispõe, com o fim de solucionar o impasse, que a realização da audiência de custódia “também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandatos de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução”. Com isso, esclareceu-se que, apesar da má técnica na redação do art. 1º, *caput* – o qual aparentemente havia restringido o instituto aos casos de prisão em flagrante –, a apresentação do preso deve ocorrer não apenas em situação de flagrância, mas também para a prisão cautelar ou até mesmo a definitiva.

Com efeito, a Resolução é clara ao afirmar, no *caput* do art. 1º, que a audiência de custódia será realizada “independentemente da motivação ou natureza do ato”, o que significa que o procedimento dar-se-á da forma mais ampla possível, podendo ser realizado para qualquer ato, naquilo que lhe for cabível. De fato, esse entendimento está de acordo também com a CADH, que no seu art. 7º, item 5, prevê que “toda pessoa detida ou presa deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções jurisdicionais [...]”.

Contudo, o PLS 554/2011 (atual PL 6620/2016), em relação a essa questão, restringe a audiência de custódia à figura do indivíduo preso em flagrante, excluindo, portanto, todas as outras hipóteses de privação da liberdade. Isso porque o referido projeto de lei busca modificar apenas os artigos 304 e 306 do CPP, os quais dizem respeito apenas à prisão em flagrante, sem albergar aquelas pessoas presas em caráter preventivo, temporário ou aquelas presas a título de início de cumprimento de pena, por exemplo.

3.3.3 A quem deve ser realizada a apresentação

Ainda hoje, várias discussões no âmbito doutrinário formam-se a fim de determinar a quem deve ser realizada a apresentação do sujeito preso. Todos os textos internacionais apontam que ela ocorrerá ao juiz ou outra autoridade habilitada por lei para

⁹ Art. 302 do CPP: Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

exercer poderes judiciais.

Contudo, o problema reside justamente na determinação da expressão “outra autoridade”. De fato, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdade Fundamentais (CEDH) refere-se a “outra pessoa habilitada por lei para exercer poderes judiciais”, enquanto que PIDCP prevê “outra autoridade habilitada por lei a exercer funções”. Por sua vez, o *Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão*, da ONU, menciona apenas “ou outra autoridade”. Por fim, a CADH prevê uma “outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

A esse respeito, cabe lembrar que “[...] os países que inseriram expressamente a audiência de custódia em sua legislação interna, invariavelmente, optaram por manter somente o juiz como destinatário da apresentação da pessoa presa ou detida.” (ANDRADE; ALFLEN; 2016). Em sendo assim, esses países definiram de vez essa questão, não deixando margem para maiores discussões sobre a questão.

No Brasil, trilha-se o mesmo caminho com a Resolução nº 213 do CNJ e o PLS nº 554, de 2011, vez que ambos exigem que a presidência da audiência de custódia deve ser exercida por um magistrado. No entanto, algumas instituições representativas da polícia judiciária brasileira (como a FENADEPOL e a ADEPOL) aduziram a possibilidade da figura do Delegado de Polícia enquadrar-se na expressão “outra autoridade” adotada pelos textos internacionais.

Em sendo assim, cabe ressaltar que a ONU, no *Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão*, esclareceu os atributos que essa autoridade deveria ter: “A expressão “autoridade judiciária ou outra autoridade” designa autoridade judiciária ou outra autoridade estabelecida nos termos cujo estatuto e mandato ofereçam as mais sólidas garantias de competência, imparcialidade e independência”.

No mesmo sentido, também a CADH determina que essa autoridade deve estar revestida das garantias presentes no § 1º do artigo 8º de seu texto, quais sejam, a competência, imparcialidade e independência:

Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

Em relação ao critério da *independência*, observa-se que o Delegado de Polícia

não poderia ser entendido como a “outra autoridade” referida pelos textos internacionais para presidir a audiência de custódia, mediante a equiparação da lavratura do auto de prisão em flagrante com aquele ato. Com efeito, a CIDH compreende o requisito *independência* como sendo

[...] o completo apartamento dessa autoridade, em relação aos demais poderes estatais, a fim de que ela possa exercer certas funções judiciais. Em vista disso, por mais que o Delegado de Polícia haja sido prestigiado com o advento da Lei nº 12.830/2013, ele não teve reconhecida sua independência em relação ao Poder Executivo, permanecendo, assim, atrelado a um dos poderes de Estado, tal como rechaça o entendimento daquela Corte. (ANDRADE, ALFLEN, 2016, p. 83-84)

Não se trata, contudo, de duvidar da honestidade dos integrantes da polícia judiciária, mas simplesmente apontar que, por estarem atrelados ao Poder Executivo, os Delegados de Polícia não se encaixam no perfil determinado pela CIDH para a presidência da audiência de custódia.

Em sendo assim, restam as figuras do juiz e do membro do Ministério Público, vez que ambos satisfazem esse pressuposto. Em relação ao Ministério Público no Brasil, salienta-se que o atributo da independência completa frente aos demais poderes encontra guarita na própria Constituição Federal¹⁰.

Por sua vez, em relação ao requisito da imparcialidade, sabe-se que este é um atributo que naturalmente integra o Poder Judiciário, em razão do seu papel de terceiro que lhe é característico. No tocante à audiência de custódia, a CIDH já decidiu o que se entende por imparcialidade, mormente em relação a sua aplicação aos magistrados¹¹:

146. A imparcialidade do tribunal implica que seus membros não têm interesse direto, uma posição assumida, uma preferência por uma das partes e que não se encontrem envolvidos na controvérsia.

147. O juiz ou tribunal deve se retirar de uma causa submetida a seu conhecimento quando há algum motivo ou dúvida que possa comprometer a integridade do tribunal como um órgão imparcial. Para salvaguardar a administração da justiça deve-se garantir que o juiz se encontre livre de quaisquer preconceitos e que não haja medo algum que ponha em dúvida o exercício das funções jurisdicionais.¹² (tradução livre)

Contudo, no que diz respeito ao Ministério Público, verifica-se que o instituto não

¹⁰ Art. 127, § 1º: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

¹¹ CIDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>.

¹² 146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

147. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

figura dentro do conceito de imparcialidade desenhado pela CIDH. De fato, o Ministério Público é o órgão responsável pela maioria das acusações do sujeito investigado, além de valorar a necessidade e legalidade das medidas probatórias tomadas ao longo da fase de investigação – e, nesse ponto, não poderia ele ser o fiscal da legalidade de seus próprios atos (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Desse modo, observa-se que o magistrado é a *autoridade competente* responsável pela presidência da audiência de apresentação, vez que é único que preenche adequadamente os critérios de independência e imparcialidade. Com isso, não se pode pretender que quaisquer outras autoridades, como membros do Ministério Público e da polícia judiciária possam exercer esse papel, vez que incompatível com as suas funções.

4 DA POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Após a exposição de diversos aspectos procedimentais da audiência de custódia, notadamente da forma em que eles estão dispostos na Resolução nº 213 do CNJ, no PLS nº 554/2011 e em diversos documentos internacionais, cabe ressaltar, agora, mais uma questão que vem suscitando discussões no âmbito doutrinário. Trata-se da possibilidade ou não de produção de provas na audiência de custódia, principalmente no que diz respeito à oitiva da pessoa privada da sua liberdade durante a apresentação e no posterior aproveitamento dessas declarações em eventual ação penal.

A questão inicialmente ganhou destaque com a tramitação do PLS nº 554/2011, cujo texto final encaminhado para a Câmara dos Deputados previa diversas alterações nos arts. 304 e 306 do CPP. Uma dessas mudanças compreendia o acréscimo do § 7º ao art. 306 da lei processual penal, determinando que a oitiva do preso realizada durante a audiência de apresentação fosse registrada em autos apartados, sendo vedada a sua utilização como meio de prova contra o depoente e devendo versar, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Conforme é de se imaginar, a referida alteração provocou diversas discussões no meio doutrinário e político. Um dos principais críticos desse acréscimo foi o Conselho Nacional do Ministério Público, que, em nota técnica ao PLS nº 554/2011, defendeu que o depoimento prestado na audiência de custódia possui, sim, validade jurídica para fundamentar um eventual julgamento de mérito, juntamente com outros elementos de prova (CNMP, 2015).

A referida controvérsia também encontra fundamento na forma com que a Resolução nº 213 do CNJ trata o aproveitamento das declarações da pessoa presa extraídas na audiência de custódia:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante; [...]. (BRASIL, 2015).

Como se pode observar, o inciso VIII desse dispositivo impõe uma limitação ao conteúdo dos questionamentos que serão formulados pelo juiz durante a audiência de custódia, o que, a princípio, não parece representar algo danoso à sistemática processual penal vigente. Contudo, conforme se demonstrará a seguir, a incorporação do referido inciso não poderia ocorrer sem consideráveis violações a normas e princípios consagrados pela CRFB/88.

4.1 Da incompatibilidade da vedação de atividade probatória com o sistema acusatório

Inicialmente, cabe destacar que os diversos sistemas de processo penal (inquisitivo, acusatório e misto) possuem como finalidade orientar a realização da investigação e do processo-crime (NUCCI, 2017). Em sendo assim, faz-se necessária uma exposição acerca do sistema acusatório, diferenciando-o dos demais sistemas processuais penais e mostrando como se deu a sua inserção no ordenamento jurídico nacional. Em seguida, mostrar-se-á o porquê da imposição de um limite cognitivo à audiência de apresentação ser inconciliável com o sistema acusatório.

4.1.1 Sistemas processuais penais

O primeiro dos sistemas processuais a surgir foi o inquisitivo, amplamente utilizado durante parte da Idade Média, a fim de conter os abusos de senhores feudais e da aristocracia cometidos em detrimento de vassalos e pessoas pobres. Nesse período, juízes inquisidores eram enviados pelos reis para tratar dos delitos cometidos pelos ricos, já que estes não poderiam ser tratados com absoluta igualdade – numa clara demonstração, portanto, da aplicação do princípio da isonomia, qual seja, tratar desigualmente os desiguais (NUCCI, 2017).

O referido sistema caracteriza-se: pela concentração de poder nas mãos do julgador, o qual exerce simultaneamente a função de acusador; pela ideia de que a confissão do réu é a rainha das provas; pela ausência de debates orais, predominando apenas os procedimentos escritos; pelo fato de que os julgadores não estão sujeitos à recusa; pelo sigilo no procedimento; e pela ausência de contraditório, sendo a defesa meramente decorativa (NUCCI, 2017).

Com efeito, o fato de o juiz, denominado inquisidor, possuir ampla iniciativa probatória, revela um modelo de Estado com características marcadamente arbitrárias, em que o sujeito passivo era um mero objeto do processo – sendo este último, por sua vez, sempre orientado pela busca da verdade material (ou verdade real). Acerca disso, ensina Lima (2014, p. 45, grifo do autor):

Trabalhava o sistema acusatório, assim, com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade absoluta, por isso admite uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade. Dotados de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso.

No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida. **O processo inquisitivo era, em regra, escrito e sigiloso**, mas essas formas não lhe eram essenciais. Pode se conceber o processo inquisitivo com as formas orais e públicas.

Percebe-se, portanto, que processo inquisitório é inconciliável com os direitos e garantias individuais, infringindo até mesmo os princípios processuais penais mais basilares. De fato, esse modelo representa uma violação à Constituição Federal e à própria CADH¹³, vez que a ausência de um julgador equidistante das partes impossibilita a existência de imparcialidade no julgamento (LIMA, 2014).

Já em relação ao sistema misto, leciona Pacelli (2015) que a sua origem remonta ao ano de 1808, com o nascimento do *Code d'instruction criminelle* francês, a partir do qual se apresentou à prática judiciária um novo modelo processual, com atributos bem definidos. Nesse novo paradigma, ainda foi mantida a figura do Juizado de Instrução – magistrado que presidia a fase de investigação –, com a diferença de que, agora, a acusação ficava a cargo de um órgão (Ministério Público) distinto do Judiciário (PACELLI, 2015).

Esse sistema é denominado misto por dividir-se em duas fases distintas: a primeira, de caráter inquisitorial, objetiva apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso, possuindo instrução escrita e secreta; já a segunda, tipicamente acusatória, um órgão acusador apresenta a acusação, enquanto que o réu defende-se e o magistrado julga, vigorando, em via de regra, os princípios da publicidade e da oralidade (LIMA, 2014).

Por fim, cabe abordar o sistema atualmente adotado no Brasil, qual seja o acusatório. A gênese desse instituto remonta ao Direito grego, cujo desenvolvimento é

¹³ Art. 8º, 1: Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CADH, 1969).

marcado pela atuação direta do povo na atividade de acusação e também como julgador, estando em vigor, naquela época, o sistema de ação popular para os delitos graves – por meio do qual qualquer pessoa poderia acusar – e, para os crimes mais brandos, a acusação privada (LOPES JR, p. 61, 2011).

Segundo Lopes Júnior (2014, p. 62), as principais características desse modelo são: uma clara diferenciação entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória ser dever das partes, como decorrência lógica da diferenciação entre as atividades; a imparcialidade do juiz, o qual é alheio a labor de investigação e passivo em relação à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; o tratamento igualitário das partes; a oralidade do procedimento, em regra; a publicidade de todo o procedimento, ou de sua maior parte; a existência de contraditório e a possibilidade de defesa do acusado; a ausência de tarifa probatória, baseando-se a sentença no livre convencimento motivado do juiz; a instituição da coisa julgada; e a oportunidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Com efeito, cabe destacar que uma das diferenças mais marcantes desse sistema em relação aos demais é a forma como se dá a gestão das provas, que não é mais responsabilidade do juiz, mas sim das partes (LIMA, 2014, p. 46):

No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Contudo, após uma breve exposição acerca dos sistemas processuais existentes, resta ainda um questionamento acerca de quais dispositivos constitucionais efetivamente apontam para a adoção do modelo acusatório no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, observa-se que o art. 129, I, da CRFB/88 entrega, de forma privativa, a um órgão distinto do Judiciário a função de acusar: o Ministério Público – e, em casos excepcionais, ao particular (RANGEL, 2015). Além disso, outros dispositivos constitucionais evidenciam diversas garantias intimamente ligadas ao sistema acusatório, conforme explica Capez (2016, p. 85):

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos

decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

Com efeito, todos os referidos direitos encontram previsão na Carta Maior, fato que ratifica a preferência da CRFB/88 pelo sistema acusatório. Outrossim, a Suprema Corte também já decidiu pela impossibilidade das diligências probatórias serem requeridas *ex officio* pelo magistrado quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial, sob o argumento de patente violação ao sistema acusatório.¹⁴

Assim, mediante uma leitura constitucional do processo penal, é possível verificar que o modelo processual adotado pelo ordenamento nacional é o acusatório, motivo pelo qual quaisquer leis ou atos normativos devem estar de acordo com esse sistema, sob pena de infração à própria Constituição Federal.

4.1.2 Da violação ao sistema acusatório

Conforme já visto, o sistema acusatório possui como uma de suas principais características a efetiva separação entre as funções de julgador e acusador, medida que é imprescindível para a manutenção da imparcialidade do magistrado e para manter a igualdade de armas entre os sujeitos processuais. Em contrapartida, no modelo inquisitivo, o juiz concentra as funções de investigar, acusar e julgar, situação que acaba por comprometer sua neutralidade.

À vista disso, coloca-se a seguir dois principais questionamentos: seria o modelo acusatório compatível com o limite cognitivo e com a proibição de atividade probatória imposta pelo art. 8º, inciso VIII da Resolução nº 213 do CNJ e pretendida pelo PLS 554/2011? E, caso o preso eventualmente adentre no mérito do caso penal, poderia o conteúdo desse depoimento ser utilizado como expediente probatório em eventual ação penal?

Contudo, abordar-se-á, no presente item, apenas a primeira questão, vez que este se refere a uma afronta mais explícita ao sistema acusatório. Deixa-se, portanto, o segundo ponto para ser discutido com maiores detalhes posteriormente, na ocasião em que se tratará do princípio da publicidade – em que pese esta garantia estar intimamente ligada ao sistema acusatório, conforme já mencionado anteriormente.

Assim, no que se refere à audiência de custódia, é certo que a obrigatoriedade da ação penal impõe a necessidade de tomada de providências nos casos em que se verifique

¹⁴ STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2012, p. 92).

tortura ou abuso de poder. Contudo, essa obrigatoriedade que marca as ações penais públicas incondicionadas deve conviver também com a denominada “comunhão de prova” (ARANHA, 1999, p. 32), ou seja, para que efetivamente seja realizada a justiça, é necessário que a prova seja analisada em sua integralidade, não apenas em parte.

Com efeito, o art. 8º, inciso VIII da Resolução nº 213 do CNJ, ao impor um tratamento diferenciado às declarações prestadas pelo preso, poderá, eventualmente, tomar esse depoimento como meio proibido de prova, em que pese ele ter sido coletado em decorrência de um ato judicial legitimamente prescrito por tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico nacional (BRANDALISE, 2016). Afinal, a realização desse ato ocorre mediante a presença do Tribunal, do Ministério Público e da Defesa, numa definição clara do sistema acusatório, consubstanciado na separação definitiva das funções de julgar, acusar e defender.

Dessa forma, estando desenhado esse modelo acusatório também na audiência de custódia, seria de estranhar que quaisquer práticas em desconformidade com esse sistema pudessem ser toleradas nesse momento. Contudo, essa violação é, de fato, observada na medida em que o conteúdo da audiência de apresentação somente pode ser aproveitado para a investigação de tipos restritos de infração penal – quais sejam, os relacionados à tortura e ao abuso de poder –, desconsiderando quaisquer elementos probatórios que possam apontar a ocorrência de delitos de outras espécies, cometidos até mesmo pelo próprio sujeito preso.

Essa configuração, segundo o professor Brandalise (2016, p. 142), aproxima esse procedimento do antigo modelo inquisitório:

A propósito, ao determinar que o juiz tome providências investigativas quanto à tortura, sem o afastamento do meio proibido de prova em relação aos fatos do flagrante, aproxima a figura judicial ao antigo Inquisidor, o que tanto é repudiado por quem prega a sua imparcialidade.

Diz-se isso, também, porque a ressalva expressa de o juízo produzir prova exclusivamente em prol da defesa (e a alegação de tortura também é uma tese defensiva) somente existiu no processo ao tempo da Inquisição!

Diga-se: a opção pelo sistema acusatório já aponta, por si só, a falta de fundamentação tanto da proibição imposta aos magistrados que presidem a audiência de custódia de formular perguntas que dizem respeito ao mérito do caso penal, como do impedimento de utilização probatória das declarações do acusado nessa audiência. Ambas as vedações, ressalta-se, guardam íntima relação lógica entre si, razão pela qual a aceitação de uma dessas premissas e, ao mesmo tempo, a rejeição da outra, configura-se uma incoerência processual.

Ainda em relação ao sistema inquisitório, importante observar que, nesse modelo,

as regras referentes à produção de provas são menos minuciosas, guiando-se o processo pelo princípio da autoridade, em contraposição ao princípio dialético, que fundamenta o sistema acusatório (TONINI, 2002 *apud* BRANDALISE, 2016).

Com efeito, a imposição de um limite cognitivo à audiência de custódia sem que haja justificção suficiente para tanto vai de encontro com uma das características basilares desse sistema, que consiste no fato de que os resultados que a acusação e a defesa obterão dependem da sua opção por exercer ou não direitos a eles inerentes na esfera processual (RAPOZA, 2013, p. 212).

Consequentemente, tem-se que a proibição de atividade probatória nessa etapa – incluindo-se aí a autodefesa – vem sendo equivocadamente tratada como uma forma de proteção ao preso, situação que é denominada por Paiva (2017) como “paternalismo processual”. De fato, todas as ações realizadas pela defesa, em juízo, buscam proteger da melhor forma os interesses do investigado, sendo desnecessário qualquer mecanismo estatal que pretenda protegê-lo de si mesmo.

Desse modo, a seleção parcial do conteúdo a ser abordado durante a audiência, resultando em um tratamento excessivamente protetivo em relação ao custodiado – a ponto de restringir a sua própria liberdade comunicativa –, demonstra que a limitação cognitiva na audiência de custódia, prevista no art. 8º, VIII da Resolução e no PLS nº 554/2011, é incompatível com o modelo acusatório.

Por conseguinte, levando-se em consideração que o sistema acusatório encontra suporte em diversos dispositivos da CFRB/88, qualquer dispositivo que vá de encontro com esse modelo deve ser rejeitado em razão de sua inconstitucionalidade, motivo que por si só já justificaria a rejeição da aludida regra da Resolução 213 do CNJ.

4.2 Da violação a princípios constitucionais processuais penais

Além da incompatibilidade com o modelo acusatório, essa restrição também apresenta algumas violações a princípios processuais penais previstos na Carta Maior, principalmente aos da publicidade e do contraditório. Por esse motivo, far-se-á, a seguir, uma exposição acerca do conteúdo desses princípios, explicitando o porquê da limitação cognitiva da audiência de custódia ferir as referidas normas processuais penais.

4.2.1 Princípio da publicidade

Quanto à violação ao princípio da publicidade, cabe ressaltar que essa abordagem será feita precipuamente em relação à possibilidade de aproveitamento incriminatório das declarações do custodiado em caso deste eventualmente adentrar no mérito do caso penal, ainda que o magistrado não efetue nenhuma pergunta com esse propósito. Com efeito, é sob esse aspecto que a inobservância do referido princípio parece mais se destacar, tanto na Resolução 2013 do CNJ, como na redação do PLS 554/2011.

O tema em questão é objeto de opiniões antagônicas na doutrina, havendo tanto quem entenda pela inviabilidade do aproveitamento dessas declarações como quem não veja problemas com a utilização do conteúdo da audiência durante a ação penal. Os defensores da primeira corrente alegam que o magistrado deve apenas analisar o preenchimento ou não dos requisitos da prisão preventiva, sendo que qualquer discrepância entre o depoimento do preso e o conteúdo do seu interrogatório em juízo não pode ser utilizada contra o custodiado. Nesse sentido, é o posicionamento de Lopes Jr. e Rosa (2015, p. 1):

Essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do artigo 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, a fiança. [...]

Contudo, em alguns casos, essa entrevista vai situar-se numa tênue distinção entre forma e conteúdo. O problema surge quando o preso alegar a falta de *fumus commissi delicti*, ou seja, negar autoria ou existência do fato (inclusive atipicidade). Neste caso, suma cautela deverá ter o juiz para não invadir a seara reservada para o julgamento. Também pensamos que eventual contradição entre a versão apresentada pelo preso neste momento e aquela que futuramente venha utilizar no interrogatório processual, não pode ser utilizada em seu prejuízo. **Em outras palavras, o ideal é que essa entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des)valorização.**

Contudo, até mesmo doutrinadores defensores desse mesmo entendimento compreendem que “o uso distorcido das declarações da pessoa presa” é um grande desafio prático a ser enfrentado (CHOUKR, 2015, p. 28b). De fato, conforme afirmação de Choukr (2015, p. 28b), essa preocupação baseia-se num receio de “[...] transformar essa audiência numa produção antecipada de cognição do mérito [...]”, desvirtuando, assim, a finalidade da audiência de apresentação – que, primordialmente, seria apenas de verificar a legalidade da prisão ou a ocorrência de eventual tortura contra o preso, bem como de analisar a necessidade da sua manutenção no cárcere.

Conforme já dito, a questão em comento possui íntima ligação com o debate sobre

a vedação de atividade probatória da audiência de apresentação, vez que a aceitação deste pressuposto implica na consideração desse depoimento como prova ilícita – a qual, frise-se, é vedada pela ordem constitucional nacional¹⁵, devendo o mesmo ser desentranhado no processo, a teor do art. 157, *caput*, do CPP (BRANDALISE, 2016, p. 114).

Diga-se: a regra imposta pelo art. 8º, inciso VIII, da Resolução 213 do CNJ, em virtude da sua redação restritiva ao conteúdo da inquirição judicial, poderia implicar em ulterior ocultação, no todo ou em parte, do depoimento do sujeito preso caso este adentre no mérito do caso penal, ainda que sem a influência da inquirição do magistrado. Isso porque o depoimento em questão poderia ser considerado como prova ilícita – vez que obtida “em desacordo” com as normas vigentes – e, portanto, excluído dos autos do processo.

Embora esse seja o entendimento adotado por boa parte da doutrina, entende-se que isso não poderia ocorrer senão com a transgressão do princípio da publicidade, senão vejamos.

Consoante lição do professor Nucci (2015), o aludido princípio é essencial para a transparência e a moralidade, apontando para uma atuação estatal aberta e voltada para a sociedade, a qual é seu verdadeiro destinatário. Segundo o mesmo autor (2015, p. 437), os oponentes desse princípio são o segredo e o sigilo, os quais “[...] merecem ser vistos em caráter excepcional, porém, de algum modo, necessários, para a preservação de outros valores, igualmente resguardados pelo Estado Democrático de Direito.”

Demais disso, cabe lembrar a lição de Rangel (2015, p. 13) acerca da importância do princípio da publicidade como forma de permitir o controle das decisões judiciais pelas partes interessadas e pela população:

No direito pátrio vigora, em regra, o princípio da *publicidade absoluta* (ou *publicidade externa*), já que qualquer pessoa pode ir ao Fórum assistir à realização de interrogatórios, oitiva de testemunhas, debates, enfim... qualquer ato processual que interesse ao cidadão. É a fiscalização popular sobre os atos da Justiça ou um verdadeiro e democrático *controle* (popular) *externo* da atividade jurisdicional. Reclama-se, hodiernamente, de um controle externo da atividade jurisdicional, quando, na realidade, este controle já está expresso no princípio da publicidade dos atos processuais, permitindo a todos, inclusive através da imprensa, o acesso às decisões judiciais.

Com efeito, a publicidade é uma garantia imprescindível para o processo penal, possuindo fundamentação constitucional no art. 5º, LX, e no art. 93, IX (BRASIL, 1988), os quais apresentam, respectivamente, a seguinte redação:

¹⁵ Art. 5º, LVI, CF: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 1988).

Art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

[...]

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

Segundo os referidos dispositivos, a publicidade é, em regra, indeclinável, exceto nos casos em que se deve resguardar a intimidade e o interesse público. E isso se deve ao fato de que o Estado Democrático de Direito não pode ceder espaço ao mistério, já que a publicidade dos atos processuais é um importante componente do devido processo legal, caracterizando-se como uma das garantias mais robustas do direito de defesa (RANGEL, 2015).

Com efeito, o procedimento sigiloso é uma característica do sistema inquisitivo, o qual foi abolido de nossa legislação processual, pelas razões já explicitadas anteriormente. Por esse motivo, quaisquer restrições ao princípio da publicidade que não estejam abarcadas pelas exceções previstas na Constituição Federal devem ser afastadas por vício de inconstitucionalidade.

Ora, observa-se que a vedação à utilização integral do conteúdo da audiência de custódia não se insere em nenhuma das hipóteses constitucionais de mitigação do aludido princípio. De fato, a utilização do depoimento do custodiado em sede judicial, por exemplo, não representará nenhum risco ao seu direito constitucional à intimidade e, muito menos, ao interesse público – pelo contrário, os atos processuais devem ser fiscalizados pela sociedade sempre que possível.

Desse modo, tendo em vista que o processo penal não pode conviver com “pronunciamentos ocultos” (PAIVA, 2017), qualquer pretensão de vedar o aproveitamento do conteúdo da audiência de custódia como expediente probatório em eventual ação penal representa uma violação ao princípio constitucional da publicidade.

4.2.2 Princípio do contraditório

O contraditório integra, segundo Nucci (2015) uma das mais relevantes faces do devido processo legal, estando intimamente ligado, sob o prisma do acusado, à ampla defesa. Até mesmo a Carta Maior, no art. 5º, inciso LX (BRASIL, 1988), ao dispor sobre ambos os

princípios, optou por sistematizá-los em um mesmo dispositivo, determinando que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Cabe ressaltar também que o contraditório é um dos princípios mais importantes do processo penal, sobretudo em matéria relativa à produção probatória, constituindo-se em um verdadeiro requisito de validade do processo, vez que a sua inobservância, quando acarretar em prejuízo ao acusado, é passível de nulidade absoluta (PACELLI, 2015).

Com efeito, acerca desse princípio, leciona Eugênio Pacelli (2015, p. 44):

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. É assim porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

Segundo o mesmo autor (2015), para que esse mandamento seja devidamente satisfeito, é necessário que seja observado tanto o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação a ambos – ou seja, a garantia de participação – como o direito de participação em simétrica paridade, isto é, poder responder na mesma intensidade e extensão.

Cotejando-se esse princípio com a vedação de atividade probatória na audiência de custódia, observa-se, primeiramente, que não é necessário aprofundar o debate acerca da possibilidade de aplicação do contraditório – e, à semelhança, da ampla defesa – à investigação preliminar, vez que a audiência de custódia não pode ser considerada um ato ou instrumento de investigação, embora seja realizada, como regra, durante a fase investigativa (PAIVA, 2017).

De fato, o auto de prisão em flagrante, quando judicializado, adquire natureza processual, momento em que a aplicação desse princípio não só é possível, mas também é necessária (ANDRADE; ALFLEN, 2016). Afinal, a audiência de custódia constitui-se em verdadeiro ato judicial, onde estão presentes o magistrado, o Ministério Público e a defesa.

Nesse esteio, a proteção exclusiva dos interesses, direitos e liberdades individuais do preso durante a audiência de apresentação, desconsiderando-se os demais interesses socialmente aceitos, retrata uma verdadeira ditadura individual e um potencial enfraquecimento dos alicerces estatais, vez que também é imperioso o reconhecimento e o respeito aos interesses públicos envolvidos no caso penal (BRANDALISE, 2016).

Com efeito, o contraditório pressupõe a possibilidade de conhecimento opiniões,

argumentos e conclusões formuladas por uma parte, de poder manifestar suas razões e seus fundamentos fáticos e jurídicos, além de possibilitar a produção de provas e o conhecimento das provas produzidas pela parte contrária (FERNANDES, 2001 apud BRANDALISE, 2016).

Nesse esteio, percebe-se que essa bilateralidade da ação tem como objetivo permitir que a decisão do magistrado seja fundamentada em todos os argumentos de quem acusa e de quem é acusado, a fim de conferir maior objetividade a essa decisão. Para que isso ocorra, como já mencionado anteriormente, é necessário que haja uma fiscalização recíproca entre as partes, ou seja, a parte adversa deve ter conhecimento de todas as provas produzidas no processo, para que possa refutar ou fazer prova em contrário àquela que a outra apresentou.

Por esse motivo, o contraditório, no processo penal, é um direito não apenas da defesa, mas também da acusação – e, em relação ao Ministério Público, deve-se atentar para o fato de que este defende direitos fundamentais coletivos, assim como os da vítima ofendida¹⁶.

Fere a lógica conceber que a mesma declaração possa ser válida para fins de apuração da tortura e inválida para apurar fato praticado por quem a declarou, uma vez que o ato é uno: inexistente alegação alicerçada em “favor rei”, que legitime esta desarrazoada diferença de tratamento (BRANDALISE, 2016). Essa situação agrava-se mais ainda quando levamos em conta que, no caso da Resolução 213 do CNJ, não é possível que seu texto contenha uma restrição não prevista em lei, motivo pelo qual não cabe alegar nulidade de uma prova com base no referido ato normativo.

Ademais, ainda que se busque alterar a legislação a fim de incluir essa restrição, observa-se que não existe fundamento para tal pretensão – e, aqui, faz-se memória ao PLS 554/2011 (atual PL 6620/2016), cuja redação busca, dentre outras reformas, justamente o registro das declarações do preso em autos apartados, além da proibição expressa de utilização desse depoimento como meio de prova contra o preso¹⁷. Isso, segundo Brandalise (2016, p. 147) se deve ao fato de que

[...] a audiência de custódia *jamais pode ser considerada como um meio enganoso, imoral, ilegal, constrangedor de obtenção de prova*, sob pena de se colocar em suspeita a estrutura que ora se apresenta criada pelo próprio Poder Judiciário e que se pretende em diploma legal futuro.

¹⁶ De acordo com o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

¹⁷ De fato, o projeto de lei busca incrementar diversos parágrafos ao artigo 306 do CPP, dentre eles o § 7º, o qual possuiria a seguinte redação: “a oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado”.

Também fere a lógica afirmar que a vedação de atividade probatória – aqui se inserindo, igualmente, a autodefesa – teria como escopo a proteção da pessoa presa, como se fosse preciso protegê-la de si mesma. Acerca disso, Paiva (2017) chama a atenção para o já mencionado “paternalismo processual”, que consiste em um discurso tendente a restringir a liberdade comunicativa do preso, a fim de criar um ambiente propício para a discussão apenas da legalidade e da cautelaridade da prisão.

Segundo o mesmo autor, essa proibição é pautada em dois equívocos. O primeiro consiste na falsa concepção de que seria possível discutir apenas a cautelar durante a audiência de apresentação, sem considerar, contudo, que até mesmo para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, para a decretação de prisão temporária ou para a concessão de liberdade provisória o próprio CPP determina que se adentre no mérito do caso penal:

O primeiro equívoco desse pensamento é a pretensão de promover uma separação rigorosa entre cautelar e mérito do caso penal. Isso não existe. O CPP exige prova da existência do crime e indício suficiente de autoria para que a prisão preventiva possa ser decretada (artigo 312, caput). A Lei 7.960/1989 exige fundadas razões, de acordo com as provas, de autoria ou participação do investigado (artigo 1º, III), para que a prisão temporária possa ser decretada. E mais. O CPP estabelece que o juiz deve conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato amparado por excludente de ilicitude (artigo 310, parágrafo único), assentando, ainda, que em nenhum caso se admitirá a decretação de prisão preventiva se presente este cenário (artigo 314). (PAIVA, 2017, p. 115-116)

Com efeito, a própria lei determina diversas hipóteses em que a cautelar passa necessariamente pela análise do mérito, não podendo dele se apartar. Nesse aspecto, surge o seguinte questionamento: como esperar que o magistrado formule o seu convencimento acerca dessas questões sem realizar os necessários questionamentos acerca dos fatos objeto da prisão em flagrante?

Observa-se ainda que o art. 8º, inciso VIII da Resolução 213 do CNJ busca, justamente, impedir que o magistrado formule perguntas sobre o mérito do caso “[...] com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante.” (BRASIL, 2015).

Ora, ainda que haja uma advertência expressa ao julgador em relação à realização de tais questionamentos, seria improvável que o magistrado concedesse liberdade provisória ou decretasse a prisão preventiva ou temporária ao custodiado sem analisar o mérito do caso penal – algo que necessariamente ocorre, frise-se, mesmo que o magistrado não possua a intenção de “produzir prova para a investigação ou ação penal”.

Demais disso, Paiva (2017), alerta para o segundo equívoco presente na vedação

da produção probatória, consectário do primeiro: o de que essa proibição viola o “direito ao confronto”, decorrente do princípio do contraditório, segundo o qual o preso deve ter total liberdade de comunicação na audiência de apresentação. Afinal, deve ser garantida ao custodiado, durante esse momento, a oportunidade de confrontar a “versão oficial” oferecida pela polícia, aduzindo, por exemplo, que agiu em legítima defesa ou que não praticou o fato investigado.

Portanto, percebe-se que, se por um lado essa proibição busca proteger o preso e fazer com que a finalidade da audiência de custódia “não seja desvirtuada”, por outro ela cria diversos mecanismos que dificultam a atuação jurisdicional e o direito ao confronto, além de cercear a liberdade da pessoa presa de defender-se – aspecto este que será melhor analisado no subtópico seguinte.

4.2.3 Princípio da ampla defesa

A defesa consiste em um direito inerente a toda pessoa, conferindo-lhe dignidade nas relações sociais e proteção, oposição ou justificação contra a prática de um delito, na seara penal (NUCCI, 2015). Difere-se do contraditório na medida em que este não vai além da “garantia de participação” – isto é, a garantia de a parte poder impugnar –, sem, contudo, preocupar-se com a concreta efetividade com que se exerce a aludida impugnação (PACELLI, 2015).

Com efeito, a ampla defesa é uma consequência do devido processo legal e de um processo justo, não podendo haver qualquer tipo de obstáculo ao seu exercício. Esse princípio autoriza a utilização de vários instrumentos legalmente permitidos para seu exercício, dada a insuficiência do acusado em relação aos órgãos acusadores representantes do Estado, a fim de garantir um direito de cunho público, autônomo e abstrato (VALE, 2009 *apud* BRANDALISE, 2016).

Segundo Nucci, (2015), esse princípio pode ainda ser subdividido em autodefesa e defesa técnica: a primeira é realizada pelo próprio acusado, a partir de seus argumentos e raciocínio lógico, ainda que desprovidos de juridicidade; a segunda é elaborada pelo advogado, cuja habilitação é supervisionada pelo Estado e dependente de alto grau de conhecimento técnico.

Cotejando-se a ampla defesa com a audiência de custódia, verifica-se que, em

relação à defesa técnica, tanto a Resolução 213 do CNJ¹⁸ como a redação do PL 6620/2016¹⁹ preveem a necessidade de advogado durante a realização do ato, de modo que, pelo menos nesse aspecto, não se pode falar em violação à ampla defesa.

Contudo, é sob o prisma da autodefesa que a infração a esse princípio toma forma, vez que restringe, de forma indireta, a liberdade comunicativa do preso. Como exemplo, tem-se a redação do art. 8º, inciso VIII da Resolução 213 do CNJ (BRASIL, 2015), que determina que o magistrado deve abster-se de formular perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos retratados no auto de prisão em flagrante, em que pese dever perguntar sobre as circunstâncias da prisão ou da apreensão (inciso V). Deve ainda o juiz indeferir perguntas do Ministério Público e da defesa que disserem respeito ao mérito do fato (§1º do mesmo artigo).

Quanto ao aproveitamento dessas declarações, economizou palavras, pois como proíbe a atividade probatória na audiência de custódia, não chegou a tratar expressamente dessa questão, omitindo-se em relação à utilização de eventual fala do preso sobre o mérito do caso penal como prova incriminatória na ação penal.

A redação prevista no PL 6620/2016, contudo, vai mais além: pretende determinar não só que a oitiva do preso verse apenas sobre a legalidade e a necessidade da prisão, mas também que esse depoimento seja registrado em autos apartados, não podendo ser utilizado como meio de prova contra o depoente.

Ora, essa vedação não poderia ser imposta senão com a violação dos princípios da publicidade e da ampla defesa. A primeira, pelos motivos já expostos anteriormente; a segunda, por cercear a liberdade de declaração do custodiado durante essa audiência, impedindo que a sua manifestação seja dotada de liberdade e consciência em relação ao conteúdo.

Com efeito, considerando a natureza processual da audiência de custódia, cabe ainda mencionar o ensinamento de Pacelli (2015, p. 45) acerca do interrogatório, para o qual “é um meio de defesa – incluído na denominada autodefesa, que consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa [...]”. Segundo o mesmo autor (2015, p. 45, grifo do autor), **trata-se de um verdadeiro direito do réu a ser ouvido**

¹⁸ Segundo o art. 4º do referido texto normativo, “A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.” (BRASIL, 2015).

¹⁹ O PL pretende, dentre outras reformas, o acréscimo do § 5º ao art. 306 do CPP, o qual possuiria a seguinte redação: “Antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado para garantir a confidencialidade, devendo ser esclarecidos por funcionário credenciado os motivos e os fundamentos da prisão e os ritos aplicáveis à audiência de custódia”.

pelo juiz da causa (art. 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica²⁰), inserindo-se no âmbito da disponibilidade do acusado, o qual deverá realizar o juízo de oportunidade e conveniência acerca do exercício de tal direito.

Nesse sentido, não é demasiado lembrar que a confissão é tratada como benefício penal em nosso sistema penal²¹, até mesmo como hipótese de diminuição de pena nos casos de colaboração processual, motivo pelo qual não pode ser encarado como violação à liberdade de declaração.

Tem-se, assim, que declarar contra si é um exercício inerente à própria vontade do preso, o que lhe é constitucionalmente garantido, sendo possível a declaração ser revertida a seu favor, e integra o conceito de devido processo legal (LAFAVE; ISRAEL, 1992 *apud* BRANDALISE, 2016). A exemplo disso, a Corte Europeia já assentou que as declarações autoincriminatórias, para serem válidas, precisam ser assistidas por um defensor, principalmente quando o acusado estiver sob custódia.

No mais singelo dos quadros, dever-se-ia considerar essa declaração como prova emprestada²², pois além de ela tomar parte em um processo, a audiência de custódia envolve as mesmas partes que integrarão o processo penal de conhecimento respectivo, estando sujeita ao contraditório (BRANDALISE, 2016).

Contudo, essa mesma declaração apresenta também diversas características que poderiam enquadrar-lhe como prova antecipada:

Na medida em que formada perante o juízo, antes do início da ação penal, com a presença da acusação e da defesa, em atividade processual, assegurando o contraditório; pela urgência reconhecida, haja vista que imperiosa a apresentação judicial do flagrante em até 24h da comunicação em flagrante (*proporcionalidade*); pelo conteúdo que se pode extrair de sua realização (*adequação*) e pela relevância do fim a que se destina (*necessidade*), guarda o interrogatório realizado em audiência de custódia fortes semelhanças com a chamada prova antecipada (BRANDALISE, 2016, p. 155).

Dessa forma, a declaração do preso poderia ser aproveitada posteriormente em

²⁰ “Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

²¹ Nesse sentido, dispõe o art. 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal que a confissão espontânea da autoria do crime, perante uma autoridade, é uma das circunstâncias que sempre atenuam a pena. O referido dispositivo foi reforçado com a Súmula 545 do STJ, o qual dispõe que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal”.

²² A prova emprestada nos dizeres de Lopes Júnior (2014, p. 419) é “[...] aquela obtida a partir de outra, originariamente produzida em processo diverso.”

eventual ação penal tanto como prova emprestada, ou como prova antecipada, vez que pode ser legalmente enquadrada em ambas as hipóteses. Reforçada, portanto, a possibilidade de ela ser aproveitada quando do exame da sentença condenatória ou absolutória.

Demais disso, é necessário ressaltar que a declaração do preso, nesse momento, não pode ser vista como um retrocesso por antecipar do interrogatório. Isso porque eventual confissão do custodiado na audiência de apresentação não se configura em prova irrepetível, podendo ser, inclusive, retificado pelo acusado no momento do seu interrogatório ao final da instrução (PAIVA, 2017).

Isto posto, a possibilidade de autoincriminação não deve ser vista como o resultado de uma imposição coercitiva, mas como um reflexo da justiça aplicada no caso concreto e, inclusive, do exercício do direito de defesa do sujeito preso. Verifica-se, portanto, que a proibição à atividade probatória na audiência de custódia, especialmente quanto à declaração do preso, viola o princípio da ampla defesa – e, portanto, do devido processo legal – em uma de suas componentes essenciais: a autodefesa.

5 CONCLUSÃO

Esse estudo procurou apresentar como argumento central o fato de que a produção probatória dentro da audiência de custódia, incluindo-se aí o aproveitamento incriminatório da declaração do preso, é algo que não pode ser vedado pela legislação pátria, seja mediante lei ou provimento.

Com efeito, é certo que, se a audiência de custódia é um ato previsto dentro do ordenamento jurídico – seja porque decorre de convenção internacional, seja porque é regulado por instrumento normativo expedido pelo Conselho Nacional de Justiça –, ela não pode ser considerada, em hipótese alguma, como uma violação aos direitos fundamentais do preso, já que não coincide com nenhuma forma de ilicitude na obtenção de prova.

Ora, a maior das garantias do processo penal brasileiro permanece inalterada com a audiência de custódia. Isso porque ninguém será considerado culpado por nela ter sido ouvido, pelo fato de que da audiência de apresentação não decorre o trânsito em julgado de nenhuma sentença penal condenatória, permanecendo incólume o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (BRANDALISE, 2016).

Da mesma forma, está assegurado também, durante esse ato, o direito previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, qual seja, o de permanecer calado. Aliás, o depoimento prestado pelo preso somente poderia ser considerado como prova ilícita caso houver omissão de informação quanto a esse direito, ocasião em que se estará diante de uma intromissão indevida na privacidade do acusado (BRANDALISE, 2016).

Mas é certo que, caso o sujeito preso deseje falar acerca do mérito do caso penal – inclusive confessando a autoria delitiva –, não deve haver nenhum óbice que restrinja a sua liberdade comunicativa, ou mesmo que proíba que essa declaração venha a integrar eventual ação penal contra o custodiado. Trata-se, nesse caso, de uma verdadeira violação aos princípios da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, conforme já explicitado anteriormente.

Por esse motivo, comunga-se com o entendimento do Conselho Nacional do Ministério Público expresso em nota técnica ao PLS nº 554/2011 (CNMP, 2015), no sentido de que não deve haver nenhum óbice para que a declaração do custodiado sirva de subsídio ao julgamento de mérito a ser realizado, “[...] desde que avaliado conjuntamente com os outros elementos de prova coligidos, prestigiando-se, assim, o princípio do livre convencimento motivado do juiz que vigora no ordenamento jurídico pátrio”.

Demais disso, à semelhança do interrogatório na fase judicial, o depoimento do preso na audiência de custódia deve ser encarado não apenas como um meio de prova, mas principalmente como uma forma de defesa, razão pela qual deve o custodiado expor livremente suas razões, com todos os fundamentos que julgue serem os melhores para esse fim:

Proibir a utilização enquanto prova posterior é violar a *autonomia*, a *vontade* e a *liberdade* do acusado. Também é desconsiderar sua realização em *audiência*, que deve sempre respeitar o *contraditório*, a *ampla defesa*, a *mediação* e a *oralidade*. Da mesma forma, é desprezar a *capacidade que o juiz possui de justificar racionalmente* sua decisão com base em todo o contexto probatório coletado (em suma, é desrespeitar a busca pelo *sistema acusatório*, já que desrespeita o *actum trivium personarum* – afinal, essas características acompanharão o processo até o final) (BRANDALISE, 2016, p. 157, grifo do autor)

Com efeito, essa concepção de liberdade de atuação entre as partes envolvidas constitui-se também em um dos alicerces do sistema acusatório, segundo o qual o convencimento do magistrado deve estar pautado na dialética e na distribuição de funções entre os sujeitos com interesses opostos no processo penal, em contraditório.

Não é por acaso que o art. 13 da CADH (1969), a partir de uma leitura dos números 1 a 3, prevê que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão, incluindo-se aí a difusão de informações e de ideias, verbalmente ou por escrito. Também o mesmo documento, em seu art. 29, dispõe que nenhuma vedação deve ser imposta com o fim de excluir ou limitar o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos, ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

Assim, vê-se que todos os fundamentos levam à necessidade de aproveitamento das declarações do preso na audiência de custódia. Aliás, cabe lembrar que a produção incompleta da prova afasta a percepção da verdade, uma vez que esta pressupõe a observação de todas as fontes para o seu conhecimento (SCHÜNNEMANN, 2013 *apud* BRANDALISE, 2016, p. 157).

Fica evidente, então, que a produção probatória na audiência de custódia, bem como a utilização das declarações do preso nesse momento – inclusive as autoincriminatórias – não só são perfeitamente possíveis, como também necessárias. Com efeito, somente a execução da audiência de custódia dentro dos padrões constitucionais é que conduzirá a uma verdadeira proteção dos direitos fundamentais, seja quem for o seu titular.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Resolução 213 do CNJ: artigo 1º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia**: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 13-37

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia**: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2016a.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: livraria do advogado, 2016b.

ARANHA, Adalberto José. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL. **Nota técnica da associação dos delegados de polícia do brasil – ADEPOL/BR ao projeto de lei do senado nº 554, de 2011**. Brasília, DF, 5 ago. 2014. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451623>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. **Nota Técnica nº 16/2014**. Referente ao Projeto de Lei de Iniciativa do Senado(PLS) nº 554/2011. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/acoes-da-ajufe/notas-tecnicas/nota-tecnica-n-16-2014/>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. **Ofício nº 594/2014**. Brasília, 4 dez. 2014. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451650&disposition=inline>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. **Ofício**. São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=165>. Acesso em: 1 abr. 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **Nota Técnica**: a respeito do Projeto de Lei do senado 554/2011. [201-]. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/24714/Nota_T_cnica_-_Audi_ncia_de_Cust_dia.pdf>. Acesso: 11 abr. 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Ofício nº 029/2015-GAB/CONAMP**. Brasília, DF, 19 fev. 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451668&disposition=inline>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 872 p.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução 213 do CNJ: artigo 12. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia**: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2016. p. 139-158.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 89, de 2015**. Altera a Constituição Federal para dispor sobre a reforma do sistema de persecução penal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional nº 112, de 2011**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 470, de 2015**. Altera o Código de Processo Penal para estabelecer a audiência de custódia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=949101>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 7.871, de 2014**. Altera o Decreto-Lei nº 3689, de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621520>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, 22 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 22 maio 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de lei do senado nº 554, de 2011.** Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.** Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.240/SP.** Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 20/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 893 p.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas.** 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia_-_Resultados_preliminares_e_percepções_teorico-práticas>. Acesso em: 14 jun 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Gabinete do Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega. **Nota técnica:** Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Brasília, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Ficha Técnica:** Tibi Vs. Ecuador. 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=239>. Acesso em: 4 maio 2017

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL. **Ofício 37/14-FENADEPOL.** Brasília, 4 ago. 2014. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451614&disposition=inline>>. Acesso em: 1 abr 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 232, nov/2013a. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/309-268-Marco2015>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, nº 252, nov/2013b. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4981-Editorial-O-esforco-de-Sisifo-e-a-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 3 abr 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora juspodium, 2014. 1760 p.

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

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. **Processo penal no limite.** [S. l.]: Empório do Direito, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Ofício nº 3506/14 – JUR.** São Paulo, 6 nov. 2014. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451641&disposition=inline>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 30. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. 1065 p.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Provimento conjunto 03/2015**. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/regulamentacao-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2017