



Brasília | ano 53 | nº 211
julho/setembro – 2016

Audiência de custódia

Avanços e desafios

THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA

Resumo: O presente trabalho analisa a audiência de custódia no processo penal brasileiro, à luz do art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), reconhecendo a necessidade de sua aplicação imediata no Brasil. Após um estudo de direito comparado, analisam-se as sete finalidades da audiência de custódia e os aspectos práticos relacionados à aplicação desse procedimento no Brasil. Diversos aspectos do modelo brasileiro que está em construção merecem ser revistos: o prazo impraticável de 24 horas em todo o território nacional, que não é peremptoriamente exigido pelas normas internacionais; a necessidade de instrumentalizar o sistema acusatório na tutela cautelar, com requerimento pelo Ministério Público e defesa técnica; a necessidade de conceder oportunidade para o preso fazer suas declarações sobre as circunstâncias da prisão; a não realização da audiência de custódia como uma “inconvencionalidade progressiva”; e a necessidade de reformas processuais para agregar sentido procedimental ao ato.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Teleologia. Prazo. Sistema acusatório. Interrogatório.

Introdução

O presente artigo visa analisar o tema da audiência de custódia à luz das normas de tratados internacionais, das experiências de direito comparado e de sua interpretação teleológica, bem como aspectos práticos de sua realização, os quais apontam a necessidade de reforma processual para compatibilizar a racionalidade desse novo procedimento com a necessária agilização do processo penal.

Recebido em 22/2/16
Aprovado em 9/6/16

O artigo parte da premissa de que a audiência de custódia é um importante avanço na contenção da eventual arbitrariedade no âmbito da prisão cautelar; todavia, da forma como tem sido implementada em diversos Estados, acaba trazendo consigo alguns vícios que podem comprometer a legitimidade desse novo e relevante ato procedimental.

1. Análise das decisões recentes do STF sobre o tema

No Brasil, há normas cogentes que determinam a realização da apresentação pessoal do preso ao juiz. Todavia, tais normas têm sido sistematicamente ignoradas pelo processo penal brasileiro. Vejamos.

Estabelece o art. 9.3 do PIDCP da ONU, de 1966:

3. Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado (BRASIL, 1992a).

No mesmo sentido, o art. 7.5 da CADH estabelece:

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 (BRASIL, 1992b).

Há ainda o art. 11 da Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas, aprovada em Belém do Pará em 9/6/1994 – aprovada pelo Senado pelo Decreto Legislativo nº 127/2011, mas pendente de promulgação pelo Executivo –, que estabelece:

XI. Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada sem demora e de acordo com legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente (BRASIL, 2011).

Está em andamento no Senado Federal o PLS nº 554/2011, que regulamenta a aplicação das referidas normas internacionais.

O STF prolatou duas decisões importantes sobre o tema. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) ajuizou ADIn contra o Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência e Corregedoria-Ge-

ral do TJSP, argumentando a inconstitucionalidade de ter esse Tribunal regulamentado a audiência de apresentação do preso após sua prisão em flagrante. O STF conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, julgou improcedente a ação, entendendo que é constitucional que o Tribunal de Justiça regule diretamente a norma convencional (BRASIL, 2015b). A decisão foi proferida na linha do parecer do Procurador-Geral da República.

Posteriormente, ao julgar ADPF ajuizada pelo PSOL contra as condições desumanas das prisões no Brasil, o Plenário do STF determinou que todos os Estados e o Distrito Federal regulamentem e implantem procedimentos de audiência de custódia de presos, no prazo de 90 dias – prazo que se encerrou em 2 de dezembro de 2015. Consta do dispositivo do acórdão:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia [...] (BRASIL, 2015c).

Em paralelo, em razão de gestões realizadas pelo Presidente do CNJ, Min. Ricardo Lewandowski, a audiência de custódia já começa a ser implementada na maioria dos Estados brasileiros. Essa iniciativa do CNJ foi motivada

pelo reconhecimento, durante diversas correições e mutirões carcerários coordenados pelo CNJ, de um número extremamente elevado de casos de prisões ilegais, torturas e excessos de prazo e descumprimento de direitos fundamentais dos presos. Outro argumento central tem sido o de que há um elevado número de presos provisórios no Brasil.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) se manifestou em dois momentos sobre o tema. Em 25 de agosto de 2015, houve a aprovação da Nota Técnica nº 06, que analisa o PLS nº 554/2011, que por sua vez regulamenta a audiência de custódia (BRASIL, 2015d). Nessa nota técnica, o CNMP se posicionou no sentido de que a regulamentação das normas internacionais é tema relevante, mas seria importante a adoção das seguintes medidas:

- a) seja estabelecido um prazo mais dilatado para a apresentação física do preso ao juiz que aquele de 24 (vinte e quatro) horas e/ou se preveja que situações excepcionais e devidamente comprovadas poderão justificar que tal providência se dê em tempo superior ao previsto em lei;
- b) a adoção de um prazo de *vacatio legis* mais elástico, de ao menos 6 (seis) meses, para a alteração legislativa proposta, permitindo que todas as instituições envolvidas possam se organizar internamente de modo a se adequarem a ela;
- c) permita-se que, em situações excepcionais, a exemplo de existir risco à segurança pública ou quando se cuidar de preso que integre organização criminosa, a audiência de custódia possa ser realizada por sistema de vídeo-conferência ou no próprio estabelecimento prisional em que o preso estiver recolhido, observados os ditames estabelecidos pela Lei nº 11.900/2009 à realização do interrogatório;
- d) que o termo da audiência de custódia integre os autos do processo penal e que seja suprimida a vedação expressa à sua validade enquanto meio de prova.

A referida nota técnica ainda destaca que a audiência de custódia é uma reivindicação antiga de movimentos de direitos humanos que buscam combater a tortura e truculência policial, sendo as primeiras horas após a prisão o momento mais sensível para o interrogatório mediante tortura.

O CNMP ainda aprovou, em 22 de setembro de 2015, recomendação que considera que é obrigatória a participação de membro do Ministério Público nas audiências de custódia, devendo os Ministérios Públicos aderir aos termos de cooperação técnica firmados pelos Tribunais (Brasil, 2015e).

Finalmente, em 15 de dezembro de 2015, o CNJ aprovou a Resolução nº 213/2015, que regulamenta a realização da audiência de custódia em todo o território nacional, num prazo de 90 dias.

As decisões do STF e CNJ sobre a obrigatoriedade de realização de audiência de custódia andam no caminho certo. As normas do art. 9.3 do PIDCP e do art. 7.5 da CADH estão em pleno vigor no Brasil pelos Decretos nºs 592/1992 e 678/1992, respectivamente. Após a EC nº 45/2004, que alterou o § 3º do art. 5º da CRFB/1988, os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados segundo o rito das emendas constitucionais terão esse *status*. Quanto aos tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes dessa emenda, o STF tem reiteradamente reconhecido que tais convenções internacionais têm um *status* de supralegalidade, ou seja, apesar de estarem abaixo da CRFB/1988, estão acima de todo o restante ordenamento jurídico infraconstitucional. Não podem, portanto, ser revogadas por uma lei ordinária posterior, sendo possível falar-se de um verdadeiro controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais brasileiras que estão em desacordo com tratados internacionais relativos a direitos hu-

manos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2009a).

A reserva de competência federal para legislar sobre direito processual (CF/1988, art. 22, inciso I) não é vulnerada, pois os tratados internacionais estão acima das leis federais e, de qualquer sorte, são incorporados ao ordenamento jurídico em nível federal (CF/1988, art. 84, inciso VIII). A tipicidade processual, ainda que pudesse ser mais bem regulamentada (como se verá adiante), está suficientemente densificada: o preso deve ser conduzido sem demora à presença do juiz, para que esse o ouça e decida sobre sua prisão. Portanto, ao invés de se interpretar o tratado internacional à luz da lei nacional e restringir sua aplicabilidade em razão da eventual ausência de regulamentação nacional, o correto é adequar as disposições infraconstitucionais às exigências convencionais, que já possuem aplicabilidade interna imediata, na linha dos precedentes jurisprudenciais de cortes internacionais que dão a interpretação adequada das normas convencionais.

Apesar de o art. nº 306 do CPP não prever a necessidade de apresentar pessoalmente o preso ao juiz, contentando-se com o mero encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante, no qual consta o interrogatório do preso, tal disciplina normativa não pode ter o condão de afastar a aplicação imediata dos artigos de tratados internacionais recepcionados pelo Brasil, que já são, por sua clareza, autoaplicáveis; “toda pessoa detida deve ser conduzida sem demora à presença de uma autoridade judiciária”. E o delegado de polícia claramente não preenche esse requisito, pois o que o dispositivo exige é uma autoridade imparcial com competência para decidir sobre a restrição à liberdade do preso (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, p. 11; OLIVEIRA G. et al, 2015, p. 124). Não basta ser um funcioná-

rio público bacharel em direito para poder ser equiparado à função de autoridade judicial; é necessário ter as prerrogativas funcionais e – mais relevante – estar na posição de imparcialidade na qual um juiz deve estar. Em outras palavras, quem conduz a investigação criminal, direta (autoridade policial) ou indiretamente (Ministério Público, mediante suas requisições e o controle externo da eficiência da investigação – LC nº 75/1993, art. 3º, alínea “d”), não pode ser um juiz imparcial para os efeitos das normas convencionais. Não à toa, na França, que ainda trabalha com juiz de instrução para investigar os casos mais graves, há um outro “juiz das liberdades” para decidir quanto às restrições de direitos fundamentais na fase investigativa (GUINCHARD; BUISSON, 2009, p. 285).

As expressões “prontamente” ou “sem demora” não podem ser interpretadas como o ato de interrogatório judicial, que atualmente é realizado apenas ao término da instrução processual, em média alguns meses após os fatos. A situação é ainda mais séria no caso de prisão temporária, que pode eventualmente perdurar por até 60 dias para crimes hediondos (Lei nº 7.960/1989 c/c Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 4º), situação em que a pessoa ficaria detida sem uma rotina obrigatória que lhe possibilite ter contato com o juiz.

Vale relembrar que a apresentação imediata de preso ao juiz não é qualquer novidade no sistema processual brasileiro, sendo prevista como procedimento obrigatório no art. 236, § 2º, do Código Eleitoral, para as prisões ocorridas cinco dias antes e 48 horas após as eleições, situação em que o preso ou detido deverá ser imediatamente “conduzido à presença do juiz competente”. Ela também é prevista como facultatividade no art. 2º, § 3º, da Lei nº 7.960/1989, para a prisão temporária, bem como é prevista nos arts. 656 e 657 do CPP, para o procedimento de *habeas corpus*, apesar de ambos os dispositivos quase nunca serem aplicados. Finalmente, há norma semelhante no âmbito do Estatuto da Criança e Adolescente, chamada de “audiência de apresentação do adolescente” (Lei nº 8.069/1990, arts. 180 e 184), que ocorre, todavia, perante o Ministério Público, para que se realize sua oitiva, ainda que já tenha sido ouvido perante a autoridade policial.

Segmento da doutrina nacional já indicava a necessidade urgente de se cumprirem tais normas internacionais (CRUZ, 2011, p. 124; CARVALHO, 2006, p. 178; CHOUKR, 2009, p. 74; TUCCI, 2004, p. 346; DELMANTO JÚNIOR, 1997; SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 134). Em meio a reclamações e incompreensões, também houve vozes que elogiaram a iniciativa do CNJ (MACIEL FILHO, 2015; LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014; LIMA, 2015, p. 926-930; OLIVEIRA et al, 2015; ANDRADE; ALFLEN, 2015).

Com efeito, estabelece o art. 27 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”. A eventual falta de juízes no interior do Brasil também não pode ser um empecilho ao cumprimento de uma norma que está em vigor, pois cumpre ao Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia adequarem seus quadros a uma norma que está em vigor e não simplesmente desconsiderá-la. Por exemplo, assim que entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) prevendo a obrigatoriedade de apresentação imediata de todo adolescente apreendido em flagrante ao Ministério Público, como uma verdadeira garantia de proteção ao adolescente, o Ministério Público teve que se reorganizar para cumprir efetivamente essa função.

As decisões do STF sobre o tema configuram um inegável avanço no sentido de exigir uma apresentação imediata, automática e pessoal do preso à autoridade judiciária. Além disso, a audiência de custódia tem sido defendida como uma solução (ou parte da solução) para o problema da superpopulação carcerária, como um instrumento para assegurar uma análise mais criteriosa da efetiva necessidade de manutenção da custódia cautelar. Esse é um dos aspectos possíveis, mas não o único e, provavelmente, não o mais relevante.

A compreensão do alcance das normas internacionais é algo que a doutrina brasileira ainda precisa amadurecer melhor. Para tanto, a análise de como o tema tem sido disciplinado em outros países pode lançar luzes sobre o problema no Brasil, de forma a se compreender a teleologia das normas relativas à apresentação imediata do preso ao juiz.

2. Audiência de custódia no direito comparado e sua relação com o primeiro interrogatório judicial

No direito processual penal de diversos países, há uma convergência de entendimentos no sentido de que a pessoa presa na fase das investigações deve ser imediatamente apresentada pessoalmente ao juiz. A finalidade dessa audiência é a realização do interrogatório pelo juiz e a decisão, em contraditório, sobre a necessidade da continuidade de sua prisão. A regra está ligada a um sistema mais amplo de mecanismos de controle sobre a atividade policial. Vejamos brevemente.

Em Portugal, quando uma pessoa é detida, ela deve ser apresentada, no prazo máximo de 48 horas, ao juiz de instrução, que deverá interrogá-la sobre os fatos – primeiro interrogatório judicial de arguido detido (PORTUGAL, 1987, art. 141). Esse prazo pode ser adiado por até 5 dias,

se houver dia não útil no prazo das 48 horas (PORTUGAL, 1987, art. 387.2.a). Esse primeiro interrogatório de pessoa detida é privativo do juiz, não podendo ser realizado pela Polícia (PORTUGAL, 1987, art. 268.1.a). Em casos urgentes, em que não for possível apresentar imediatamente o detido ao juiz de instrução, poderá ocorrer um interrogatório sumário pelo Ministério Público, seguido do posterior interrogatório pelo juiz de instrução (PORTUGAL, 1987, art. 143). Caso haja necessidade de realização de novos interrogatórios do preso, ou ainda no caso de primeiro interrogatório de pessoa não detida, eles poderão ser realizados no inquérito diretamente pelo Ministério Público ou poderão ser delegados à Polícia (PORTUGAL, 1987, arts. 144.2 e 270.1). Verifica-se, portanto, um cuidado especial com o primeiro interrogatório de investigado detido, momento em que as arbitrariedades são mais usuais no afã de se obterem novas informações investigativas. Nas palavras de Albuquerque (2009, p. 387): “o primeiro interrogatório judicial de arguido detido visa revelar ao detido os motivos da sua detenção, ouvir as razões do detido e colocar o juiz em posição de decidir se os motivos que determinaram a detenção ainda subsistem em face das razões do detido e se justificam uma medida de coação”. Vale lembrar que o juiz de instrução, no sistema português, não é responsável pela condução da investigação criminal, que é de responsabilidade do Ministério Público, mas tem a função de decidir sobre as restrições de direitos fundamentais na fase investigativa, sempre mediante prévio requerimento e não de ofício (PORTUGAL, 1987, arts. 263 e 268).

Na Itália, no caso de interrogatório de pessoa presa por flagrante delito (ITÁLIA, 1988, art. 388), após a Polícia colocar a pessoa à disposição do Ministério Público, este poderá realizar o interrogatório do investigado e em

seguida requerer ao juiz a audiência de convalidação, na qual o juiz para a investigação realizará um “interrogatório de garantia”, no qual avalia os requisitos de manutenção da medida (ITÁLIA, 1988, art. 390.2). Esse interrogatório de garantia deve ser feito no prazo máximo de 48 horas da detenção, em respeito à regra do art. 13.3 da Constituição italiana. Todavia, na hipótese de efetuar-se uma prisão preventiva, o Ministério Público apenas poderá interrogar após a realização do interrogatório de garantia pelo juiz (ITÁLIA, 1988, art. 294.6) (CHIAVARIO, 2009, p. 663). A manutenção da prisão depende de um requerimento do Ministério Público (ITÁLIA, 1988, art. 390.3), sendo obrigatória a participação do defensor do réu nessa audiência.

A Polícia italiana não tem, em regra, autonomia para realizar o interrogatório do investigado por iniciativa própria. Há apenas três formas de a Polícia obter informações do investigado: (a) mediante conversa informal no local dos fatos e logo após a prática da infração penal (ITÁLIA, 1988, art. 350.5); (b) mediante entrevista com o investigado que não está preso (ITÁLIA, 1988, art. 350.1); (c) mediante interrogatório por delegação específica do Ministério Público, apenas para o caso de investigado solto (ITÁLIA, 1988, art. 370). O interrogatório de investigado preso é privativo do Ministério Público e não admite delegação à Polícia (ITÁLIA, 1988, art. 388). A possibilidade de a Polícia realizar por iniciativa própria uma entrevista com o investigado que esteja solto (ITÁLIA, 1988, art. 350.1), denominada *sommario informazione*, é chamada na doutrina de um “quase interrogatório”; todavia, ela corresponde a um convite de comparecimento, já que a Polícia não tem poderes de determinar a condução coercitiva do investigado; somente o juiz poderá determiná-la e apenas para realizar-se perante o Ministério Público, já que nes-

sa situação o interrogado estará momentaneamente com sua liberdade restringida (ITÁLIA, 1988, art. 376). Todas essas normas têm uma finalidade: reconhece-se que o interrogatório em si mesmo é um ato altamente intimidatório. Se o investigado está em liberdade, aceita-se a possibilidade de o interrogatório ser realizado pela Polícia, mas se ele está preso em flagrante, reserva-se a realização do interrogatório ao Ministério Público, como uma garantia adicional de que ele não sofrerá quaisquer formas de pressão indevidas no ambiente policial.

Na Alemanha, o art. 104.3 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) prevê que toda pessoa presa deve ser levada, até o final do dia seguinte à sua prisão, à presença de um juiz, que deverá informá-la das razões da prisão, examiná-la, dar-lhe oportunidade de arguir objeções à prisão e expedir uma decisão com os fundamentos de sua manutenção na prisão ou de sua liberação. Mesmo que o preso tenha sido detido em razão do cumprimento de um mandado de prisão, ele ainda assim deve ser levado à presença de um juiz. A StPO, § 115.2, reitera que o prazo dessa apresentação ao juiz não pode exceder o dia seguinte ao da detenção. Caso não seja possível a apresentação nesse prazo ao juiz competente, o preso deve ser apresentado ao juiz do local dos fatos, para oitiva dentro do prazo, seguindo-se, mediante requerimento do detido, nova oitiva pelo juiz natural (ALEMANHA, 1950, § 115a). O primeiro interrogatório de investigado preso será realizado necessariamente pelo juiz da investigação no momento da apresentação pessoal do preso para conversão de sua detenção em prisão preventiva (ALEMANHA, 1950, §§ 115.2 e 128.1.2), sendo admitida a participação do Ministério Público e do Defensor (ALEMANHA, 1950, § 168c.1). Há um procedimento especificamente previsto para a decretação da prisão preventiva, que exige um requerimento

do Ministério Público, com indicação sumária dos fatos imputados ao investigado, oitiva do investigado, realização de uma audiência contraditória e posterior decisão judicial (ALEMANHA, 1950, §§ 413-416). Segundo Roxin (2000, p. 283), esse procedimento tem lugar logo após a realização do interrogatório do detido pelo juiz. Após esse primeiro interrogatório judicial do preso, o Ministério Público ou a Polícia poderão realizar outros interrogatórios. Todavia, o interrogatório investigativo perante o juiz, logo em seguida à detenção policial preventiva ou quando o Ministério Público especificamente solicite sua realização, tem um valor de prova mais elevado que o interrogatório meramente realizado em dependências policiais ou perante o Ministério Público (ALEMANHA, 1950, § 254). A Polícia tem legitimidade autônoma para realizar o interrogatório do suspeito não preso (ALEMANHA, 1950, § 163a.4). Todavia, se ele não comparecer espontaneamente, a condução coercitiva poderá ser realizada apenas pelo Ministério Público (ALEMANHA, 1950, § 163a.3), pois nessa situação o conduzido estará momentaneamente com sua liberdade restringida.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim) estabelece como regra que, quando se realiza uma detenção, o responsável pela detenção (particular ou policial) deverá apresentar o preso em no máximo 24 horas ao juiz mais próximo ao local da detenção ou, não sendo possível, deverá colocar em liberdade a pessoa, sob pena de responsabilidade criminal (ESPANHA, 1882, art. 386 c/c art. 496). Se o preso for apresentado diretamente ao juiz de instrução, este terá mais 72 horas para ou converter a detenção em prisão, ou tornar a detenção sem efeito (ESPANHA, 1882, art. 497), ou ainda conceder liberdade provisória no caso de prisão em flagrante (ESPANHA, 1882, art. 499).

Quando o juiz de instrução espanhol recebe a comunicação da detenção de uma pessoa, se não conceder imediatamente liberdade provisória sem fiança, deverá designar uma audiência, no prazo mais breve possível e dentro das 72 horas seguintes, para decidir sobre a conversão da detenção em prisão provisória ou a concessão de liberdade provisória com fiança, com participação do Ministério Público, acusador particular e do defensor do preso, constituído ou dativo (ESPANHA, 1882, art. 505.1-2). Se por motivos de força maior não for possível a realização da audiência nesse prazo, é possível ao juiz decidir monocraticamente e designar outra audiência para as 72 horas seguintes. É obrigatória a participação da acusação para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, pois se, na referida audiência, a parte acusadora não formular pedido de prisão ou de fiança, é obrigatória a concessão de liberdade ao réu (ESPANHA, 1882, art. 505.4). Ao final dessa audiência, será lavrado um auto com a indicação da manifestação das partes e a decisão judicial fundamentada (ESPANHA, 1882, art. 506). Após a decisão do juiz de instrução convertendo a detenção em prisão, deverá ocorrer a intimação do Ministério Público, do querelante e do próprio investigado preso (ESPANHA, 1882, art. 501). Além desse primeiro interrogatório judicial, não é vedada a realização do interrogatório também pela Polícia, por interpretação dos arts. 282, 292 e 297.3, bem como do art. 11.1.g da LO 2/1986 (ESPANHA, 1986), que permite a colheita de declarações do investigado; todavia, para esse procedimento serão asseguradas as mesmas garantias do interrogatório judicial, inclusive a presença do defensor.

Na França, a Polícia pode realizar de iniciativa própria a prisão de uma pessoa em duas situações: a prisão em flagrante (*arrestation*), e a detenção policial de suspeito (*garde à vue*). A detenção policial deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e durará 24 horas. O procurador da República deve analisar se a manutenção da detenção é necessária, se os direitos do detido estão sendo respeitados e, a qualquer momento, pode ordenar a apresentação da pessoa detida ou ainda sua imediata liberação (FRANÇA, 1959, art. 62-3), podendo ainda permitir a continuidade da detenção por até 24 horas nos casos de criminalidade ordinária (FRANÇA, 1959, arts. 63.II e 77.2), ou por 48 horas, nos casos de criminalidade organizada (FRANÇA, 1959, art. 706-88). Essa apresentação do preso ao Ministério Público poderá ocorrer por videoconferência (FRANÇA, 1959, art. 63. II). Caso ocorra de se superar esse prazo máximo de 48 horas, então será necessário que o Ministério Público formule um requerimento para conversão da detenção policial em prisão preventiva (*détention provisoire*), devendo para tanto apresentar pessoalmente o preso ao juiz das liberdades e garantias, o qual poderá

interrogar o conduzido, ouvir os requerimentos de seu advogado e então decidir sobre o pedido do Ministério Público de prisão preventiva (FRANÇA, 1959, art. 396.2). Não há vedação para a Polícia realizar o interrogatório durante a *enquête préliminaire* (investigação conduzida pela Polícia sob controle do Ministério Público ou diretamente por esse); todavia, durante a *instruction* (investigação conduzida pelo juiz de instrução, no caso de crimes mais graves – com pena superior a 10 anos), apenas o juiz de instrução poderá realizar o interrogatório (GUINCHARD; BUISSON, 2009, p. 524).

No Chile, a polícia apenas poderá realizar o interrogatório do preso com a presença do defensor; em caso de ausência, as perguntas ficam limitadas ao interrogatório de identificação; se o investigado insistir em prestar declarações, ele deverá ser levado à presença do Ministério Público para ser interrogado pelo Procurador, ou o *Parquet* deverá dar uma autorização expressa para a Polícia receber diretamente as declarações” (CHILE, 2000, art. 91). No México, o recente CPP nacional de 2014 prevê, em seu art. 312 (MÉXICO, 2014), que o investigado preso terá oportunidade de prestar declarações apenas na audiência de custódia, na presença do juiz, Ministério Público e defensor. Regra semelhante existe na Argentina, onde o CPP federal de 2014 proibiu, em seu art. 69 (ARGENTINA, 2014), o interrogatório perante a polícia – que antes era permitido apenas por escrito –, permitindo-o apenas perante o Ministério Público ou o juiz de controle. Diversos países latino-americanos têm realizado reformas para proibir a Polícia de realizar diretamente o interrogatório, como estratégia para prevenir a ocorrência de interrogatórios sob violência, como é o caso da Costa Rica, Venezuela e Guatemala (MALARINO, 2004, p. 159).

Esse breve panorama de direito estrangeiro permite extrair duas conclusões relevantes: (i) no caso de se efetuar a prisão em flagrante, há uma tendência para que haja um procedimento de apresentação imediata e pessoal do preso ao juiz para se converter a detenção policial em prisão preventiva, bem como (ii) há uma tendência geral de perspectivar com restrições a possibilidade de a Polícia ter iniciativa própria para realizar o primeiro interrogatório do investigado preso, o qual deve ser atribuído ou ao Ministério Público ou ao juiz das garantias na fase das investigações. Ambas as visões estão entrelaçadas, pois é no procedimento de conversão da detenção policial em prisão preventiva que ordinariamente se realiza o primeiro interrogatório judicial do investigado preso. Analisemos mais detidamente a finalidade dessa audiência à luz de tais considerações.

3. A teleologia da audiência de custódia

As normas internacionais de apresentação pessoal imediata do preso ao juiz têm sete finalidades básicas: (i) estabelecer um mecanismo de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção; (ii) assegurar a possibilidade de autodefesa quanto aos fatos investigados, oferecendo-se ao preso um espaço de maior liberdade para dar sua versão dos fatos, longe da eventual restrição à sua liberdade de se manifestar que poderia existir no ambiente policial; (iii) assegurar possibilidade de autodefesa quanto à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante; (iv) concretizar o sistema acusatório em relação à ação penal cautelar, criando um mecanismo que torne rotina o requerimento de aplicação de medida cautelar pelo Minis-

tério Público; (v) instrumentalizar o contraditório técnico de defesa antes da decisão judicial sobre a aplicação da prisão preventiva; (vi) estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia (em um quadro acusatório); (vii) concretizar a garantia constitucional de assistência jurídica efetiva ao preso, tornando rotina o contato do defensor com seu cliente.

Quanto à primeira finalidade, a apresentação imediata do preso ao juiz é um importante mecanismo de controle da atividade policial realizado pelo magistrado, na perspectiva de fiscal contra eventuais arbitrariedades. Interpretando normas semelhantes, afirma a Corte Europeia de Direitos Humanos que “O controle jurisdicional decorrente do primeiro comparecimento da pessoa detida deve ser acima de tudo rápido, pois ele tem por finalidade permitir ao juiz detectar quaisquer maus tratos e reduzir ao mínimo qualquer atentado injustificado à liberdade individual” (TEDH, 2010).

Não se deve esquecer que, infelizmente, a tortura ainda não foi abolida do Brasil como técnica de investigação durante o interrogatório: vasta literatura sociológica documenta o fenômeno, e diversas instituições internacionais têm denunciado a persistência dessa prática (ALSTON, 2009; ANISTIA INTERNACIONAL, 2011, p. 136-137). Assim, presume-se que, se os policiais envolvidos na investigação e na efetivação da prisão souberem que fatalmente, logo após a efetivação da prisão, o detido será apresentado sem demora à autoridade judicial, perante a qual ele poderá delatar eventuais arbitrariedades de que foi vítima, haverá uma menor probabilidade de ocorrência de arbitrariedades e, caso praticadas, uma maior probabilidade de uma investigação imediata ser iniciada, elevando-se as

chances de se documentar a arbitrariedade e punir os responsáveis. A apresentação imediata é uma garantia tanto profilática quanto de efetividade da eventual responsabilização do desvio policial.

Em relação à segunda finalidade, considera-se que muitas vezes o preso poderá sentir-se psicologicamente pressionado ou constrangido de dar sua versão dos fatos para um policial que, de antemão, já o considera como o autor do crime – tanto que o prendeu diante dos indícios presentes. Assim, a possibilidade de falar diretamente ao juiz é uma garantia da liberdade de manifestação, da efetiva possibilidade de dar sua versão dos fatos sem quaisquer constrangimentos e assim exercer de forma antecipada seu direito de participação quanto ao desenrolar das investigações; possibilidade, portanto, de influenciar na decisão do Ministério Público de promover ou não a ação penal. A distinção de efetividade entre o interrogatório policial constante do auto de prisão em flagrante e o interrogatório imediato perante o magistrado deriva da presunção de que haverá maior liberdade de manifestação no interrogatório perante o árbitro imparcial (um verdadeiro juiz das garantias, que é a função do juiz na fase das investigações) do que no prestado diante do investigador. Reconhece-se que o interrogatório não é um ato de investigação, e sim de autodefesa, devendo ocorrer num ambiente livre de pressões. Esse é um dos temas que menos se tem discutido no Brasil, mas que tem mais relevância nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como visto acima. Voltaremos a ele adiante.

A terceira finalidade está ligada à legitimidade da manutenção da prisão do autuado, concretizando um procedimento obrigatório de autodefesa prévia à decisão judicial quanto à necessidade de manutenção da restrição cautelar da liberdade. Parte-se da premissa de que

a pessoa presa tem o direito de dialogar com a autoridade que será responsável pela decretação de sua prisão, não sendo suficiente que apenas sejam repassadas à autoridade judiciária as informações que a autoridade policial julgar relevantes que sejam documentadas no interrogatório escrito do Auto de Prisão em Flagrante (APF). Deve-se superar a “fronteira do papel” (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, p. 10). Esse procedimento traria mais legitimidade, na perspectiva da efetiva consideração da pessoa presa.

A quarta finalidade está relacionada à concretização do sistema acusatório, previsto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal. O sistema acusatório tem repercussões já na fase das investigações (PRADO, 2005; JARDIM, 2005, p. 189-197; ANDRADE, 2008, p. 459-463; OLIVEIRA, E., 2009, p. 4-7; SILVA, 2010). Quem promove a ação penal e controla a atividade policial é o Ministério Público. O juiz deve decidir sobre as restrições de direitos fundamentais na fase investigativa e, para não perder sua imparcialidade, não deve ter função de condução da investigação criminal de ofício. Já a polícia não é sujeito processual, mas atua sob o controle externo do titular da ação penal, o Ministério Público, numa atividade de colaboração recíproca. O STF já se pronunciou sobre a impossibilidade de o juiz conduzir investigações criminais de ofício (BRASIL, 2004), bem como sobre a finalidade do inquérito, que é subsidiar a decisão do Ministério Público de acusar ou não acusar (BRASIL, 2009b, p. 12-14). Há críticas doutrinárias à possibilidade de o juiz deferir medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais exclusivamente com base em representação policial, sem (ou pior, eventualmente contra) a manifestação do titular da ação penal, o Ministério Público (SILVA, 2010, p. 105-116; SARAIVA, 2010, p. 151-170; MENDONÇA, 2011, p. 67-70; MENDRONI,

2013, p. 91). Como visto, o direito comparado tende a considerar que a decretação de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais na fase das investigações deve ser precedida de requerimento pelo titular da ação penal. A audiência de custódia é um relevante procedimento de instrumentalização dessa participação obrigatória do Ministério Público no requerimento das medidas cautelares.

Ademais, a audiência de custódia proceduraliza a obrigatoriedade de contraditório antes da decisão judicial sobre o requerimento do Ministério Público de decretação da prisão preventiva. Um dos corolários do sistema acusatório é que, para haver contraditório efetivo, deve haver o pedido da parte acusadora. Na prática, após requerimento da acusação e a oposição necessária pela defesa, o juiz poderá proferir uma decisão mais justa sobre a efetiva necessidade da prisão cautelar. A dialética é um procedimento lógico que produz conclusões mais justas. Atualmente, o juiz decide monocraticamente sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, sem nenhum pedido sobre a necessidade da conversão (vale lembrar que a lavratura da prisão em flagrante é uma obrigação da autoridade policial). Sem contraditório prévio, a tendência ordinária era a inércia, a manutenção da prisão. E depois de mantida, dificilmente um juiz se retrataria sem fatos novos. Por isso, a participação obrigatória de defensor na audiência de custódia é um elemento-chave na concretização das normas internacionais que asseguram maior legitimidade ao processo de restrição da liberdade, criando uma dialética processual obrigatória, que pode ter efeitos relevantes na própria concretização da excepcionalidade da prisão cautelar.

A sexta finalidade está ligada à instrumentalização de uma decisão que seja mais criteriosa na conversão da prisão em flagrante em

prisão preventiva. Essa tem sido a finalidade da audiência de custódia mais debatida no Brasil. Até muito pouco tempo, o juiz tão somente exarava um “ciente” quando da comunicação do APF, já que a Constituição Federal, num déficit de normatividade sobre o tema, exigia tão somente a comunicação da prisão ao juiz (CF/1988, art. 5º, inciso LXII). A procedimentalização do exame judicial obrigatório e motivado da referida conversão está devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 310 do CPP, introduzido pela Lei nº 12.403/2011, que prevê que o juiz, ao receber a comunicação do APF, deverá relaxar a prisão ilegal, decretar a prisão preventiva (se outra cautelar menos gravosa não for cabível) ou conceder liberdade provisória. Todavia, ainda existe um número excessivo de presos provisórios no Brasil, sendo necessário que os juízes sejam mais criteriosos na decretação da prisão preventiva.

Com efeito, segundo relatório do Ministério da Justiça (BRASIL, 2014a), há cerca de 38% de presos provisórios no Brasil (excluindo-se os condenados em regime aberto, que obviamente não estão presos), havendo estados em que o índice de prisões provisórias chega a 65% (Piauí). Levantamento do CNMP (BRASIL, 2013) documentou que a capacidade dos presídios estava excedida em 48% e que 79% dos estabelecimentos prisionais não realiza separação entre presos provisórios e definitivos. Em 2014, a população carcerária do Brasil era de mais de 700 mil pessoas, sendo a terceira maior do mundo, perdendo apenas para EUA e China (BRASIL, 2014b). Haveria um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” em se tratando de sistema prisional, diante de tantas violações de direitos, de forma que seria necessário que os juízes fossem mais criteriosos ao analisarem a efetiva necessidade de manutenção da custódia cautelar, apostando-se na audiência de custódia para instrumentalizar essa atenção especial. Todavia, a efetividade desse momento de “análise mais criteriosa” da necessidade da custódia cautelar está diretamente relacionada aos tópicos anteriores: uma análise depurada pela prévia entrevista com o preso, o requerimento pelo Ministério Público e a manifestação técnica da defesa.

Atente-se, de qualquer sorte, que a audiência de custódia não pode significar o afrouxamento apriorístico, indistinto e generalizado dos requisitos legais da manutenção da custódia cautelar, voltado à finalidade instrumental enviesada de redução a qualquer custo da população carcerária. A audiência de custódia é a instrumentalização de um procedimento contraditório para uma análise mais criteriosa da efetiva necessidade da decretação da prisão preventiva, à luz de todas as finalidades supra indicadas. Certamente há mais prisões cautelares do que seriam efetivamente necessárias; contudo, haverá inúmeras situações, especialmente nos crimes mais graves, de autores com antecedentes criminais

ou envolvidos em esquemas organizados, em um contexto desestruturado de vida de normalização do desvio, que farão presumir o elevado risco de reincidência, situação em que será essencial a manutenção da custódia cautelar para a concretização do dever de proteção estatal de todos os outros direitos fundamentais (ÁVILA, 2014).

Ademais, a criação de uma rotina de interrogatório judicial do preso poderá, em verdade, permitir a concretização de outra garantia processual que, na prática, não tem efetividade: o direito à assistência de um advogado ao preso (CRFB/1988, art. 5º, LXIII). Até hoje, ordinariamente um Defensor Público (responsável pela maioria dos casos criminais em um país de excluídos) apenas tinha condições de ter contato com seu cliente preso no momento da audiência de instrução, ou seja, teria que elaborar as manifestações processuais na fase das investigações (v.g., pedido de liberdade provisória) e mesmo a defesa prévia (indicando rol de testemunhas), sem qualquer contato com seu cliente. O argumento de que não seria proibido ao Defensor Público dirigir-se à Delegacia de Polícia para acompanhar a lavratura do auto de prisão em flagrante, ou ainda ir ao presídio para entrevistar-se com seu cliente, é notoriamente insuficiente e falacioso, quando contrastado com a realidade deficitária das Defensorias Públicas no Brasil. Em termos práticos, não há efetividade de defesa para os pobres na fase investigativa. Portanto, a audiência de custódia também procedimentaliza um momento de diálogo ordinário entre o preso e seu defensor logo após os fatos, o que terá repercussões importantes para a efetividade do direito de defesa durante todo o processo.

Finalmente, a audiência de custódia será um momento para assegurar também a assistência da família (CRFB/1988, art. 5º, LXIII), essencial para permitir o exercício do direito de defesa nas fases posteriores do processo. Essa audiência teria ainda o efeito benéfico de maximizar a compreensão do caso criminal pelo preso, sendo uma garantia contra um processo kafkaniano.

4. Aspectos práticos relacionados à audiência de custódia

4.1. O prazo da apresentação ao juiz

Como visto, a decisão do STF na ADIn 5240 estabeleceu que o prazo da apresentação deveria ser de 24h. Houve votos vencidos no sentido de que o CNJ deveria regulamentar o prazo de apresentação.

As normas internacionais não estabelecem o prazo da apresentação, utilizando-se das expressões “prontamente” e “sem demora”. Como visto

na seção 2, há prazos variados em outros países: em Portugal, Itália e França, são 48 horas após a prisão. Na Alemanha é até o final do dia seguinte ao da prisão (portanto, mais de 24 horas). Na Espanha, 24 horas para apresentar o preso ao juiz e mais 72 horas para a efetiva realização da audiência de custódia. Ainda há normas especiais para a impossibilidade excepcional de apresentação e prazos mais dilatados para crimes mais graves (usualmente o terrorismo).

Há diversos precedentes da CIDH relativos à interpretação do referido art. 7.5 da CADH (CIDH, 1999; 2005; 2006; 2007; 2008), entendendo-se que:

- a) a mera notificação da prisão à autoridade judiciária não substitui a condução do preso à presença do juiz (Equador);
- b) o prazo de quinze dias para que o preso seja levado à presença do juiz é excessivo (Peru);
- c) o prazo de uma semana para que o preso seja levado à presença do juiz também é excessivo (Argentina);
- d) o prazo de vinte e quatro horas para que o preso seja conduzido à autoridade judicial está em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Honduras).

Essas normas têm paralelo com o art. 5.3 da CEDH, que estabelece o direito do preso de ser prontamente (em francês *aussitôt*, em inglês *promptly*) apresentado a uma autoridade judiciária para o respectivo controle da diligência efetuada. Em sentido semelhante à CIDH, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem reiteradamente decidido que o art. 5.3 da CEDH representa uma garantia de primeiro nível na proteção da segurança física de um indivíduo e, em sua jurisprudência, desenvolveu três *standards* para justificar a restrição da liberdade: interpretações estritas

das exceções à liberdade, legalidade das detenções e rapidez dos controles judiciais sobre as prisões, que devem ser automáticos e devem ser desempenhados por uma autoridade judicial que ofereça as garantias de independência do executivo e das partes, e tenha o poder de relaxar a prisão após verificar ter sido ou não justificada a detenção (TEDH, 2007; 2010). O TEDH entende que, se o início do interrogatório pelo juiz ocorre após 48 horas da detenção, há uma violação ao art. 5º da CEDH, podendo, todavia, iniciar-se dentro do prazo, e sua conclusão e a posterior decisão judicial de convalidação da prisão eventualmente superarem esse prazo (TEDH, 2006).

O ideal seria que a legislação infraconstitucional regulamentasse a norma convencional, estabelecendo o prazo da apresentação – “sem demora” – do preso. Como a não regulamentação da norma convencional não impede sua aplicabilidade imediata e já se passaram mais de duas décadas da vigência da norma no ordenamento jurídico brasileiro sem seu efetivo cumprimento, optou o STF por fixar o prazo de 24 horas, de forma a impulsionar a efetiva realização da audiência de custódia. Deve-se, porém, registrar que esse prazo de 24 horas não é uma exigência peremptória das normas internacionais, podendo ser um pouco mais dilatado.

Deve-se recordar que, até mesmo para o deferimento de medidas protetivas de urgência (Lei nº 11.340/2006, art. 12, inciso III e art. 18) – que pelo próprio nome são urgentes –, a autoridade policial dispõe de 48 horas para formalizar o procedimento e enviá-lo ao juiz, que por sua vez tem mais 48 horas para decidir. Se o APF deve ser concluído em 24 horas, então a audiência de custódia deve ser realizada após esse prazo.

Na linha dos precedentes do TEDH, entendemos que o prazo de 24 horas após o término

no da lavratura do auto de prisão em flagrante (em outras 24 horas) seria razoável para o cumprimento da norma convencional no Brasil, sem prejuízo de situações excepcionais que justifiquem um despacho judicial de prorrogação curta desse prazo – v.g., comarcas de difícil acesso que inviabilizem a apresentação imediata do preso (LIMA, 2015, p. 928; BRASIL, 2015a).

Nesse sentido, andou bem o CNJ ao prever, no art. 1º, § 5º, da Resolução nº 213/2015, a possibilidade de edição de ato complementar regulamentando um prazo excepcional mais dilatado para os locais em que o cumprimento desse prazo for impossível.

Se a apresentação do preso ao juiz ocorrer realmente “sem demora”, ou seja, em poucas horas (v.g., até 24 horas após a comunicação do APF), poderá o juiz aguardar a realização da audiência para ouvir o preso e decidir sobre a decretação da prisão preventiva; porém, onde houver qualquer risco de delonga (v.g., comarca de difícil acesso), deverá o juiz já realizar uma análise preliminar do APF, proferir uma decisão provisória sobre a manutenção da prisão até a realização da audiência de apresentação, na qual, aí sim, será tomada uma decisão definitiva.

É previsível que o prazo de 24 horas da prisão será faticamente impraticável no Brasil, um país de dimensões continentais. O acesso a algumas cidades do norte do país exige vários dias de barco a partir da sede da comarca. Há vários municípios gigantes (Altamira/PA tem 160 mil km² – é maior que a Grécia), e não raro um juiz cumula várias comarcas. A própria audiência de custódia exige providências cartorárias que demandam algumas horas (juntada de folha de antecedentes criminais, intimação do Ministério Público e designação de defensor *ad hoc*), que apenas poderão ser realizadas após o término da lavratura do APF.

Espera-se que a jurisprudência tenha sensibilidade para rever esse prazo de apresentação, especialmente diante de justificativas excepcionais (comarcas de difícil acesso, inexistência de viatura policial a exigir outra logística).

Se o preso não tiver condições de ser apresentado (v.g., foi baleado e está em internação hospitalar), é óbvio que tal circunstância não impede a decretação de sua prisão preventiva. Entretanto, nesse caso, após a recepção do APF com a notícia da impossibilidade de apresentação imediata, o juiz deve abrir vista dos autos ao Ministério Público, para que este requeira a medida cautelar que entender pertinente e, diante de requerimento de prisão preventiva pelo titular da ação penal cautelar, deverá o juiz decidir, à luz do art. 310 do CPP. Havendo concessão da prisão preventiva, determinará que, tão logo o preso tenha condições de saúde, seja realizada a audiência de custódia, pois é direito do preso entrevistar-se com a autoridade judiciária responsável pela manutenção de sua prisão. Para tanto, será conveniente a criação de rotina que obrigue a polícia a encaminhar periodicamente ao juiz o relatório médico sobre o estado de saúde do preso, para avaliar a possibilidade de realização da audiência de custódia.

4.2. Participantes da audiência de custódia

Devem participar da audiência de custódia o juiz, o Ministério Público, o defensor e o preso.

Quanto ao juiz, é possível vislumbrar duas hipóteses: será o mesmo juiz responsável pela fase da investigação criminal, ou será um juiz distinto, plantonista.

Não vemos qualquer problema no fato de a audiência de custódia ser realizada perante o mesmo juiz responsável pela fase da investigação criminal. Isso porque a oitiva do preso

na audiência de custódia não é um ato de investigação, mas de exercício de autodefesa perante a autoridade judiciária que deverá decidir sobre a manutenção ou não de sua custódia. Em verdade, o ideal é que a audiência de custódia fosse sempre perante o juiz natural da fase investigativa, quando não for final de semana; todavia, diante da previsível dificuldade de conciliar tal procedimento com as agendas dos Juízos, também não se vislumbra qualquer ilegalidade na realização da audiência de custódia de acordo com o sistema de plantão. Haveria aqui uma verdadeira competência funcional para uma fase do processo, ou seja, a primeira decisão sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou o deferimento de medida cautelar alternativa (BRASIL, 1941, art. 310) seria do juiz plantonista, seguindo-se a remessa do conhecimento da causa ao juiz natural. Trata-se da mesma situação de um juiz ser competente para a pronúncia e outro para o julgamento plenário do júri, ou ainda de um juiz decidir o requerimento de medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006 e posteriormente o feito ser reencaminhado ao Juizado da Mulher. O juiz natural poderá, obviamente, reapreciar os motivos ensejadores da prisão preventiva, já que as decisões cautelares não fazem coisa julgada (BRASIL, 1941, art. 316).

Bom seria, em nossa visão, que no Brasil houvesse uma divisão funcional de atuação jurisdicional entre o juiz da fase investigativa e o juiz do julgamento da ação penal, com o impedimento de atuação cumulativa das duas funções. O juiz da fase das investigações não tem poderes de conduzir *ex officio* investigações, mas sim a função de ser um juiz de garantias, ou seja, de decidir sobre a restrição de direitos fundamentais do investigado, mediante requerimento do titular da ação penal cautelar (ou, excepcionalmente, por representação policial, presumindo-se que esta é realizada no interesse do titular da ação penal cautelar). Mesmo o juiz não tendo funções investigativas, uma sucessão de requerimentos pelo Ministério Público de restrições de direitos na fase investigativa acaba aproximando o juiz da colaboração com o sucesso das investigações, comprometendo sua imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 165). Em nossa visão, *de lege ferenda*, haveria melhor preservação de sua imparcialidade se o juiz que funcionasse na fase investigativa fosse diverso do juiz da ação penal. Ainda não se evoluiu no Brasil para tanto. Portanto, o problema de o juiz da audiência de custódia eventualmente ser o mesmo juiz da ação penal é, no fundo, o mesmo problema de o juiz da fase investigativa ser o mesmo da ação penal.

Além do magistrado, deve haver presença obrigatória do Ministério Público na audiência de custódia, como titular exclusivo da ação penal (inclusive da cautelar) e responsável pelo controle externo da atividade policial. No âmbito de sua função de controle externo da atividade

policial, o Ministério Público deve fiscalizar o respeito aos “princípios informadores das relações internacionais” (LC nº 75/1993, art. 3º, alínea “a”), o que abrange a fiscalização da realização obrigatória da audiência de custódia.

Após o interrogatório do preso, o Ministério Público deve ter a oportunidade de formular esclarecimentos adicionais e de se manifestar sobre o caso. A manifestação do Ministério Público na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva é medida obrigatória, que deriva da própria estrutura acusatória do processo, não sendo admissível que o juiz decida sobre uma medida cautelar na fase investigativa sem o requerimento de medida cautelar pelo titular da ação penal. Essa solução tem sido sistematicamente negligenciada no Brasil, mas deriva, além do quadro acusatório constitucional (CF/1988, art. 129, inciso I), diretamente do art. 311 do CPP, que permite ao juiz decretar prisão preventiva de ofício apenas no curso da ação penal, sendo vedada a atuação *ex officio* na fase das investigações criminais. A regra do art. 310 do CPP é um avanço em relação ao sistema anterior (em que o juiz exarava mero “ciente”), mas exige maior evolução para se compreender que é necessário um requerimento de prisão para haver decretação da prisão na fase investigativa.

Nesse sentido, o art. 505.4 da LECrim (ESPANHA, 1882) estabelece que, se na audiência de custódia a parte acusadora não formular pedido de decretação de prisão preventiva, o preso necessariamente será colocado em liberdade. Em Portugal, onde a direção da investigação criminal é responsabilidade do Ministério Público, quando ocorre a prisão em flagrante delito, primeiro ela é comunicada ao Ministério Público, que, se entender que a prisão preventiva não é legalmente admissível, poderá diretamente proceder à liberação do preso (PORTUGAL, 1987, art. 261); o requerimento do Ministério Público de prisão preventiva é pré-requisito para a realização da audiência de custódia (PORTUGAL, 1987, art. 268, incisos 1.a e 2). O mesmo na França (1959, art. 396.2), Itália (1988, art. 390.3-bis) e Alemanha (1950, §§ 413-416).

Imagine-se a situação irracional de o titular da ação penal considerar que as informações ainda são frágeis e que é necessário avançar nas investigações, mas o juiz já considera essas informações suficientes para decretar a prisão. Como ficará o juiz se o Ministério Público, ao receber os autos do IP após 10 dias, eventualmente requisitar a realização de novas diligências, conforme já havia sinalizado anteriormente? Não pode o juiz obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia, pelo que se conclui que também o deferimento de medida cautelar penal deve estar subordinado ao exercício de uma pretensão cautelar pelo Ministério Público (OLIVEIRA E., 2009, p. 459-461; SILVA, 2010; LIMA, 2015, p.

929). Essa conclusão deriva de uma visão garantista mais ampla, segundo a qual a restrição de direitos fundamentais no processo penal depende do concurso de duas autoridades: requerimento pelo acusador e decisão pelo magistrado. E as medidas cautelares, na fase investigativa, estão especialmente qualificadas pela proibição de atuação *ex officio* do magistrado, para que ele não se torne o investigador.

Também deve estar presente o defensor do preso (investigado). Se não comparecer o defensor constituído (e dificilmente haverá tempo hábil para sua presença), deverá haver designação de um defensor *ad hoc*, podendo ser a Defensoria Pública. Para tanto, será de todo conveniente que se realize acordo prévio sobre o plantão das audiências de custódia. Na Espanha, é regra que, se houver a comunicação à OAB (*Colegio de Abogados*) e após 8 horas não comparecer defensor, poderá o juiz realizar a audiência de custódia sem a presença de defensor, sem prejuízo das responsabilidades (ESPANHA, 1882, art. 520.4). O defensor poderá entrevistar-se com o preso antes do início da audiência, nos termos do art. 185, § 5º, do CPP; poderá fazer perguntas adicionais ao preso, bem como deverá manifestar-se contrariamente ao requerimento de prisão eventualmente formulado pelo Ministério Público, antes da decisão judicial.

Por interpretação analógica do art. 306, § 1º, do CPP, deve haver um plantão da Defensoria Pública para assistir de forma dativa os presos que comparecerem à audiência sem assistência de defensor constituído. Trata-se de uma verdadeira garantia do investigado à ampla defesa contra prisões arbitrárias (ROXIN, 2007, p. 153).

Após o interrogatório e a manifestação do Ministério Público e da defesa técnica, o juiz proferirá a decisão relativa ao art. 310 do CPP: relaxamento da prisão flagrante, deferimento

de uma das medidas cautelares alternativas (CPP, art. 319, ou uma das medidas protetivas de urgência), decretação de prisão preventiva, ou concessão de liberdade provisória. As partes presentes já são intimadas em audiência. Caso o Ministério Público vislumbre possível equívoco na decisão judicial que eventualmente não determine medida cautelar alternativa ou não decrete a prisão preventiva, é muito importante que já haja a interposição do recurso em sentido estrito, oralmente, em audiência, documentando-se na ata, com pedido de vista para a juntada as razões. Isso porque, como normalmente as audiências de custódia são realizadas por juízes e promotores de Justiça plantonistas, até que os autos cheguem ao promotor natural provavelmente já terá transcorrido o prazo de interposição do recurso. Para a defesa, claro, não há prazo de interposição do *habeas corpus*.

4.3. Documentação do interrogatório como garantia de proteção

A documentação do interrogatório é um dos pontos em relação ao qual a doutrina brasileira ainda não compreendeu a plena teleologia da garantia convencional. No Brasil, com receio de atribuir poderes investigatórios ao magistrado, alguns tribunais têm restringido a atuação dos magistrados nesse momento às “circunstâncias objetivas da sua prisão”. Nesse sentido, o art. 8º da Resolução nº 213/2015 do CNJ estabelece, por um lado, que o juiz deve “indagar sobre as circunstâncias de sua prisão” (inciso V), mas, por outro lado, “abster-se de formular perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação criminal ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante” (inciso VIII). Diversos estados têm seguido essa diretiva em suas regulamentações.

Ocorre que uma das principais finalidades da apresentação imediata do preso ao juiz é exatamente garantir ao preso, após a informação de seu direito constitucional de permanecer em silêncio (CF/1988, art. 5º, inciso LXIII), o direito de dar sua versão dos fatos a uma autoridade imparcial, que certamente não usará de expedientes coercitivos para facilitar eventual confissão, bem como dar-lhe espaço para eventualmente reclamar de algum excesso na atuação policial. Os primeiros momentos após a prisão são os mais críticos para a prática de atos de tortura ou maus tratos, mesmo os atos de coerção psicológica, que infelizmente ainda temos resistência de reconhecer efetivamente como tortura. O estudo de direito comparado revela que todos os países perspectivam a necessidade de se restringir o interrogatório policial aos casos de investigado solto e condicionar que o interrogatório do preso seja conduzido por um magistrado, como um verdadeiro “interrogatório de garantia”.

O incidente processual de apresentação do preso ao juiz em nada se confunde com o Juizado de Instrução. O juiz não passa a ter amplos poderes de investigação sobre o objeto do IP, mas apenas e tão somente tem o poder de ouvir pessoalmente a pessoa presa e analisar se as informações investigativas constantes do auto de prisão em flagrante, eventualmente contraditadas pela versão pessoal do investigado, formam um conjunto probatório apto a justificar a restrição cautelar da liberdade do investigado. Não se está falando aqui de investigação judicial, nem esse interrogatório terá a natureza de prova judicial, pois o réu ainda não foi formalmente acusado (e prova, em sentido técnico, é aquela produzida em juízo, após o oferecimento da denúncia). Aliás, os fatos são já apresentados ao juiz dentro de uma moldura, pois o pressuposto do requerimento de prisão preventiva é já haver um fato deli-

tuoso razoavelmente delimitado, com a autoria razoavelmente esclarecida. É dentro dessa moldura que o magistrado exerce seu dever de interrogar para decidir.

Ainda assim, esse interrogatório será uma informação preliminar apta a ter a mesma função endoprocedimental dos atos de inquérito: se respaldada por outras informações investigativas, poderá justificar o deferimento de medidas cautelares penais na fase das investigações (prisão preventiva, buscas domiciliares, interceptações telefônicas, quebra de outros sigilos constitucionalmente qualificados por prévia decisão judicial) e posteriormente poderá justificar a decisão judicial de recebimento da denúncia e início da ação penal. Não é possível que esse ato preliminar de interrogatório judicial do preso se converta numa instrução sumária, com oitiva de outras testemunhas com caráter de prova judicial (exceto situações excepcionais de produção antecipada de prova, devidamente formalizada nos termos do art. 225 do CPP), mesmo antes da denúncia, sob pena de subversão do sistema acusatório (haver instrução antes da acusação) e do devido processo legal.

Nesse sentido, já se manifestou a CIDH entendendo que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está presa não satisfaz essa garantia, já que o preso deve comparecer pessoalmente e *prestar a sua declaração* perante o juiz ou autoridade competente” (CIDH, 2005, grifo nosso). Ainda nessa linha, a CIDH tem entendido que nem mesmo a presença do juiz no momento da prisão supre a necessidade de haver uma audiência de custódia, pois, nessa audiência, “A autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o preso, e valorar *todas as explicações* que este lhe proporcione, para decidir se deve haver a liberação ou a manutenção da privação de liberdade” (CIDH, 2007, grifo nosso).

Imagine-se que o preso é apresentado ao juiz, que o indaga sobre como foi sua prisão. Ele responde que estava só passando pelo local e que não tem nenhuma relação com o crime. O juiz o interrompe esclarecendo que ele terá posteriormente a oportunidade de provar sua inocência em juízo e que, nesse momento, apenas deverá falar sobre as “circunstâncias objetivas de sua prisão”. Então novamente o juiz pergunta se durante a prisão houve alguma ilegalidade, se os policiais o agrediram. Ele responde que foi bem tratado pela polícia, mas gostaria de esclarecer que não tem nenhum envolvimento com o crime. O juiz dá por encerrado o ato, ao argumento de que as circunstâncias da prisão estão formalmente corretas. Essa interpretação de que não se deve interrogar o preso sobre suas possíveis teses defensivas retira qualquer sentido lógico à garantia convencional da audiência de custódia! Certamente não será possível nesse momento ouvir outras testemunhas. Mas o juiz não pode coibir o preso de apresentar seus argumentos que, em tese, justificariam a não decretação de sua prisão preventiva, pois o juiz deverá, logo na sequência, decidir quanto à necessidade ou não dessa custódia cautelar.

Por outro lado, se o preso desejar confessar o crime na audiência de custódia, esse é um direito que lhe compete, que será devidamente recompensado com a atenuante respectiva (CP, art. 65, inciso III, alínea “d”) e com a credibilidade do contexto de suas afirmações. Imagine-se que o preso, após ser devidamente advertido de seu direito constitucional ao silêncio, decide confessar ao juiz da audiência de custódia que efetivamente praticou o crime de roubo, porque estava passando por dificuldades financeiras. O juiz deve documentar a confissão nos autos, e ela será uma informação que constará do caderno informativo, assim como todas as demais. Jamais essa informação poderá ser considerada isoladamente para fundamentar uma condenação, nos termos do art. 197 do CPP. Todavia, não faz qualquer sentido que, tendo o preso iniciado uma confissão, possa o juiz proibi-lo de esclarecer os fatos secundários dessa confissão, quando, na sequência, deverá o magistrado proferir uma decisão sobre a manutenção ou não da custódia cautelar. Ou ainda, não faz sentido que a confissão feita perante a autoridade policial seja uma informação passível de ser levada em consideração, juntamente com outras provas, para subsidiar uma acusação; todavia, a confissão feita perante o juiz, cercada de inúmeras outras proteções (próprias do sistema de justiça e de sua configuração contraditória) seja sumariamente desprezada, quando a finalidade da audiência de custódia é exatamente conceder ao preso um espaço de fala livre de quaisquer pressões.

Uma audiência de custódia que proíbe o preso de prestar esclarecimentos sobre as circunstâncias que justificaram sua prisão é uma direta

violação das normas das convenções internacionais, tornando-se um ato processual meramente formal e estéril. Continuará o juiz decidindo exclusivamente com fundamento nas informações que a autoridade policial entendeu relevante repassar-lhe, pois a possibilidade de o preso influenciar a decisão exige que ele possa prestar informações sobre os fatos acerca dos quais a decisão judicial será proferida. Acaba tornando-se mera “audiência *drive thru*”. Uma análise detida dos paradigmas internacionais refuta essa possibilidade de autismo judicial.

Ademais, se deve haver esclarecimento dos fatos, não se pode admitir a possibilidade de indeferimento sumário de perguntas tanto do Ministério Público quanto da Defesa. Especialmente porque, se o Ministério Público entender necessários mais esclarecimentos quanto ao interrogatório, poderá requisitá-los à autoridade policial (CF/1988, art. 129, inciso VIII; LC nº 75/1993, art. 7º, inciso II; CPP, art. 13, inciso II). Feriria o princípio da proporcionalidade e da eficiência denegar uma pergunta ao titular da ação penal, para na sequência determinar um reinterrogatório policial (ou mesmo da Promotoria de Justiça). Da mesma forma, considerando que o defensor do réu está presente no ato para maximizar a oportunidade de defesa, procurando trazer as informações que seriam potencialmente úteis aos interesses do investigado, poderá colaborar com o esclarecimento dos fatos, sendo uma restrição inadmissível à ampla defesa proibir perguntas ao defensor. As perguntas, tanto do Ministério Público quanto da defesa, deverão estar cingidas aos fatos juridicamente relevantes à investigação (pertinência e relevância), com a necessária parcimônia de que, durante a fase de investigação, procura-se esclarecer os fatos e conexões ainda não totalmente esclarecidos, mas dentro do quadro que justificou a prisão em flagrante e o pedido de prisão preventiva. Em termos práticos, as intervenções do Ministério Público e da Defesa serão sempre residuais em comparação às questões colocadas pelo magistrado, que usualmente exaurem os aspectos mais relevantes; todavia, não podem ser proibidas.

4.4. Abrangência da audiência de custódia para todas as prisões, inclusive decorrentes de ordem judicial

No Brasil, inicialmente se discutiu a audiência de custódia exclusivamente para as prisões em flagrante, usualmente sob o argumento de tal audiência ser um mecanismo para reduzir o excessivo número de prisões cautelares. Ocorre que as normas internacionais não restringem a sua realização à prisão em flagrante, mas aplicam-na a todas as formas de prisão. É direito do preso dar a sua versão dos fatos à autoridade judiciária encarregada de decidir sobre a manutenção de sua prisão.

Segmento da doutrina nacional já sinaliza no sentido de que, mesmo no caso de prisão preventiva, seria necessária a audiência de custódia (BRASIL, 2015a). Outros países adotam essa regulamentação. Nesse sentido, estabelece textualmente o art. 254.2 do CPP português: “O arguido detido fora de flagrante delito para aplicação ou execução da medida de prisão preventiva é sempre apresentado ao juiz, sendo correspondentemente aplicável o disposto no art. 141 [primeiro interrogatório judicial de arguido detido]”. Igualmente na Espanha, o art. 539, § 4º, da LECrim (ESPAÑA, 1882) determina que, se o juiz decretar a prisão preventiva de investigado solto, deverá determinar a realização da audiência de custódia.

Felizmente essa lacuna foi corrigida com o art. 13 da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que previu a necessidade da apresentação do preso ao juiz para as demais modalidades de prisão, nos termos da teleologia da garantia convencional da audiência de custódia. Portanto, se o Ministério Público formular requerimento de prisão preventiva fora do quadro da prisão em flagrante, o correto será o juiz examinar os fundamentos e, entendendo cabível a medida, deverá ordenar a prisão preventiva, com a cláusula de apresentação imediata do preso para a realização de audiência de custódia. Nessa audiência, o juiz ouvirá o preso, dará possibilidade de reperguntas ao Ministério Público e ao defensor, ouvirá ambos sobre a necessidade da prisão, e proferirá nova decisão ratificando ou não a decretação inicial da prisão preventiva.

A audiência de custódia se aplica à prisão por todos os tipos de crimes. Alguns estados estão excluindo algumas modalidades de delitos da realização da audiência de custódia, como o homicídio ou a violência doméstica. Tecnicamente, as normas internacionais não realizam qualquer distinção de delitos, sendo a teleologia a mesma para todos, inclusive para

crimes graves em relação aos quais, aparentemente, será necessária a manutenção da prisão cautelar. Como já vimos, a audiência de custódia não é (não deveria ser) uma audiência para soltar, mas sim para fiscalizar a legalidade da prisão e oportunizar um espaço de fala direto com a autoridade responsável pela manutenção da prisão.

Em relação aos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, cumpre uma observação particular. Tais delitos são uma grave violação de direitos humanos, sendo especialmente importante que os operadores do sistema de justiça que venham a trabalhar com eles tenham uma formação especializada para compreender a dinâmica da violência de gênero, ou seja, do conjunto de discriminações às quais as mulheres estão submetidas, a dificuldade de uma mulher romper o ciclo da violência, os fatores de risco específicos. Enfim, a Lei Maria da Penha é efetivamente um subsistema com valores próprios, destinado a contrapor-se aos valores androcêntricos da sociedade, que todos compartilhamos em maior ou menor medida, de forma consciente ou inconsciente. Portanto, é essencial o processo de sensibilização (mais que apenas capacitação) para a correta aplicação dessa legislação. Seria de todo conveniente que os profissionais responsáveis pela realização da audiência de custódia no caso de violência doméstica contra a mulher sejam os mesmos dos órgãos especializados (Juizado da Mulher e Promotoria respectiva), que irão, inclusive, acompanhar a evolução do caso conflituoso. Obviamente, para a efetividade dessa apresentação ao juiz natural, seria necessário rever o utópico prazo de 24 horas estabelecido pelo STF, de modo a aproximá-lo dos prazos mais factíveis estabelecidos por outros países civilizados.

A audiência de custódia para casos de violência doméstica ainda poderá resolver outro

grave problema. Atualmente, após a prisão em flagrante por crime de violência doméstica contra a mulher, a autoridade policial deve arbitrar fiança, sendo possível que o autuado pague-a e retorne para o domicílio comum, antes que o juiz tenha tempo de deferir as medidas protetivas de urgência, nas 48 horas sucessivas. Esse sistema pode tornar o registro da ocorrência policial um novo fator de risco para a mulher. O ideal seria que fosse vedado o arbitramento de fiança pela autoridade policial em casos de violência doméstica, e que o autuado fosse imediatamente apresentado ao Juizado da Mulher, para que o juiz pudesse decidir, mediante requerimento do Ministério Público, seja pela decretação da prisão preventiva, seja pelo deferimento das medidas protetivas de urgência. Há mesmo quem defenda que, atualmente, não caberia arbitramento de fiança na esfera policial no caso de violência doméstica contra a mulher (ver Enunciado nº 06/2011 da Comissão Nacional Permanente dos Promotores de Justiça de Violência Doméstica), mas tal entendimento não é majoritário. A audiência de custódia resolve mais esse problema, diante da rapidez do procedimento em comparação com a análise ordinária das medidas protetivas de urgência.

Muitos estados, em suas regulamentações, estão fazendo referência apenas à possibilidade de o juiz aplicar as medidas cautelares alternativas do art. 319 do CPP. Obviamente, não há como cindir a tutela cautelar no momento da audiência de custódia. Portanto, o juiz da audiência de custódia, no caso de violência doméstica contra a mulher, deve necessariamente apreciar o pedido de medidas protetivas de urgência formulado pela vítima, no registro da ocorrência. Não faria o menor sentido o juiz conceder liberdade provisória e relegar ao juiz especializado a apreciação das medidas protetivas de urgência solicitadas pela vítima.

Apesar de terem natureza jurídica *sui generis*, não perfeitamente reconduzíveis à dicotomia cível ou criminal (PIRES, 2013), tais medidas fazem parte do microsistema protetivo da Lei nº 11.340/2006, devendo ser apreciadas no momento da decisão sobre a necessidade de manutenção da prisão cautelar. Considerando a relevância de levar em consideração os interesses da vítima nessa decisão, seria de todo conveniente que a vítima pudesse participar desse ato processual (LIMA, 2015, p. 927). Para tanto, poderiam ser realizados acordos com as Delegacias de Polícia, para que, após a prisão em flagrante, a vítima já fosse informada de quando seria realizada a audiência de custódia, e orientada a dela participar.

4.5. Consequências da não realização da audiência de custódia

Aqui há duas ordens de problemas. O que fazer com todas as prisões realizadas desde 1992, sem cumprimento das normas convencionais sobre a audiência de custódia? E, após a institucionalização da realização da audiência de custódia como rotina, o que fazer se não houve a apresentação imediata do preso ao juiz?

Quanto à primeira ordem de problemas, poder-se-ia argumentar que, se tais normas estão em vigor desde 1992, então todos os procedimentos criminais são nulos desde então. Parece-nos que uma interpretação radical não se mostra legítima, pois a concretização do sentido efetivo do art. 7.5 da CADH foi sendo decantado com o passar do tempo pela CIDH, que detém a atribuição exclusiva da efetiva interpretação do que significa uma disposição da CADH. O Brasil expressamente reconheceu sua jurisdição no plano internacional, abrindo mão, assim, de uma parcela de sua soberania para um órgão internacional de defesa de di-

reitos humanos. Parece-nos que seria o caso de haver uma modulação dos efeitos da decisão do STF, de sorte que haveria uma “inconveniência progressiva”, à proporção que seja interiorizada a rotina das audiências de custódia no ordenamento jurídico pátrio. O STF já tem precedentes sobre a chamada “inconstitucionalidade progressiva” quando, em dado momento histórico, certas situações fáticas determinem a tolerância de uma situação constitucional imperfeita (de concretização não ideal de alguma norma constitucional), em atenção aos graves efeitos que a ausência de tais normas acarretariam a outros princípios de envergadura constitucional mais relevante naquele contexto específico (BRASIL, 1997). A própria concessão do prazo de 90 dias para o início das audiências de custódia é indicativa de que o STF modulou os efeitos de sua decisão.

Uma vez criada a rotina ordinária de realização das audiências de custódia, cumpriria analisar qual seria a consequência de sua não realização, ou seja, se a violação da referida norma convencional deve gerar o relaxamento da prisão ou apenas a responsabilização do policial que deixa de apresentar o preso ao juiz. Há quem defenda que a não apresentação do preso configuraria a nulidade absoluta da prisão em flagrante (BRASIL, 2015e). Pensamos que a consequência da violação dessa norma é, a princípio, uma questão afeta ao direito interno que, contudo, deve guiar-se pela necessidade de haver um *effective remedy* contra tal violação da norma internacional.

Assim, por exemplo, após a efetiva internalização da nova sistemática de respeito às normas convencionais, na hipótese cerebrina de o juiz ser comunicado da prisão depois de vários dias de sua realização, deve ser reconhecido o crime de abuso de autoridade, que consiste em uma autoridade policial executar medida restritiva de liberdade individual sem as formalidades legais (BRASIL, 1965b, art. 4º, alínea “a”). Obviamente, a configuração de tal delito fica dependente da efetiva internalização das rotinas de apresentação imediata, sob pena de nem sequer haver dolo, por impossibilidade de apresentação ante a falta de normas de organização e procedimentos.

A prisão em flagrante perdura apenas até que seja comunicada ao juiz e este profira a decisão de decretação de prisão preventiva. A demora na comunicação transforma a detenção policial sem ordem judicial em verdadeira violação de direitos. Nessa mesma hipótese, se a situação efetivamente justifica a decretação da prisão preventiva, ainda que anulada a prisão em flagrante, poderia o magistrado decretar a prisão preventiva (ANDRADE; ALFLEN, 2015). Obviamente, após a decretação da prisão preventiva, deveria o magistrado determinar a realização de uma audiência de apresentação do preso, pois, como já vimos, as nor-

mas convencionais se aplicam a quaisquer prisões. O que jamais pode ser tolerado é que essa válvula de escape seja sistematicamente utilizada como subterfúgio para não aplicar, de forma ordinária, as normas convencionais que determinam a apresentação imediata do preso. Nesse sentido, o art. 302 do CPP italiano permite expressamente a decretação de nova prisão preventiva após a anulação da anterior prisão por não realização de oitiva do preso no prazo legal.

Idêntica solução deve ser aplicada às situações excepcionais de impossibilidade de apresentação imediata do preso ao juiz. Nessa situação, após a comunicação da prisão em flagrante, deverá o juiz abrir vista ao Ministério Público, para que este formule o seu requerimento de prisão preventiva e, se for o caso, profira a decisão de decretação da prisão preventiva, sendo essencial na sequência determinar a realização da audiência de custódia para a data o mais próxima possível, fundamentando concretamente a excepcionalidade.

Pensamos que aqui deve ser aplicado o mesmo entendimento da inconveniência progressiva, supra referido. Ou seja, à proporção que forem criadas as estruturas e rotinas para a realização da audiência de custódia, estando tal procedimento internalizado, uma não realização arbitrária da audiência, dentro de um prazo célere e razoável (não o prazo utópico de 24 horas), ensejaria a decretação da nulidade da prisão. Mas nos locais em que for faticamente impossível a realização da audiência de custódia, há de se tolerar um “estado de coisas não perfeitamente convencional”. Isso porque um sistema que, na prática, nunca permitisse a realização de uma prisão em flagrante (por impossibilidade de cumprir o art. 7.5 da CADH) seria mais violador de direitos fundamentais que o outro sistema que não realizasse a audiência de custódia (OLIVEIRA G. et al, 2015, p. 116).

4.6. A necessidade de reforma legal para agregar sentido procedimental à apresentação do preso

Uma última consideração deve ser feita. Ainda que seja elogiável a iniciativa do STF de determinar o cumprimento imediato das normas convencionais do art. 9.3 do PIDCP (BRASIL, 1992a) e art. 7.5 da CADH (BRASIL, 1992b), ainda é de todo recomendável que haja uma regulamentação legal das referidas normas internacionais. Como visto ao longo deste artigo, há um conjunto de regras procedimentais que carecem de concretização e não deveriam estar apenas sedimentadas no “bom senso” jurídico.

Ademais, convém a realização de uma reforma que dê celeridade processual ao momento da audiência de custódia. Diversos ordenamentos

jurídicos contam com um procedimento mais célere para a hipótese de realização de prisão em flagrante, em que a audiência de custódia já é um ato do processo criminal. Em Portugal, para os crimes punidos com até 5 anos em que haja prisão em flagrante, é admitido o procedimento sumário (PORTUGAL, 1987, art. 381 *et seq.*). Assim, a polícia comunica o investigado da audiência, já valendo tal comunicado como citação, ou seja, se o réu posteriormente for solto e não comparecer à audiência designada, será considerado revel (PORTUGAL, 1987, art. 385.3.a). É admissível a realização da suspensão provisória do processo nessa audiência; as testemunhas ouvidas no âmbito policial já são intimadas de ofício a comparecerem à audiência; a acusação é apresentada em audiência, podendo-se fazer remissão à narrativa da ocorrência policial (PORTUGAL, 1987, art. 389.2), com a possibilidade de, a pedido da defesa, adiar-se a audiência por mais 30 dias. De forma semelhante, na Espanha há o procedimento rápido (*procedimiento para el enjuiciamiento rapido de determinados delitos* – ESPANHA, 1882, art. 795 *et seq.*); na França há o procedimento de comparecimento imediato (*comparution immédiate* – FRANÇA, 1959, art. 395, § 3º); e na Itália há o julgamento imediato (*giudizio immediato* – ITÁLIA, 1988, art. 453.1-bis), que se aplica aos procedimentos decorrentes de prisão em flagrante.

No Brasil, já se antevê que, em diversas hipóteses, a prisão não será necessária à proteção da ordem pública, e o preso será liberado. Mas esse momento deveria incluir a possibilidade de, havendo prova suficiente, já se iniciar a persecução criminal, inclusive com a realização imediata de acordo processual do Ministério Público com o sujeito passivo da persecução penal. Urge expandir as hipóteses de realização de acordo (preferencialmente de transação penal, sem necessidade de oferecimento de de-

núncia) para que crimes, como furto ou porte de arma, em relação aos quais certamente haverá, em caso de condenação, fixação do regime aberto, sejam solucionados de forma consensual, desde que haja efetivamente a aplicação de condições a serem cumpridas pelo réu. Dessa forma, torna-se efetiva a intervenção estatal em relação ao delito, e é possível reservar-se a força de trabalho das varas judiciais aos feitos de maior relevância. Em Portugal, por exemplo, a suspensão provisória do processo é aplicada aos crimes com pena de até 5 anos, e é realizada antes do oferecimento da acusação (assim como a nossa transação penal), simplificando-se tal fase (PORTUGAL, 1987, art. 281).

Havendo denúncia e citação durante a audiência de custódia, também seria possível refletir, *de lege ferenda*, sobre a possibilidade de o interrogatório realizado nesse ato já ser considerado como o interrogatório do processo, não sendo necessário outro interrogatório judicial (este seria repetido ao final da instrução apenas se houvesse pedido expresso do réu), agilizando-se a persecução penal.

Considerações finais

Vimos que a audiência de custódia é uma exigência de normas constantes de Convenções Internacionais que estão em vigor no Brasil, com hierarquia de normas supralegais – art. 9.3 do PIDCP (BRASIL, 1992a) e art. 7.5 da CADH (BRASIL, 1992b). Ela tem diversas finalidades, não constituindo somente um momento de análise mais detida da efetiva necessidade da decretação da prisão preventiva após o flagrante. Apesar de não ser uma panaceia para todos os problemas de superpopulação carcerária ou eventuais arbitrariedades policiais, é uma garantia extremamente importante para a redução desses problemas.

Sua implementação exige uma mudança cultural dos atores jurídicos, a interiorização da relevância de efetivamente não tolerar espaços de arbitrariedade dentro do sistema penal, por meio do concurso de todos os sujeitos processuais no ato mais intrusivo do processo penal: a restrição de liberdade antes da superação cabal da presunção de inocência.

À luz do estudo de direito comparado, é possível identificar sete finalidades da audiência de custódia: (i) estabelecer um mecanismo de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção; (ii) assegurar a possibilidade de autodefesa quanto aos fatos investigados, oferecendo-se ao preso um espaço de maior liberdade para dar sua versão dos fatos, longe da eventual restrição à sua liberdade de se manifestar que poderia existir no ambiente policial; (iii) assegurar possibilidade de autodefesa quanto à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante; (iv) concretizar o sistema acusatório em relação à ação penal cautelar, criando um mecanismo que torne rotina o requerimento de aplicação de medida cautelar pelo Ministério Público; (v) instrumentalizar o contraditório técnico de defesa antes da decisão judicial sobre a aplicação da prisão preventiva; (vi) estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia (em um quadro acusatório); (vii) concretizar a garantia constitucional de assistência jurídica efetiva ao preso, tornando rotina o contato do defensor com seu cliente.

Todavia, da forma como vem sendo implementada, a audiência de custódia “à brasileira” traz sérios problemas, o que pode comprometer seriamente sua legitimidade como instrumento garantista. Avançamos muito, mas ainda há desafios adiante.

O prazo de apresentação de 24 horas após a prisão, apesar de ser factível para a maioria dos casos na maior parte dos grandes centros urbanos, é absolutamente utópico para todas as comarcas de interior no Brasil ou para as previsíveis situações excepcionais. Estabelecer um prazo para, em seguida, admitir sucessivas relativizações apenas enfraquece a garantia convencional, com o risco de acabar tornando-se apenas mais um prazo impróprio. Melhor seria a previsão de um prazo “sem demora” factível, como de 24 horas após o término da lavratura do APF, e com a possibilidade de, fundamentadamente, o juiz adiar alguns poucos dias diante de situações excepcionais concretas, como no caso das comarcas de difícil acesso.

Não faz sentido impedir-se o interrogatório do preso durante a audiência de custódia. Para que trazer o preso à presença do juiz se ele não poderá ouvi-lo sobre o pressuposto de sua decisão: as circunstâncias do fato justificam a decretação da prisão preventiva? Interrogatório não é

ato de prova ou investigação, é ato de autodefesa, vinculado ao exercício da jurisdição já demandada ao juiz: a tutela cautelar solicitada pelo Ministério Público. Esse “juiz de custódia autista” não colaborará para a realização de sua função de guardião das liberdades.

A audiência de custódia deve instrumentalizar o contraditório para o deferimento das medidas cautelares. Para tanto, será essencial o requerimento de deferimento da prisão preventiva pelo Ministério Público (titular da ação penal cautelar) e a manifestação da defesa técnica. Trata-se de ótima oportunidade para finalmente se aplicar plenamente o art. 311 do CPP (inércia da jurisdição sobre a tutela cautelar na fase investigativa), sem prejuízo da tolerância de um estado de coisas não perfeitamente convencional (inconvenionalidade progressiva) nos locais em que a estrutura não permitir tal realização.

Além das medidas já possíveis de serem realizadas *de lege lata*, é conveniente, *de lege ferenda*, uma reforma legal para ampliar a utilidade processual da audiência de custódia como o início de um procedimento sumário para situações de flagrante delito. Uma elevação das hipóteses de acordos processuais, ou a simplificação do rito (formalidades da denúncia, citação em audiência) para tais situações seriam de todo convenientes.

Sobre o autor

Thiago André Pierobom de Ávila é doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil (2006); especialista pela École Nationale de la Magistrature, Paris, França; professor de direito processual penal e temas de direitos humanos no programa de pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil; promotor de justiça e coordenador do Núcleo de Direitos Humanos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) em Brasília, DF, Brasil.

E-mail: thiago.pierobom@hotmail.com.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE BRAZILIAN CUSTODY HEARING: ADVANCES AND CHALLENGES

ABSTRACT: This paper analyses necessity of immediate implementation in Brazilian criminal procedure of the articles 9.3 of International Covenant on Civil and Political

¹ Sem revisão do editor.

Right (ICCPR) and 7.5 of American Convention On Human Rights (ACHR), which prescribes a judicial hearing for the personal presentation of the arrested person. After a compared law study, it analyses the seven functions of the so called “custody hearing”. The Brazilian model in progress should be reviewed in some aspects: the unworkable term of 24 hour for the judicial hearing, for all Brazilian regions, which is not a mandatory request according to international rules; the necessity to create an adversarial procedure for the provisional arrest decision, with a prosecution request and defense response; the necessity to allow the arrested person to be free to state about the circumstances of his prison; the “progressive unconventionality” of the non-implementation of this hearing; and the necessity of statute reforms to grant a procedural logic for the custody hearing.

KEYWORDS: CUSTODY HEARING. TELEOLOGY. LEGAL TERM. ADVERSARIAL SYSTEM. INTERROGATORY.

Como citar este artigo

(ABNT)

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301>.

(APA)

Ávila, Thiago André Pierobom de. (2016). Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 301-333. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301>.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código de processo penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2009.

ALEMANHA. *Código de processo penal alemão: StPO – Strafprozessordnung*. 1950. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html>. Acesso em: 12 ago. 2016.

ALSTON, Philip. *Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. Nações Unidas, 23 maio 2009. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/01/G0912625-2009.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2011: el estado de los derechos humanos en el mundo*. Madri: Ed. Amnistía Internacional, 2011.

ARGENTINA. Lei nº 24.063, de 4 de dezembro de 2014. Código processual penal da nação argentina. Disponível em: <<http://www.sajj.gob.ar>>. Acesso em: 12 ago. 2016

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, n. 4, p. 159-189, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 1965a.

_____. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1965b.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Lei da Prisão Temporária. *Diário Oficial da União*, 22 dez. 1989.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, 26 jul. 1990.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992a.

_____. 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. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 70.514. Relator: Min. Sydney Sanches. *Diário da Justiça*, 27 jun. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 341.717. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça eletrônico*, 5 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1570. Relator: Min. Maurício Correa. *Diário da Justiça*, 22 out. 2004.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial n. 349703/RS. *Diário da Justiça eletrônico*, 5 jun. 2009a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 94.173. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça eletrônico*, 22 nov. 2009b.

_____. Senado Federal. Decreto legislativo n. 127, de 8 de abril de 2011. Aprova o texto da convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas, concluído em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, 11 abr. 2011.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

_____. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN*: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014a.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n. 2015.03.1.004656-5*. 22 fev. 2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça eletrônico*, 20 ago. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça eletrônico*, 14 set. 2015c.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Nota técnica n. 6/2015. Nota Técnica referente ao Projeto de Lei do Senado n. 554, de 2011, que estabelece a pronta apresentação do preso à autoridade judicial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, após efetivada a prisão. *Diário Oficial da União*, 23 set. 2015d. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Notas_Tecnicas/_Nota_Tecnica_n6_2015.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 28, de 22 de setembro de 2015. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nas “audiências de custódia”. *Diário Oficial da União*, 23 set. 2015e.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 4. ed. Milão: Utet, 2009.

CHILE. Lei nº 19.696, de 12 de outubro de 2000. Código de Processo Penal do Chile. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed., rev., atual. e coment. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Caso Los niños de la calle (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. São José da Costa Rica, 19 de novembro de 1999.

_____. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. São José da Costa Rica, 22 de novembro de 2005.

_____. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. São José da Costa Rica, 01 de fevereiro de 2006.

_____. *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. São José da Costa Rica, 21 de novembro de 2007.

_____. *Bayarri vs. Argentina*. São José da Costa Rica, 30 de outubro de 2008.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELMANTO JÚNIOR, Celso. A apresentação imediata do preso em flagrante ao juiz no combate à tortura. *A tribuna do direito*, São Paulo, n. 51, jul. 1997.

ESPANHA. *Código de processo penal espanhol*: LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal. 1882. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

_____. *LOFCS: Ley Orgánica nº 2*, de 14 de março de 1986. Lei Orgânica de Forças e Corpos de Segurança. 1986. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-6859>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

FRANÇA. *Code de procédure pénale*. 1959. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 5. ed. Paris: Lexis Nexis, 2009.

ITALIA. *Codice di procedura penale*. 22 set. 1988.

JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEI fundamental da República Federal da Alemanha. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de direito penal e processual penal*, v. 10, n. 60, p. 5-17, jun./jul. 2014.

MACIEL FILHO, Euro Bento. Audiência de custódia e o direito à liberdade. *Consulex: revista jurídica*, v. 19, n. 437, p. 16-17, abr. 2015.

MALARINO, Ezequiel. A Polícia nos estados de direito latino-americanos: um resumo comparativo. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111-167.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 3. ed., rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2013.

MÉXICO. Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de março de 2014. Código de Processo Penal Mexicano. 2014. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVIERA, Gisele Souza de et al. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei n. 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro*. Código de processo penal. Lisboa, 1987.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais: [poderes de investigação no processo penal, transação penal e suspensão condicional do processo mutatio libelli publicidade e mídia, oralidade]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: del Puerto, 2000.

_____. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: GARANTISMO penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Zervudacki vs. França*. Acórdão n. 73.947/01. Estrasburgo, 27 de julho de 2006.

_____. *Caso Kaiser vs. Suíça*. Acórdão n. 17073/04. Estrasburgo, 15 de março de 2007.

_____. *Caso Medvedyev et al. vs. França*. Acórdão n. 3394/03. Grande Câmara. Estrasburgo, 29 de março de 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.